

UNA APROXIMACIÓN SUSTANTIVA Y PROCESAL AL
CONCURSO DE ACREEDORES DE PERSONA FÍSICA EN EL
DERECHO CONCURSAL ESTADOUNIDENSE

REGULATION OF PERSONAL BANKRUPTCY UNDER ITS
PROCEDURE RULES AND THE UNITED STATES CODE

Rev. Boliv. de Derecho N° 24, julio 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 192-225



Killian
BENEYTO

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de marzo de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 4 de mayo de 2017

RESUMEN: La tan reiterada cultura del emprendedor esconde una innegable fuente de inspiración en el ámbito sociocultural estadounidense. Este familiar vocablo de moda, aclamado política y socialmente, también guarda su importancia en el último escalón sustantivo y jurisdiccional de la regulación de la insolvencia de una persona física: su salida de tal insolvencia -parte sustantiva- y cómo articularla -parte jurisdiccional-. Todo ello motiva, junto con el interés propio de cualquier estudio de derecho comparado, la elección del derecho concursal estadounidense como fuente de estudio, crítica y contraste con nuestra Ley Concursal.

PALABRAS CLAVE: Insolvencia de la persona física; concurso de acreedores; derecho comparado; condonación de deudas; derecho concursal estadounidense; consumidores; liquidación concursal; convenio de acreedores.

ABSTRACT: Spain's recent efforts to encourage an "entrepreneurial culture" are certainly inspired by the american dream's most renowned ideals of success and wealth. This whole social movement may also act as an influential key factor with regards to the legal treatment of personal bankruptcy, by means of establishing its ultimate goal: a fresh start (aka discharge and exemption laws) and how it must be conducted (aka its legal procedure). For this reason, it is our aim to examine from a comparative law perspective the U.S. Bankruptcy Law and its procedure rules, considering its main benefits and downsides in contrast with the Spanish Insolvency Act.

KEY WORDS: Personal bankruptcy; Title 11 U.S.C.; discharge; bankruptcy law; individuals; exemption laws; bankruptcy procedure; united states code; federal rules of bankruptcy procedure; liquidation; adjustment of debts; fresh start; comparative law.

SUMARIO.- I. Antecedentes históricos y contexto normativo actual: la enrevesada dispersión normativa provocada por un cuestionable sistema federal.- II. Estructura jurisdiccional en el derecho concursal estadounidense: normas procesales, sistema judicial y poderes.- III. Objeto, presupuestos y naturaleza del concurso voluntario.- IV. Especial legitimación y presupuestos en el concurso necesario (involuntary filings).- V. Efectos principales para la protección del concursado persona física: automatic stay & exemption laws.- 1. Automatic stay.- 2. Exemption laws.- VI. Síntesis de las vías procedimentales concursales disponibles para la persona física: chapters 7, 11, 12 y 13 del Bankruptcy Code.- 1. Chapter 7: liquidación concursal.- 2. Chapter 11: posible acogimiento del deudor persona física al procedimiento de reorganización de deuda a priori pensado para las personas jurídicas.- 3. Chapter 13: reestructuración de deudas de la persona física.- 4. Chapter 12: el tratamiento ad hoc de determinados tipos de insolvencia en función del ámbito socioeconómico (farmers & fishermen).

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y CONTEXTO NORMATIVO ACTUAL: LA ENREVESADA DISPERSIÓN NORMATIVA PROVOCADA POR UN CUESTIONABLE SISTEMA FEDERAL.

Mientras que la llamada *Bankruptcy Act* de 1800 se identifica claramente con la primera Ley *federal* de los Estados Unidos, ello de conformidad con tal carácter federal -léase uniforme- que la Sección 8ª, del Artículo I, de la Constitución de los EE.UU.¹ exige sobre el derecho concursal, con carácter previo a dicha Ley la legislación concursal aplicable en los EE.UU venía dependiendo según la *Ley estatal* (*state law*) correspondiente, datando la más antigua de éstas de marzo del año 1638, fecha en la que el *Act for the recovery of debts* fue aprobada por la Asamblea General de Maryland².

¹ De modo análogo a lo que prevé el art. 149.1.6ª de nuestra Constitución Española.

² Considerada la primera Ley concursal en el continente americano, según concluye REGIS NOEL, F.: *A history of the bankruptcy law*, ed. William S. Hein & Co Inc.: 2003, p.43 et 65.
Téngase en cuenta que estas *Leyes estatales* continuaron siendo promulgadas incluso después de la entrada en vigor (1789) de la Constitución de los EE.UU, véase así por ejemplo el *Act to establish a system of bankruptcy within this Commonwealth*, aprobada el 8 de febrero de 1797 por la Asamblea General de Pensilvania.

• Killian Beneyto

Es abogado y director de la oficina de Madrid de Antonia Magdaleno Abogados y Economistas. En cuanto a su experiencia profesional, dentro del ámbito del Derecho concursal, ha participado desde la posición de Administración Concursal en diversos concursos de acreedores, incluyendo varios considerados de gran tamaño y trascendencia nacional en España. También ha participado en procesos concursales como Letrado instante y en defensa de los intereses de acreedores. En cuanto a su experiencia académica, ha sido Premio Extraordinario del Máster Oficial en Abogacía de la Universidad de Valencia, y cursa actualmente estudios de Doctorado en el Dpto. de Derecho Procesal de la misma universidad, habiendo realizado estancias investigadoras en las Universidades de Harvard (EE.UU.) y Oxford (Inglaterra). También ha participado como autor de diversas monografías (editoriales Bosch y Tirant lo Blanch), así como para distintos artículos en periódicos y revistas jurídicas.

Sin perjuicio de la práctica forense derivada de estas primigenias legislaciones concursales, de tipo estatal, lo cierto es que la citada *Bankruptcy Act* de 1800 no resultó sino una mera transcripción del derecho concursal británico (*1732 English Statute of King George II*) al tiempo vigente, toda vez que debido a su alta impopularidad fue derogada tan pronto como en 1803³. Por lo demás, cabe asimismo recordar la pretérita existencia de otras tantas legislaciones concursales de tipo *federal* a lo largo del siglo XIX: aquellas de 1841 y 1867, así como finalmente la más longeva *Bankruptcy Act* de 1898.

El actual Título 11⁴ del *United States Code*⁵ (en adelante, "U.S.C."), comunmente referido como *Bankruptcy Code*, encuentra sus orígenes normativos en el *Bankruptcy Reform Act of 1978*, vigente desde el 1 de octubre de 1979. Con anterioridad a dicha reforma, el derecho concursal federal estadounidense se encontraba regulado por la llamada *Chandler Act (Bankruptcy Act de 1938)*, cuyo cometido fue someter a una profunda renovación la antes citada *Bankruptcy Act* de 1898⁶.

La mencionada reforma concursal federal de 1978, que sentó las bases y estructura de lo que hoy se conoce como el ya referido *Bankruptcy Code*, ha sido posteriormente objeto de ulteriores reformas, a saber -principalmente- (i) the *Bankruptcy Amendments and Federal Judgeship Act of 1984* (BAFJA), (ii) the *Bankruptcy Judges, United States Trustees, and Family Farmer Bankruptcy Act of 1986*, (iii) the *Bankruptcy Reform Act of 1994* y (iv) the *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005* (BAPCPA).

Así las cosas, puede afirmarse que a la fecha el Título 11 U.S.C. resulta nuestra principal fuente legislativa federal para el estudio del derecho concursal, tanto respecto de las personas físicas como jurídicas. Este *Bankruptcy Code* se encuentra, a su vez, dividido en un total de 9 capítulos (*chapters*), si bien numerados de forma no consecutiva -los Capítulos 2, 4, 6, 8, 10 y 14 no existen-.

Ahora bien, enunciado esto desde una cándida aproximación general, cuestión muy distinta y que pone en entredicho el propio mandato constitucional de *uniformidad* en materia concursal, al comienzo citado, es el hecho de que continúen

3 Entre los aspectos más negativos de la *Bankruptcy Act* de 1800, destaca que sólo los acreedores -y no el propio deudor- podían demandar el concurso de este último (tradúzcase ello en términos de legitimación activa), toda vez que solamente los deudores comerciales eran aptos para entrar en concurso (tradúzcase ello en términos de presupuesto subjetivo).

Para más detalles, *vid.* JORDAN TABB, C.: "The History of the Bankruptcy Laws in the United States", *American Bankruptcy Institute Law Review*, 1995, vol. 3

4 Disponible online en la página oficial del gobierno federal: <http://uscode.house.gov/browse.xhtml>

5 El Código de los Estados Unidos puede definirse como la compilación oficial de aquellas normas generales y permanentes de naturaleza *federal*. Se divide en 54 "títulos", estando el Derecho concursal ubicado bajo el referido Título 11. Este Código se publica cada seis años por parte del *Office of the Law Revision Counsel*, siendo su última y actual edición del año 2012.

6 WILDE, C.: "The Chandler Act", *Indiana Law Journal*, 1938, vol. XIV, no. 2.

coexistiendo distintas *state laws* y que -realmente- estas últimas terminen por imponer sus notables particularidades en la relación jurídico-material entre deudor y acreedores. Como bien apunta el profesor BLUM⁷, el derecho concursal federal se ve a la postre obligado a “interactuar” con todo este cuerpo de supuestas *non-bankruptcy laws* y con el único límite de que estas últimas no pueden resultar contrarias a lo dispuesto en el mentado *Bankruptcy Code* (Título 11 U.S.C.).

El Tribunal Supremo Federal de los EE.UU. (*Supreme Court of the United States*) ya tuvo ocasión de pronunciarse a todo este respecto y con bastante prontitud, concretamente en *Hanover National Bank v. Moyses*, 186 U.S. 181 (1902), concluyendo que la aludida uniformidad constitucional en materia concursal (*Section 8, Article I*) sólo se requiere desde una perspectiva geográfica⁸ y no sustantiva. Así por ejemplo, en materia de protección de activos del deudor (*exemption laws*), tales como su vivienda habitual, cabe observar cómo el propio Título 11 U.S.C. §522 hasta dispone una remisión a la correspondiente *state law*.

En cualquier caso, dejando a un margen toda esta fricción formal con el mandato de uniformidad constitucional, igualmente han sido criticados -ya en términos más terrenales de coherencia e igualdad⁹- los resultados prácticos de semejante heterogeneidad normativa, pues -siguiendo con el ejemplo anterior- en el ámbito de las variadas *exemption laws* (fundamentales en los concursos de persona física) no han sido infrecuentes los casos de deudores adquiriendo una vivienda en aquel estado con mayores protecciones. Particularmente afamada es la generosa *exemption law* aplicable en el estado de Florida, por medio de su Constitución estatal, y sobre la que luego tendremos ocasión de referirnos. Incluso el propio Tribunal Supremo Federal ha tenido que admitir, desde una óptica *favor creditoris*, que una de las finalidades del derecho concursal federal también es garantizar una uniformidad en el tratamiento de los acreedores¹⁰.

Para completar esta resumida visión de las distintas normativas sustantivas concursales existentes (federales y estatales), también debe realizarse una breve mención al tratamiento normativo tributario y penal bajo un escenario concursal. Respecto de la primera materia, deberá estarse al *Bankruptcy Tax Act* de 1980, hoy contenida en el llamado *Internal Revenue Code* (Título 26 U.S.C.), esto es, de forma separada al *Bankruptcy Code* (Título 11 U.S.C.) si bien al menos gozando ambas fuentes de naturaleza federal. En el ámbito de la insolvencia punible, al igual que sucede en los arts. 259 a 261.bis de nuestro Código Penal, también pueden localizarse distintos tipos delictivos de esta naturaleza, concretamente en el Título 18

7 BLUM, B. A.: *Bankruptcy and Debtor/Creditor*, ed. Aspen Publishers, 2006, p. 89.

8 MALINS ROSE, W.: *Abandoned property act to Equitable title*, ed. Bancroft-Whitney, 1903, p. 294.

9 AUSTIN, D. A.: “Bankruptcy and the Myth of Uniform Laws”, *Seton Hall Law Review*, 2012, vol. 42, no. 3.

10 *Central VA. Community College v. Katz* 546 U.S. 356 (2006).

