

**Insolvency Now II Edition  
By IWIRC Latin America 2022**

**Priority of Creditors and Protection of Minority  
Creditors in Latin America**



**IWIRC  
LATIN AMERICA**

## ÍNDICE | ÍNDEX

<b>Prologo/Prologue</b> by: Aimée Prieto & Pamela Goldbaum	<b>4 - 5</b>
<b>Brazil:</b> <b>Creditors' priority in Brazil</b> by: Mariana Fernandes Conrado	<b>6 - 9</b>
<b>Brasil:</b> <b>Prioridade de credores nos Procedimentos de Insolvência no Brasil</b> by: Mariana Fernandes Conrado	<b>9 - 11</b>
<b>Guatemala:</b> <b>Priority among creditors under the insolvency law</b> By: Ana Lucía Chavez González.	<b>12 - 16</b>
<b>Guatemala:</b> <b>La prelación de los acreedores según la ley de insolvencia</b> Por: Ana Lucía Chavez González.	<b>17 - 21</b>
<b>Mexico:</b> <b>The effectiveness of a bankruptcy agreement with minority dissidence</b> By: Iris Guajardo	<b>22 - 25</b>
<b>México:</b> <b>La eficacia de un convenio concursal con la disidencia de minorías</b> Por: Iris Guajardo	<b>26 - 31</b>
<b>Dominican Republic</b> <b>Priority of credits and protection of minority creditors in the dominican insolvency regulation</b> By: Pamela Benzán Arbaje	<b>32 - 35</b>
<b>Republica Dominicana</b> <b>Prelación de créditos y protección de acreedores minoritarios en la legislación de insolvencia dominicana</b> Por: Pamela Benzán Arbaje	<b>36 - 40</b>
<b>Uruguay:</b> <b>Preferred Debts and insolvency proceedings.</b> by: Zamira Ayul	<b>41 - 46</b>
<b>Uruguay:</b> <b>Los créditos privilegiados en la insolvencia</b> Por: Zamira Ayul	<b>47 - 53</b>

## CON UN SOLO CLICK

El mundo cambia a pasos agigantados y, en la medida que la tecnología crea nuevas herramientas, se globalizan y complejizan más aún los negocios y los mercados.

La forma en que nos comunicamos y compramos bienes y servicios también ha cambiado, aún más desde la pandemia del Covid 19, con la generalización del comercio electrónico, haciéndolo más accesible, competitivo y sin fronteras.

Sin embargo, no todo es color de rosas. El fracaso o necesidad de reorganizar alguno de estos proyectos o negocios globales y el uso de nuevas tecnologías e instrumentos ha generado grandes crisis en distintos mercados, múltiples víctimas y grandes desafíos para las legislaciones en materia de reorganizaciones, insolvencia, fraude y recuperación de activos. Los distintos actores involucrados, entre ellos, deudores, acreedores, gobiernos, legisladores, poder judicial y policías locales han intentado coordinar sus esfuerzos para poder actuar en forma eficiente y tener resultados para víctimas provenientes de múltiples jurisdicciones.

Insolvency Now busca ser un medio a través del cual analizamos y discutimos estos y muchos otros problemas relacionados a estas materias que hoy recién comenzamos a dimensionar. En esta edición, dedicada a los acreedores, analizamos diversos desafíos que se presentan en las legislaciones latino americanas así como también, hacemos un llamado a ir perfeccionando y unificando criterios. En economías globales donde todo parece lograrse con un solo “click”, aspirar a soluciones rápidas y eficientes para las víctimas no debería ser sólo un anhelo.

Pamela Goldbaum  
Chile

Aimée Prieto  
República Dominicana

Co-Presidentas de IWIRC Latin America

## WITH A SIMPLE CLICK

The world changes at a fast pace, and as technology creates new tools, businesses and markets become more globalized and complex.

The way that we communicate and that we purchase goods and services has also changed, even more since the Covid 19 pandemic, with the expansion of e-commerce, making it more accessible, competitive and without borders.

However, not everything is great and bright in the industry, not all roses. The failure or the need to reorganize any of these projects or global businesses and the use of new technologies and instruments has generated major crises in different markets, multiple victims, and major challenges to laws on reorganizations, insolvency, fraud, and asset recovery. The different actors involved, among them, debtors, creditors, governments, legislators, the judiciary, and the local police have tried to coordinate their efforts to be able to act efficiently and have results in favor of victims from multiple jurisdictions.

Insolvency Now seeks to be a means through which we analyze and discuss these and many other problems related to insolvency matters that today we have just begun to dimension its impact. We dedicate this edition to creditors, by analyzing various challenges that arise in Latin American legislation, as well as, by calling to continue the refinement and unification of criteria. In global economies where everything seems to be achieved with a single “click”, aspiring for quick and efficient solutions for victims should not be just a wish or a state of longing.

Pamela Goldbaum  
Chile

Aimée Prieto  
República Dominicana

Co-Chairs de IWIRC Latin America

## **CONTRIBUTORS**

### **Uruguay**

Zamira Ayul

Commercial Law Adjunct Professor, School of Law, University of the Republic of Uruguay

zayul@me.com

### **Brazil**

Mariana Fernandes Conrado

Senior Counsel at Trench, Rossi Watanabe Advogados

maconrado@hotmail.com

### **Guatemala**

Ana Lucía Chávez

Associate at Carrillo & Asociados

analucia.chavez@carrillolaw.com

Paola Montenegro

Attorney at Law and Notary Public

paola.montenegro.arzu@gmail.com

### **Dominican Republic**

Pamela Benzán

Senior Counsel at Guzmán Ariza Abogados y Consultors

pbenzan@drlawyer.com

Aimee Prieto

Partner at Prieto Cabrera & Asocados

aprieto@prietocabrera.com

### **Mexico**

Iris Guajardo

Associate at Guerra González Abogados

iguajardo@gga.mx

Rosa M Rojas Vértiz

Independent Legal Consultant

rosamaria@rojasvertiz.com

*INSOLVENCY NOW II Edition coordinated by: Paola Montenegro, Communications Director*

*IWIRC Latin America: December 2022*

## BRAZIL

### CREDITOR'S PRIORITY IN BRAZIL

by: Mariana Fernandes Conrado



The Brazilian Insolvency Law (Brazilian Law # 11,101/2005, "BIL") sets forth three types of proceedings: extrajudicial reorganization, judicial reorganization and bankruptcy. In all the proceedings the creditors are organized in "classes", but as it is going to be commented below, the existence of classes does not mean that there is a priority of payment among them.

The **extrajudicial reorganization proceeding** is similar to the prepackaged plan under US Law and it is basically a debt restructuring, comprising a private negotiation between the debtor and its creditors. In practice, the debtor contacts its creditors to negotiate the restructuring of its debts (i.e. modify the conditions of payments or replace the guarantees).

As a consequence of the negotiations, debtor and creditors reach a settlement (named "plan" in the BIL) containing all terms and conditions of the restructuring, such as deadlines, discounts, etc.

The debtor may also file for ratification of the plan to extend it to all the creditors that are in the same position (for instance, to all unsecured creditors) as long as creditors representing over half of the amount of the credits involved in the plan accept it.

It is important to mention that, based on the BIL, tax debts cannot be restructured by the plan and the restructuring of labor creditors by this kind of proceeding depends on previous negotiations and acceptance of the labor union of the employees that work for the debtor. However, there is no provision on the BIL setting a legal order of payment among these creditors. Thus, the debtor and the creditors are completely free to set all the conditions of payment that will be set forth in the plan, including the priority of payment among the creditors encompassed by such plan.

Lastly, the ratification of the plan by the Court in extrajudicial reorganization proceedings does not interrupt judicial proceedings nor prevents other classes of creditors that are not involved in the plan to request the debtor's bankruptcy (article 161, §4º, of the BIL).

The so called **judicial reorganization proceeding** in Brazil is a proceeding similar to the Chapter 11 process under US Law. In this proceeding, the debtor files a request in Court to give notice to creditors about its inability to comply with all its obligations and suggesting to pay them according to the conditions that will be provided in a reorganization plan. If the request is granted by the court and the plan is approved by the creditors and ratified by the court, all the obligations are replaced by those established in the plan.

Different from what happens in extrajudicial reorganization proceedings, in judicial reorganization proceedings, the debtor is not entitled to choose the class of creditors that will be restructured: all existing labor creditors, secured creditors, unsecured creditors and small creditors (which are creditors with some special tax benefits) prior to the judicial reorganization request are subject to such proceeding. Tax credits are not also subject to judicial reorganization proceedings.

And, in the scenario of judicial reorganization proceedings, it is important to mention that although the BIL itself does not set for a legal order of payment among the creditors, it determines that (i) labor creditors have to be paid within a year as of the ratification of the plan (and such deadline can be extended to up two years if some additional legal requirements are met, such as approval of such proposal by the majority of the labor creditors attending the meeting that will discuss the plan, payment of the total amount of the labor creditors, guarantee given by the debtor); and (ii) within 30 days as of the ratification of the plan, labor credits up to five Brazilian minimum wages have to be paid, as long as such credits are related to salaries overdue in the three months prior to the filing of the judicial reorganization lawsuit.

However, it does not mean that the labor creditors have to be paid first; the BIL only sets forth the deadline to have the labor creditors paid. As with the extrajudicial reorganization proceedings, in judicial reorganization proceedings the parties are also free to negotiate how the reorganization will be implemented, including the possibility of other creditors being paid first, but just bearing in mind the deadline set forth by the BIL to have the labor creditors paid.

Last but not least, the third type of procedure set forth by the BIL is the **bankruptcy**. Such procedure leads to the liquidation of the debtor and it is similar to the Chapter 7 process under US Law. In this procedure, the debtor's management is removed and a judicial administrator (which is similar to a trustee in US Law) is appointed to represent the insolvent company's estate before Court. The judicial administrator is also responsible for collecting all goods/properties/assets of the debtor, appraising them and proceeding with their sale.

Different to what happens in the two prior proceedings, in the bankruptcy the payment to creditors is made according to a legal order of payment set forth by the BIL, subject to the existence of assets to be realized to pay creditors. It means that a "lower" class of creditor will only receive payment once the higher class(es) of creditors have been paid in full.

In bankruptcy, the order of payment is the following, bearing in mind that items (i) to (x) have super priority (that is why they are called

***i. expenses whose advance payment is essential for the management of the bankruptcy proceeding;***

***ii. labor credits up to five Brazilian minimum wages are related to salaries overdue in the three months prior to the debtor's declaration of bankruptcy;***

***iii. amounts owed to creditors due to DIP Financing agreements;***

***iv. amounts owed to creditors due to the sale of assets that belong to them but were in the possession of the debtor by the time of the debtor's declaration of bankruptcy;***

*v. fees due to the judicial administrator, his assistants and labor claims and work accident claims related to services rendered after the debtor's declaration of bankruptcy;*

*vi. obligations arising from acts performed during the processing of the judicial reorganization proceeding or after the declaration of the debtor's bankruptcy and expenses/taxes due after the debtor's declaration of bankruptcy;*

*vii. funds provided by creditors to the bankruptcy estate;*

*viii. expenses from the bankruptcy proceeding (such as collection, management and sale of the bankrupt estate's assets) and court costs;*

*ix. the court fees related to collection lawsuits in which the bankrupt estate has lost;*

*x. tax credits related to facts occurred after the debtor's declaration of bankruptcy;*

*xi. labor credits (limited to 150 Brazilian minimum wages per employee), and credits arisen from work accident claims;*

*xii. secured credits;*

*xiii. tax credits, except for tax fines;*

*xiv. unsecured credits (which includes possible amounts due to labor creditors after the payments made in item xi above);*

*xv. contractual penalties and fines, including tax fines;*

*xvi. subordinated credits (e.g. the credits of the partners of the company and the managers of the company, who do not have an employment relationship with the debtor); and*

*xvii. interests due to any creditor after the declaration of the bankruptcy.*

As mentioned above, in extrajudicial reorganization proceedings and in judicial reorganization proceedings the BIL does not establish any mandatory payment order among the classes of creditors, leaving it to the debtor's discretion as long as the creditors subject to the respective proceedings approve the reorganization plan and as long as the deadline provided by the BIL for payment of labor creditors is observed, when applicable.

It means that there is no absolute priority rule in both procedures and all the conditions of payment, including the order of payment, will be provided in the plan that is going to be submitted to the Court's ratification.

However, this discretion of payment is not applied in case of bankruptcy, as not only there is a legal order of payment provided in the BIL, but also the absolute priority rule is applied: the creditors from a higher class have to be paid in full before payments being paid to a lower class.



## PRIORIDADE DE CREDORES NOS PROCEDIMENTOS DE INSOLVÊNCIA NO BRASIL

by: Mariana Fernandes Conrado

A Lei de Recuperação Judiciais e Falências brasileira (Lei nº 11.101/2005, “LRF”) estabelece três tipos de procedimentos destinados a lidar com a situação de dificuldade financeira. São eles: recuperação extrajudicial, recuperação judicial e falência. Nos três procedimentos, os credores estão organizados em classes, contudo, conforme será melhor abordado a seguir, a existência dessas classes não significa que, necessariamente, haja prioridade de pagamento entre elas.

O processo de recuperação extrajudicial assemelha-se ao que *prepackaged plan* previsto na lei norte-americana. Basicamente, trata-se de um procedimento de reestruturação de dívida, pela qual há uma negociação privada entre o devedor e seus credores. Na prática, o devedor contata seus credores para negociar a reestruturação das suas dívidas (como, por exemplo, modificar as condições de pagamento ou substituir as garantias outorgadas).

Como consequência das negociações, devedor e credores chegam a um acordo (denominado “plano” na LRF) contendo todos os termos e condições da reestruturação, inclusive estabelecendo os novos prazos, quais serão os descontos aplicáveis, etc.

O devedor também pode requerer a homologação desse plano para estendê-lo a todos os credores que se encontrem na mesma situação (por exemplo, a todos os credores quirografários), desde que os credores que representem mais da metade do valor dos créditos sujeitos a esse plano apresentem sua adesão ao plano submetido à homologação. É importante mencionar que, com base na LRF, os débitos tributários não podem ser reestruturados pelo plano de recuperação extrajudicial e a recuperação dos credores trabalhistas por este tipo de processo depende de negociação prévia e aceitação do sindicato. No entanto, não há previsão de

ordem de pagamento dos credores sujeitos à recuperação extrajudicial na LRF. Assim, o devedor e os credores têm total liberdade para definir todas as condições de pagamento que serão estabelecidas no plano, inclusive a prioridade de pagamento entre os credores abrangidos por tal plano.

Por fim, a homologação do plano em processo de recuperação extrajudicial não interrompe o prazo prescricional e nem impede que outras classes de credores não abrangidas por esse plano possam requerer a falência do devedor (art. 161, §4º, da LRF).

