

La venta de la unidad productiva en sede concursal

Adaptada al TRLC (Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo)

2.ª Edición

Coordinadores

Juan Lloret Villota
José María Marqués Vilallonga

■ BOSCH



La venta de la unidad productiva en sede concursal

2.ª Edición

Adaptada al TRLC (Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo)

Coordinadores

Juan Lloret Villota
José María Marqués Vilallonga

© Autores, 2021

© Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

Wolters Kluwer Legal & Regulatory España

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 91 602 01 82

e-mail: clienteslaley@wolterskluwer.es

<http://www.wolterskluwer.es>

Segunda edición: Enero 2022

Primera edición: Noviembre 2015

Depósito Legal: M-33408-2021

ISBN versión impresa: 978-84-9090-550-0

ISBN versión electrónica: 978-84-9090-551-7

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. dirijase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

El pre-pack

José María MARQUÉS VILALLONGA
Acta. Abogado y Administrador Concursal

1. Introducción
2. Concepto
3. Principios rectores
4. Fundamento
5. Presupuestos
6. Procedimiento
7. Requisitos para que sea aplicable el art. 5.1 de la Directiva 2001/23
8. Conclusión
9. El pre-pack en el anteproyecto de Ley de reforma de la Ley Concursal

1. INTRODUCCIÓN

Pocos ejemplos sirven mejor para ilustrar el padecimiento que sufren los activos del deudor en concurso de acreedores, que el episodio vivido por los protagonistas de la película «Interstellar» (Christopher Nolan, 2014) en el planeta de Miller. Mientras bajan en la cápsula espacial a ese mundo oceánico, su compañero Romilly se queda esperando en el Endurance. El problema es que, por cada hora en el planeta de agua, transcurren siete años en la nave nodriza. Cuando ambos protagonistas regresan exhaustos al Endurance, se encuentran a Romilly envejecido. Mientras para ellos han pasado poco más de tres horas, para Romilly han transcurrido 23 años.

Lo mismo sucede con los activos de las empresas en concurso. Mientras en el Juzgado todo fluye a una determinada velocidad, los activos de la concursada se deterioran a otra muy distinta.

¿Qué más puede suceder?¹ Los clientes, ante la incertidumbre de futuros suministros, no compran. Los proveedores, frente al riesgo de un impago futuro, no venden. Las aseguradoras de crédito no clasifican. Los bancos no conceden crédito y restringen el existente. Las empresas de la competencia aprovechan para incrementar cuota de mercado. Los trabajadores con talento buscan alternativas. Por no hablar de los robos, sabotajes, cortes de suministro, resoluciones de contrato, o los embargos trabados por los organismos públicos.

Frente al problema temporal del concurso se erige el pre-pack. Una solución atípica que pretende solucionar ese problema cuántico con las máximas garantías².

1. El apartado cuarto de la «Guía de buenas prácticas procesales, en materia del art. 530 TRLC» aprobada por los Jueces Mercantiles de Madrid en su reunión de 22 de enero de 2021, relaciona de forma acertada las consecuencias para el deudor en el orden empresarial cuando surgen las dificultades económicas o la situación de insolvencia.

2. El pre-pack es un proceso que concilia la urgencia de la venta con las garantías para los acreedores. Y es que, como apunta RÍOS LÓPEZ, Yolanda, en «Pre-pack» concursal: una solución para la venta de empresas en crisis, El Derecho, «transmitir la unidad de negocio en un breve lapso de tiempo puede perjudicar el derecho de cobro de los acreedores, ya que, como regla general, y a salvo las excepciones del artículo 224 TRLC, la venta de la unidad productiva se realiza libre de cargas y gravámenes. En dicho contexto, la ausencia de garantías que aseguren que el precio de venta obtenido se ajusta a valores de mercado puede mermar la expectativa de cobro de aquéllos, pese a que los activos, que no los pasivos, titularidad de la concursada son transmitidos a un tercero. La cuestión se ve agravada por la insuficiente de información de la que disponen los acreedores, y las escasas posibilidades reales de cuestionar la bondad de la venta en el procedimiento concursal».

Gracias al pre-pack, la adjudicación de la unidad productiva se materializará de forma inmediata a la declaración de concurso.

2. CONCEPTO³

El pre-pack⁴ es el procedimiento preconcursal y concursal, liquidatorio, urgente y atípico, en el que un experto independiente, nombrado por el juzgado competente, interviene en las labores de búsqueda de comprador de una unidad productiva⁵; y, en su caso, valora las ofertas presentadas para su adjudicación inmediata por el Juez en el concurso de acreedores consecutivo⁶.