U.S.C. §151 a §158, véase por ejemplo el delito de *bankruptcy fraud* (castigado con pena de prisión de hasta 5 años).

Dicho todo esto, en lo relativo a las distintas fuentes de derecho concursal *sustantivo*, desafortunadamente no debemos olvidar que buena parte del mismo y cuestionable fenómeno normativo también concurre en el ámbito procesal concursal estadounidense.

Así, una vez más, aparentemente se cuenta con un punto de partida procesal uniforme, esto es, las llamadas *Federal Rules of Bankruptcy Procedure* ("FRBP")¹¹, establecidas por el Tribunal Supremo Federal y conforme le permite para dicha potestad legislativo-procesal el Título 28 U.S.C. §2075. Las FRBP se encuentran en vigor desde el pasado 1 de agosto de 1983, resultando aplicables con carácter general en todos los EE.UU.

El inmediato predecesor de las FRBP se encuentra en las *Bankruptcy Rules* de 24 de abril de 1973, también promulgadas por el Tribunal Supremo Federal y vigentes desde el 1 de octubre del mismo año, toda vez que su antecedente más antiguo se sitúa en las llamadas *general orders* adoptadas por el Tribunal Supremo Federal en 1898¹².

Sin embargo, como ya se ha querido advertir anticipadamente, también en el ámbito procesal concursal deberá estarse a la correspondiente Ley procesal civil estatal, que bien puede introducir variaciones o especialidades sobre las FRBP. Repárese en que más de la mitad de los 50 estados de EE.UU cuentan con su propia Ley procesal civil, véanse *ad exemplum* las *Massachusetts Rules of Civil Procedure*, con sus propias y también separadas normas procesales de apelación, las *Massachusetts Rules of Appellate Procedure*. Por todo lo cual, es fácil adivinar, el ejercicio práctico del Derecho entre un Estado y otro puede suponer tanto como tener que empezar de cero.

Este fenómeno normativo encuentra su explicación -que no justificación- en la organización territorial federal vigente en los EE.UU, que implica que existan *State Courts* (Tribunales estatales) y que éstos puedan contar con su propio sistema (*state court system*) separado del sistema federal (*federal court system*).

Entiéndase bien: en un mismo Estado coexistirán estos Tribunales estatales con los Tribunales federales, no siendo éstos siquiera los únicos posibles (municipales, por condados), pero ello sin compartir idéntica regulación procesal, pues la creación de normas procesales no es una material federalmente reservada por la Constitución

¹¹ Disponibles en la página web oficial www.uscourts.gov/file/rules-bankruptcy-procedure.

¹² FREY, M.A. y SWINSON, S. K.: *Introduction to bankruptcy law*, ed. Delmar, 2013, p. 23.

de los EE.UU, a diferencia de lo que sí restringe el art. 149.1.6° de la Constitución Española. Tanto es así que, incluso, dicha creación de normas procesales estatales se encuentra expresamente permitida en la *Rule 83* de las *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP), siempre y cuando no resulten *inconsistentes* con dichas FCRP¹³. Naturalmente, como era también de adivinar o prever, esta permisividad no ha hecho sino provocar una abundante proliferación de normas procesales y un marcado suspenso en cualquier tipo de *consistency test* con las FRCP que quiera hacerse¹⁴.

Por si este trasfondo de notable desconcierto jurisdiccional no fuera suficiente, resulta además que en el concreto ámbito del derecho procesal concursal -precisamente- esta difícil coexistencia ha sido objeto de una notoria polémica y, en última instancia, resuelta si bien para ello creándose sus propias y únicas especialidades jurisdiccionales.

En efecto, por los motivos que intentaremos exponer con la mayor claridad posible en el siguiente apartado, un concurso de acreedores (*bankruptcy proceeding*) no puede peticionarse ni seguirse ante una *State Court*, sino ante la figura *ad hoc* de los denominados *Bankruptcy Courts*, gobernados procesalmente no por las aludidas FRCP, sino por las ya citadas *Federal Rules of Bankruptcy Procedure* (FRBP); y en última instancia, sin poder escapar tampoco en este ámbito procesal a las consiguientes *local bankruptcy rules* que adopten los *District Courts*, debiendo sumar las *general orders* que estos mismos *District Courts* también pueden adoptar e, incluso, pudiendo llegar a extremos procesales tan *microscópicos* como las posibles especialidades procedimentales individualmente establecidas por cada Juez.

II. ESTRUCTURA JURISDICCIONAL EN EL DERECHO CONCURSAL ESTADOUNIDENSE: NORMAS PROCESALES, SISTEMA JUDICIAL Y PODERES.

Como es evidente, el derecho concursal no sólo puede ser analizado desde un punto de vista sustantivo, normalmente objeto de mayor atención mediática, sino también desde la óptica jurisdiccionalista. Esta doble perspectiva de estudio se hace especialmente necesaria en el particular y complejo sistema procesal concursal estadounidense.

En primer lugar, hemos llamado nuevamente nuestra atención sobre el Título 28 U.S.C. §2075, que ya hemos tenido ocasión de mencionar en el epígrafe anterior. Bajo dicho Título 28, de naturaleza puramente jurisdiccionalista al estar destinado a la regulación del *judiciary and judicial procedure*, su citada sección (§2075) concede determinadas potestades legislativo-procesales al Tribunal Supremo Federal de

13 Así lo explican, por todos, CARTER, J. H. y FELLAS, J.: *International Commercial Arbitration in New York*, ed. Oxford University Press, 2010, p. 42.

14 ROBERTS, D. M.: "The Myth of Uniformity in Federal Civil Procedure: Federal Civil Rule 83 and District Court Local Rulemaking Powers", *University of Puget Sound Law Review*, 1985, vol. 8.

los EE.UU en materia concursal: *to prescribe by general rules, the forms of process, writs, pleadings, and motions, and the practice and procedure in cases under title 11* (recuérdese que dicho Título 11 constituye el *Bankruptcy Code*). Bajo este mandato es como nacen las llamadas *Federal Rules of Bankruptcy Procedure* (FRBP), vigentes desde el 1 de agosto de 1983¹⁵.

Las FRBP se encuentran organizadas en nueve capítulos, todos ellos con el objeto de servir como las normas que regularán el concurso de acreedores: así por ejemplo, la parte I destinada al procedimiento y declaración de concurso, como lo hace el Título I de nuestra Ley Concursal; la parte II estando destinada a la elección del Administrador Concursal (*trustee*); la parte VII como una suerte de regulación especial aplicable sobre determinados incidentes concursales allí definidos, consistiendo en una adaptación o incluso remisión a las FRCP generales (del mismo modo que el carácter supletorio de la LEC sobre la Ley Concursal); o la parte VIII regulando el sistema de apelación, entre otros ejemplos.

Dicho lo cual, como complemento a las FRBP deberá estarse seguidamente a las apodadas *local bankruptcy rules*, tal y como dispone la Regla 9029 de las FRBP, véanse así -entre muchos otros ejemplos- las *local bankruptcy procedure rules* aplicables en el *Bankruptcy Court District of Massachusetts*¹⁶.

Dejando al margen la cuestionable idoneidad de no haberse reservado constitucionalmente la creación de normas procesales de manera uniforme y por ende solamente de tipo federal, ¿cuál es el sentido práctico de estas normas procesales adicionales? Según apunta LEVIN¹⁷, las mismas determinan las "peculiaridades locales procedimentales y de la práctica forense", aunque no podrán resultar "inconsistentes" -de nuevo se hace uso de esta abstracta fórmula- con las FRBP. Recuerda también el citado autor, y así puede comprobarse en las respectivas páginas web oficiales de cada *Bankruptcy Court*, la existencia complementaria -en una suerte de tercer nivel- de *general orders* adoptadas por dichos *Bankruptcy Courts* e incluso de normas individuales propias de cada Juez -cuarto y último nivel procedimental-.

Partiendo, pues, de este múltiple contexto normativo procesal (FRBP + *local bankruptcy rules* + *general orders* + *single-judge orders*), la segunda pregunta a hacerse gira en torno al propio sistema judicial (*bankruptcy court system*), de una complejidad insólitamente torpe.

En aras de poder comprender dicho *bankruptcy court system*, debemos retroceder un escalón conceptual previo: entender la dualidad existente entre (i) los tribunales

15 Sin perjuicio de las distintas reformas operadas sobre las FRBP, la última de éstas tuvo lugar el pasado 29 de abril de 2015, entrando en vigor el 1 de diciembre de ese mismo año.

16 Disponibles en su página web oficial: http://www.mab.uscourts.gov/pdffdocuments/localrules/OLR_06-2015.pdf.

17 LEVIN, R. B. en AA.VV.: *Fundamentals of bankruptcy law*, ed. Aliaba, 2010, p. 17.

cuya potestad jurisdiccional emana directamente del artículo III de la Constitución de los EE.UU, y (ii) todos aquellos Tribunales restantes y no creados con base en dicho precepto, sino sobre los artículos I o IV de la misma Constitución, siendo que estos últimos no gozan de las protecciones -nominación presidencial sujeta al Senado, cargo vitalicio, garantías salariales- de las que únicamente disponen los jueces del Artículo III (*Article III judges*)¹⁸. El debate legal sobre la constitucionalidad, cuando un juez *federal* no está protegido al amparo de las protecciones del citado Artículo III, no es ni mucho nuevo, pudiendo destacar los precedentes *American Insurance Company v. Canter* 26 U.S. 511 (1828) y *Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.* 59 U.S. 272 (1856).

La creación de la llamada *public rights doctrine*, a través de este último precedente, antes citado, ha sido mantenida a lo largo del siglo XX y como criterio para analizar la admisibilidad de los Tribunales no respaldados por el marco constitucional del Artículo III y de los propios poderes legislativos para su creación, si bien quedó superada por la posterior y actual doctrina de la *separación de poderes*. A este último respecto, como señala COFFIN¹⁹, no es necesario que un Tribunal cumpla con los requisitos del Artículo III, sino únicamente cuando se ejercita el poder *judicial* emanado de la Sección 2ª del Artículo III (*common law*, equidad o Derecho marítimo)²⁰.

En palabras de DODGE²¹, los *non-Article III tribunals* deben ser concebidos como órganos "no judiciales", es decir, como órganos pertenecientes al poder legislativo o incluso ejecutivo y no obstante su *nomen iuris* como Tribunal. Por lo demás, la política expansiva en la creación de *non-Article III tribunals* constituye un complejo y sempiterno debate político, como en el ámbito español existe -especialmente pero no siendo el único- el debate sobre la politizada elección de los miembros del Tribunal Constitucional, todo lo cual excede de los términos de este estudio.

Pues bien, pese a la existencia -o fruto- de todas estas polémicas, la *Bankruptcy Act Reform* de 1978 no tuvo mejor idea que conceder a los *bankruptcy judges* unos amplísimos poderes -judiciales- al amparo constitucional del Artículo III y, al mismo tiempo, no establecer su cargo de tipo vitalicio sino por un periodo de 14 años (*vid.* Título 28 U.S.C. §152). Todo ello, como era pronosticable, dio lugar al precedente *Northern Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipeline Co.* 458 U.S. 50 (1982), a través del cual el Tribunal Supremo Federal concluyó que unos jueces concursales

18 Estas protecciones exclusivas de los *Article III judges*, así como el poder que dispone el Congreso de los EE.UU para crear *non-Article III Courts* se explican por ATTANASIO, J. y GOLDSTEIN, J. K.: *Understanding Constitutional Law*, ed. Matthew Bender & Company Inc.: 2012, pp. 58 et seq.