Os processos de recuperação judicial no Brasil se assemelham aos processos de *Chapter 11* ajuizados nos Estados Unidos. Neste tipo de processo, o devedor apresenta, em sua petição inicial, as razões pelas quais ele está em crise econômica e requer a intimação de todos os credores para que fiquem cientes sobre a sua incapacidade de cumprir as suas obrigações e que receberão seus pagamentos nos termos e condições que vierem a ser aprovados em um plano de recuperação. Se o pedido for deferido pelo juízo e o plano for aprovado pelos credores e homologado pelo juízo, todas as obrigações são substituídas pelas novas condições previstas no plano.

Diferentemente do que ocorre na recuperação extrajudicial, na recuperação judicial o devedor não tem direito de escolher a classe de credores que vai ser reestruturada: todos os credores trabalhistas, com garantia real, quirografários e micro e pequenas empresas existentes à época do ajuizamento do pedido de recuperação judicial estão sujeitos ao processo. Os créditos tributários também não se sujeitam à recuperação judicial.

No cenário da recuperação judicial, é importante mencionar que, embora a LRF não preveja ordem de preferência de pagamento entre os credores, ela determina que (i) os credores trabalhistas sejam pagos no prazo de um ano a partir a homologação do plano (sendo que tal prazo pode ser prorrogado para até dois anos caso sejam atendidas algumas exigências legais adicionais, como aprovação de tal proposta pela maioria dos credores trabalhistas presentes na assembleia de credores que deliberará sobre o plano, pagamento do valor total valor dos credores trabalhistas, garantia prestada pelo devedor); e (ii) no prazo de 30 dias contados da homologação do plano, os créditos trabalhistas de até cinco salários mínimos deverão ser pagos, desde que tais créditos sejam relativos a salários e tenham vencido nos três meses anteriores ao ajuizamento do pedido de recuperação judicial.

Note, entretanto, que isso não significa que os credores trabalhistas devam ser pagos primeiro; a LRF apenas estabelece o prazo em que deverá ocorrer o pagamento dos credores trabalhistas. Assim como ocorre na recuperação extrajudicial, na recuperação judicial as partes também têm liberdade para negociar a forma como a recuperação será implementada, inclusive com a possibilidade de pagamento prévio dos demais credores, mas sempre observando o prazo estabelecido na LRF para pagamento dos credores trabalhistas.

Por último, mas não menos importante, o terceiro tipo de procedimento previsto na LRF é a falência. Tal processo representa a liquidação do devedor e é semelhante ao processo de chapter 7 do sistema norte-americano. Nesse tipo de processo, o devedor perde a capacidade de administração da sociedade e um administrador judicial (que é semelhante a um trustee no sistema norte-

americano) é nomeado para representar o patrimônio do devedor perante o Tribunal, credores e entes públicos. Compete ainda ao administrador judicial arrecadar todos os bens, ativos e propriedades do devedor, avaliá-los e promover sua venda.

Diferentemente do que ocorre nos dois procedimentos anteriores, na falência, o pagamento dos credores é feito de acordo com ordem judicial prevista na LRF, condicionada à existência de bens. Isso significa que uma classe “inferior” de credores só receberá o pagamento quando a(s) classe(s) superior(es) de credores tiverem sido pagas integralmente.

Na falência, a ordem de pagamento é a seguinte, lembrando que os itens (i) a (x) têm superprioridade (por isso são chamados de “extraconcursais” na LRF):

***i. despesas cujo pagamento antecipado seja indispensável à administração da falência;***

***ii. os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador;***

***iii. valores devidos aos credores em razão de contratos de financiamento (Dip Financing)***

***iv. créditos em dinheiro objeto de restituição, conforme previsto no art. 86 da LRF;***

***v. remunerações devidas ao administrador judicial e aos seus auxiliares, aos reembolsos devidos a membros do Comitê de Credores, e aos créditos derivados da legislação trabalhista ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência;***

**vi. obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial ou após a decretação da falência;**

**vii. quantias fornecidas à massa falida pelos credores;**

**viii. despesas com arrecadação, administração, realização do ativo, distribuição do seu produto e custas do processo de falência;**

**ix. custas judiciais relativas às ações e às execuções em que a massa falida tenha sido vencida;**

**x. tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência;**

**xi. créditos derivados da legislação trabalhista, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e aqueles decorrentes de acidentes de trabalho;**

**xii. créditos gravados com direito real de garantia até o limite do valor do bem gravado;**

**xiii. créditos tributários, exceto as multas tributárias;**

**xiv. os créditos quirografários (incluindo os saldos dos créditos derivados da legislação trabalhista que excederem o limite de 150 salários mínimos)**

**xv. as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, incluídas as multas tributárias;**

**xvi. os créditos subordinados (e.g. os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício);**

**xvii. os juros vencidos após a decretação da falência.**

Conforme mencionado acima, na recuperação extrajudicial e na recuperação judicial a LRF não instituiu qualquer prioridade de pagamento entre os credores sujeitos aos respectivos procedimentos, ficando a critério do devedor estabelecer tais critérios, desde que os credores sujeitos ao respectivo procedimento aprovelem o plano de recuperação e desde que observado o prazo para pagamento dos credores trabalhistas, quando aplicável.

Isso significa que não há regra de prioridade absoluta em ambos os procedimentos e todas as condições de pagamento, inclusive a ordem de pagamento entre os credores sujeitos, estarão previstas no plano que será submetido à homologação do Tribunal.

No entanto, conforme visto acima, esta discricionariedade de pagamento não se aplica em caso de falência, pois não só existe uma ordem legal de pagamento prevista na LRF, como também se aplica a regra de prioridade absoluta: os credores de classe superior devem ser pagos integralmente antes de serem realizados pagamentos aos credores da classe seguinte.

## GUATEMALA: PRIORITY AMONG CREDITORS UNDER THE INSOLVENCY LAW

by: Ana Lucía Chavez González.



Despite being the largest economy in Central America, for several years the Republic of Guatemala did not have an Insolvency Law. Not having a specific regulation governing insolvency regimes caused numerous problems within the Guatemalan system, of which the Motives Statement of the new law mentions:

*“(...) The impossibility for insolvent but financially viable commercial entities to solve their situation efficiently.*

*The impossibility of recovery, attraction, and concentration of assets of the debtor to face creditors.*

*The perpetration of injustices against the rights of unsecured, non-bank and unsecured creditors.*

*(...) Creditors and debtors using de facto alternative ways to settle their differences.*

*(...) The generation of legal uncertainty and distrust in national and foreign investors. Among others”.*

These problems were reflected in Guatemala’s rating in the World Bank’s “Doing Business” where it was placed behind El Salvador, Costa Rica, and Honduras.

To improve these problems, on February 8, 2022, the new Insolvency Law, Decree Number 8-2022 (hereinafter “The Law”) was approved as part of the economic recovery agenda. The purpose of the law is the continuity and restructuring of credit and general business obligations, it does not seek the execution of the debtor’s assets but has as its main objective the preservation of the insolvent business, allowing it to make payments to creditors through the reorganization of its assets. Likewise, the law creates the space for an out-of-court reorganization plan to be carried out and the payment of the debts to be agreed upon.

Its content covers the Reorganization Plan, the Registry of Insolvency Proceedings and Administrators, the Insolvency Administrators, the insolvency process, the liquidation, the incidents, and the means of challenge. Its application refers to any individual or legal entity, excluding the State, autonomous, semi-autonomous, decentralized entities and municipalities, banks, finance companies, insurance companies, reinsurance companies and other entities of financial groups, which may only act as creditors.

Based on the Model Law of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), the following principles must be observed for the application and interpretation of the Law:

**1. Principle of credit priority:** claims are arranged in a hierarchical order, creditors of each class of claims will be treated equitably.

**2. Principle of good faith:** good faith is manifested in the timely fulfillment of the accounting obligations of the person, in the transparency of the same, and the non-existence of speculative business or concluded in fraud of creditors.

**3. Principle of publicity:** the existence of the Reorganization Plan and the beginning of the liquidation shall be duly publicized at the beginning of the insolvency proceedings to inform any interested party and the public in general.

**4. Principle of celerity:** the insolvency must be resolved efficiently and quickly, avoiding the depreciation or loss of the assets.

**5. Principle of continuity:** in the event of a state of insolvency, the use of the Reorganization Plan shall be promoted as a suitable means to achieve the recovery of the credit rights of the Creditors. The Judge and the Insolvency Administrator will ensure the preservation and operation of the company, the wealth, and the jobs it generates.

**6. Principle of orality:** the bankruptcy courts will accept and promote the use of oral proceedings during the hearings held within a bankruptcy proceeding.

Based on these principles, the Law regulates the Reorganization Plan, whose purpose is the partial or total recovery of recognized credits and the continuity of the debtor's economic activity. The Reorganization Plan may be private or bankruptcy; if it is private, it does not require judicial authorization. In the case of bankruptcy proceedings, these must be requested before the Courts of First Instance of the Civil Field with jurisdiction in the place where the debtor has its domicile or corporate headquarters.

In any case, the principle of credit order must be observed, the purpose of which, according to the Motives is to "recognize the existing rights of the creditors and to establish clear rules to determine the priority of the credits". Considering that a creditor "is the person who has a credit right in its favor by virtue of an obligation of the debtor", Article 34 of the Law contemplates the following division, by class of credits:

#### **1. Privileged creditor:**

**a. Creditor with Special Privilege:** that creditor whose claim is secured by a security interest.

**b. Creditor with General Privilege:** that creditor who is contemplated as such by this Law, for example, credits of persons who are not considered especially related to the debtor, labor credits, credits of obligation to provide maintenance, among others.

**2. Common Creditor:** The creditor whose credit right is not secured by a security interest and is not contemplated as a privileged creditor by law.

**3. Second-tier creditor:** It is the creditor whose credit is contemplated in this Law as second order credits.

Just as creditors are classified, Title V contains the integration of the insolvency estate. The active insolvency estate is made up of all assets and rights that are part of the debtor's assets as of the date of the declaration of the insolvency proceeding, including future cash flows from ongoing business or income of any kind from the payment of accounts receivable and the assets and rights acquired by the debtor until the termination of the insolvency proceeding. In turn, the liabilities are made up of the credits and obligations claimed by the creditors during the insolvency proceedings. The credits that make up the debtor's liabilities are classified hierarchically as follows:

### 1. First place:

**a. Claims with special privilege,** concerning credits secured by a chattel, mortgage or those protected by a trust. If there is an obligation of registration, only those that are registered in the General Property Registry or in the Registry of Movable Guarantees at the date of the declaration of the Bankruptcy are considered.

**b. Claims with general privilege,** classified in the following order:

Claims of persons not considered to be specially related to the debtor that are granted after the judicial declaration of the Bankruptcy and that serve for the financing and continuity of the debtor's economic operation. For interpretation purposes, it must be considered that the following are persons especially related to the debtor:

#### 1. If it is an individual person:

Persons within the fourth degree of consanguinity, second degree of affinity and the spouse.

#### 2. If the debtor is a legal entity:

*a. The unlimitedly liable partners and the limitedly liable partners and shareholders who have exercised the legal representation of the company 2 years prior to the date of commencement of the insolvency proceeding.*

*b. The administrative body and the liquidators, as well as those who have exercised such positions within 2 years prior to the declaration of the insolvency proceeding.*

*c. The companies that form part of the same group of companies. It will be understood that a group of companies exists when a company is subject to the power of management of another company or when several companies are subject to the power of management of the same individual or legal entity or of several persons acting in a coordinated manner. Companies that are economically dependent on other companies are also considered to be part of the same group of companies.*

*d. Persons within the fourth degree of consanguinity, second degree of affinity and the spouse of the majority shareholders or of the subjects delimited in paragraphs a. and b. above.*

i. Labor claims of any nature, accrued up to 2 years prior to the declaration of the Bankruptcy if they have not been satisfied as common credits. In the case of labor liabilities, the law contemplates that if they have been recognized as such within the reorganization proceeding or if there is a final judgment of a competent judicial authority recognizing their existence, the insolvency administrator must seek to obtain the necessary resources to pay them.

ii. Claims related to the obligation to provide alimony.

iii. Administrative claims, such as: costs of the bankruptcy process, remuneration of the Bankruptcy Administrator, Assistant Administrators and of the technicians or professionals hired in the exercise of their functions and the expenses related to the conservation, administration, valuation, and liquidation of the active mass.

iv. Claims that appear in the final award or sentence issued prior to or during the Bankruptcy.

v. Claims of judicially rehabilitated contracts.

vi. Tax claims, payable up to two years prior to the declaration of the insolvency proceeding.

Second place: Common claims distinguished since they are not privileged nor of second order.

Third place: second order credits, which in the order proposed refer to

i. Fines and other pecuniary sanctions of any nature.

ii. Subordinated claims.

iii. Claims in favor of persons especially related to the debtor.

Therefore, the new Insolvency Law brings with it an improvement to the Guatemalan legal system since

it establishes a clear order of payments. Previously, the Civil and Commercial Procedural Code, which regulated certain bankruptcy provisions, established that: "The classification and graduation of credits, except as provided in other laws, will follow the following order: 1°- Creditor claims for current alimony and for personal work; 2°- Creditor claims for last illness and funeral expenses, will, inventory and succession process; 3°- Creditor claims established in public deed, according to the order of their dates; and, 4°- Common creditor claims, which includes all those not included in the previous numerals. With respect to mortgage and pledge credits, once they have been paid, if there is any surplus, it will be delivered to the bankruptcy administrator. Once the credit graduation has been accepted by the General Meeting or the orders resolving the contestations that have been made have become final, the trustee will formulate the liquidation of the bankruptcy, establishing the amount that corresponds to each creditor in the resulting balance, after deducting the legal expenses. The costs of the bankruptcy will be paid by preference".

In conclusion, the Insolvency Law provides a framework that protects creditors and orders the distribution of the insolvency estate. Whether through a Reorganization Plan or an Insolvency Proceeding, for the creditor, knowing the order of priority provides security since it allows the creditor to understand the priority of its claim and the way in which its rights are affected. Additionally, the process is strengthened with certainty, since it is known that regardless of whether it is a minority creditor, an order will be followed, and equitable treatment will be guaranteed. Finally, having an order of priority emphasizes creditor confidence and makes the insolvency process run efficiently.

### **References:**

Congress of the Republic of Guatemala. Insolvency Law, Decree 8-2022. March 01, 2022.

Congress of the Republic of Guatemala. Initiative Number 5446, which provides for the approval of the Insolvency Law. June 12, 2018.

Banco Mundial. Creditors Rights and Insolvency Standard. United States of America, January 20, 2011.



**GUATEMALA:****LA PRELACIÓN DE LOS ACREEDORES SEGÚN LA LEY DE INSOLVENCIA**

by: Ana Lucía Chavez González.