Esta figura irrumpe en nuestro panorama jurídico para atajar los tres grandes problemas de nuestro actual derecho de insolvencias: el retraso del deudor a la hora de solicitar su concurso, el estigma de la imagen del concursado tras la declaración y la lentitud del procedimiento que discurre de espaldas a la realidad empresarial. También para dotar de mayor transparencia a los procesos de venta de la unidad productiva⁷.

3. El resumen de la petición de decisión prejudicial remitida por Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo de los Países Bajos) del Asunto C-237/20 conceptúa el pre-pack de la siguiente manera «Este es un procedimiento no establecido ni en normas legales ni reglamentarias que tiene lugar antes de la declaración de quiebra del deudor en el que la venta de la empresa que va a ser declarada en quiebra se prepara negociándola con posibles compradores. El pre-pack se distingue de otras operaciones de venta preparadas antes de la declaración de quiebra por el hecho de que el tribunal nombra en el pre-pack un «futuro síndico» y un «futuro juez de la quiebra». La posición de estos no está regulada por ley y tampoco cuentan con competencias legales. No obstante, se persigue que en la quiebra que se declare posteriormente asuman las funciones de síndico y de juez de la quiebra. De hecho, comienzan a desarrollar entretanto sus tareas con anterioridad a la declaración, de suerte que la transmisión de la empresa pueda tener lugar muy rápidamente después de la declaración de quiebra, las actividades empresariales se paralicen durante el período más breve posible y, de ese modo, se garantice el nivel más elevado posible de ingresos. Además, es mayor la probabilidad de que pueda contratarse de nuevo a una parte de la plantilla».

4. El anglicismo «pre-pack» ha sido empleado por las editoriales jurídicas y los medios de comunicación social desde la primera noticia aparecida en el diario La Vanguardia el 7 de noviembre de 2020, en un artículo firmado por Lalo Agustina; también lo han hecho suyo los Seminarios de los Jueces Mercantiles de Barcelona y Baleares y las diferentes resoluciones judiciales. Estas últimas también han utilizado las expresiones, quizá menos afortunadas, «paquete previo», «empaquetado previo» o «pre-packaged». A falta de otra denominación que podría llegarse a implementar (por ejemplo, «gestión previa de venta») hemos dado por válido ese nombre.

5. El pre-pack también puede plantearse tras la sentencia aprobatoria del convenio, cuando se revele la imposibilidad de dar cumplimiento al mismo, y antes de solicitar la declaración de incumplimiento del art. 402 TRLC. En tal sentido Sentencia del Juzgado Mercantil 3 de Barcelona de 15 de septiembre de 2021.

6. El ámbito que abarca la institución según los Seminarios de los Jueces Mercantiles de Barcelona y Baleares se refiere con lucidez a «toda la empresa, unidades productivas o de negocio, o venta en globo de activos». Es decir, amplía el espectro a conjuntos de activos más allá de la «unidad productiva». Creemos que también podría plantearse el pre-pack con algún activo en concreto como la venta de un edificio o máquina, o la cesión a terceros de un contrato de ingeniería o de un fondo de comercio.

7. Entendiendo por el mismo el que se declara después de la fase de precurso.

3. PRINCIPIOS RECTORES⁸

Las reglas o principios rectores que inspiran el procedimiento son los siguientes.

Carácter Dispositivo. La solicitud la puede presentar el deudor y sólo él. Resulta dudoso que el deudor pueda desistir de su propuesta una vez nombrado el experto. Este desistimiento quizá podría estar justificado cuando se aprecie la posibilidad de aprobar y cumplir un convenio o cuando desaparezca la situación de insolvencia⁹.

Flexibilidad. El pre-pack nace para dar respuesta a un problema empresarial. Por ese motivo parece aconsejable dotar al procedimiento de la máxima flexibilidad, huyendo de rigideces excesivas. De lege ferenda, si el legislador termina por acoger la institución, debería hacerlo de la forma más amplia posible.

Subsidiariedad. El pre-pack es subsidiario a la «solución normal del concurso» que es el convenio, de forma que únicamente debe plantearse en aquellos supuestos en los que la solución pactada no sea viable. También debe ceder ante el concurso de acreedores. Es decir, que únicamente debe aceptarse cuando, tras un juicio de oportunidad, sea preferible ejecutar el procedimiento de llamada, apertura y valoración de ofertas antes del concurso que durante el mismo. Por eso toda solicitud de pre-pack debe ir acompañada de una memoria justificativa de la imposibilidad de aprobar o cumplir un convenio y de la conveniencia de iniciar el proceso de venta de la unidad productiva antes de la declaración de concurso.