19 COFFIN, K. G.: "Limiting Legislative Courts: Protecting Article III from Article I Evisceration", *Barry Law Review*, 2011, vol. 16.

20 Aunque con algunas excepciones, *vid.* *CFTC v. Schor* 478 U.S. 833 (1986).

21 DODGE, J.: "Reconceptualizing Non-Article III Tribunals", *Minnesota Law Review*, 2015, vol. 99.

federales sin cargo vitalicio no podían quedar facultados para ejercer tan amplios poderes judiciales concedidos (*vid.* derogado Título 28 U.S.C. § 1471), procediendo así a declarar la nulidad de todo el sistema judicial concursal introducido por aquella reforma de 1978.

Debido a la decretada nulidad sobre el sistema judicial concursal, por parte del Tribunal Supremo Federal, no se tuvo más remedio que adoptar una *Emergency Rule* como norma jurisdiccional temporal a propuesta de la *Judicial Conference* de los EE.UU (órgano relativamente similar a nuestro CGPJ) y cuyo poder emana del Título 28 U.S.C. § 331), por medio del cual los jueces concursales podrían -competencialmente- entrar a conocer sobre asuntos concursales (*core matters*) y únicamente *recomendar* respecto de aquellos asuntos no propiamente derivados del Derecho concursal (ej.: el divorcio del deudor), cuya resolución pasaba a ser enjuiciada por el *District Court* federal del correspondiente estado (existiendo un total de 94 *District Courts*, aproximadamente dos por estado), en tanto que estos Tribunales sí gozan de las protecciones constitucionales del Artículo III.

¿Cuál es la situación actual? La reforma concursal operada en 1984 (*BAFJA Act*), mencionada en el epígrafe introductorio, terminó por resolver esta inestable etapa normativa al establecer, en una propuesta similar a la mentada *Emergency Rule*, que los jueces concursales (*bankruptcy judges*) serían considerados una *unidad* del *District Court*, pasando a ser conocidos como el *Bankruptcy Court* integrado en el oportuno *District Court* (Título 28 U.S.C. § 151), así como reduciéndose su competencia objetiva para conocer sobre aquellas materias no concursales (*non-core proceedings*). Ello último sería logrado, conforme al Título 28 U.S.C. § 157(c)(1), mediante la fórmula de que los jueces concursales únicamente podrán remitir una propuesta de los hechos y conclusiones jurídicas al *District Court*, pero siendo el distinto *district judge* -y no el *bankruptcy judge*- el titular competente para resolver tales *non-core proceedings*. Ésta viene a ser, en esencia, la singular estructura dualista del sistema judicial concursal estadounidense.

Así pues, de conformidad con el Título 28 U.S.C. § 157(b)(3), el juez concursal (*bankruptcy judge*) determinará -siendo su resolución susceptible de apelación- si una materia puede considerarse o no propia del Derecho concursal (*core vs. non-core*), toda vez que el Título 28 U.S.C. § 157(b)(2) enumera -aunque sin efectos *numerus clausus*- una serie de asuntos definitivamente clasificables como *core*.

Tal y como recuerda Cook²², ha venido dándose un continuo debate jurídico sobre si este concepto (*core vs. non-core*) debería ser interpretado en un sentido amplio o bien en uno más limitado, siendo la primera de estas opciones la que parece ser más aceptada, según el autor citado. En todo caso, cabe apreciar cómo

22 Cook, M. L.: *Bankruptcy Litigation Manual*, ed. Wolters Kluwer Law & Business, 2014, pp. 120 y ss.

la delimitación del objeto del proceso (*petitum*) y su causa de pedir guardan una particular relevancia añadida en el transcurso de un concurso de acreedores en EE.UU.

Junto con dicha primera distinción a efectos competenciales, sobre si una materia puede considerarse o no propia del derecho concursal, a continuación debe notarse también en materia de competencia cómo el Título 28 U.S.C. § 1334 otorga ampliamente tanto (i) exclusiva jurisdicción y competencia objetiva -por materia- en favor de los *District Courts* sobre cualquier *bankruptcy case*, así como (ii) jurisdicción y competencia no-exclusivas en favor de los mismos *District Courts* sobre todos aquellos otros litigios civiles surgidos bajo el Bankruptcy Code, relacionados o con efectos sobre éste, ello último a gran diferencia de lo que viene sucediendo en el cuestionadamente limitado art. 8.1º de la Ley Concursal.

Esta amplitud competencial ha sido ensalzada²³ por evitar la dispersión de a través de su unificación ante el referido *District Court*, así como por su particular flexibilidad, pues permite a éste incluso *abstenerse* de conocer una determinada materia concursal de su competencia (sea ya ésta *core* o *non-core*). Al respecto de dicha especie de potestad de abstención competencial, la misma bien puede ser otorgada por el *District Court* de forma voluntaria (*permissive abstention*) conforme al Título 28 U.S.C. § 1334(c)(1) o de forma preceptiva -Título 28 U.S.C. § 1334(c)(2)-. Especial mención merece también el Título 28 U.S.C. § 1452, en tanto que permite la acumulación al concurso de procesos declarados *ex ante* con mucha mayor amplitud que el equivalente art. 51.1.11 de nuestra Ley Concursal.

¿Cuál es, entonces, la correcta inteligencia competencial que debe regir entre los *Bankruptcy Courts* y los *District Courts*, siendo ambos de tipo federal y siendo que los segundos ostentan formalmente la competencia exclusiva en *bankruptcy cases*? Siguiendo a GINSBERG, MARTIN y KELLEY²⁴, la clave reside en la ya comentada potestad dispositiva de los *District Courts* sobre su competencia (original) en materia concursal, para así "cederla" en favor de los *Bankruptcy Courts* (cuya competencia es por tanto cedida o derivada), quienes no obstante solamente podrán resolver asuntos propiamente de Derecho concursal (los aludidos *core proceedings*) según el ya citado Título 28 U.S.C. § 157(a).

Advertida esta dicotomía entre Tribunales, por lo demás puede decirse que un *bankruptcy court* opera como un tribunal ordinario y pese a su singular concepción como *unidad del District Court*²⁵.

23 BLUM, B. A., cit., pp. 132-133 et 151.

24 GINSBERG, R. E., MARTIN, R. D. y KELLEY, S. V.: *Ginsberg & Martin on Bankruptcy*, ed. Wolters Kluwer, 2015, p. 34.

25 LEVIN, R. B.: *Fundamentals*, cit., p. 27.

Con todo, en los últimos años el sistema judicial concursal estadounidense ha resultado una vez más puesto en entredicho constitucional, concretamente a raíz de *Stern v. Marshall* 564 U.S. (2011), por medio del cual el Tribunal Supremo Federal estableció que las partes tienen Derecho a que su demanda (*claim*) sea enjuiciada por un *federal district judge* cuando tal *petitum* no resulte plenamente conexa al concurso de acreedores, véanse supuestos de demanda reconventional (*counterclaim*) como sucedía en aquel afamado caso.

Así pues, tras la resolución de dicho precedente, los *Bankruptcy Courts* se han visto obligados a estudiar las denominadas *Stern claims* de cada caso concreto, en aras de valorar si cuanto menos podían ser tratadas como materias *non-core* sobre las cuales poder remitir una propuesta fáctica y conclusiones jurídicas por parte del *Bankruptcy Court* al *District Court* -Título 28 U.S.C. §157(c)(1)-, para que éste sea quien resuelva como verdadero órgano competente, conforme al sistema dual competencial que ya hemos explicado con anterioridad.

Dicho adecuamiento competencial en la forma de posibles materias *non-core* no fue confirmado sino hasta el precedente *Executive Benefits Insurance Agency v. Arkison*, 134 S.Ct. 2165, 189 L.Ed. 2d 83 (2014). Ha sido incluso con todavía mayor posterioridad, en *Wellness Int'l Network, Ltd. v. Sharif* 575 U.S. (2015), cuando el Tribunal Supremo Federal ha matizado que si las partes consienten voluntariamente que un *Bankruptcy Court* pueda resolver materias reservadas constitucionalmente al amparo de su Artículo III, entonces dicho precepto no puede considerarse vulnerado no obstante la falta de plenas garantías constitucionales de los correspondientes *bankruptcy judges*.

Para finalizar nuestro recorrido por el sistema judicial-federal concursal de los EE.UU, cuyo punto de partida -léase la primera instancia- resultan los susodichos *Bankruptcy Courts* considerados como una *unidad* dentro de cada uno de los 94 *District Courts*, en un siguiente nivel podemos encontrar los *Circuit Courts* como Tribunales de apelación, existiendo un total de 13²⁶.

Sin embargo, tales *Circuit Courts* solamente conocerán en sede de apelación aquellas resoluciones -también en materia concursal- dictadas por los *District Courts* (Título 28 U.S.C. §1291 y 1292), mientras que las apelaciones ejercitadas frente a las resoluciones concursales dictadas por los *Bankruptcy Courts* son resueltas precisamente por los *District Courts* conforme al Título 28 U.S.C. §158(a)(1). Vemos, pues, cómo de nuevo se continúa con un dualismo competencial también en la segunda instancia.

26 El *First Circuit Court*, por ejemplo, abarca los *Districts Courts* de Maine, Massachusetts, New Hampshire, Puerto Rico y Rhode Island, ello conforme al Título 28 U.S.C. §41.

Todavía más, existe una segunda peculiaridad en el régimen de apelación concursal, por cuanto aquellas apelaciones dirigidas frente a resoluciones de un *Bankruptcy Court* pueden ser conocidas por los llamados *Bankruptcy Appellate Panels* (formados por un total de tres jueces), cuya creación resulta potestativa en virtud del Título 28 U.S.C.158(b)(1).

Nos encontramos, así, ante un sistema competencial *alternativo* -con idéntico alcance competencial y territorial- para dirigir tales apelaciones a dicho *Bankruptcy Appellate Panel* en lugar de formularla frente al *District Court*²⁷, pero que sin embargo no está disponible -al ser su creación potestativa- en todos (13) los Circuit Courts²⁸. Por su parte, las propias resoluciones emitidas en apelación por tales *Bankruptcy Appellate Panels* podrán ser recurridas ante el propio *District Court* conforme al Título 28 U.S.C. §158(d)(1); de modo que cabría también afirmar que en aquellos *District Courts* donde se haya creado un *Bankruptcy Appellate Panel* se ha originado, a su vez, una suerte de régimen de apelación *doble o intermedio*.

En el más alto escalón se encuentra el Tribunal Supremo Federal -no debiendo confundirse con aquellos otros Tribunales Supremos estatales-, órgano jurisdiccional éste también disponible en el ámbito concursal estadounidense como sucede en el español (art. 197.7 de la Ley Concursal), siendo la técnica para su acceso conocida como *petition for writ of certiorari*, consistente en una petición para una plena *revisión* del pleito en esta última instancia.

III. OBJETO, PRESUPUESTOS Y NATURALEZA DEL CONCURSO VOLUNTARIO.

Al igual que sucede con el *binomio* de concurso voluntario y necesario existente en nuestra Ley Concursal, idéntica dualidad tiene lugar en el Derecho concursal estadounidense: *voluntary e involuntary bankruptcy filings*. Todo ello, a la postre, no viene a significar sino -traducido en apropiada terminología procesal- una distinción del tipo de legitimación activa del solicitante del concurso.