A pesar de ser la economía más grande de Centroamérica, durante muchos años, la República de Guatemala no contó con una Ley de Insolvencia. El no contar con una normativa específica que regulara los regímenes de insolvencia provocó varios problemas dentro del sistema guatemalteco, de los cuales la Exposición de Motivos de la nueva ley menciona:

*“(...) La imposibilidad de que las entidades comerciales insolventes, pero financieramente viable, puedan solventar su situación eficientemente.*

*La imposibilidad de la recuperación, atracción y concentración de activos del deudor para hacer frente a los acreedores.*

*La comisión de injusticias contra los derechos de los acreedores no garantizados, no bancarios y ordinarios.*

*(...) La utilización por acreedores y deudores, de vías alternas de facto, para solventar sus diferencias.*

*(...) La generación de inseguridad jurídica y desconfianza en inversionistas nacionales y extranjeros. Entre otros”.*

Estos problemas se vieron reflejados en la calificación de Guatemala en el “Doing Business” del Banco Mundial donde se colocaba a Guatemala por detrás de El Salvador, Costa Rica y Honduras.

Con el fin de mejorar estos problemas, el 08 de febrero de 2022, se aprobó la nueva Ley de Insolvencia, Decreto Número 8-2022 (en adelante “La Ley”) como parte de la agenda de recuperación económica. La ley tiene como finalidad la continuidad y reestructuración de las obligaciones crediticias y empresariales en general, no busca la ejecución de los bienes del deudor, si no que tiene como objetivo principal la conservación del negocio insolvente, para que de esta manera se pueda hacer pago a los acreedores mediante la reorganización patrimonial. Asimismo, la ley crea el espacio para que, de manera extrajudicial se lleve a cabo un plan de reorganización y se pacte el pago de los adeudos.

Su contenido abarca el Plan de Reorganización, el Registro de Procesos y Administradores Concursales, los Administradores Concursales, el proceso concursal, la liquidación, los incidentes y los medios de impugnación. Su aplicación hace referencia a toda persona individual o jurídica, excluyendo al Estado, las entidades autónomas, semiautónomas, descentralizadas y las municipalidades, bancos, financieras, aseguradoras, reaseguradoras y otras entidades de grupos financieros, quienes únicamente pueden actuar como acreedores.

Basada en la Ley Modelo de Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), para la aplicación e interpretación de la Ley se deben observar los siguientes principios:

1. Principio de orden crediticio: los créditos se ordenan jerárquicamente, los acreedores de cada clase de créditos recibirán un tratamiento equitativo.

2. Principio de buena fe: la buena fe se manifiesta en el cumplimiento puntual de las obligaciones contables de la persona, en la transparencia de la misma, y la inexistencia de negocios especulativos o celebrados en fraude de acreedores.

3. Principio de publicidad: se hará la publicidad oportuna en el inicio del proceso concursal de la existencia del Plan de Reorganización y del inicio de la liquidación con el fin de informar a cualquier interesado y al público en general.

4. Principio de celeridad: la insolvencia deberá resolverse de forma eficiente y rápida, evitando la depreciación o pérdida de la masa activa.

5. Principio de continuidad: ante un estado de insolvencia, se promoverá el uso del Plan de Reorganización como medio idóneo para lograr la recuperación del derecho de crédito de los Acreedores. El Juez y Administrador Concursal velarán por la conservación y funcionamiento de la empresa, la riqueza y los empleos que genera.

6. Principio de oralidad: los juzgados concursales aceptarán y promoverán el uso de las actuaciones orales durante las audiencias que se celebren dentro de un proceso concursal.

Con base a estos principios, la Ley regula el Plan de Reorganización cuyo objeto es la recuperación parcial o total de los créditos reconocidos y la continuidad de la actividad económica del deudor. El Plan de Reorganización puede ser privado o concursal, si es privado, no requiere autorización judicial. En el caso de los procesos concursales estos, deberá solicitarse ante los Juzgados de Primera Instancia del Ramo Civil con jurisdicción en el lugar donde el deudor tenga su domicilio o sede social.

En cualquier caso, debe observarse el principio de orden crediticio, cuyo objeto conforme a la Exposición de Motivos es procurar el “reconocimiento de los derechos existentes de los acreedores y establecer reglas claras para determinar el grado de prelación de los créditos”. Considerando que un acreedor “es la persona que tiene un derecho de crédito a su favor en virtud de una obligación del deudor”, el Artículo 34 de la Ley contempla la siguiente división, por clase de créditos:

### 1. Acreedor privilegiado:

**a. Acreedor con Privilegio Especial:** aquel acreedor cuyo crédito está garantizado por una garantía real.

**b. Acreedor con Privilegio General:** el que esté contemplado como tal por la presente Ley, por ejemplo, créditos de personas que no se consideren especialmente relacionadas con el deudor, créditos laborales, créditos de obligación de prestar alimentos, entre otros.

**2. Acreedor Común:** Es el acreedor cuyo derecho de crédito no está garantizado por una garantía real y no está contemplado como un acreedor privilegiado por la ley.

**3. Acreedor de segundo orden:** Es el acreedor cuyo crédito se contempla en esta Ley como créditos de segundo orden.

Así como se clasifican los acreedores, el Título V contiene la integración de la masa concursal. La masa activa está integrada por todos los bienes y derechos que formen parte del patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del Concurso, incluyendo flujos de fondos a futuro provenientes de negocios en marcha o ingresos de cualquier tipo por pago de cuentas por cobrar y por los bienes y derechos que adquiriera el deudor hasta la terminación del Concurso. A su vez, la masa pasiva está integrada por los créditos y obligaciones que se reclamen por parte de los acreedores durante el proceso concursal. Los créditos que componen la masa pasiva del deudor se clasifican jerárquicamente en:

1. Primer lugar:

**a. Créditos con privilegio especial,** los cuales hacen referencia a los **Acreedores con privilegio especial**, y se refieren a créditos Garantizados con garantía mobiliaria, prenda, hipoteca o los protegidos por fideicomiso. Si existe una obligación de inscripción, solo se consideran los que estén inscritos a la fecha de declaración del Concurso, en el Registro General de la Propiedad o en el Registro de Garantías Mobiliarias según corresponda.

**b. Créditos con privilegio general,** referentes a los **Acreedores con privilegio general** y se clasifican en el siguiente orden:

*i.* Los créditos de personas que no se consideren especialmente relacionadas con el deudor que se otorguen después de la declaración judicial del Concurso y que sirvan para el financiamiento y continuidad de su operación económica. Para efectos de interpretación, se debe de tomar en cuenta que se consideran personas especialmente relacionadas con el deudor:

**1. Si es persona individual:** Las personas que estén dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y el cónyuge.

**2. Si es persona jurídica:**

a. Los socios ilimitadamente responsables y los socios y accionistas limitadamente responsables que hayan ejercido la representación legal de la sociedad en los dos años anteriores a la fecha de inicio del concurso.

b. El órgano de administración y los liquidadores, así como quienes haya ejercido dichos cargos dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso.

c. Las sociedades que formen parte de un mismo grupo de sociedades. Se entenderá que existe un grupo de sociedades cuando una sociedad se encuentre sometida al poder de dirección de otra o cuando varias sociedades resulten sometidas al poder de dirección de una misma persona física o jurídica o de varias personas que actúan en forma coordinada. También se

consideran parte de un mismo grupo de sociedades aquellas que dependan económicamente de otras.

d. Las personas que estén dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y el cónyuge de los accionistas mayoritarios o de los sujetos delimitados en los incisos a. y b.

ii. Los créditos laborales de cualquier naturaleza, devengados hasta con dos años de anterioridad a la declaración del Concurso, siempre y cuando no hubieran sido satisfechos como créditos comunes. En el caso del pasivo laboral, la ley contempla que si este ha sido reconocido como tal dentro del Concurso o existe sentencia firme de autoridad judicial competente reconociendo su existencia, el Administrador Concursal, debe procurar la obtención de los recursos necesarios para realizar su pago.

iii. Los créditos relativos a la obligación de prestar alimentos.

iv. Los créditos administrativos, tales como: costas del proceso concursal, retribución del Administrador Concursal, Administradores Auxiliares y de los técnicos o profesionales contratados en el ejercicio de sus funciones y los gastos relacionados a la conservación, administración, valuación y liquidación de la masa activa.

v. Los créditos que consten en laudo o sentencia firme dictados con anterioridad o en el transcurso del Concurso.

vi. Los créditos de contratos rehabilitados judicialmente.

viii. Los créditos por tributos, exigibles hasta con dos años de anterioridad a la declaración del Concurso.

**Segundo lugar:** Créditos comunes, los cuales contienen a los Acreedores comunes y se distinguen ya que no son privilegiados ni de segundo orden.

**Tercer lugar:** créditos de segundo orden, que en el orden planteado se refieren a

- i. Las multas y demás sanciones pecuniarias de cualquier naturaleza.
- ii. Los créditos subordinados.
- iii. Los créditos a favor de personas especialmente relacionadas con el deudor.

Por lo tanto, la nueva Ley de Insolvencia, trae consigo una mejora para el ordenamiento jurídico guatemalteco, ya que establece un orden claro de pagos. Anteriormente, el Código Procesal Civil y Mercantil, que regulaba ciertas disposiciones de quiebra, establecía que: “La clasificación y graduación de créditos, salvo lo dispuesto en otras leyes, seguirá el siguiente orden: 1°- Acreedurías por alimentos presentes y por trabajo personal; 2°- Acreedurías por gastos de última enfermedad y funeral, testamento, inventario y proceso sucesorio; 3°- Acreedurías establecidas en escritura pública, según el orden de sus fechas; y, 4°- Acreedurías comunes, que comprende todas las no incluidas en los numerales anteriores. En cuanto a los créditos hipotecarios y prendarios, una vez pagados, si hubiere sobrante, éste se entregará al depositario de la quiebra. Aceptada la graduación de créditos por la Junta general o firmes los autos que resuelvan las impugnaciones que se hubieren hecho, el síndico formulará la liquidación del concurso, estableciendo la cantidad que a cada acreedor corresponda en el saldo que resulte, después de deducidos los gastos legales. Las costas de la quiebra serán pagadas de toda preferencia”.

En conclusión, la Ley de Insolvencia provee un esquema que protege a los acreedores y ordena la repartición de la masa concursal. Ya sea a través de un Plan de Reorganización o en un Proceso Concursal, para al acreedor, conocer el orden de prelación le brinda seguridad ya que le permite entender la prioridad de su reclamación y la forma que se ven afectados sus derechos. Adicionalmente, el proceso se fortalece con certeza, pues se sabe que sin importar si es un acreedor minoritario, se seguirá un orden y se garantizará un tratamiento equitativo. Por último, el contar con un orden de prelación enfatiza la confianza del acreedor y hace que el proceso de insolvencia se desarrolle de forma eficiente.

**Referencias:**

Congreso de la República de Guatemala. Ley de Insolvencia, Decreto 8-2022. 01 de marzo de 2022.  
Congreso de la República de Guatemala. Iniciativa Número 5446, que dispone aprobar Ley de Insolvencias. 12 de junio de 2018.  
Banco Mundial. Creditors Rights and Insolvency Standard. Estados Unidos de América, 20 de enero de 2011.

# MEXICO:

## THE EFFECTIVENESS OF A BANKRUPTCY AGREEMENT WITH MINORITY DISSIDENCE

by: Iris Guajardo



In relation with the object that explores a concurso procedure, the Law provides for the execution of an agreement between the Debtor with the majority of the recognized creditors, this being the purpose of the Conciliation stage; seeking of course the conservation of the company declared in concurso, as well as a fair and equitable payment for creditors.

Regarding the proposed concurso agreement, the Law provides that in the event of a concurso procedure with a prior restructuring plan, by its very nature, it seeks a considerably faster trial, the foregoing when seeking conciliation through the execution of a concurso agreement with which the trial comes to an end.

On the other hand, in an ordinary concurso procedure, the conciliator is in charge of conducting the recognition of credits and will have as its main function the execution of a concurso agreement with which the concurso mercantil ends.

On the other hand, in an ordinary *concurso* procedure, the conciliator is in charge of conducting the recognition of credits and will have as its main function the execution of a *concurso* agreement with which the *concurso mercantil* ends.

Twenty-two years after the Ley de Concursos Mercantiles were published, its application has been fraught with challenges due to the interpretation of the numerals that comprise it.

The Commercial Bankruptcy Law, as well as the procedures that are developed under its regulation, are intended to preserve the companies and prevent the generalized non-compliance with payment obligations from jeopardizing their viability, likewise, it seeks to avoid jeopardizing the viability of the companies with which it maintains a commercial relationship, always seeking to guarantee adequate protection for creditors against companies in concurso, as well as the damage to their assets; the foregoing as established in article 1 of the Law.

In the event that the concurso agreement is concluded, the judge will issue a judgment approving the agreement by which the procedure will be terminated and, consequently, the agreement and the judgment approving it, will constitute the only document that governs the obligations in charge of the Debtor with respect to the recognized credits, this based on the provisions of article 166 of the *Ley de Concursos Mercantiles*.

However, with respect to the effectiveness of the agreement, the *Ley de Concursos Mercantiles* establishes in its article 157 that the agreement will be effective, provided that it is signed by the Debtor and more than 50% of his creditors, a percentage that results from the addition of its common creditors, subordinates and those who has a real guarantee or special privilege.

The *concurso* agreement will be mandatory for those recognized common creditors who do not sign it, as can be seen from numeral 158 of the Law.<sup>1</sup>

The preceding article shows that the intention of the legislator was that once the agreement is approved, it should be considered signed by all recognized creditors, leaving inadmissible any manifestation on the part of the recognized creditors when the concurso agreement itself provides for the payment of their credits.

In practice, the aforementioned numerals have been subject to interpretation by the parties, pointing out as illegal the numeral 158 of the Law, considering that the imposition of the concurso agreement signed by the Debtor and the majority required by Law violates the fundamental rights of that recognized creditor that it had not signed the concurso agreement under the stipulated terms.

Likewise, it has been argued that by approving a concurso agreement with dissent by recognized creditors, it violates the democratic principle, however, as will be detailed in the following paragraphs, our Courts have ruled on the matter and have issued the corresponding ruling that analyzed from the point of view of bankruptcy matters.

On the other hand, article 159 of the Law establishes what the concurso agreement may stipulate for recognized creditors who have signed it.<sup>2</sup>

The legislative intention of the articles that have been mentioned in previous paragraphs was manifested through the explanatory statement of the *Ley de Concursos Mercantiles*, which in what matters is of the following:

*“The conciliation stage is aimed at creating the best conditions so that any favorable settlement opportunity for all participants can materialize in an agreement. Although the nature of an agreement is to achieve and reflect a contest of wills, a majority agreement is allowed to be imposed on a dissident minority, duly protecting their rights to prevent a capricious or disinterested minority from preventing a preferable solution for all.”*

*“The agreement is, fundamentally, an arrangement between merchants, which must benefit from all means accessible to modern transactions. Since the agreement is an endorsement of the business of the debtor with his creditors, it is natural that the preparation thereof is adjusted to the commercial practices of the markets in which the debtor and his creditors operate. Consequently, the formulation and negotiation of projects or proposed agreements are not regulated, nor is it required that creditors meet to discuss or vote. However, the minimum instances of notification and access that allow all interested parties to exercise their rights and participate in the defense of their interests are provided.”*

---

3 Article 157.- To be effective, the agreement must be signed by the Debtor and its Recognized Creditors that represent more than fifty percent of the sum of:

I. The amount recognized to all common and subordinate Admitted Creditors, and

II. The amount recognized to those Admitted Creditors with real guarantee or special privilege that sign the agreement. In the cases in which the Debtor has subordinate Admitted Creditors referred to in section II of article 222 Bis, including the persons referred to in articles 15, section I, and 117, section II, who represent at least the twenty-five percent of the total recognized amount of the credits referred to in sections I and II of this article, individually or jointly, for the agreement to be effective it must be subscribed by the Recognized Creditors who represent, at least, the fifty percent of the total amount of the recognized credits mentioned in sections I and II of this article, excluding the amount of credits in favor of the subordinated creditors referred to in section II of article 222 Bis, including the persons referred to in articles 15, section I, and 117, section II.