Conservación de la empresa o activo. El principio de conservación de la empresa dota de sentido al procedimiento. Al final se trata de que el negocio o activo no pierdan valor como consecuencia de la declaración de concurso. Por eso, la mayor parte del pre-pack discurre antes de dicha declaración.

*Transparencia*¹⁰. La transparencia se hace patente a través de la publicidad, la concurrencia y la independencia del experto designado. No podemos perder de vista que

8. El pre-pack cerrará el paso a las acciones rescisorias concursales y «cualesquiera otras acciones que procedan». También impedirá que la operación de venta sirva para fundamentar un alzamiento de bienes o una salida fraudulenta del patrimonio del deudor (apartados 1º y 2º del art. 443 TRLC) en la sección de calificación.

9. Sin insolvencia no hay concurso y sin concurso no puede haber pre-pack.

10. El considerando 85 de la Directiva señala que «(e)s necesario mantener y aumentar la transparencia y la previsibilidad de los procedimientos para la obtención de resultados que sean favorables para la conservación de las empresas y para permitir una segunda oportunidad a los empresarios o que permitan la eficiente liquidación de las empresas inviables». Por otra parte, nada obsta a que el deudor, durante su precurso, pueda buscar un posible comprador de la unidad productiva y presentar su solicitud de concurso de la mano de esa oferta y con un plan de liquidación. Es una fórmula prevista por los arts. 523 y 530 TRLC. El problema es que, con demasiada frecuencia, hemos visto que estas propuestas adolecen de la necesaria neutralidad y personas allegadas al deudor podían tener un interés directo.

detrás de la venta de la unidad productiva se ven frustradas, en la mayoría de ocasiones las expectativas de cobro de los acreedores.

Carácter reglado. El procedimiento de pre-pack debe quedar definido por el juzgado y el experto independiente de forma que los posibles interesados en formular una propuesta conozcan desde el primer momento los mecanismos para la presentación de las ofertas, los plazos, etc. Esta normativa variará en función de las dimensiones de la unidad productiva, el sector de actividad, etc. El carácter reglado no deja de ser una expresión más de la transparencia. El control judicial de todo el proceso debe ser absoluto para que el art. 5.1 de la Directiva 2001/23 despliegue sus efectos, como luego veremos.

4. FUNDAMENTO

Como hemos apuntado al comienzo de nuestra exposición, la figura es atípica. No existe normativa que regule la institución de forma expresa.

Sin embargo, tal y como apuntan la conclusiones del Seminario de los Juzgados Mercantiles de Barcelona de 20 de enero de 2021, «Pre-Pack Concursal: Directrices para el procedimiento de tramitación», sí puede decirse que se enmarca dentro del espíritu y la finalidad de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva que, entre sus objetivos, incluye «conseguir que los Estados implementen nuevas medidas tendientes a garantizar un más ordenado y eficiente procedimiento de liquidación, reduciéndose la excesiva duración de los procedimientos de insolvencia en beneficio de unos mayores porcentajes de recuperación».

Concretamente, el art. 2.1.1) de la citada Directiva prevé dentro del concepto «reestructuración» las ventas de activos o de partes de la empresa así como la venta de la empresa como empresa en funcionamiento. Y su art. 2.1.12) define la figura del «administrador en materia de reestructuración» como toda persona u órgano nombrado por una autoridad judicial o administrativa con, entre otras funciones, la asistencia al deudor o a los acreedores, la supervisión de negociaciones, informar a la autoridad judicial o administrativa, o tomar el control parcial de activos y negocios del deudor durante este proceso.

Por su lado, el art. 4.5 de la Directiva señala que el marco de reestructuración preventiva podrá consistir en uno o varios procedimientos, medidas o disposiciones, algunos de ellos podrán desarrollarse en un contexto extrajudicial, sin perjuicio de cualquier otro marco de reestructuración previsto en la normativa nacional.

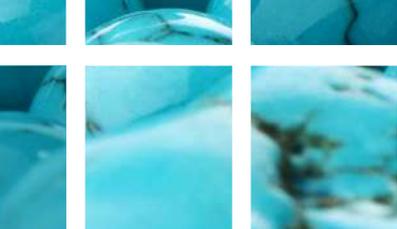
Por el momento, el número de resoluciones recaídas acordando un pre-pack son limitadas.