La solicitud de concurso voluntario se confecciona a través de un formulario oficial (*Rule 9009 FRBP*), sin mediar requisito de postulación alguno (*Rule 9010 FRBP*). Ello no quita que, en la práctica, resulte necesario una adecuada dirección letrada, véase para cumplimentar toda la documentación que debe acompañar a dicha solicitud (*Rule 1007 FRBP*, equivalente a nuestro art. 6 de la Ley Concursal). Por su parte, a diferencia de la exención objetiva en el pago de la llamada *tasa judicial* aquí establecida sobre la demanda de concurso voluntario, huelga advertir que en el ámbito estadounidense la misma -*filing fee*- no se encuentra exenta -*vid.* Título 28

27 LEVIN, R. B.: *Fundamentals*, cit., p. 67.

28 Es el caso del *Second Circuit Court*, según recuerda RALPH MECHAM, L.: *Judicial Business of the United States Courts*, ed. Government Printing Office, 2008, p. 135.

U.S.C. §1930(a)-, sin perjuicio del fraccionamiento sobre su pago o su excepcional exención (*Rule 1006 FRBP*).

Así las cosas, en primer lugar, debe notarse que el término insolvencia -*bankruptcy*- no aparece definido en el Título 11 U.S.C. §101 (que recoge las *definitions*), a diferencia de lo que en mayor o menor medida sí prevé nuestro art. 2 de la Ley Concursal a modo de presupuesto objetivo del concurso. Tanto es así que, en puridad, una persona física *solvente* puede solicitar su concurso en EE.UU incluso interesando la vía liquidadora (*Chapter 7*). Ante dicha patente omisión sobre el presupuesto objetivo del concurso, debemos considerar sustituir la tradicional pregunta sobre qué entender por *bankruptcy* a cambio de (i) cuál es el objeto del concurso de persona física en EE.UU y (ii) quién reúne los presupuestos para su solicitud.

La primera de estas preguntas -el objeto del concurso de persona física- fue contundentemente contestado en *Grogan v. Garner* 498 U.S. 279 (1991): conceder un *fresh start* a aquellos sujetos adjetivamente calificables como *honest but unfortunate debtors*, léase deudores de buena fe. Para lograr dicho objetivo, según se recuerda posteriormente en *Marrama v. Citizens Bank of Mass.* 549 U.S. 365 (2007), podrá acudir a los distintos mecanismos contenidos en el Bankruptcy Code, ya sea una liquidación concursal o bien la reestructuración del pasivo del deudor.

Por el contrario, tan previsible propósito brilla por su ausencia en la Exposición de Motivos de nuestra Ley Concursal, más allá de referirse a que el convenio es la *solución normal* del concurso (*vid.* Exponendo VI), anhelo éste que cualquier conocedor de la -hasta ahora- práctica forense concursal sólo puede encontrar irónico. Dicha omisión ha sido al menos formalmente corregida mediante el intenso *periodo reformista* concursal español (años 2013 a 2015), véase así por ejemplo el Preámbulo I de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

Respecto de la segunda pregunta a plantearse -quién reúne los presupuestos para solicitar el concurso de persona física-, debemos acudir a las *eligibility rules* contenidas en el Título 11 U.S.C. §109, que genéricamente exigen reunir la condición de "persona", en el bien entendido sentido de que se deberá cumplir con la norma definitoria concursalmente de "persona", antes ya referidas -concretamente en el Título 11 U.S.C. §101(41)-, siendo que la persona física así lo cumple.

Junto con lo anterior, no debe olvidarse el criterio -procesal- de competencia recogido igualmente a modo de presupuesto subjetivo, establecido en laxos términos en el Título 11 U.S.C. §109(a), exigiendo así que el deudor deba residir, tener un domicilio, un negocio y/o bien ser propietario de un bien inmueble en los EE.UU. En definitiva, se debe acreditar un nexo causal que justifique una solicitud de concurso bajo su ordenamiento jurídico y sin perjuicio de las ya comentadas

especialidades procesales y sustantivas -sobre todo en materia de protección de activos o *exemption laws*- existentes en diversos Estados.

Asimismo, por su singularidad, regulación aparte ha merecido el presupuesto subjetivo general establecido en el Título 11.U.S.C.11 U.S.C.§109(g), que prohíbe lo que se conoce como *filing abuse*, esto es, el abuso del concurso con fines fraudulentos frente a los acreedores. Este hipotético abuso del concurso, en nuestro ordenamiento, se nos presenta más complicado en tanto que sí existe un presupuesto objetivo de la insolvencia definido y enjuiciado *ab initio* (art. 14 de la Ley Concursal), así como por las propias garantías -intervención o suspensión de las facultades del deudor; sujeto al órgano de la Administración Concursal- que prevé la Ley Concursal en favor de los acreedores.

Por último, el Título 11 U.S.C.§109(h) cierra el elenco de presupuestos subjetivos *generales* con uno muy peculiar; solamente aplicable a la persona física, introducido en la reforma concursal de 2005 (BAPCPA): con carácter previo a solicitar el concurso voluntario y, como norma general, dicha persona física deberá recibir lo que se conoce como *credit counseling* -asesoramiento crediticio- por parte de alguna de las agencias a tal fin creadas (*vid.* Título 11 U.S.C.§111), ello dentro del plazo *ex ante* de los 180 días previos a la fecha de su solicitud de concurso y bajo una suerte de ánimo educacional sobre el -así visto- desdichado deudor.

Se ha de reseñar que, para mayor flexibilidad, la práctica forense²⁹ admite que dicho asesoramiento tenga lugar incluso el mismo día -aunque *stricto sensu* con ligera anterioridad- de la presentación de la solicitud de concurso. No existiendo un equivante en nuestra Ley Concursal, siquiera en el ámbito del derecho preconcursal, el precepto teleológicamente más cercano se encuentra en el art. 178.bis.3.3° de la Ley Concursal, que exige al sujeto que reúna los presupuestos para solicitar un acuerdo extrajudicial de pagos así hacerlo, so pena de no considerársele deudor de *buena fe* y con ello negarle la exención concursalista de deudas allí regulada.

Superado este característico *cuadruple* presupuesto subjetivo general (*intuitu personae*-competencial-antiabusivo-educacional) del concurso, y no existiendo un presupuesto objetivo definitorio de la insolvencia como tal -ya se ha dicho que hasta el sujeto solvente puede solicitar su concurso por liquidación-, a continuación el mismo Título 11 U.S.C.§109 se subdivide en ciertos presupuestos subjetivos *especiales* en función del concreto *Chapter* que pretenda solicitarse.

Comenzando así por las solicitudes de concurso de persona física interesando la liquidación (*Chapter 7 filings*), de lejos las más prolíficas -un 66% en 2014³⁰-, lo cierto

29 *Vid. In re Warren*, 339 B.R. 475 (Bankr. E.D.Ark. 2006).

30 GERDANO, S. J.: *The 2015 Bankruptcy Yearbook & Almanac*, ed. Kerry A. Mastroianni, 2015, pp. 2 y 3.

es que junto con los presupuestos subjetivos *general* y *competencial* antes referidos no existe ninguna otra restricción subjetiva sobre las personas físicas, no así en el caso de ciertas personas jurídicas que sí se ven excluidas expresamente del Chapter 7 (aseguradoras, entidades financieras), *vid.* así Título 11 U.S.C. §109(b).

En siguiente lugar, en cuanto al *Chapter 11* (reorganización de deudas), sus especiales presupuestos subjetivos se encuentran recogidos en el Título 11 U.S.C. §109(d), que entre otros se remite a los del ya aludido *Chapter 7*. Con todo, el Tribunal Supremo tuvo que confirmar en *Toibb v. Radloff* 501 U.S. 157 (1991) que las personas físicas -y no solamente las jurídicas- podía igualmente optar por dicho Capítulo. Como más adelante se dirá, se trata ésta de una opción estadísticamente atípica entre las personas físicas, pero que podría resultar conveniente en aquellas con una masa pasiva particularmente elevada. De igual modo, para las personas físicas empresarios -*small business cases*-, según su definición el Título 11 U.S.C. §101(51)(D)(A), también puede resultar una vía concursal adecuada.

Frente a la amplitud en el presupuesto subjetivo de los aludidos *Chapters 7* y *11*, como ya se deduce por su nombre el *Chapter 12* (reestructuración de deuda de granjeros y pescadores) está obviamente limitado a aquellos sujetos que cumplan -de nuevo- con la pertinente definición legal de *family farmer* -Título 11 U.S.C. §101(18)(A)-, *family fishermen* -11 U.S.C. §101(19)(A)- o bien *farmer* -11 U.S.C. §101(20)-, que pueden incluir tanto personas físicas como jurídicas, en función de los distintos requisitos aplicables a cada una de estas definiciones, así como en función también de los límites cuantitativos sobre el pasivo -algo así como nuestro art. 190 de la Ley Concursal- actualizados cada tres años por la *Judicial Conference*, mediante la publicación del llamado *Revision of Certain Dollar Amounts in the Bankruptcy Code*³¹. Ante la singularidad del *Chapter 12*, no es de extrañar que en 2014 únicamente se declararan 361 concursos por esta específica vía sustantiva y procedimental, siendo además que solamente una de estas 361 declaraciones resultó ser de persona física. Por lo demás, huelga recordar que no existe *ius singulare* alguno en nuestro ordenamiento jurídico concursalista equivalente al *Chapter 12*.

Siguiendo con el orden numeral del *Bankruptcy Code*, en el ámbito de la persona física finalmente debe estarse al emblemático *Chapter 13* (reestructuración de deuda), única y exclusivamente apto para personas físicas y que, además, cuenten con ingresos regulares (*regular income*). Junto con lo anterior, el Título 11 U.S.C. §109(e) establece asimismo unos límites cuantitativos sobre el pasivo, importes estos que de nuevo se encuentran sujetos a su actualización cada tres años por parte de la *Judicial Conference*, mediante la ya referida *Revision of Certain Dollar Amounts in the Bankruptcy Code*.

31 Datando la última publicación de 22 de febrero de 2016, disponible en <http://regulations.justia.com/regulations/fedreg/2016/02/22/2016-03607.html>.

Los últimos límites cuantitativos, publicados por la *Judicial Conference* -*vid.* primera cita al respecto- el pasado 22 de febrero de 2016 y aplicables desde el 1 de abril de 2016, ascienden a 394.725 \$ en *unsecured debts* (créditos no garantizados) y 1.184.200 \$ en *secured debts* (créditos con garantía real, identificables con nuestro art. 90.I.1° de la Ley Concursal). ¿Cuál es, entonces, la alternativa para aquellos deudores persona física con un pasivo superior a uno u otro límite? Sencillamente, sólo podrán optar por solicitar su concurso por la vía liquidadora del *Chapter 7* o bien a través de aquellas otras alternativas no-liquidadoras de los *Chapters 11* y -cuando aplicable- 12.

Podría decirse, *mutatis mutandis*, que el *Chapter 13* encuentra su equivalente en nuestro Convenio Concursal, sólo que la Ley Concursal contiene un único y más reducido cuerpo uniforme de normas relativas a dicho convenio concursal, con independencia del tipo del deudor y sin perjuicio de alguna concreta especialidad respecto de las personas jurídicas (*vid.* art. 100.2 de la Ley Concursal). Dicho de otro modo, no se encuentra -criticablemente- una separabilidad normativa tan desarrollada como la existente entre las distintas vías solutorias apreciables en los *Chapters 11*, 12 y 13.

¿Cuál es la correcta inteligencia que debe regir entre todo este recorrido presupuestario del Título 11 U.S.C. §109 y la admisión de la solicitud de concurso voluntario? Partiendo contaminadamente de nuestro sistema procesal concursal, intuitivamente podría concluirse que el incumplimiento de alguno de tales presupuestos subjetivos -generales y aquellos especiales aplicables- supondrá la desestimación de la *petitum* de concurso voluntario (art. 14 de la Ley Concursal) cuando no sea posible su subsanación (*vid.* art. 13.2 del mismo cuerpo legal).