The provisions of the preceding paragraph shall not be applicable in the event that the subordinate Admitted Creditors referred to in section II of article 222 Bis, including the persons referred to in articles 15, section I, and 117, section II, agree to the terms of the agreement signed by the rest of the Admitted Creditors, in which case the percentage referred to in the first paragraph of this article will prevail.

The foregoing clearly reflects the intention of the legislator to respect the parties that enter into the *concurso* agreement, ensuring their interests and always having the preservation of the company as its objective, since a source of jobs depends on it, which translates into the proper performance of the economy.

However, another reason for disagreement that has arisen with the drafting of the *Ley de Concursos Mercantiles* during its validity, is the percentage established in order for an agreement to be effective, that provision is found in article 157 3 of the Law, which in what matters is of the following:

*“The Commission sought a mechanism that would allow a consensus to be reached quickly, encouraging the participation of secured creditors, preserving their guarantees and duly protecting the rights and interests of common creditors. This was achieved with the combination of two elements, the formula for the majority vote of the agreement and provisions to protect dissident minorities from common creditors. Thus, to determine if the required majority is met, the amounts of the common and guaranteed creditors that approve the proposal will be added. This amount will be divided between the addition of the amounts of all common creditors and the amounts of those guaranteed that approved it. If this quotient is greater than one half, the required majority is fulfilled.”*

The foregoing makes it clear to us that the intention of the legislator was that the participation of the secured creditors to achieve the majority to make the *concurso* agreement effective can contribute to reaching the required majority.

However, to prevent a majority achieved from imposing disadvantageous conditions on the majority of common creditors, they are allowed to exercise the right of veto, so those who disagree with the proposal will have the opportunity to object to it, however, the agreement it can prosper if they refrain from expressing their disagreement.



Regarding what is narrated in the preceding paragraphs, it is important to point out that

our Courts have stated that although there may be disagreements with the concurso agreement proposals, it is also true that the procedure itself has as its objective the preservation of the company in concurso, seeking the fair payment of their credits and that in the execution of a concurso agreement, so that if the agreement contemplates the payment of the credits of common recognized creditors, it is in a condition to maintain that in accordance with the democratic principle and taking into account the nature of the concurso mercantil, if the common creditors accepted and signed the agreement proposal in accordance with the provisions of numeral 157 referred to above, then the common creditors who decided not to sign the concurso agreement or abstained from it, are obliged to accept the conditions of the majority of recognized creditors who did form the concurso agreement.

We must be clear that the principle of democracy in a concurso mercantil is crucial because, given the nature of the matter and the infinity of creditors and their various classes that can be guaranteed, with special privilege, common, with a personal relationship with the debtor and subordinates, is that our Courts have issued precedents in this way, insisting that the principle of democracy that governs the matter of the concurso mercantil is mainly regulated in numeral 157 of the Ley de Concursos Mercantiles from which it follows that to be effective the agreement must be signed by the debtor and its recognized creditors that represent more than fifty percent of the sum of the recognized amount to all the common and subordinate recognized creditors and the recognized amount of those recognized creditors with guarantee or special privilege that sign the agreement.

# MEXICO:

## LA EFICACIA DE UN CONVENIO CONCURSAL CON LA DISIDENCIA DE MINORÍAS

by: Iris Guajardo

A veintidós años de la entrada en vigor de la Ley de Concursos Mercantiles, la aplicación de la misma se ha visto colmada de retos ante la interpretación de los numerales que la conforman.

La Ley de Concursos Mercantiles, así como los procedimientos que bajo su regulación se desarrollan, tienen como objeto el conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago llegue a poner en riesgo la viabilidad de las mismas, asimismo, se busca evitar poner en riesgo la viabilidad de las empresas con las que mantenga una relación comercial, siempre buscando el garantizar una adecuada protección a los acreedores frente a las empresas en concurso, así como al detrimento de su patrimonio; lo anterior como se establece en el artículo 1º de la Ley en comento.

En armonía con el objeto que explora un procedimiento de concurso mercantil, la Ley prevé la celebración de un convenio concursal entre el Comerciante con la mayoría de los acreedores reconocidos, siendo ésta la finalidad de la etapa de Conciliación; buscando por supuesto la conservación de la empresa declarada en concurso mercantil, así como el pago justo y equitativo para los acreedores.

Respecto de las propuestas de convenio de concursos mercantiles, la Ley prevé que en caso de un procedimiento de concurso mercantil con plan de reestructura previo, por su propia naturaleza, éste busca que el juicio sea considerablemente mas rápido, lo anterior al buscar la conciliación a través de la celebración de un convenio concursal con el que llegue a su fin el juicio.

Por otra parte, en un procedimiento de concurso mercantil ordinario, el conciliador es el encargado en conducir el reconocimiento de créditos y tendrá como principal función la celebración de un convenio concursal con el que culmine el concurso mercantil.

En caso de que se llegue a la celebración del convenio concursal, el juez competente dictará sentencia de aprobación de convenio por la que se dará por terminado el procedimiento y en consecuencia, el convenio y la sentencia que lo apruebe, constituirán el único documento que rija las obligaciones a cargo del Comerciante con respecto a los créditos reconocidos, esto en base a lo señalado por el artículo 166 de la Ley de Concursos Mercantiles.

Ahora bien, con respecto a la eficacia del convenio que se llegue a celebrar, la Ley de Concursos Mercantiles establece en su artículo 157 que el convenio será eficaz, siempre que sea suscrito por el comerciante y más del 50% de sus acreedores, porcentaje que resulta de la suma de sus acreedores comunes y quienes gozan garantía real o privilegio especial.

El convenio concursal resultará obligatorio para aquellos acreedores reconocidos comunes que no lo llegasen a suscribir, según se desprende del numeral 158 de la Ley en comento.<sup>1</sup>

El contenido del artículo precedente deja ver que la intención del legislador fue que el convenio una vez que fuere aprobado, se deberá considerar suscrito por todos los acreedores reconocidos, dejando inadmisibles manifestaciones alguna por parte de los acreedores reconocidos cuando el propio convenio concursal prevea el pago de sus créditos.

En la práctica los numerales antes invocados han sido sujetos a interpretación por las partes, señalando como ilegal el numeral 158 en comento al estimar que la imposición del convenio concursal suscrito por el comerciante y la mayoría requerida por Ley viola los derechos fundamentales respecto de aquel acreedor reconocido que no hubiere suscrito el convenio concursal bajo los términos estipulados.

Asimismo, se ha argumentado que al aprobar un convenio concursal con disidencias por parte de acreedores reconocidos viola el principio democrático, sin embargo, como en los párrafos siguientes se detallará, nuestros Tribunales se han pronunciado al respecto y han emitido fallo correspondiente con el que se analiza ante la óptica de la materia concursal.

Por otra parte, el artículo 159 de la Ley de Concursos Mercantiles establece lo que podrá estipular el convenio concursal para los acreedores reconocidos que lo hubieren suscrito.<sup>2</sup>

---

Artículo 158.- El convenio se considerará suscrito por todos aquellos Acreedores Reconocidos comunes, sin que se admita manifestación alguna por su parte, cuando el convenio prevea con respecto de sus créditos lo siguiente:

I. El pago del adeudo que era exigible a la fecha en que surtió efectos la sentencia de concurso mercantil, convertido a UDIs al valor del día de la sentencia de concurso mercantil;

II. El pago de todas las cantidades y accesorios que se hubieran hecho exigibles conforme al contrato vigente, desde la fecha de la sentencia de declaración de concurso mercantil, hasta la de aprobación del convenio, de no haberse declarado el concurso mercantil y suponiendo que el monto referido en la fracción anterior se hubiera pagado el día de la sentencia de concurso mercantil. Estas cantidades se convertirán en UDIs al valor de la fecha en que se hubiera hecho exigible cada pago, y

III. El pago, en las fechas, por los montos y en la denominación convenidos, de las obligaciones que, conforme al contrato respectivo, se hagan exigibles a partir de la aprobación del convenio, suponiendo que el monto referido en la fracción I se hubiera pagado el día de la sentencia de concurso mercantil y que los pagos referidos en la fracción II se hubieran realizado en el momento en que resultaran exigibles.

Los pagos a que hacen referencia las fracciones I y II de este artículo se deberán hacer dentro de los treinta días hábiles siguientes a la aprobación del convenio, considerando el valor de las UDIs del día en que se efectúe el pago.

Los créditos que reciban el trato a que se refiere este artículo se considerarán al corriente a partir de la fecha de aprobación del convenio.

2. Artículo 159.- El convenio sólo podrá estipular para los Acreedores Reconocidos comunes que no lo hubieren suscrito lo siguiente:

I. Una espera, con capitalización de intereses ordinarios, con una duración máxima igual a la menor que asuman los Acreedores Reconocidos comunes que hayan suscrito el convenio y que representen al menos el treinta por ciento del monto reconocido que corresponda a dicho grado;

II. Una quita de saldo principal e intereses devengados no pagados, igual a la menor que asuman los Acreedores Reconocidos comunes que hayan suscrito el convenio y que representen al menos el treinta por ciento del monto reconocido que corresponda a dicho grado, o

III. Una combinación de quita y espera, siempre que los términos sean idénticos a los aceptados por al menos el treinta por ciento del monto reconocido a los Acreedores Reconocidos comunes que suscribieron el convenio.

En el convenio se podrá estipular que los créditos se mantengan en la moneda, unidad de valor o denominación, en que fueron originalmente pactados.

3. Artículo 157.- Para ser eficaz, el convenio deberá ser suscrito por el Comerciante y sus Acreedores Reconocidos que representen más del cincuenta por ciento de la suma de:

- i. El monto reconocido a la totalidad de los Acreedores Reconocidos comunes y subordinados, y
- ii. El monto reconocido a aquellos Acreedores Reconocidos con garantía real o privilegio especial que suscriban el convenio.

En los casos en que el Comerciante tenga Acreedores Reconocidos subordinados a los que se refiere la fracción II del artículo 222 Bis, incluyendo a las personas a que se refieren los artículos 15, fracción I, y 117, fracción II, que representen al menos el veinticinco por ciento del monto total reconocido de los créditos a que hacen referencia las fracciones I y II del presente artículo, en lo individual o en conjunto, para que el convenio sea eficaz deberá estar suscrito por los Acreedores Reconocidos que representen, al menos, el cincuenta por ciento de la suma total del monto de los créditos reconocidos a que hacen mención las fracciones I y II del presente artículo, excluyendo el monto de los créditos a favor de los acreedores subordinados a los que se refiere la fracción II del artículo 222 Bis, incluyendo a las personas a que se refieren los artículos 15, fracción I, y 117, fracción II.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será aplicable en caso de que los Acreedores Reconocidos subordinados a que se refiere la fracción II del artículo 222 Bis, incluyendo a las personas a que se refieren los artículos 15, fracción I, y 117, fracción II, se allanen a los términos del acuerdo que suscriban el resto de los Acreedores Reconocidos, en cuyo caso prevalecerá el porcentaje referido en el primer párrafo de este artículo.

Ahora bien, la intención legislativa de los numerales que se han mencionado en párrafos anteriores fue manifestada mediante la exposición de motivos de la Ley de Concursos Mercantiles, misma que en lo que interesa es del tenor literal siguiente:

*“La etapa de conciliación está orientada a crear las mejores condiciones para que se puedan materializar en un convenio cualquier oportunidad de arreglo favorable a todos los participantes. Si bien la naturaleza de un convenio es conseguir y reflejar un concurso de voluntades, se permite que un convenio mayoritario sea impuesto a una minoría disidente protegiendo debidamente sus derechos para evitar que una minoría caprichosa o desinteresada impida una solución preferible para todos.”*

*“El convenio es, fundamentalmente un arreglo entre comerciantes, que se debe beneficiar de todos los medios accesibles a las transacciones modernas. Siendo el convenio un refrendo del negocio del comerciante con sus acreedores, es natural que su preparación se ajuste a las prácticas comerciales de los mercados en que operan el comerciante y sus acreedores. En consecuencia, no se regula la formulación y negociación de proyectos o propuestas de convenios, ni se exige que los acreedores*

*se congreguen a discutir o votar. Se prevén sin embargo, las mínimas instancias de notificación y acceso que permiten a todos los interesados ejercer sus derechos y participar en defensa de sus intereses.”*

Lo anteriormente expuesto refleja claramente la intención del legislador de respetar a las partes que celebren el convenio concursal, velando por los intereses de los mismos y teniendo siempre como objeto la preservación de la empresa, pues de ella depende una fuente de trabajos que se traduce en el correcto desempeño de la economía.

Ahora bien, otro motivo de disenso que se ha suscitado con la redacción de la Ley de Concursos Mercantiles durante su vigencia, es el porcentaje establecido en para que un convenio sea eficaz, dicha previsión se encuentra en el artículo 157<sup>3</sup> de dicho ordenamiento legal de la cual al respecto, la exposición de motivos señala lo siguiente:

*“Así, la Comisión buscó un mecanismo que permitiera llegar rápidamente a un consenso, fomentando la participación de los acreedores garantizados, preservando sus garantías y protegiendo debidamente los derechos e intereses de los acreedores comunes. Esto se logró con la combinación de dos elementos, la formula para la votación mayoritaria del*

*convenio y disposiciones para proteger a las minorías disidentes de acreedores comunes... Así, para determinar si se cumple la mayoría necesaria, se sumarán los montos de los acreedores comunes y garantizados que aprueben la propuesta. Esta cantidad se dividirá entre la suma de los montos de todos los acreedores comunes y de los montos de aquellos garantizados que la aprobaron. Si este cociente resulta mayor a un medio, se cumple la mayoría requerida.”*

Lo anterior nos deja claro que la intención del legislador fue que la participación de los acreedores garantizados para lograr la mayoría para hacer eficaz el convenio concursal puede contribuir para alcanzar la mayoría requerida.

Ahora bien, para evitar que una mayoría lograda fuere a imponer condiciones desventajosas a la mayoría de los acreedores comunes, se permite que éstos ejerzan el derecho de veto, así quienes estén en desacuerdo con la propuesta tendrán la oportunidad de objetarla, sin embargo, el convenio puede prosperar si se abstienen de manifestar su desacuerdo.