Las dos primeras, dictadas por los Juzgados Mercantiles 7 y 10 de Barcelona, de 29 de julio de 2020 (Ponentes, Ilmo. Sr. Raúl García Orejudo y Ilma. Sra. Lucía Martínez Orejas), traían causa de la insolvencia provocada por el COVID en una escuela de idiomas con cuatro centros abiertos en Barcelona y Valencia y más de mil alumnos. La declaración de concurso habría supuesto un grave deterioro en la imagen del proyecto, sobre todo en redes sociales. El deudor —al que tuvimos el honor de representar— solicitó el nombramiento de un experto para que buscara un posible comprador de la unidad productiva. Los autos resultan pioneros y definen las características propias de la institución con una claridad extraordinaria.

El Auto del Juzgado Mercantil de Málaga de 15 de febrero de 2021 (Ponente, Ilma. Sra. Rocío Marina Coll), define el pre-pack como «el procedimiento que pretende anticipar en una situación previa a la declaración de concurso de acreedores, vinculada a la comunicación del artículo 583 TRLC, la preparación de un procedimiento público, transparente y concurrencial de venta de la unidad productiva, supervisado por el experto independiente que ejercerá luego el cargo de administrador concursal una vez declarado el concurso. La institución evita el deterioro del valor de negocio debido al transcurso de tiempo y al estigma que representa el procedimiento concursal. Además, se preserva el valor de los activos y otorga seguridad jurídica a acreedores y deudores, estableciendo una serie de reglas que permitan avanzar en el proceso de venta bajo la supervisión por de un experto independiente».

También destaca por su lucidez el Auto dictado por el Juzgado Mercantil 1 de Barcelona, de 10 de febrero de 2021 (Ponente, Ilma. Sra. Yolanda Ríos López) que concreta los requisitos: (a) que el deudor se halle en insolvencia actual o inminente; (b) que descarte un escenario de viabilidad empresarial por no ser posible una medida de reestructuración o negociación con los acreedores; (c) que el juez competente para conocer de la insolvencia designe un experto independiente; (d) que en dicha fase el experto elabore un informe dando cuenta de que el procedimiento de búsqueda de ofertantes es público, transparente y concurrencial, garantizando asimismo que la información proporcionada a los acreedores y la representación legal de los trabajadores es efectiva para garantizar que, una vez declarado el concurso, la venta de la unidad productiva en el escenario liquidatorio que prevé el artículo 530 TRLC se pueda autorizar en el breve plazo de diez días. Debe significarse que, en este caso se denegó la concesión al peticionario pues éste se limitó a pedir autorización para la venta de un fondo de comercio a un ofertante, sin designa de experto independiente.

Por su lado, el Seminario de los Juzgados Mercantiles de Barcelona a que nos hemos referido al comienzo de este capítulo, ha recogido los trámites procesales para el nombramiento del experto independiente, en concreto, el tiempo, forma y contenido de la solicitud, la fase preliminar, y finalmente la fase judicial de autorización.



«El convenio es la solución normal del concurso». Con esta claridad se expresa la Exposición de Motivos de la Ley Concursal de 2003. Sin embargo, casi 20 años después, el número de empresas que consiguen aprobar y cumplir un convenio apenas alcanza el 5%. De nada han servido las múltiples reformas legales acometidas para evitar este rotundo fracaso.

La única alternativa legal es la liquidación, pero no podemos entender ésta como la venta indiscriminada de activos. Al contrario, la venta de los activos debe concebirse de forma global, incluyendo las relaciones laborales, los intangibles, los contratos en vigor, etc.

En este contexto, la presente monografía aborda de forma transversal los aspectos económicos y jurídicos relacionados con la venta, en sede concursal, de la empresa, entendida como una unidad de negocio autónoma con todos los activos que le son propios. Esta segunda edición ofrece una actualización y puesta al día respecto a la anterior publicada en 2015. El Texto Refundido de la Ley Concursal ha pasado a ser la norma de referencia, se ha actualizado convenientemente la jurisprudencia y se ha añadido un nuevo capítulo dedicado al pre-pack. También se han desarrollado las ideas esenciales del Anteproyecto de Reforma del TRLC que se encuentra, actualmente, en trámite parlamentario.

Queda en manos del lector sacar el mejor provecho. Los retos que se plantean a futuro son fascinantes.