Pues bien, frente a dicha presumible creencia, el elemento procesal fundamental aquí existente es que la solicitud de concurso voluntario en EE.UU guarda efectos constitutivos *ab initio*, es decir; desde su misma presentación y sin tener que aguardar a declaración judicial alguna. Tal y como irónicamente visualiza JORDAN TABB³², el deudor no ha presentado su solicitud de concurso ante un cajero del Burger King, por lo que válidamente habrá invocado su derecho al orden jurisdiccional federal y así a los efectos del concurso, entre otros su llamada *automatic stay* -una suerte de paralización de las acciones individuales análoga a los arts. 50 a 58 de la Ley Concursal, que más adelante se explicará- y que por ello mismo recibe dicho apelativo de automaticidad. Cuestión distinta, naturalmente, es que con posterioridad a tal solicitud de concurso ésta pueda verse archivada -revocada si se prefiere- y además con posibles efectos retroactivos.

32 JORDAN TABB, C.: *Law of Bankruptcy*, ed. West Academic Publishing, 2014, p. 131.
En el mismo sentido, *vid. In re Tomco* 339 B.R. 145 (Bankr. W.D. Pa. 2006).

En definitiva, debe partirse del concepto de que es la propia solicitud de concurso voluntario la que constituye el equivalente a su declaración constitutiva, su comienzo, desde el mismo momento en que el oficial (*clerk*) del Juzgado recibe la solicitud del concurso voluntario (*Rule 1002(a) FRBP*) y sella ya la misma³³.

¿Existe, entonces, algún posible límite al previsible abuso de solicitar el concurso voluntario para el inmediato aunque temporal beneficio de sus efectos automáticos? En el precedente estatal *In re Elmendorf* 345 B.R. 486 (*Bankr. S.D.N.Y. 2006*), se consideró aceptable el uso de la distinta herramienta procesal de la *inadmisión* (*striking*) en aras de evitar dicho comienzo automático del concurso y sus efectos con la mera solicitud³⁴.

En cualquier caso, mientras que la *inadmisión* (*striking*) no producirá efectos de litispendencia (*pendency*), con la ulterior revocación o archivo (*dismissal*) el concurso de acreedores no deja de haber existido durante un cierto periodo de tiempo, luego revocado con efectos retroactivos.

La declaración constitutiva del concurso que trae consigo, *per se*, la mera presentación de la solicitud de concurso voluntario, encierra una segunda consecuencia jurídico-procesal, cual es la propia naturaleza del concurso, que por tal motivo no puede calificarse de contenciosa sino como perteneciente a la jurisdicción voluntaria³⁵. Todo ello, como puede apreciarse, a gran diferencia de nuestro proceso concursal de naturaleza contenciosa, si bien no desconocemos que algunos autores procesalistas³⁶ han defendido que todo lo que transcurra a partir del Auto declarativo de concurso (art. 21 de la Ley Concursal) también participa de una naturaleza de jurisdicción voluntaria, debate este otro que excede del presente estudio.

¿Es el concurso voluntario de acreedores estadounidense permanentemente no-contencioso? A la vista de su extensa y variada tramitación procedimental, no cabe detenerse en dicha solicitud de concurso primigenia sino también en sus posteriores hitos, sirva a modo de ejemplo, los potenciales *adversary proceedings* regulados en *Part VII* de las FRBP. En consecuencia, resulta más preciso admitir un punto de partida no-contencioso del concurso, razón por la que aquí hemos venido refiriéndonos a su *solicitud* en lugar de su *demanda*, pero sin que ello elimine su potencial conversión en contencioso, en función del recorrido concreto de su *iter* procedimental.

33 JORDAN TABB, C.: *Law*, cit., p. 137.

34 Así lo explica SATORIUS, J.: "Strike or Dismiss: Interpretation of the BAPCPA 109(h) Credit Counseling Requirement", *Fordham Law Review*, 2007, vol. 75.

35 PFANDER, J. E. y BIRK, D. D.: "Article III Judicial Power, the Adverse-Party Requirement, and Non-Contentious Jurisdiction", *Yale Law Journal*, 2015, vol. 124, no. 5.

36 Para un resumen concentrado de tales posturas, vid. DAMIÁN MORENO, J. en AA.VV.: *Derecho procesal concursal*, ed. Marcial Pons, 2008, p. 157.

IV. ESPECIAL LEGITIMACIÓN Y PRESUPUESTOS EN EL CONCURSO NECESARIO (*INVOLUNTARY FILINGS*).

A diferencia de lo que acontece en nuestra Ley Concursal, la solicitud de concurso necesario (*involuntary filing*) únicamente puede iniciar su tramitación bajo el procedimiento liquidador del *Chapter 7*, o bien bajo aquel otro de reorganización de deudas previsto en el *Chapter 11*, quedando así expresamente excluidos los *Chapters 12 y 13 -vid. Título 11 U.S.C. §303(a)-*, así como en parte desactivados los presupuestos subjetivos del Título 11 U.S.C. §109 antes analizados.

No obstante, pese a dicho prefijado inicio procedimental y sin perjuicio de la posible oposición frente a la propia solicitud de concurso necesario, el deudor tiene la posibilidad de demandar una *conversión* del procedimiento liquidador (*Chapter 7*) en aquel otro de reestructuración de deuda de persona física (*Chapter 13*), según dispone el Título 11 U.S.C. §706.

Junto con dichas limitaciones procedimentales, el concurso necesario en su integridad se encuentra directamente restringido al legítimo acreedor -en su derecho de acción- frente a *farmers y family farmers*, no siendo legalmente posible solicitar el concurso necesario de cualquiera de éstos. De igual modo, tampoco una solicitud acumulativa de peticiones de concurso (*joint case*) es posible por parte del acreedor a diferencia de nuestro art. 25.2 y 25.3 de la Ley Concursal. Nos encontramos, pues, con que también el presupuesto subjetivo *intuitu personae* se ve igualmente sustituido o cuanto menos limitado.

A la vista de estas excepciones o alteraciones sobre los presupuestos subjetivos del concurso, no es aventurado preguntarse ¿existe también alguna variación en el presupuesto objetivo del concurso?

Siendo que éste resulta inexistente bajo el prisma del concurso voluntario, en el sentido de que la insolvencia no venía definida al punto de que un sujeto solvente puede solicitar su liquidación concursal, nos encontramos con que en el ámbito del concurso necesario existe un mínimo de pasivo exigido -Título 11 U.S.C. §303(b)-, actualmente fijado en 15.775\$ de lo que sería pasivo 'ordinario' (no garantizado con cargas reales), según la última *Revision of Certain Dollar Amounts in the Bankruptcy Code* de la *Judicial Conference*, de 22 de febrero de 2016. Podría deducirse, por tanto, que la legislación concursal no considera insolvente a aquel sujeto con un pasivo ordinario inferior a dicha cuantía, pues sencillamente no existe un derecho de acción para solicitar el concurso necesario frente al mismo.

Junto con todas estas restricciones sobre el derecho de acción, aún más atípico se nos hace el establecimiento de un litisconsorcio activo necesario (*compulsory joinder*), proscrito en nuestro ordenamiento procesal, para poder solicitar un

concurso necesario. En efecto, el Título 11 U.S.C. §303(b) requiere que un total de tres acreedores formulen dicha petición de concurso necesario siempre que el deudor tenga un pasivo compuesto por más de 12 acreedores. Solamente de ostentar una masa pasiva con un número de acreedores menor a 12, entonces desaparece dicho litisconsorcio activo y es posible la solicitud por uno de ellos.

Para finalizar, y si de la solicitud de concurso voluntario (epígrafe anterior) cabía extraer una naturaleza no contenciosa, ¿qué ocurre en el contexto de una solicitud de concurso necesario (*involuntary bankruptcy filing*)?

Aunque aquí se prevé un trámite previo de posible oposición del deudor (*Rules 1011 y 1013 FRBP*), así como dicha solicitud no constituye una *order for relief*³⁷ (declaración de concurso) por sí misma, no menos cierto es que tal solicitud de concurso necesario igualmente adelanta ciertos efectos del concurso durante este llamado *gap period* hasta que dicha declaración tenga lugar judicialmente, tales como la *automatic stay* (paralización de acciones y ejecuciones) o la creación de una masa activa (*bankruptcy estate*). Por todo lo cual, de nuevo, su naturaleza parece también identificable con la de la iniciación de un expediente de jurisdicción voluntaria, sin perjuicio de su potencial conversión en contencioso.

V. EFECTOS PRINCIPALES PARA LA PROTECCIÓN DEL CONCURSADO PERSONA FÍSICA: AUTOMATIC STAY & EXEMPTION LAWS.

I. Automatic stay.

Como ya se ha tenido ocasión de exponer, cualquier tipo de solicitud de concurso trae consigo -per se- el antes citado efecto de la *automatic stay* (espera o suspensión automática), homólogo a nuestros arts. 50 a 57 de la Ley Concursal, incluyendo una análoga prohibición de compensación (*vid.* art. 58 del mismo cuerpo legal), según determina el Título 11 U.S.C. §301 y el extenso 362(a).

La *automatic stay* supone, en esencia, una orden judicial (*injunction*) declarando la prohibición de ejercer acciones legales contra los activos del deudor durante su concurso, incluso su continuación a diferencia de nuestro actual art. 51 de la Ley Concursal, siendo extensiva dicha prohibición frente a cualquier tipo de reclamación (*claim*), según su amplia definición en el Título 11 U.S.C. §101(5). Por su parte, el Título 11 U.S.C. §362(a)(4) y (5) prohíben la creación o ejecución de todo tipo de garantía frente a la masa activa, toda vez que el Título 11 U.S.C. §362(c)(3) limita su duración temporal a 30 días cuando una previa solicitud de concurso hubiera

mediado en el año anterior y dicho concurso hubiera sido posteriormente revocado o archivado (*dismissed*)³⁸.

Cualquier acción declarativa o ejecutiva, iniciada o continuada, judicial o extrajudicial, que fuera ejercitada y contraria a dicha *automatic stay* resultará inmediatamente nula (*void*)³⁹, ahora bien, siempre que la misma no se encuentre dentro de las -también amplias- excepciones del Título 11 U.S.C. §362(b). A este último respecto, es de notar cómo dichas excepciones aglutinan variadamente desde cualquier proceso penal, que bien puede iniciarse o continuar con su tramitación, así como la continuación ejecutiva de un desahucio (*eviction*) resuelto (*judgment for possession*) con anterioridad al concurso, en detrimento del deudor concursado.

Junto con ello, la reforma concursal de 1994 introdujo notables excepciones a dicha *automatic stay*, concretamente en favor de los acreedores titulares de garantías reales sobre inmuebles. En este sentido, el Título 11 U.S.C. §362(d) permite una liberación (*relief from the automatic stay*) salvo que el deudor pueda cumplir con los requisitos establecidos en dicho precepto, básicamente que haya presentado un plan de pagos de previsible e inmediato cumplimiento, o bien comience a realizar pagos mensuales a dicho acreedor. Según resume BAIRD⁴⁰, el espíritu de ambas previsiones no es otro que el deudor sea capaz de demostrar su liquidez a corto plazo.

En cualquier caso, debe dejarse claro que una solicitud (*motion for relief*) del levantamiento de la *automatic stay* puede instarse por cualquier tipo de acreedor, de forma justificada, también por aquellos que no titulen garantía alguna (*unsecured creditors*), dándose previa audiencia del deudor (*response*) y la Administración Concursal para su posible oposición, con celebración de vista, antes de ser resuelta su petición.