Con respecto a lo narrado en los párrafos precedentes, es importante señalar que nuestros Tribunales han manifestado que si bien pueden existir desacuerdos con las propuestas de convenio concursal, también lo es que el procedimiento en sí tiene como objeto la preservación de la empresa en concurso, procurando el pago justo de sus créditos y que en la celebración de un convenio concursal, de manera que si el convenio contempla el pago de los créditos de los acreedores reconocidos comunes, se está en condición de sostener que conforme al principio democrático y atendiendo a la naturaleza del concurso mercantil, si los acreedores comunes aceptaron y suscribieron la propuesta de convenio conforme a lo dispuesto por el numeral 157 antes referidos, entonces los acreedores comunes que decidieron no firmar el convenio concursal o se abstuvieron de ello, están obligados a aceptar las condiciones de la mayoría de los acreedores reconocidos que sí formaron el convenio concursal.

Así las cosas, debemos tener claro que el principio de democracia en un juicio de concurso mercantil es crucial pues, dada la naturaleza de la materia y la infinidad de acreedores y sus diversas clases que pueden ser con garantía real, con privilegio especial, comunes, con relación personal con el comerciante y subordinados, es que nuestros Tribunales han emitido criterio en ese sentido, insistiendo que el principio de democracia que rige en la materia del concurso mercantil se encuentra regulado principalmente en el numeral 157 de la Ley de Concursos Mercantiles del que se desprende que para ser eficaz el convenio deberá ser suscrito por el comerciante y sus acreedores reconocidos que representen más del cincuenta por ciento de la suma del monto reconocido a la totalidad de los acreedores reconocidos comunes y subordinados y el monto reconocido de aquellos acreedores reconocidos con garantía real o privilegio especial que suscriban el convenio.

# DOMINICAN REPUBLIC:

## PRIORITY OF CREDITS AND PROTECTION OF MINORITY CREDITORS IN THE DOMINICAN INSOLVENCY REGULATION

By: Pamela Benzán Arbaje



### Introduction

Law 141-15 governs insolvencies and restructuring procedures in the Dominican Republic. The Law was enacted in August 2015, but only entered into effect, after an 18-month transitory period, on February 7, 2017. Furthermore, the rules of application of the Law 141-15 were signed into law by Executive Decree No. 20-17 on February 13, 2017.

This entails that the Dominican insolvency regulation has been in force for only 5 years and a half. Nevertheless, creditors and debtors are deciding to lean on the country's restructuring statute to protect their credits or assets and claims have increased during Covid 19 pandemic.

**To provide an illustration of the insolvency practice in the Dominican Republic to date, we will refer to the statistics provided by the Courts and the processes published by the restructuring and liquidation Courts on their website. Since the entry into force of the law in 2017:**

- More than 56 restructuring claims have been dismissed by the Court; There are currently 7 local active cases and one foreign insolvency recognition procedure;
- There is only 1 judicial liquidation procedure that has successfully concluded after the execution of the liquidation plan (Trevigalante) - the author was one of the attorneys of the debtor;
- only 2 companies have obtained the approval of the reorganization plan approved by the creditors and the Court (Arconim and Munne) - being Arconim the first one and where the author is auxiliary expert of the trustee.

It is worth mentioning that during the Covid 19 pandemic until recently, more than 25 restructuring requests and 1 foreign insolvency recognition proceeding requests have been submitted to the Courts.

## **Minority creditors rights and the guiding principles of the insolvency regulation**

The Dominican insolvency regulation doesn't directly address the rights of the minority creditors, however, some of its guiding principles established on article 3 of law 141-15 provide a vague protection basis for the minority creditors and should be taken into consideration by the Court and the officers of the Court when taking decisions during the course of a reorganization proceeding.

For example, the equality principle mandates equal treatment of all parties involved in the process, regardless of the application of rules on privileges, priority of credits and preferences.

Likewise, the maximization of assets principle establishes that the procedures provided by law, including the judicial liquidation, must provide the most effective or efficient treatment to the assets to guarantee the maximization of its value in favor of all the creditors.

On another hand, the transparency and information principle refer that all participants must have access to all the information of the process and the subjects obliged to supply it must do so in a timely, fair and verifiable manner.

Lastly, the universality principle determines the affectation of all the assets of the debtor and connection to all creditors and parties involved in the process.

## **Credit registration procedure**

Another important topic to address in order to understand the Dominican insolvency regulation in relation to the priority of credits and the protection of minority creditors, is the procedure established in the law for the registration of credits, which clearly favors the secured creditors both in the requirements for registration and the possibility of collecting interests during the general stay of proceedings.

The law establishes that creditors must declare to the conciliator all the credits they may hold against the debtor that were originated before the commencement of the insolvency proceedings within 30 working days of the publication of the decision ordering the reorganization of the company in the webpage of the court and a national newspaper. After the expiration of such period, the conciliator must present to the court a provisional list of the existing creditors within 30 additional working days. After filing such report, the court will publish a provisional list with the recognized creditors in a newspaper and will notify the creditors and the debtor. The court must decide on the registration of unliquidated credits as well, based on the information provided by the accounting of the debtor and the creditors, even in the cases where the creditors have not requested the recognition of the credit. The unliquidated credits are taken into consideration for the reserves of the liquidation process and are not paid until the credits are liquidated. The creditors can commence proceedings to liquidate the amounts owed for the registration of their credits.



All credits not declared in this period may participate in the reorganization process through a late declaration process. The costs involved in such process will be borne by the creditor, except when the delay is caused by an act of God or fortuitous event, which must be demonstrated to the court. On the other hand, the secured creditors who were not informed about the commencement of the proceedings or the designation of the conciliator may declare their credits at any time. Lack of declaration within the time frames conceived in the law will entail the disallowance of the creditors in the distributions unless the court unveils the prescription.

It is important to mention that a creditor could claim the interests that accrued after the opening of an insolvency proceeding; however, the credit for these interests would be considered subordinated. Therefore, the creditor would only be paid after all other creditors are paid, as well as the fees of the officers and other expenses originated by the insolvency proceedings. In any case, the creditor could only claim the interests accrued after the moratorium is terminated. There is an exemption for this rule applicable only to credits with collateral to the extent of the respective warranty.

### **Priority of credits**

The law produces an automatic change in the priority of credits as it establishes that credits originated after the commencement of the insolvency proceedings, when approved by the court, have a higher priority in relation to all other secured and unsecured claims, other than those owed to the tax authorities, employees or originated by the insolvency proceedings.

Also, the court may change the priority of a creditors' claim in the case of authorization of new secured loans

Article 86 of Law No. 141-15 establishes that the payment of debts must be performed in the order indicated below:

- labor liabilities, whenever they have not been advanced in accordance with the provisions of the labor code or any other laws regarding social security or employees' health;
- the costs and expenses originated by the reorganization process, including the fees of the officials and auxiliaries involved;
- the loans approved by the court and granted by financial intermediation entities or third parties for the financing of the debtor;
- the credits of essential and public service providers or suppliers, duly authorized by the court;
- the debts resulting from the execution of contracts that remain in force after the commencement of the reorganization process, when approved by the court and the corresponding creditor agrees to deferred payment; and
- other liabilities, according to their priority (secured credits will prevail).

The termination of employment contracts because of a court decision must be executed in accordance with the provisions of the labor code, which establishes the concession of an economic assistance for the employees. Labor liabilities have the highest priority of claims, and pursuant to article 169 of Law No. 141-15, they must be paid within 10 days of the judgment that orders the liquidation if the liquidator has enough funds to cover the debts. If there are not enough funds, employees will be partially liquidated on a proportional basis according to the available funds until fully liquidated.

The insolvency legislation does not specifically refer to pension-related claims. However, pension claims are considered to be included in the social security claims that have the highest priority, just as the labor liabilities.

In the event of a judicial liquidation, distributions will be made following priority and on a pro-rata basis, subsequent to the deduction of the costs of the proceedings and the amounts paid to preferential creditors from the realization value of the assets. If encumbered assets are sold, the secured creditors shall receive a proportion of the selling price.

### **Unsecured credits**

A creditor may commence proceedings through the ordinary courts to recover outstanding amounts before the initiation of the insolvency proceedings. The Civil Procedure Code conceives different mechanisms for unsecured creditors to obtain pre-judgment attachments.

In some cases, there must be valid and justified credit and evidence of the imminent insolvency of the debtor. The creditor could obtain an order attaching personal property owned by the debtor, through an ex parte proceeding before a judge. Also, a creditor may obtain a provisional judicial mortgage over the real property of the debtor.

Further, an unsecured creditor who has a determinate or liquidated credit could oppose the payment of the sums owed to the debtor by serving a notice to a third-party holding asset of the debtor – this is often used as a cautionary measure.

On the contrary, after the approval of the reorganization request and during the conciliation and negotiation process, the options available to unsecured creditors are limited, as a statutory moratorium and stay in proceedings will apply until the reorganization

plan is approved or the judicial liquidation is ordered to any proceedings initiated, including all judicial, administrative or arbitral decisions that affect the assets of the debtor, any enforcement or eviction procedures regarding the debtor's movable and immovable property, calculation of interest under loans and other credit documents, among others.

Article 188 of Law No. 141-15 establishes that the remaining value of the debtor's assets, after deducting the legal fees and expenses incurred in the liquidation process, as well as the sums paid to the preferential and secured creditors, will be distributed on a pro-rata basis between all other creditors.

### **Voting rights**

As per article 18 of law 141-15, each creditor will have the right to 1 vote for each 1% or fraction greater than 0.5% that holds of the total of the registered or recognized credits, as appropriate. This calculation excludes creditors related to the debtor, who will only have the right to speak, except on those cases where they are the only creditors in the process.

Creditor decisions are made through agreements that obtain at least 60% of the votes of the creditors registered or recognized, as appropriate, that they are present or duly represented. The decisions adopted by such majority will be mandatory for the dissident or absent minority.

Moreover, article 19 indicates that with the exception of cases where there is a single creditor, a registered or recognized creditor, as the case may be, can't concentrate more than 50% of the voting power, regardless of the amount of your credit. In cases where a registered or recognized creditor exceeds the maximum limit, the percentage from 50% must be distributed in a proportional basis between the other registered or recognized creditors in relation to the amounts of their registered or recognized credits.

On this regard, article 36 of the rules of application establishes that the rule of article 19 will only apply when three or more creditors are present at the creditors meeting. On the contrary and in order to prevent a minority creditor from being able to block a decision that has the vote of the majority creditor, the rule of the aforementioned article 19 will not apply when only two creditors are present, even if one of them concentrates more than 50% of the voting power.

In conclusion, the insolvency legal framework of the Dominican Republic has a very established credit priority that benefits mainly the secured creditors, new credits originated after the commencement of the reorganization procedure (including officers fees and process related costs) and labor credits. The system is based mostly on the decision of the majority creditors and there is a very vague basis for the protection of the minority creditors based on the guiding principles of the law, thus the latter are basically subject to the decision of the majority creditors in most scenarios.

However, I understand that based on the guiding principles of the law, especially the equality, transparency, asset maximization and universality principles, the Court has ample powers to protect the minority creditors whenever there is an obvious and flagrant violation of their rights in the process. Since the law is very recent, there has not been direct contestation on this matter yet, thus there is no local doctrine or jurisprudence on the matter, however, we expect this to change any time soon with the increase of the local cases due to the transversal effects of the pandemic and global inflation. In fact, a lot of companies are studying their solvency ratios and considering reorganization options at this moment and the ones that have not, should be doing it soon in order to prepare and act accordingly.

# REPÚBLICA DOMINICANA:

## PRELACIÓN DE CRÉDITOS Y PROTECCIÓN DE ACREEDORES MINORITARIOS EN LA LEGISLACIÓN DE INSOLVENCIA DOMINICANA

By: Pamela Benzán Arbaje

### Introduction

La Ley 141-15 rige los procedimientos de insolvencia y reestructuración en la República Dominicana. La Ley fue promulgada en agosto de 2015, no obstante, entró en vigencia el 7 de febrero de 2017, luego de un período transitorio de 18 meses. Por su parte, las reglas de aplicación de la Ley 141-15 fueron promulgadas mediante el Decreto Ejecutivo N° 20 -17 el 13 de febrero de 2017.

Esto implica que la regulación dominicana de insolvencia ha estado vigente solo por 5 años y medio. Sin embargo, los acreedores y deudores están decidiendo apoyarse en el estatuto de reestructuración del país para proteger sus créditos o activos y las solicitudes de reestructuración han aumentado durante la pandemia de Covid 19.

Para ilustrar la práctica concursal en la República Dominicana a la fecha, nos referiremos a las estadísticas proporcionadas por los Juzgados y los procesos publicados por los Juzgados de Reestructuración y Liquidación en su sitio web. Desde la entrada en vigor de la ley en 2017:

- El Tribunal ha desestimado más de 56 reclamaciones de reestructuración;
- Actualmente hay 7 casos activos locales y un procedimiento de reconocimiento de insolvencia extranjero;
- Sólo existe 1 procedimiento de liquidación judicial que ha concluido con éxito luego de la ejecución del plan de liquidación (Trevigalante) – la autora fue una de los apoderados de los deudores y;
- sólo 2 empresas han obtenido la aprobación del plan de saneamiento aprobado por los acreedores y el Juzgado (Arconim y Munne) - siendo Arconim la primera, donde la autora funge como auxiliar experta del conciliador.

Cabe mencionar que luego del inicio de la pandemia del Covid 19 se han presentado a los Tribunales más de 25 solicitudes de reestructuración y 1 solicitud de reconocimiento de concurso extranjero.

## **Los derechos de los acreedores minoritarios y los principios rectores de la regulación concursal**

La legislación de insolvencia dominicana no aborda directamente los derechos de los acreedores minoritarios, sin embargo, algunos de sus principios rectores establecidos en el artículo 3 de la ley 141-15 brindan una tenue base de protección para los acreedores minoritarios y deben ser tomados en consideración por los tribunales y sus funcionarios al tomar decisiones durante el curso de un procedimiento de reestructuración.

Por ejemplo, el principio de igualdad exige un trato igualitario para todas las partes involucradas en el proceso, independientemente de la aplicación de reglas sobre privilegios, prioridad de créditos y preferencias.

Asimismo, el principio de maximización de los activos establece que los procedimientos previstos en la ley, incluida la liquidación judicial, deben dar el tratamiento más eficaz o eficiente a los bienes para garantizar la maximización de su valor a favor de todos los acreedores.

Por otro lado, el principio de transparencia e información se refiere a que todos los participantes deben tener acceso a toda la información del proceso y los sujetos obligados a suministrarla deben hacerlo en forma oportuna, justa y verificable.

Por último, el principio de universalidad determina la afectación de todos los bienes del deudor y la vinculación a todos los acreedores y partes intervinientes en el proceso.

## **Procedimiento de registro de crédito**

Otro tema importante a abordar para entender la regulación dominicana de insolvencia en relación con la prelación de créditos y la protección de los acreedores minoritarios es el procedimiento establecido en la ley para el registro de créditos, que claramente favorece a los acreedores garantizados tanto en los requisitos para el registro y la posibilidad de cobrar intereses durante la suspensión general del procedimiento.

La ley establece que los acreedores deben declarar al conciliador todos los créditos que tuvieren contra el deudor que se originaron antes de la apertura del concurso dentro de los 30 días hábiles siguientes a la publicación de la resolución que ordene la reestructuración de la sociedad en la página web de la corte y un periódico nacional. Vencido dicho plazo, el conciliador deberá presentar al tribunal una lista provisional de los acreedores existentes dentro de los 30 días hábiles adicionales. Luego de presentado dicho informe, el tribunal publicará una lista provisional con los acreedores reconocidos en un periódico y notificará a los acreedores y al deudor. También, el tribunal deberá decidir sobre la inscripción de los créditos por liquidar, en base a la información que le proporcione la contabilidad del deudor y de los acreedores, aun en los casos en que los acreedores no hayan solicitado el reconocimiento del crédito. Los créditos por liquidar se toman en consideración para las reservas del proceso de liquidación y no se pagan hasta que son liquidados. Los acreedores pueden iniciar procedimientos para liquidar las cantidades adeudadas por la inscripción de sus créditos.

Todos los créditos no declarados en este período podrán participar en el proceso de reestructuración a través de un proceso de declaración tardía. Las costas que origine dicho proceso serán de cuenta del acreedor, salvo que la demora sea causada por caso fortuito o fuerza mayor, que deberá demostrarse ante el tribunal. Por otra parte, los acreedores garantizados que no hayan sido informados del inicio del procedimiento o de la designación del conciliador podrán declarar sus créditos en cualquier tiempo. La falta de declaración dentro de los plazos previstos en la ley acarreará la inhabilitación de los acreedores en las distribuciones a menos que el tribunal levante la prescripción.

Es importante mencionar que un acreedor pudiera reclamar los intereses que se devenguen con posterioridad a la apertura de un procedimiento de insolvencia; sin embargo, el crédito por estos intereses se consideraría subordinado. Por lo tanto, sólo se pagaría al acreedor una vez pagados todos los demás acreedores, así como los honorarios de los funcionarios y demás gastos originados por el concurso. En todo caso, el acreedor sólo podrá reclamar los intereses devengados después de extinguida la moratoria causada por el efecto suspensivo del artículo 54. Existe una exención a esta regla aplicable únicamente a los créditos garantizados hasta el valor de la garantía respectiva.

### **Prioridad de créditos**

La ley produce un cambio automático en la prelación de los créditos al establecer que los créditos originados con posterioridad a la apertura del procedimiento concursal, una vez aprobados por el tribunal, tienen mayor

prelación en relación con todos los demás créditos garantizados y no garantizados, distintos de los adeudados a las autoridades fiscales, empleados u originados por el procedimiento de insolvencia.

Además, el tribunal puede cambiar la prioridad de la reclamación de los acreedores en el caso de autorización de nuevos préstamos garantizados.

El artículo 86 de la Ley N° 141-15 establece que el pago de las deudas debe realizarse en el orden que se indica a continuación:

- i. responsabilidades laborales, siempre que no hayan sido anticipadas de conformidad con las disposiciones del código del trabajo o de cualquier otra ley en materia de seguridad social o de salud de los trabajadores;
- ii. las costas y gastos originados por el proceso de reestructuración, incluidos los honorarios de los funcionarios y auxiliares involucrados;
- iii. los préstamos aprobados por el tribunal y otorgados por entidades de intermediación financiera o terceros para el financiamiento del deudor;
- iv. los créditos de prestadores o proveedores de servicios esenciales y públicos, debidamente autorizados por el tribunal;
- v. las deudas resultantes de la ejecución de contratos que permanezcan vigentes después del inicio del proceso de reestructuración, cuando sea aprobado por el tribunal y el acreedor correspondiente acuerde el pago diferido; y
- vi. otros pasivos, según su prelación (prevalecerán los créditos garantizados).

La extinción de los contratos de trabajo por sentencia judicial deberá ejecutarse de conformidad con lo dispuesto en el Código del Trabajo, que establece la concesión de una ayuda económica a los trabajadores. Las obligaciones laborales tienen la más alta prioridad de las reclamaciones y, de conformidad con el artículo 169 de la Ley No. 141-15, deben pagarse dentro de los 10 días siguientes a la sentencia que ordena la liquidación si el liquidador tiene fondos suficientes para cubrir las deudas. Si no hay fondos suficientes, los empleados serán liquidados parcialmente en forma proporcional a los fondos disponibles hasta que se liquiden por completo.

La legislación sobre insolvencia no se refiere específicamente a créditos relacionados con pensiones. Sin embargo, los créditos por pensiones se consideran incluidos en los créditos de mayor prioridad, al igual que los pasivos laborales.

En el caso de liquidación judicial, las distribuciones se realizarán con carácter preferente y a prorrata, previa deducción de las costas procesales y de las cantidades pagadas a los acreedores preferentes del valor de realización de los bienes. Si se venden los bienes gravados, los acreedores garantizados recibirán una parte del precio de venta.

### **Créditos no garantizados**

Un acreedor puede iniciar un procedimiento ante los tribunales ordinarios para recuperar las cantidades pendientes antes de la apertura del procedimiento de insolvencia. El Código de Procedimiento Civil concibe diferentes mecanismos para que los acreedores quirografarios obtengan embargos conservatorios.

En algunos casos, debe existir crédito válido y justificado y evidencia de la insolvencia

inminente del deudor. El acreedor pudiera obtener una orden de embargo de los bienes muebles propiedad del deudor, mediante un procedimiento ex parte ante un juez. Asimismo, un acreedor puede obtener una hipoteca judicial provisional sobre los bienes inmuebles del deudor.

Además, un acreedor quirografario que tenga un crédito determinado o liquidado podría oponerse al pago de las sumas adeudadas al deudor mediante notificación a un tercero que posea activos del deudor; esto se usa a menudo como medida cautelar.

Por el contrario, después de la aprobación de la solicitud de reestructuración y durante el proceso de conciliación y negociación, las opciones disponibles para los acreedores quirografarios son limitadas, ya que se aplicará una moratoria legal y la suspensión de cualquier proceso iniciado, incluyendo todas las decisiones judiciales, administrativas o arbitrales que afecten los bienes del deudor, los procedimientos de ejecución o evicción de bienes muebles e inmuebles del deudor, el cálculo de intereses de préstamos y otros documentos de crédito, entre otros, hasta que se apruebe el plan de reestructuración o se ordene la liquidación judicial.

El artículo 188 de la Ley N° 141-15 establece que el valor remanente de los bienes del deudor, luego de deducir los honorarios y gastos legales incurridos en el proceso de liquidación, así como las sumas pagadas a los acreedores privilegiados y garantizados, se distribuirá a prorrata entre todos los demás acreedores.

### **Derecho a voto**

Según el artículo 18 de la ley 141-15, cada acreedor tendrá derecho a 1 voto por cada 1% o fracción superior al 0,5% que posea del total de los créditos registrados o reconocidos, según corresponda. Se excluyen de este cómputo

los acreedores relacionados con el deudor, quienes sólo tendrán derecho de voz, salvo en los casos en que sean los únicos acreedores en el proceso.

Las decisiones de acreedores se toman mediante convenios que obtienen por lo menos el 60% de los votos de los acreedores registrados o reconocidos, según corresponda, que están presentes o debidamente representados. Las decisiones adoptadas por dicha mayoría serán obligatorias para la minoría disidente o ausente.

Asimismo, el artículo 19 indica que salvo en los casos en que exista un solo acreedor, un acreedor registrado o reconocido, según el caso, no podrá concentrar más del 50% del poder de voto, cualquiera que sea el monto de su crédito. En los casos en que un acreedor registrado o reconocido exceda el límite máximo, el porcentaje del 50% deberá distribuirse en forma proporcional entre los demás acreedores registrados o reconocidos en relación con los montos de sus créditos registrados o reconocidos.

Al respecto, el artículo 36 de las reglas de aplicación establece que la regla del artículo 19 sólo se aplicará cuando tres o más acreedores estén presentes en la junta de acreedores. Por el contrario, y para evitar que un acreedor minoritario pueda bloquear una decisión que cuente con el voto del acreedor mayoritario, no se aplicará la regla del citado artículo 19 cuando sólo concurren dos acreedores, aunque uno de ellos concentre más del 50% de los votos.

En conclusión, el marco legal concursal de la República Dominicana tiene una prelación de créditos muy instituida que beneficia principalmente a los acreedores garantizados, nuevos créditos originados después del inicio del procedimiento de reestructuración (incluyendo honorarios de funcionarios y

costos relacionados con el proceso) y créditos laborales. Las decisiones están sujetas a la aprobación de los acreedores mayoritarios y existe una base muy vaga para la protección de los acreedores minoritarios en virtud de los principios rectores de la ley, por lo que estos últimos están básicamente sujetos a la decisión de los acreedores mayoritarios en la mayoría de los casos.

Sin embargo, considero que tomando en cuenta los principios rectores de la ley, especialmente los principios de igualdad, transparencia, maximización de activos y universalidad, los tribunales tienen amplias facultades para proteger a los acreedores minoritarios cuando en el proceso se presente una violación manifiesta y flagrante de sus derechos. Dado que la ley es muy reciente, aún no ha habido una impugnación directa sobre este asunto, por lo que no existe doctrina o jurisprudencia vernácula al respecto, sin embargo, esperamos que esto cambie pronto con el aumento de los casos locales a raíz de los efectos transversales de la pandemia y la inflación global. De hecho, muchas empresas están actualmente estudiando sus índices de solvencia y considerando opciones de reestructuración y las que no lo han hecho deberían hacerlo para poder planificar y actuar oportunamente.





# URUGUAY:

## PREFERRED DEBTS AND INSOLVENCY PROCEEDINGS

by: Zamira Ayul

### 1. Introduction

Even though upon a debtor's insolvency and the initiation of insolvency proceedings or reorganization bankruptcy, the priority principle is traditionally substituted by the principle of equal treatment of creditors (*pars conditio creditorum*), all systems allow for the existence of preferred claims which, due to different reasons, are paid in priority to other general or unsecured claims.

Already the Savary Code (Ordonnance de Colbert of 1673) provided that Faillites & Banqueroutes proceedings did not imply the abrogation of preferences on personal property nor privileges and mortgages on real property (Title XI section VIII). The same was established under the Code de Commerce of 1807 (sections 532 et seq.)

#### **Our Code of Commerce of 1866, set forth as follows (Section 1705):**

*All debtor's property shall be the creditors' security, and the price paid for such property shall be distributed among creditors on a pro rata basis, unless in case of any legitimate preferred claim.*

*The law does not acknowledge any preferential rights except the pledge, mortgage and privileges.*

The Code then set forth a large list of personal preferred claims of first, second and third class (sections 1707 to 1709), which was broadened by the amendment to Book IV by Law No. 2,666 of 1900<sup>1</sup>. A similar regime is provided for, under sections 2369 to 2371 of the Civil Code.

for the findings of such proceedings to file the corresponding actions (sections 1737 of the Code of Commerce and 2381 of the Civil Code” (section 11)<sup>2</sup>.

When the insolvency regime of the Code of Commerce and related provisions was substituted by the Insolvency and Reorganization Act, Law No. 18,387 of 2008 (LCRE), one of the purposes pursued was the “pruning” of preferential rights in order to improve the position of general creditors in the insolvency proceedings<sup>3</sup>.

### **2. Prioritization of General Creditors under the LCRE**

Law No. 18,387 aims, among other goals, at mitigating the value destruction provoked by a business crisis.

Thus, a usual dilemma is that of determining who, among those intervening in an insolvency proceedings, are best positioned to adopt the required decisions to mitigate such destruction of value. In the corresponding selection process, the current Insolvency Act does not consider the person of the Official Receiver or the Comptroller or the Insolvency Court, since they lack an economic stimulus to pursue such goal.

The Act considers that those actually aligned with the purpose of reducing the destruction of value of an insolvent company are the debtor’s general creditors, since the increase of value or loss of value of the insolvent company, shall have a direct impact on their possibility to collect their claims<sup>4</sup>.

Thus, the LCRE grants general creditors a series of powers to conduct insolvency proceedings, namely: to agree with the debtor the reorganization terms by means of an

agreement (section 144); to apply for an order for insolvency against the debtor (section 6,2); to appoint an administrator of the assets of the estate or to form a Creditor’s Committee (section 50); to enter directly into the liquidation stage, disregarding the execution of an agreement (section 168,5); to file a motion to set aside fraudulent conveyances (section 85); to bring an action for liability against administrators, members of the internal auditing body and liquidators (section 52); to bring an action for liability against the official receiver, the comptroller or their assistants (section 35); to accept purchase proposals to be paid on credit of the on-going concern (section 172).

Nonetheless, the LCRE’s greatest stimulus for general creditors has been pruning the privileges previously enjoyed by certain creditors, since if general creditors’ possibility to collect their claims is postponed by the priority enjoyed by other creditors, the possibility to collect their claims<sup>5</sup> is reduced.

This circumstance is usually the reason for unsecured creditors’ lack of interest and self-decided exclusion from insolvency proceedings, thus provoking the lack of a fundamental element required for such proceedings’ efficiency.

### **3. Preferred Debts’ Regime under the Uruguayan Insolvency Act**

Pursuant to Law No. 18,387, insolvency proceedings include all claims against the insolvent debtor, existing at the date of the Court Insolvency Order (section 55). Claims arising after the Court Order are considered claims against the debtor’s estate after insolvency, excluded from the insolvency proceeding, and shall be paid in full, out of the proceeds of the assets not affected by a pledge or mortgage (section 92).

Creditors' claims, which constitute the actual insolvency estate debts, are classified as follows: preferred claims, general unsecured claims, and subordinated claims. Furthermore, preferred claims are divided into Secured Claims and Preferential Claims (section 108).

### **3.1 Secured Claims**

Secured Claims are those secured by a pledge or mortgage (section 109). The Act mandates such claims to have been previously registered in the corresponding Register as at the date of the Court Insolvency Order. In the case of a possessory pledge –which does not require to be registered–, the pledge must have been executed by means of a public or private document, with a date legally certain or proved.

Under the regime prior to the LCRE, secured claims were not included in insolvency proceedings. The great innovation introduced by the Act is that secured claims are now paid within insolvency proceeding and under the authority of the Insolvency Court, as follows:

a) Enforcement of secured claims shall be subject to a 120-day moratorium, as from the date of the Insolvency Order, during which enforcement actions shall not be filed, while those already filed shall be stayed (section 61).

b) Scholars and case law generally sustain that secured claims are not subject to prior proof of claim, except as regards the outstanding unsecured claim, corresponding to the part not covered by the proceeds obtained in the mortgage enforcement action<sup>6</sup>.

c) In case of a debtor's agreement proposal submitted by debtor for creditors' acceptance, the form of payment to secured creditors must be included (section 138).

d) Where a creditor has not initiated the enforcement action of the security and the company is to be sold in bulk, there shall be the option to sell the company with the lien or cancelling the lien with the proceeds from the forced sale<sup>7</sup>.

e) Secured Claims shall be paid with the proceeds arising from the sale of encumbered assets (section 181). The outstanding balance shall be paid together with the claims of general creditors.