¿Y en materia de ejecuciones hipotecarias (*foreclosure*) sobre la vivienda? Aunque éstas no aparecen inicialmente excluidas de la *automatic stay*, el acreedor hipotecario bien puede formular la mentada *motion for relief* basándose sencillamente en el -posible- adeudo ya existente sobre el préstamo hipotecario, si es que dicho adeudo tampoco consigue ser subsanado durante el concurso, en un tratamiento del crédito hipotecario sin equivalente en nuestro ordenamiento (*vid.* art. 90.1.1º de la Ley Concursal), pero que nos recuerda al art. 62.1 de la Ley Concursal relativo a los contratos sinalagmático funcionales de tracto sucesivo. Otra justificación habitual, para la concesión de la *motion for relief*, suele recaer en la propia solicitud de concurso, cuando de ésta se pueda deducir que el deudor no tiene como finalidad

38 Si el número de solicitudes de concurso archivadas o revocadas fuera superior, dentro de dicho mismo periodo, entonces directamente no se despliega ningún efecto de *automatic stay* -Título 11 U.S.C. §362(c)(4)(A)-.

39 Dicho efecto de inmediata nulidad se estableció tan pronto como en *Kalb v. Feuerstein* 308 U.S. 433 (1940).

40 BAIRD, D. G.: *Elements of bankruptcy*, ed. Foundation Press, 2014, p. 204.

mantener dicho activo, sino que prefiere librarse del mismo y con ello de su deuda garantizada.

Por otro lado, una solución intermedia consiste en suscribir la llamada *mortgage reaffirmation*, que no es sino una renuncia parcial -Título 11 U.S.C. §524(f)- de la exoneración de deudas (*discharge*) respecto de dicho crédito concreto, sujeta a control judicial, con el objeto de mantener la propiedad del activo garantizado y proseguir con los respectivos pagos periódicos de tal deuda no exonerada. Naturalmente, en caso de segundas y ulteriores cargas hipotecarias, ningún sentido tendría renunciar a la exoneración del primer préstamo hipotecario y en cambio ignorar las restantes garantías reales, pues incluso habiendo quedado éstas integradas dentro del *discharge* personal, por el contrario el *ius in re* del acreedor -y ésta es la clave- se mantiene incólume con independencia de dicha exoneración meramente *obligacional* frente al deudor.

En cualquier caso, obsérvese que el polémico sistema conceptual del bien necesario -antes *afecto*- a la actividad empresarial (arts. 55 y 56 de la Ley Concursal) guarda una mayor rigidez que el allí seguido, lo que a la postre restringe un mayor elenco de opciones al deudor hipotecario -especialmente si su voluntad es la de mantener el bien garantizado-, además de anticiparse estos efectos desde la misma solicitud de concurso.

2. Exemption laws.

Comoquiera que la solicitud de concurso provoca efectos constitutivos inmediatos, la consiguiente masa activa -*bankruptcy estate*- también nace de forma automática de acuerdo con el Título 11 U.S.C. §541.

Sin embargo, conforme ya hemos anticipado en el primer epígrafe, las denominadas *exemption laws* -con infinita mayor amplitud que nuestro art. 76.2 de la Ley Concursal- juegan un rol fundamental en esta materia, en tanto que excluyen de dicha masa activa un predeterminado importe *valorativo* sobre determinados bienes patrimoniales del deudor -comenzando por su vivienda-, lo que otorga a éste un escenario concursal completamente distinto al aquí conocido. Estas peticiones de exención-protección deberán demandarse en la propia solicitud de concurso o dentro de los 14 días siguientes (*Rules* 1007 y 4003 FRBP).

Por su capital importancia -y aliciente- respecto de la persona física concursada, tanto en escenarios de liquidación (evitando la venta del bien o garantizándole el ingreso de ésta) como de reestructuración de deuda (influyendo en el importe mínimo a devolver mediante el Plan de pagos), merece la pena detenerse algo más en el particular funcionamiento de estas llamadas *exemption laws*.

Aunque el *Bankruptcy Code* ya contiene su propia lista de *exemptions* -*vid.* Título 11 U.S.C. §522(d)-, incluyendo sobre la vivienda del deudor, como ya se ha advertido (*vid.* primer epígrafe) deberá estarse a la correspondiente *state exemption law*, resultando aquella existente en Florida la más afamada por sus elevados beneficios en favor del deudor. En efecto, repárese en cómo el Artículo X, Sección 4ª, de la Constitución del Estado de Florida, otorga una exención cuantitativamente ilimitada sobre el valor de mercado de la vivienda del deudor; ya se trate ésta de una mansión con todo lujo incorporado.

Frente a ello, para evitar posibles abusos, el Título 11 U.S.C. §522(b)(3)(A) exige al deudor haber establecido su residencia en el Estado a cuya *exemption law* pretenda acogerse, con al menos dos años de anterioridad a la solicitud de concurso. Asimismo, el Título 11 U.S.C. §522(p) estableció un límite cuantitativo respecto del valor protegido de dicha vivienda, actualmente fijado en 160.375\$ desde el pasado 22 de febrero de 2016 por parte de la *Judicial Conference* -ya citada su publicación online-, pero que sólo se aplicará si tal vivienda fue adquirida dentro de los 1215 días anteriores a la solicitud de concurso.

Para comprender correctamente el funcionamiento de las *exemption laws*, sea la federal o cualquiera de las estatales, debe asumirse la noción de que la exención no recae sobre el bien como tal, sino en su *cuota de valor de mercado exenta*; la masa activa del concurso, por tanto, sólo tendrá Derecho a aquel posible sobrante de valor existente⁴¹.

En concursos de persona física acumulados (*joint cases*), los cónyuges deberán llegar a un acuerdo en la elección de la legislación aplicable, optándose en defecto de acuerdo por aquella federal -Título 11 U.S.C. §522(b)(1)- y, en todo caso, doblándose tal cuota de valor de mercado exenta -Título 11 U.S.C. §522(m)-.

Dicho énfasis sobre el valor y no sobre el mismo bien en sí explica asimismo, por ejemplo, la posibilidad de utilizar la llamada *wild card* -Título 11 U.S.C. §522(d)(5)-, que sencillamente consiste en utilizar aquellas *cuotas de valor exentas y no utilizadas por el deudor* sobre activos en principio sin cuota de exención alguna, o bien con una cuota que no alcance a cubrir la totalidad de su valor de mercado.

Con todo, este peculiar sistema de *exemptions* resulta completamente estéril en aquellos bienes cuyo *equity* o valor de mercado -por su depreciación- se encuentre ya por debajo de cero, pues en tal caso nada hay que eximir o proteger. De igual modo, tampoco eliminan la obligación de seguir atendiendo los pagos del acreedor titular de aquellas posibles garantías reales que pesaran sobre un determinado bien, véase el clásico ejemplo del acreedor hipotecario, sin que la liquidación concursal

41 *Vid.* Schwab v. Reilly 560 U.S. (2010).

(Chapter 7) o el convenio (Chapter 13) dispongan de mecanismos para evitar su ejecución (*foreclosure*), más allá de la ya referida *automatic stay* e igualmente limitada.

Para finalizar, veamos con un ejemplo sencillo su funcionamiento: imagínese que un bien inmueble -vivienda- tiene un valor de mercado de 100.000\$ y se encuentra libre de cargas, toda vez que la pertinente *exemption law* aplicable solamente prevé una exención valorativa de hasta 80.000\$.

Ello significaría, por tanto, que en un escenario de liquidación concursal (Chapter 7) el Administrador Concursal estaría legitimado para intentar su enajenación pues existe un *equity* (valor de mercado) no cubierto por la exención. Si se produce dicha venta, abonará al deudor el importe valorativo de su exención y el sobrante (20.000\$) corresponderá al *bankruptcy estate* (masa activa).

Por el contrario, en un escenario de convenio (Chapter 13) la importancia de las *exemption laws* radica a *contrario sensu*: el importe total *no exento* actúa como mínimo que debe ser abonado, pues los acreedores no pueden recibir menos de lo que presumiblemente recibirían en liquidación concursal.

VI. SÍNTESIS DE LAS VÍAS PROCEDIMENTALES CONCURSALES DISPONIBLES PARA LA PERSONA FÍSICA: CHAPTERS 7, 11, 12 Y 13 DEL BANKRUPTCY CODE.

No se descubre nada al calificar de rotundo fracaso el tratamiento de la insolvencia de persona física bajo nuestra Ley Concursal. Las estadísticas oficiales dan buena fe de ello, siendo que en el año 2015, de un total de 5.510 declaraciones de concurso, solamente 769 correspondieron a personas físicas (594 de éstas *no empresarias*)⁴².

Este marcado desbalance estadístico entre los concursos de personas físicas y jurídicas, que puede identificarse en cualquiera de los datos relativos a años anteriores, no trae causa precisamente de una sociedad española pudiente, menos aún durante los años de la consabida crisis económica española y el grave fenómeno del sobreendeudamiento hipotecario, sino de una *lex concursalis* endémicamente estéril para encontrar soluciones a la insolvencia del individuo.

Por el contrario, en el derecho concursal estadounidense la tendencia estadística es justamente la opuesta. En este sentido, las declaraciones de concurso *non-business* (personas físicas) han venido siendo mayoría desde 1985 hasta nuestros días. Así por ejemplo, en 2014 se declararon en EE.UU un total de 909.812 concursos *non-business*, frente a los 26.983 *business bankruptcy filings*⁴³.

42 Vid. así los datos oficiales del INE, disponibles en <http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epcpro0015.pdf>.

43 Estadísticas reflejadas por GERDANO, S. J.: *The 2015 Bankruptcy*, cit., pp. 4 et. 22.

I. Chapter 7: liquidación concursal.

Ya se ha tenido oportunidad de mencionar que las solicitudes de liquidación concursal (*Chapter 7 filings*) representan la mayoría -un 66% en 2014- de los concursos de persona física.

Tal y como sucede en nuestra homóloga Fase de liquidación (arts. 142 y ss. de la Ley Concursal), el objeto del *Chapter 7* no es otro que proceder a la liquidación de los activos del deudor no exentos (*non-exempt assets*), ello por parte del Administrador Concursal y conforme a su discrecional criterio. Respecto del concepto de *non-exempt assets*, debemos remitirnos a lo antes ya expuesto en materia de *exemption laws* -*vid.* epígrafe correspondiente- y cómo una adecuada estrategia en la utilización de dichos importes valorativos exentos pueden extraer de la enajenación concursal determinados activos totalmente exentos o, al menos, que el deudor reciba buena parte del precio de su venta.

En cuanto al orden legal de pagos (*priority rules*) a seguir tras la conversión en dinero de aquellos activos liquidados, establecido en el Título 11 U.S.C. §507 -por remisión del §726-, entre los créditos ordinarios (*unsecured claims*) existe un rango privilegiado de hasta diez tipos concretos de créditos en función de su origen o naturaleza, siendo el primero de ellos en el orden jerárquico las obligaciones por alimentos. En consecuencia, podría decirse que estos créditos no garantizados, pero prioritarios, acaban siendo tratados como una suerte de créditos con privilegio general (art. 91 de la Ley Concursal).

Por su parte, como ocurre en nuestro art. 155 de la Ley Concursal, aquellos *secured creditors* (acreedores especialmente privilegiados) cobrarán su crédito con cargo al bien afecto a su garantía (*collateral*). Desde la óptica de la Administración Concursal, ésta podrá incluso dar por directamente abandonado (Título 11 U.S.C. §554) dicho bien -en términos liquidadores- si considera que su valor de mercado no supera el de sus cargas reales y la parte exenta (*exemption law*) pagadera al deudor, por tanto sin que reste sobrante alguno para luego distribuir entre los acreedores.