### **3.2 Preferential Claims**

Preferential Claims refer to claims with preferential rights over the entire debtor's estate.

These shall be paid with the proceeds from the assets of the insolvency estate. If the outstanding balance, after payment of preferential claims is insufficient, they shall be paid as per the category order set forth by the Act on a pro rata basis within each category (section 183).

Preferential Claims are divided into three categories, and must be paid out in the order provided for by the Act (section 110).

#### **3.2.1 Employees' and Social Security Claims**

This category comprises any employees' claims, accrued during the two years prior to the initial Insolvency Order, provided these have not been previously paid as per the prompt payment regime (section 62<sup>8</sup>), up to the amount of 260,000 IU (approximately USD 35,6 M) per employee<sup>9</sup>.

The Act grants the same preferential right to the Welfare Bank claims (Banco de Previsión Social) corresponding to employees' social contributions accrued during the same period.

Under the regime prior to the LCRE, employees' claims were not included in the insolvency proceedings.

### ***3.2.2 Claims corresponding to national taxes and taxes levied at department level***

The second category of preferential claims is comprised of national and department-level taxes due and payable for up to four years prior to the initial Insolvency Order.

The law seeks to create stimuli for creditors to apply for insolvency proceedings, trying to establish an early warning system. In the same way that debtors aware of their insolvency are incentivized to file for insolvency, incentives are also being created for creditors.

Pursuant to this incentive the unsecured claim of the creditor who applied for the insolvency order transforms into a preferential claim, with the following two limitations: (a) the preferential right applies only to 50% of the claim's amount; and (b) it cannot exceed 10% of the total debts of the insolvent debtor<sup>10</sup>.

It must be noted that a creditor applying for an insolvency order must comply with all those requirements set forth by the Act, as follows (section 8)<sup>11</sup>: (a) Creditor must furnish elements evidencing the existence of an insolvency; (b) Creditor may not withdraw the application; (c) Creditor shall be liable for any damages caused to debtor by an abusive conduct or by the lack of basis for the application; and (d) A bond may be required from Creditor.

### **3. 3 Elimination of Indirect Preferences**

The LCRE has also eliminated the so-called "indirect preferences", that is, the requirements set forth by government agencies, such as receipts, documents or certificates evidencing that the individual or entity is in good standing, for conducting legal businesses or for registration, effectiveness or validity thereof.

Such requirements may lead debtor to make payments out of the insolvency proceeding, for the purposes of preventing any stay in the proceedings.

The Act provides that such receipts, documents or certificates shall not be required in case of insolvency and shall not be an obstacle for liquidation of the assets of the insolvency estate, or for registering the transfer of realized assets within the framework of an insolvency proceeding (section 114).

This provision seeks to ensure that preferred claims in insolvency proceedings are limited to the reduced group provided for by the law.<sup>12</sup>

### **3.4 Unsecured or General Claims**

This is a residual category comprising all claims against debtor, prior to the Insolvency Order, which are not preferred nor subordinated.

As stated before, the law provides these claims with an important role in the decision-making process of insolvency proceeding, since such creditors have a personal interest aligned with the purpose of reducing the destruction of value of the insolvency estate.

Furthermore, general creditors are those who have a right to vote in decisions regarding restructuring the insolvency estate, except for the cases of: persons especially related to debtor; creditors whose claims are duly secured; creditors who have acquired their claims after the Insolvency Order; or creditors with a conflict of interest (section 126).

### 3.5 Subordinated Claims

Another measure aiming at increasing the assets available to general creditors is the creation of the subordinated claims category by the LCRE.

The Uruguayan insolvency legislation did not foresee the possibility of claims' subordination, only provided for by the Central Bank regulations as a category of contractual nature, for the purposes of determining the complementary capital requirement of financial institutions, in order to comply with certain prudential regulations.

The creation of the subordinated claims category, implies the establishment of anti-priorities as regards certain claims which deserve to be excluded from the scope of unsecured claims. The law relies upon objective criteria, thus setting aside the concept of fraud.

Subordinated creditors are not allowed to vote at the Creditors' Hearing (sections 125-126) and payment of subordinated claims shall only correspond after all unsecured claims are paid in full (section 187).

Under the LCRE, subordinated claims are (section 111): (a) fines and other financial penalties, of any nature, and (b) claims of persons especially related to debtor.

The law sets forth a list of the persons deemed especially related to debtor (section 112).

In the case of individuals, the spouse or domestic partner, or any person who has been the debtor's spouse or domestic partner within two years prior to the Insolvency Order; debtor's ascendants, descendants and siblings; spouses or domestic partners of debtor's ascendants, descendants and siblings; and persons who have lived with debtor during the last two years –except holders of employees'

claims-, are all deemed persons especially related to the debtor.

In the case of legal entities, partners with unlimited liability or partners who hold 20 % of the corporate capital and have limited liability; de iure or de facto administrators and liquidators; as well as any person who has been an administrator or liquidator within the two years prior to the Insolvency Order; and companies that are part of the same group of companies, are all deemed persons especially related to the debtor.

For the purposes of understanding the meaning of a group of companies, the law states that there shall be a group of companies when a company is managed by another company or when multiple companies are managed by the same individual or legal entity or by multiple persons acting in concert.

Finally, pursuant to the Act, claims corresponding to assignees and successful bidders of claims originally held by persons especially related to the debtor, which have been acquired within the two years prior to the insolvency order, are also deemed subordinated claims.

Subordination, based on totally objective assumptions, performs an essentially compensatory –rather than sanctioning-function, based on the fact that partners and shareholders with a relevant interest, administrators and liquidators, and members of the same group of companies are insiders who may have better information as regards the insolvent debtor's situation or which have been in a position for having properly financed debtor<sup>13</sup>. On the other hand, it is a paradox that the insolvency proceedings may be controlled by other companies of the same group by means of their position and influence on the corporate bodies.

1. \* Commercial Law Adjunct Professor, School of Law, University of the Republic of Uruguay.

MEZZERA ALVAREZ, R., *Curso de Derecho Comercial, Volume V, Quiebras*, Montevideo: Acali, 1977, p. 210 et seq.

2. PLÁ RODRIGUEZ A. – OLIVERA GARCÍA, R., “Los créditos laborales en los procedimientos de ejecución concursal”, *Rev. Laboral*, Volume XXV, No. 126 (1982), p. 360 et seq.

3. OLIVERA GARCÍA, R., *Principios y bases de la nueva Ley de Concursos y Reorganización Empresarial*, Montevideo: FCU, 2008, p. 29 et seq.

4. OLIVERA GARCÍA, R. “La Jerarquización del acreedor quirografario en la nueva Ley uruguaya de Concursos”, AA.VV., *Panorama del Derecho Concursal* (Olivera García, dir.), 2nd edition, Montevideo: FCU, 2018, p. 243 et seq.

5. The reduction of preferences is a response to a strongly consolidated position in Comparative Law, which includes Denmark, Austria, England, Portugal, Australia, Germany and Spain. See ROUILLON, A., *Régimen de concursos y quiebras*, Buenos Aires: Astrea, 1996, pp. 275-276.

6. MANTERO, E. – CHALAR, L., “Las garantías reales en el concurso”, AA.VV., *Estudios de Derecho Concursal. 10 años de la Ley de Concursos y Reorganización Empresarial* (Miller, Ferrer, Ayul, dirs.), Montevideo: La Ley, 2018, p. 1234 et seq.; MANTERO, E. – SANTI, a., “Dilema terminado: se puede ejecutar la hipoteca o la prenda sin verificar el crédito en el concurso”, AA.VV., *El Derecho Comercial en el camino de revisión de la normativa societaria y concursal* (Olivera García, dir.), Montevideo: FCU, 2019, p. 135 et seq.

7. OLIVERA GARCÍA, R., “Repensando los créditos con privilegio especial en caso de la venta de la empresa en bloque”, AA.VV., *Panorama del Derecho Concursal*, op. cit., p. 269 et seq.

8. Section 62 of Law No. 18,387 regulates employees' claims prompt payment regime. According to this provision, “Provided there are sufficient net or realizable assets in the insolvency estate and that disposal thereof does not affect debtor's business, the Official Receiver or the Comptroller shall order, subject to prior court authorization, immediate payment of any accrued employees' claims, of any nature, which are still due pursuant to the statute of limitations (...) In this case, proof of claim in the insolvency proceeding or a Court judgment recognizing the labor claim shall not be required (...). The advance payment request may be denied, in part or in full, only in the cases where employees' claims do not arise from employer's documentation or where there is reasonable doubt about their source or legitimacy (...). Where an employees' claim has been proved in the insolvency proceedings or a final judgment acknowledging its existence has been issued, the Official Receiver or the Comptroller shall seek to obtain the necessary means for payment thereof, and they may apply for a Court authorization for an early sale of the insolvency assets, if necessary, provided disposal thereof does not affect debtor's business.

8. Section 62 of Law No. 18,387 regulates employees' claims prompt payment regime. According to this provision, “Provided there are sufficient net or realizable assets in the insolvency estate and that disposal thereof does not affect debtor's business, the Official Receiver or the Comptroller shall order, subject to prior court authorization, immediate payment of any accrued employees' claims, of any nature, which are still due pursuant to the statute of limitations (...) In this case, proof of claim in the insolvency proceeding or a Court judgment recognizing the labor claim shall not be required (...). The advance payment request may be denied, in part or in full, only in the cases where employees' claims do not arise from employer's documentation or where there is reasonable doubt about their source or legitimacy (...). Where an employees' claim has been proved in the insolvency proceedings or a final judgment acknowledging its existence has been issued, the Official Receiver or the Comptroller shall seek to obtain the necessary means for payment thereof, and they may apply for a Court authorization for an early sale of the insolvency assets, if necessary, provided disposal thereof does not affect debtor's business.

9. Claims of directors or administrators, members of the internal control body, and debtor's liquidators shall not enjoy this preferential treatment, and shall be treated as unsecured claims, notwithstanding the possibility of an Order holding them liable for the insolvency or considering them accomplices of the insolvency situation, under a deepening insolvency cause of action (section 201).

10. In addition the Act confers those creditors who have acted to the benefit of the insolvency estate to receive partial payment of claims not paid as per the insolvency proceedings (sections 35, 52 and 85).

11. COHEN, M., “Acreedor instante. ¿Abuso de derecho cuando vulnera normas de competencia en el mercado?”, AA.VV., *Tres pilares del moderno derecho comercial* (Olivera García, dir.), Montevideo: FCU, 2011, p. 447

12. Notwithstanding this commendable aim, insolvency proceedings have already started to undergo the pernicious habit of accumulating preferred claims. Different statutes grant a preferential right to diverse credits from government agencies. See FERRER, A., “La primavera de los privilegios: el rebrote después de la poda”, AA.VV., *Ley de concursos y reorganización empresarial a los 10 años de su vigencia* (Olivera García, dir.), Montevideo: FCU, 2015, p. 491.

13. See GARRIDO, J., AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal*, (Rojo-Beltrán, dirs.), Madrid: Civitas, 2004, Volume I, p. 1666.

# URUGUAY:

## PREFERRED DEBTS AND INSOLVENCY PROCEEDINGS

by: Zamira Ayul

### 1. Introducción

Si bien los procedimientos concursales ante la insolvencia del deudor se han caracterizado tradicionalmente por la sustitución del principio de prioridad por el de tratamiento igualitario de los acreedores (*pars conditio creditorum*), todos los sistemas admiten la existencia de créditos privilegiados que, por diferentes razones, tienen derecho a su cobro anticipado, con preferencia respecto a los acreedores comunes o quirografarios.

Ya el Código Savary (Ordonnance de Colbert de 1673) establecía que los procedimientos de *Faillites & Banqueroutes* no implicaban la derogación de los privilegios sobre los bienes muebles ni de los privilegios e hipotecas sobre los inmuebles (Título XI art. VIII). Lo mismo ocurría en el Code de Commerce de 1807 (arts. 532 y ss.).

#### **Nuestro Código de Comercio de 1866, disponía (Art. 1705):**

*Los bienes todos del deudor, son la garantía común de los acreedores, y el precio de ellos se distribuye entre éstos a prorrata, a no ser que haya causas legítimas de preferencia.*

*La ley no reconoce otras causas de preferencia que la prenda, la hipoteca y los privilegios.*

Más adelante, el Código establecía una larga nómina de créditos personales privilegiados de la primera, segunda y tercera clase (arts. 1707 a 1709). Esta nómina fue ampliada por la reforma realizada al Libro IV por la Ley Nº 2.666 de 1900<sup>1</sup>. Similar régimen de privilegio se establece en los arts. 2369 a 2371 del Código Civil.

Sin perjuicio de varias leyes posteriores que siguieron agregando créditos privilegiados a las precitadas normas, la más destacable fue la introducida por el Decreto-Ley Nº 14.188 de 1974 referente a los créditos laborales reconocidos por sentencia dictada por Juez competente. Dicha norma dispone que, **“en caso de quiebra o concurso, los acreedores no están obligados a aguardar sus resultados para ejercitar las acciones que correspondieran (artículos 1737 del Código de Comercio y 2381 del Código Civil”** (art. 11)<sup>2</sup>.

Cuando el régimen concursal del Código de Comercio y sus leyes complementarias fue sustituido por la Ley de Concursos y Reorganización Empresarial Nº 18.387 de 2008 (LUCRE), uno de los objetivos de la reforma fue realizar una “poda de privilegios”, con la finalidad de mejorar la posición de los acreedores quirografarios en el procedimiento concursal.<sup>3</sup>

## 2. Jerarquización del acreedor quirografario en la LUCRE

La Ley Nº 18.387 tiene, entre sus objetivos, mitigar los procesos de destrucción de valor que las crisis empresariales provocan.

Con este objetivo, se enfrenta al dilema de determinar quiénes son los sujetos intervinientes en el proceso concursal que se encuentran en mejores condiciones de adoptar las decisiones que mejor mitiguen esa destrucción de valor. En este proceso de selección, la ley descarta al Síndico o Interventor Concursal como al propio Juez del Concurso, por la circunstancia de que carecen de estímulos económicos para cumplir esa función.

Para el legislador concursal, son los acreedores quirografarios del deudor concursado quienes tienen un interés personal mejor alineado con el interés general de minimizar la destrucción de valor de la empresa en crisis. Esto se debe a que el acierto o el error en la toma de sus decisiones, y el incremento o pérdida de valor de la empresa deudora, habrá de tener un efecto directo en su posibilidad de recuperación del crédito.<sup>4</sup>

Para esto, la LUCRE confiere a los acreedores quirografarios una serie de poderes de conducción del procedimiento concursal, tales como: acordar con el deudor los términos de la reorganización empresarial a través de un convenio (art. 144); solicitar el concurso del deudor (art. 6.2); designar administrador de la masa activa o Comisión de Acreedores (art. 50); pasar directamente a la etapa de liquidación de la masa activa, sin considerar la instancia de un convenio (art. 168.5); promover acciones revocatorias concursales (art. 85); promover acción de responsabilidad contra los administradores, integrantes del órgano de control interno o liquidadores (art. 52); promover acción de responsabilidad contra el síndico, el interventor o los auxiliares (art. 35); aceptar propuestas de compra a crédito de la empresa en marcha (art. 172).