En todo caso, huelga señalar que la masa pasiva del concurso vendrá constituida por las previas comunicaciones de crédito (*proof of claims*) a practicar por los acreedores, de modo análogo a nuestro art. 85 de la Ley Concursal, tal como dispone el Título 11 U.S.C. §501, si bien en relación con aquellos créditos devengados hasta la misma fecha de la presentación de la solicitud de concurso -Título 11 U.S.C. §502(b)-.

En contraposición al anhelado y tardío establecimiento de un especial régimen condonatorio de deudas concursal (primero ex art. 178.2 de la Ley Concursal y luego en el art. 178.bis de la misma Ley), que supusiera un aliciente para el concurso de persona física en España, lo cierto es que en el derecho concursal estadounidense

se ha seguido el camino opuesto: restringir la exoneración (*discharge*) de deudas concursales ante los abusos allí vividos. A tal concreto fin, la reforma concursal de 2005 (BAPCPA) procedió a establecer un régimen de acceso mucho más restringido al propio *Chapter 7* en su integridad, por medio del sometimiento del deudor a lo que se conoce como un *means test*. Dicho *abuse test* resulta sencillamente inexistente en nuestro art. 178.bis de la Ley Concursal, que se limita a reconducir esta cuestión por la vía de la buena fe, entendida ésta como *no culpabilidad* concursal, ni concurrencia de determinados ilícitos penales, así como al hecho de haberse intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, obviando así una cierta “zona gris” de posible comportamiento imprudente, según viene acertadamente recordando CUENA CASAS⁴⁴.

Advertido lo anterior, y retomando el ámbito del *means test*, conforme al Título 11 U.S.C. §707(b) un procedimiento liquidador (*Chapter 7*) resultará archivado o bien -si el deudor lo consiente- convertido a un procedimiento no-liquidador del *Chapter 11* o *13*, siempre que aprecie la posible concurrencia de un *abuso*, conceptualizando dicho abuso mediante una ardua fórmula de cálculo -disponible online⁴⁵- para determinar si sus ingresos mensuales se encuentran por encima de la *media* estadounidense del Estado concreto en que resida el deudor y en atención al tamaño de su familia, entre otros factores. Dicho de otro modo, el acogimiento a la liquidación concursal solamente resulta legítimo si los ingresos del deudor resultan lo suficientemente bajo.

Como cláusula de cierre, aun superándose dicho *means test* sigue siendo posible apreciar un abuso del concurso por la causa general de la mala fe -Título 11 U.S.C. §707(b)(3)-, toda vez que el mismo deudor solamente puede recibir una condonación cada ocho años -Título 11 U.S.C. §707(b)(8)-. Asimismo, dicho *discharge* también puede ser revocado por alguna de las causas contempladas en el Título 11 U.S.C. §707(d), si bien no por la -cuestionable- razón de venir a mejor fortuna como en cambio sí sanciona nuestro art. 178.bis.7.c) de la Ley Concursal.

Como puede verse, la concesión de una condonación de deudas está lejos de ser automática. Asimismo, tal y como se observa en ambos regímenes condonatorios de nuestro art. 178.bis de la Ley Concursal, la condonación de deudas tampoco es universal sino que existen determinados tipos de deudas impermeables a dicha exoneración -*vid.* Título 11 U.S.C. §523-, tales como las deudas tributarias, como tampoco se extiende sobre ninguno de los posibles créditos contra la masa (*post-petition debts*) devengados con posterioridad a la solicitud de concurso.

44 CUENA CASAS, M. en AA.VV.: *El Derecho de la insolvencia*, ed. Tirant lo Blanch, 2015, pp. 106 y 107.

45 *Vid.* la página no oficial de consumidores <https://www.legalconsumer.com/bankruptcy/means-test/>

En cuanto al tratamiento de créditos garantizados, como es el clásico ejemplo del crédito hipotecario, ya se ha explicado -*vid.* epígrafe dedicado a la *automatic stay*- la debida distinción que debe hacerse entre la posible condonación de la deuda y la posibilidad de evitar la ejecución del bien objeto de la garantía, pues ambos efectos no tienen por qué coincidir; pudiendo exonerarse el pasivo pero mantenerse el correlativo *ius in re*, lo que a fin de cuentas obliga al deudor que quiera preservar dicha propiedad a continuar con el pago del préstamo hipotecario.

2. Chapter 11: posible acogimiento del deudor persona física al procedimiento de reorganización de deuda *a priori* pensado para las personas jurídicas.

Aunque en la Ley Concursal no se cuenta con un equivalente exacto al *Chapter 11*, ya hemos tenido oportunidad de señalar su naturaleza teleológicamente análoga a la del convenio concursal, siendo que su distinción con el *Chapter 13* -con idéntico fin- trae causa del tipo de solicitante, pues este último está exclusivamente reservado a la persona física, y ello aunque dicho deudor persona física bien puede optar por acogerse a las especialidades del *Chapter 11* -*vid.* Toibb v. Radloff 501 U.S. 157 (1991)-.

Así, bajo este escenario, el deudor deberá trabajar en la realización de un convenio (*reorganization plan*) para su sometimiento a los acreedores (Título U.S.C. §1126) ante el *creditors' committee* (junta de acreedores), ello dentro del plazo de 120 días a contar desde la solicitud de concurso (11 U.S.C. §1121) o 180 días en el caso de *small businesses*.

Dentro de dicho plan de reorganización, el deudor deberá clasificar a sus acreedores en distintas *clases* según la naturaleza del crédito (*vid.* nuestro análogo art. 94.2 de la Ley Concursal), como así prevé el Título 11 U.S.C. §1122. Junto con ello, el deudor deberá asimismo decidir si una determinada *clase*, de las antes referidas, se va a encontrar o no vinculadas por las previsiones del *reorganization plan*, calificándose de *impaired* a aquellos créditos que el deudor quiera afectar con su pretendido convenio concursal, y de *unimpaired* a los que no. Solamente aquellas clases afectas (*impaired creditors*) ostentarán un derecho de voto frente al *reorganization plan*. En cuanto al resto de requisitos que debe cumplir el *reorganization plan*, nos remitimos al extenso Título 11 U.S.C. §1129(a) y según los recoge en dieciséis apartados.

¿Qué mayoría legal es exigida para la aceptación -*confirmation*- del pretendido convenio? Lo que debería ser una respuesta sencilla no lo es tanto, pues el Título 11 U.S.C. §1129(a)(10) considera suficiente con que vote a favor una sola *impaired class*. Recuérdese, a este respecto, la plena libertad del deudor en crear tantas *clases* de créditos como considere, siempre que dichos créditos guarden entre sí una análoga naturaleza, así como en decidir cuáles de estas *clases* quiere el deudor intentar vincular a su *reorganization plan* (convirtiéndose así en *impaired*) y cuáles no. Junto

con ello, el Título 11 U.S.C. § 1126(c) requiere a continuación de una doble mayoría: (i) el voto favorable de más del 50% de los miembros de cada *impaired class* y (ii) que los miembros que votaron a favor representen al menos dos tercios del importe total de créditos de su *clase*.

Sin embargo, el efecto de no conseguir la aprobación del *reorganization plan* por razón de dicha falta de aceptación puede verse superado conforme al extraordinario poder previsto en favor del *Bankruptcy Court*, conocido como *cramdown* -Título 11 U.S.C. § 1129(b)-, que puede aprobar el susodicho convenio si éste cumple el resto de requisitos contenidos en el citado Título 11 U.S.C. § 1129(a) a excepción de dicha mayoría de votos. Esta extraordinaria facultad nos revela, a su vez, una naturaleza *procesalista* y no *contractualista* del *reorganization plan*, pues no sólo su efectividad se vincula con la necesaria aprobación judicial como sucede en la Ley Concursal (art. 127 de la Ley Concursal), sino que incluso puede suplirse la falta de aceptación por parte de determinadas *impaired classes*.

¿Qué papel juega la Administración Concursal (*trustee*) bajo el *Chapter 11*? Directamente ninguno, pues no se prevé su nombramiento sino que el deudor sencillamente se encuentra en una situación conocida como *debtor-in-possession*, lo que significa que el propio deudor viene a actuar con las mismas facultades que lo haría un Administrador Concursal (ej.: limitaciones para la venta de activos, *vid.* Título 11 U.S.C. § 363). Como contrapeso a dicha ausencia, el denominado *United States Trustee* -figura que no debe confundirse con el Administrador Concursal- tiene un papel de supervisión sobre el *debtor-in-possession*.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el *Chapter 11* también puede ser utilizado con fines liquidadores, a diferencia de nuestro convenio concursal (art. 100.3 de la Ley Concursal), pues así puede contemplarlo el propio *reorganization plan* -Título 11 U.S.C. § 1123(b)(4)-. Puede interesar así al deudor; a diferencia del *Chapter 7*, tener el control y dirección del procedimiento liquidador en lugar de someterse al criterio de un Administrador Concursal.

Finalmente, la condonación o *discharge* de deudas también se encuentra presente bajo este procedimiento -Título 11 U.S.C. § 1141(d)(5)- como efecto derivado de la aprobación del convenio. Ahora bien, ello en el correcto sentido de exonerar solamente aquellos créditos afectos al convenio aprobado y cuando éste resulte cumplido en su totalidad. En consecuencia, y como ya viene defendiéndose⁴⁶ en el marco de nuestro convenio concursal (art. 136 de la Ley Concursal), realmente no se estaría ante una eficacia propiamente extintiva sino más bien ante un mero *pacto de non petendo* condicionado al cumplimiento del convenio.

46 PULGAR EZQUERRA, J.: "Rescisión concursal y aprobación judicial del convenio: cláusulas convencionalmente pactadas", *Revista de Derecho Mercantil*, ed. Civitas, núm. 279/2011.

3. *Chapter 13*: reestructuración de deudas de la persona física.

Como punto de partida, debe insitirse en que la esencia de este capítulo descansa en que se trata de un procedimiento de convenio configurado por y para la persona física.

Sin embargo, conforme a su especial presupuesto subjetivo establecido en el Título 11 U.S.C. §109(e), su acceso se encuentra cuantitativamente limitado en el importe de 394.725\$ respecto de créditos ordinarios (*unsecured claims*) y 1.184.200\$ para créditos garantizados (*secured claims*), según la última actualización de estos importes por parte de la *Judicial Conference*, a fecha 22 de febrero de 2016 y aplicables a partir del 1 de abril. Toda persona física cuyo pasivo supere dicho importe podrá, si no quiere optar por la liquidación (*Chapter 7*), acogerse al antes referido *Chapter 11*.

Junto con dicha limitación en el presupuesto subjetivo, debe asimismo recordarse que la legitimación activa para su incoación no se encuentra reconocida para los acreedores -Título 11 U.S.C. §303(a)-, es decir, que aquellos concursos de tipo necesario no podrán ser tramitados inicialmente bajo este procedimiento sino únicamente bajo el *Chapter 7* o el *Chapter 11*, ello sin perjuicio de su posible *conversión* procedimental a petición del deudor.

Con arreglo a la *Rule 3015 FRBP*, el deudor debe presentar una propuesta de convenio (*repayment plan*) en el sucinto plazo de 14 días a contar desde su solicitud de concurso, para su aprobación por el *Bankruptcy Court*.

En cuanto al contenido de la propuesta, es necesario que ésta prevea cuantitativamente que lo obtenido por los acreedores mediante la misma no suponga una minoración frente a lo que obtendrían por medio de la liquidación concursal, siendo que dicho importe último -a modo de cláusula de mínimo- vendrá constituido por el valor de mercado (*equity*) total de los *non-exempt assets* susceptibles de liquidación (*vid. epígrafe relativo a las exemption laws*).