Sin embargo, el estímulo más importante que la LUCRE propone para los acreedores quirografarios es el recorte de los privilegios que la ley establece para algunos créditos en particular. En la medida que los acreedores quirografarios resultan postergados por otros acreedores con privilegios que le preceden, ven más lejana la posibilidad de recuperación de sus créditos.<sup>5</sup>

Esta circunstancia provoca el desinterés de los quirografarios, que se autoexcluyen de participar en el proceso, perdiendo el mismo un elemento fundamental para mejorar su eficiencia.



### 3. Régimen de privilegios en la ley concursal uruguaya

De acuerdo con la Ley Nº 18.387, el procedimiento concursal alcanza a todos los créditos contra el deudor insolvente, que éste mantenía a la fecha de declaración de concurso (art. 55). Los créditos que se originan después de la declaración del concurso se consideran créditos contra la masa, excluidos del procedimiento concursal, los cuales se irán pagando en “moneda entera”, con cargo de los bienes de la masa que no estén gravados con prenda o hipoteca (art. 92).

Los créditos concursales, los cuales componen la masa pasiva del concurso, se clasifican en: créditos privilegiados, créditos quirografarios o comunes, y créditos subordinados. Por su parte, los créditos privilegiados se dividen en créditos con privilegio especial y créditos con privilegio general (art. 108).

#### 3.1 Créditos con privilegio especial

Son créditos con garantía especial aquéllas garantizados con prenda o hipoteca (art. 109). La ley exige que se encuentren inscriptos en el registro correspondiente a la fecha de declaración de concurso. En el caso de los contratos de prensa común -que no requieren inscripción registral- deberán haber sido otorgados en documento público o privado, con fecha cierta o comprobada.

En el régimen anterior a la LUCRE, los créditos prendarios e hipotecarios eran créditos extraconcursales. La gran innovación introducida por la ley consiste en que los mismos pasan a ejecutarse dentro del proceso concursal y ante el Juez de Concurso, con las siguientes características especiales:

a) La ejecución de los créditos prendarios e hipotecarios se encuentra sujeta a una moratoria provisional de 120 días, contados desde la declaración de concurso, durante el cual no podrá promoverse la ejecución y las que se encuentren en trámite quedarán suspendidas (art. 61).

b) Para la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, los créditos prendarios e hipotecarios no se encuentran sujetos a verificación previa, salvo por el crédito quirografario remanente, por la parte no cubierta por la ejecución de la garantía real.<sup>6</sup>

c) En caso de una propuesta de convenio presentada por el deudor para la aceptación de los acreedores, debe establecerse la forma de pago de los acreedores con privilegio especial (art. 138).

d) Cuando el acreedor no hubiera promovido la ejecución de la garantía real y se decidiera la venta de la empresa en bloque, podrá optarse por la venta de la empresa con el gravamen real vigente o cancelar el mismo con el producto de la enajenación forzosa.<sup>7</sup>

e) Los créditos con privilegio especial se cancelarán con el producido de la enajenación de los bienes gravados (art. 181). Por el saldo no cubierto, concurrirán con los demás acreedores quirografarios.

## 3.2 Créditos con privilegio general

Son créditos cuyo derecho de preferencia se proyecta sobre todo el patrimonio del deudor.

Los mismos serán pagados con el producido de los bienes que integran la masa activa del concurso. Si el saldo remanente, luego del pago de los créditos con privilegio especial fuera insuficiente, el pago se realizará en el orden de las categorías que marca la ley a prorrata dentro de cada categoría (art. 183).

Existen tres categorías de créditos con privilegio general, los cuales deben de ser cancelados en el orden planteado (art. 110).

### 3.2.1 Créditos laborales y previsionales

Se encuentran comprendidos en esta categoría los créditos laborales de cualquier naturaleza, devengados hasta con dos años de anterioridad a la declaración de concurso, siempre y cuando no hubieran sido previamente cancelados por el régimen de pronto pago (art. 62)<sup>8</sup>, hasta un monto de 260.000 unidades indexadas (USD 35.6 M aprox.) por trabajador<sup>9</sup>.

La ley otorga el mismo privilegio a los créditos del Banco de Previsión Social por los aportes previsionales personales de los trabajadores devengados en el mismo plazo.

En el régimen anterior a la LUCRE, los créditos laborales eran créditos extraconcursoales.

### 3.2.2 Créditos por tributos nacionales y departamentales

La segunda categoría de créditos con privilegio general está constituida por los tributos nacionales y municipales exigibles hasta con cuatro años de anterioridad a la declaración de concurso.

### 3.2.3 Crédito del acreedor instante

La tercera categoría de créditos con privilegio general está dada por el crédito del acreedor instante; es decir, el acreedor que solicita el concurso.

La ley busca crear estímulos para que se acceda al proceso concursal, tratando de establecer un mecanismo de alerta temprana. Así como se establecen incentivos para la presentación del concurso por el deudor que conoce su insolvencia, también se establece un estímulo para los acreedores.

El estímulo consiste en darle carácter de privilegiado al crédito quirografario que el acreedor instante tenga contra el deudor, con dos limitaciones: (a) alcanza solamente al 50% del monto del crédito; y (b) no puede superar el 10% de la masa pasiva del concurso<sup>10</sup>.

Debe tenerse presente que el acreedor instante del concurso estará sujeto al cumplimiento de todos los requisitos establecidos por la ley para la solicitud de concurso (art. 8)<sup>11</sup>: (a) debe aportar los elementos de juicio que acrediten la existencia de una presunción de insolvencia; (b) no podrá desistir de la solicitud; (c) será responsable por los perjuicios causados al deudor por el carácter abusivo o por la falta de fundamento de la solicitud; y (d) podrá exigírsele la constitución de contracautela..

### 3.3 Eliminación de los privilegios indirectos

La LUCRE busca además eliminar los llamados “privilegios indirectos”; esto es, aquellos requisitos impuestos por los entes públicos, tales como comprobantes, documentos o constancias de hallarse al día con determinados organismos recaudadores de tributos o paratributos para la celebración de negocios jurídicos o para la registración, eficacia o perfeccionamiento de los mismos.

La imposición de tales requisitos hace que el deudor deba terminar pagando por fuera del concurso, con la finalidad de evitar el bloqueo de los procedimientos.

Dispone la ley que tales comprobantes, documentos o constancias no serán requeridos en caso de concurso ni implicarán un obstáculo para la liquidación de la masa activa, ni para registrar la transferencia de los bienes realizados en el marco de un procedimiento concursal (art. 114).

Esta norma busca asegurar que los créditos privilegiados en el concurso se encuentren limitados al reducido elenco que la ley prevé<sup>12</sup>.

### 3.4 Créditos quirografarios o comunes

Es una categoría residual que comprende todos los créditos contra el deudor, anteriores a la declaración de concurso, que no sean privilegiados ni subordinados.

Como se ha dicho antes, son los créditos a los cuales la ley establece una participación relevante en la toma de decisiones esenciales por concurso, por ser aquellos créditos cuyos titulares tienen un interés personal mejor alineado con el interés de reducir la destrucción de valor de la masa concursal.

Además, los acreedores quirografarios son los que tienen derecho de voto para la toma de las decisiones de reestructuración del patrimonio concursado, salvo que se tratara de personas especialmente relacionadas con el deudor; de acreedores cuyos créditos se encuentren adecuadamente garantizados; de acreedores que hubieran adquirido sus créditos después de la declaración de concurso; o de acreedores en situación de conflicto de intereses (art. 126).

### 3.5 Créditos subordinados

Otra medida tendiente a aumentar los bienes sujetos al poder de ejecución de los acreedores quirografarios es la creación por la LUCRE de la categoría de créditos subordinados.

La ley concursal uruguaya no establecía la posibilidad de subordinación de créditos, sólo prevista por las normas bancocentralistas, como una categoría de carácter contractual, a los efectos de determinación de la responsabilidad patrimonial complementaria de las entidades de intermediación financiera, a los efectos del cumplimiento de determinadas normas prudenciales.

La consagración de la categoría de créditos subordinados, al margen de la voluntad de los acreedores implica el establecimiento de antiprivilegios respecto de determinados créditos que merecen ser excluidos del ámbito de los quirografarios. La ley utiliza criterios objetivos, prescindiendo para esto del concepto de fraude.

La subordinación se traduce en la privación del derecho de voto en la Junta de Acreedores (arts. 125-126) y en la circunstancia de que el pago de los mismos se realizará una vez satisfechos íntegramente los créditos quirografarios (art. 187).

La LUCRE dispone que son créditos subordinados (art. 111): (a) las multas y demás sanciones pecuniarias, de cualquier naturaleza; y (b) los créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor.

A los efectos de la ley establece una nómina de las personas que se consideran especialmente relacionadas con el deudor (art. 112).

En el caso de las personas físicas, se consideran tales al cónyuge o el concubino, o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso; a los ascendientes, descendientes y hermanos del deudor; al cónyuges o concubinos de los ascendientes, descendientes y hermanos del deudor; y a las personas que hubieran convivido con el deudor en los últimos dos años, salvo que sean titulares de créditos de naturaleza salarial.

En el caso de las personas jurídicas, se consideran especialmente relacionadas con el deudor a los socios ilimitadamente responsables y los socios o accionistas limitadamente responsables, que sean titulares de más del 20% del capital social; a los administradores de derecho o de hecho y los liquidadores, así como quienes lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso; y a las sociedades que formen parte de un mismo grupo de sociedades.

A los efectos de definir qué se entiende por grupo de sociedades, la ley establece que el mismo existe cuando una sociedad se encuentre sometida al poder de dirección de otra o cuando varias sociedades resulten sometidas al poder de dirección de una misma persona física o jurídica o de varias personas que actúen sistemáticamente en concierto.

Finalmente, la ley atribuye la calidad de créditos subordinados a los correspondientes a los cesionarios y adjudicatarios de créditos pertenecientes originariamente a las personas especialmente relacionadas con el deudor, que hubieran sido adquiridos en los dos años anteriores a la declaración de concurso.

La subordinación, basada en supuestos absolutamente objetivos, se funda en una función esencialmente indemnizatoria –más que sancionatoria– basada en que socios y accionistas con una participación social relevante, administradores y liquidadores, e integrantes de un mismo grupo de sociedades constituyen insiders, que pudieron contar con una mejor información sobre la situación del

concurado o que estaban en una posición en la que debían haber financiado adecuadamente al deudor<sup>13</sup>. Por otra parte, representa una paradoja que el procedimiento concursal pueda estar controlado por otras sociedades del mismo grupo a través de su posición e influencia en los órganos.

1. \* Profesora Adjunta de Derecho Comercial, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay.

MEZZERA ALVAREZ, R., Curso de Derecho Comercial, t. V, Quiebras, Montevideo: Acalí, 1977, p. 210 y ss.

2. PLÁ RODRIGUEZ A. – OLIVERA GARCÍA, R., “Los créditos laborales en los procedimientos de ejecución concursal”, Rev. Laboral, t. XXV, Nº 126 (1982), p. 360 y ss.

3. OLIVERA GARCÍA, R., Principios y bases de la nueva Ley de Concursos y Reorganización Empresarial, Montevideo: FCU, 2008, p. 29 y ss.

4. OLIVERA GARCÍA, R. “La Jerarquización del acreedor quirografario en la nueva Ley uruguaya de Concursos”, AA.VV., Panorama del Derecho Concursal (Olivera García, dir.), 2ª ed., Montevideo: FCU, 2018, p. 243 y ss.

5. La reducción de los privilegios responde a una corriente fuertemente consolidada en el Derecho comparado, en la cual se ubican Dinamarca, Austria, Inglaterra, Portugal, Australia, Alemania y España. Vé. ROUILLON, A., Régimen de concursos y quiebras, Buenos Aires: Astrea, 1996, ps. 275-276.

6. MANTERO, E. – CHALAR, L., “Las garantías reales en el concurso”, AA.VV., Estudios de Derecho Concursal. 10 años de la Ley de Concursos y Reorganización Empresarial (Miller, Ferrer, Ayul, dirs.), Montevideo: La Ley, 2018, p. 1234 y ss.; MANTERO, E. – SANTI, a., “Dilema terminado: se puede ejecutar la hipoteca o la prenda sin verificar el crédito en el concurso”, AA.VV., El Derecho Comercial en el camino de revisión de la normativa societaria y concursal (Olivera García, dir.), Montevideo: FCU, 2019, p. 135 y ss.

7. OLIVERA GARCÍA, R., “Repensando los créditos con privilegio especial en caso de la venta de la empresa en bloque”, AA.VV., Panorama del Derecho Concursal, cit., p. 269 y ss.

8. El art. 62 de la Ley Nº 18.387 establece el régimen de pronto pago de los créditos laborales. Según esta norma, “[E]xistiendo recursos líquidos suficientes o bienes fácilmente realizables en la

masa activa y siempre que la disposición de los mismos no afecte la viabilidad de la continuación del giro del deudor, el síndico o el interventor previa autorización judicial dispondrá el pago anticipado de los créditos laborales de cualquier naturaleza que se hubieran devengado y no estuvieran prescriptos (...) En este caso, no será necesaria la verificación del crédito en el concurso ni sentencia laboral previa que lo reconozca (...). La solicitud de pago anticipado podrá ser denegada, total o parcialmente, solamente en los casos en que los créditos laborales no surjan de la documentación del empleador o cuando existan dudas razonables sobre el origen o legitimidad de los mismos (...) Cuando el crédito laboral hubiera sido verificado en el concurso o hubiera recaído sentencia firme de la judicatura competente reconociendo su existencia, el síndico o el interventor procurarán la obtención de los recursos necesarios para la cancelación de los mismos, pudiendo solicitar autorización al Juez para la venta anticipada de activos del concurso, si fuera necesario, siempre que la disposición de dichos recursos no afecte la viabilidad de la continuación del giro del deudor.

9. No gozarán de este privilegio los créditos de los directores o administradores, miembros del órgano de control interno y liquidadores de la deudora, los cuales tendrán la naturaleza de créditos quirografarios, sin perjuicio de la condena de pérdida de dichos créditos que puedan recaer sobre los mismos como culpables de la insolvencia o cómplices del concurso, en el incidente de calificación (art. 201).

10. A estos deben sumarse el derecho conferido por la ley a los acreedores a la satisfacción parcial de los créditos no pagados a través del concurso, cuando hubieran ejercido acciones en interés de la masa (arts. 35, 52 y 85).

11. COHEN, M., “Acreedor instantáneo. ¿Abuso de derecho cuando vulnera normas de competencia en el mercado?”, AA.VV., Tres pilares del moderno derecho comercial (Olivera García, dir.), Montevideo: FCU, 2011, p. 447

12. Vé. GARRIDO, J., AA.VV., Comentario de la Ley Concursal, (Rojo-Beltrán, dirs.), Madrid: Civitas, 2004, t. I, p. 1666.



IWIRC  
LATIN AMERICA