Asimismo, es requisito indispensable que la propuesta prevea el pago en su totalidad de todas las llamadas *priority claims* -Título 11 U.S.C. §1322(a)(1) en relación con §507-, que como ya se ha dicho en anteriores epígrafes no vienen sino a formar una suerte de créditos con privilegio general (no dejan de ser *unsecured claims* priorizados *ex lege*).

Respecto de los créditos especialmente privilegiados (*secured claims*), si el deudor desea mantener el activo que garantiza el pertinente crédito deberá entonces prever su pago al menos en la cuantía del valor de tal garantía (*collateral*). En definitiva,

solamente aquellos *unsecured claims* sin *priority* (privilegio general) pueden verse sometidos a la respectiva quita.

¿Cómo funcionan los clásicos mecanismos de espera y quita? Respecto del primer elemento, más que una *espera* como tal se establece un plazo alternativo de duración del calendario de pagos, que podrá ser de hasta 3 o 5 años, en función de los ingresos del deudor -Título 11 U.S.C. § 322(d)-. En resumen, cuanto mayores sean los ingresos netos (*disposable income*) del deudor, más prolongado resultará su calendario de pagos, por lo que -a diferencia de lo que aquí acontece- al deudor le interesa cuanto menos *espera* sea legalmente posible.

En cuanto a la quita, que como ya se ha advertido únicamente operará sobre los *unsecured claims* sin *priority*, ésta se establece *a contrario sensu*: el deudor deberá pagar cuanto esté a su alcance debidamente calculado en función de sus ingresos netos (*best effort test*), toda vez que dicha cifra no podrá ser inferior a lo obtenible por la vía de la liquidación.

La iniciación de los efectos -pagos- del convenio concursal tiene lugar en el plazo de 30 días desde su presentación, esto es, incluso con anterioridad a su aprobación judicial (*Rule 3026 FRBP*). Dichos pagos no se realizan por el deudor, ni tampoco aquellos posteriores durante la vida del convenio concursal, sino que por el contrario se efectúan todos ellos por el deudor a la Administración Concursal, siendo esta última la encargada de su distribución a los acreedores -Título 11 U.S.C. § 302-.

Con respecto al tratamiento en sí de tales acreedores, la naturaleza procesal y no contractual de este tipo de convenio se revela en tanto que dichos acreedores no ostentan un previo derecho de voto frente al pretendido convenio. Se entiende así, en síntesis, que si el *Bankruptcy Court* considera que la propuesta de convenio cumple con todos los requisitos legalmente establecidos, entonces los acreedores ya se encuentran lo suficientemente protegidos al amparo de estas previsiones legales -Título 11 U.S.C. § 325-. Así pues, únicamente podrán oponerse a su aprobación, ante el *Bankruptcy Court* -*confirmation hearing*-, si consideran que dichos requisitos legales no concurren, resultando el argumento más utilizado en la práctica el consistente en defender que se obtendría un mayor importe de la liquidación concursal.

Durante la ejecución del convenio, el deudor no se ve liberado de determinados efectos concursales como sí ocurre en nuestro art. 133.2 de la Ley Concursal, en tanto que precisa de consentimiento judicial para la asunción de nuevos pasivos, además de depender del Administrador Concursal para realizar los pagos previstos en dicho convenio. Por otra parte, la potestad novatoria del convenio concursal, mediante su modificación, se encuentra expresamente recogida en el Título 11 U.S.C. § 329, a diferencia del estricto régimen de transitoriedad establecido por

nuestro legislador; solicitud ésta que podrá también interesarse por la Administración Concursal o cualquier *unsecured creditor*.

Naturalmente, podrá también el deudor solicitar su conversión a liquidación -Título 11 U.S.C. §1307- tal y como también prevé el art. 142.2 de la Ley Concursal, sólo que dicha opción no es la única sino que también puede solicitar el archivo o revocación del procedimiento del *Chapter 13*, sin conversión a liquidación, eliminando así sus efectos y potencial *discharge*. Esta última posibilidad también puede ser demandada por los acreedores, por ejemplo, en caso de sufrir un impago previsto en el convenio, en analogía con la demanda incidental por incumplimiento de convenio aquí prevista (art. 140 de la Ley Concursal).

Por último, al igual que sucede en el *Chapter 11*, es el cumplimiento del convenio el que concede la condonación extintiva o *discharge* de deudas -Título 11 U.S.C. §1328-, encontrándose el deudor entre tanto en un régimen de *pacto de non petendo*. Debe notarse que la amplitud de la condonación de deudas bajo el *Chapter 13* es apreciablemente más extenso que aquel otro *discharge* del *Chapter 7*, según las excepciones que contiene cada una (Título 11 U.S.C. §1328 vs. Título 11 U.S.C. §727).

Asimismo, existe también la posibilidad de que dicha condonación de deudas sea concedida pese al incumplimiento del convenio, lo que se conoce como *hardship discharge* -Título 11 U.S.C. §1328(b)-. Dicha posibilidad se restringe, no obstante, a aquellos sujetos que cumplan con las condiciones allí señaladas, básicamente que dicho incumplimiento no resulte imputable al deudor, así como que los acreedores hayan percibido tanto como lo hubieran hecho en un escenario de liquidación y, por último, que la posibilidad de modificación del convenio no resultaría materialmente eficaz para su cumplimiento.

4. *Chapter 12*: el tratamiento ad hoc de determinados tipos de insolvencia en función del ámbito socioeconómico (*farmers & fishermen*).

Introducido en la reforma concursal de 1986, por su singularidad aunque infrecuente utilización -menos aún por personas físicas- merece una breve mención esta otra vía sustantiva y procedimental, que no viene sino a actuar como el equivalente *Chapter 13*. Para su acceso, de igual modo, se establece un presupuesto subjetivo consistente en la limitación del pasivo del deudor; si bien mucho más elevado que en aquel otro *Chapter 13*: 4.153.150\$ para *family farmers* y 1.924.550\$ respecto de *fishermen*.

Por lo demás, como ya se ha dicho con anterioridad, no es posible demandar un concurso necesario frente a este concreto tipo de deudores, sea al amparo del *Chapter 12* o bajo cualquier otra modalidad procedimental, toda vez que para

acceder a este último -siempre desde el concurso voluntario- se deberá cumplir con las definiciones estandarizadas de *family farmer* -Título 11 U.S.C. § 101(18)(A)-, *family fishermen* -Título 11 U.S.C. § 101(19)(A) o *farmer* -Título 11 U.S.C. § 101(20)-

Comoquiera que la finalidad de esta vía de concurso no es otra que el convenio, al igual que sucede en el *Chapter 13* se exigirá al deudor que disponga de una fuente de ingresos regular (*regular annual income*) con que poder afrontar un convenio de pagos, so pena de tener que acudir directamente a liquidación. De nuevo, un Administrador Concursal es nombrado -Título 11 U.S.C. § 1202- y, en este caso, el plazo para presentar la equivalente propuesta de convenio será de 90 días desde la solicitud de concurso -Título 11 U.S.C. § 1221- ampliables a 180.

En cuanto al funcionamiento de la quita y la espera, nos remitimos a lo ya expuesto en el examen del *Chapter 13* en tanto que viene a ser transpuesto -Título 11 U.S.C. § 1225-, así como en lo relativo a la ausencia de un Derecho de voto de los acreedores, que se entenderán amparados con que el plan cumpla con los requisitos legalmente establecidos y revisados por el *Bankruptcy Court*. Ello, de nuevo, sin perjuicio de su posible oposición *ex post* así como de cualquier acción por su incumplimiento.

Finalmente, en cuanto a la concesión de la condonación de deudas por extinción (*pacto de non petendo*), el Título 11 U.S.C. § 1228 cuenta con su distinta configuración y excepciones, siendo aquel otro *discharge* del *Chapter 13* notablemente más beneficioso, si bien al menos bajo el régimen del *Chapter 12* también se permite un excepcional *hardship discharge*, esto es, aunque el convenio de pagos no haya resultado cumplido en su totalidad.

BIBLIOGRAFÍA

ATTANASIO, J. y GOLDSTEIN, J. K.: *Understanding Constitutional Law*, ed. Matthew Bender & Company Inc.: 2012, pp. 58 et seq.

AUSTIN, D. A.: "Bankruptcy and the Myth of Uniform Laws", *Seton Hall Law Review*, 2012, vol. 42, no. 3.

BAIRD, D. G.: *Elements of bankruptcy*, ed. Foundation Press, 2014, p. 204.

BLUM, B. A.: *Bankruptcy and Debtor/Creditor*, ed. Aspen Publishers, 2006, p. 89.

CARTER, J. H. y FELLAS, J.: *International Commercial Arbitration in New York*, ed. Oxford University Press, 2010, p. 42.

COFFIN, K. G.: "Limiting Legislative Courts: Protecting Article III from Article I Evisceration", *Barry Law Review*, 2011, vol. 16.

COOK, M. L.: *Bankruptcy Litigation Manual*, ed. Wolters Kluwer Law & Business, 2014, pp. 120 y ss.

CUENA CASAS, M. en AA.VV.: *El Derecho de la insolvencia*, ed. Tirant lo Blanch, 2015, pp. 106 y 107.

DAMIÁN MORENO, J.: AA.VV.: *Derecho procesal concursal*, ed. Marcial Pons, 2008, p. 157.

DODGE, J.: "Reconceptualizing Non-Article III Tribunals", *Minnesota Law Review*, 2015, vol. 99.

FREY, M. A. y SWINSON, S. K.: *Introduction to bankruptcy law*, ed. Delmar, 2013, p. 23.

GERDANO, S. J.: *The 2015 Bankruptcy Yearbook & Almanac*, ed. Kerry A. Mastroianni, 2015, pp. 2 y 3.

GINSBERG, R. E., MARTIN, R. D. y KELLEY, S. V.: *Ginsberg & Martin on Bankruptcy*, ed. Wolters Kluwer, 2015, p. 34.

JORDAN TABB, C.:

- *Law of Bankruptcy*, ed. West Academic Publishing, 2014, p. 131.

- "The History of the Bankruptcy Laws in the United States", *American Bankruptcy Institute Law Review*, 1995, vol. 3

LEVIN, R. B. en AA.VV.: *Fundamentals of bankruptcy law*, ed. Aliaba, 2010, p. 17.

MALINS ROSE, W.: *Abandoned property act to Equitable title*, ed. Bancroft-Whitney, 1903, p. 294.

PFANDER, J. E. y BIRK, D. D.: "Article III Judicial Power, the Adverse-Party Requirement, and Non-Contentious Jurisdiction", *Yale Law Journal*, 2015, vol. 124, no. 5.

PULGAR EZQUERRA, J.: "Rescisión concursal y aprobación judicial del convenio: cláusulas convencionalmente pactadas", *Revista de Derecho Mercantil*, ed. Civitas, núm. 279/2011.

RALPH MECHAM, L.: *Judicial Business of the United States Courts*, ed. Government Printing Office, 2008, p. 135.

REGIS NOEL, F.: *A history of the bankruptcy law*, ed. William S. Hein & Co Inc.: 2003, pp. 43 et 65.

ROBERTS, D. M.: "The Myth of Uniformity in Federal Civil Procedure: Federal Civil Rule 83 and District Court Local Rulemaking Powers", *University of Puget Sound Law Review*, 1985, vol. 8.

SATORIUS, J.: "Strike or Dismiss: Interpretation of the BAPCPA 109(h) Credit Counseling Requirement", *Fordham Law Review*, 2007, vol. 75.

WILDE, C.: "The Chandler Act", *Indiana Law Journal*, 1938, vol. XIV, no. 2.