

**TRABAJO FIN DE GRADO**

**Grado en Derecho**

**Facultad de Derecho**

**Universidad de La Laguna**

**Curso 2020/2021**

**Convocatoria: julio**

**SOBRE LA VENTA DE LA UNIDAD PRODUCTIVA.**

**PRE-PACK**

Realizado por el alumno D. Pedro González Martín.

Tutorizado por el Profesor Dr. D. José Luis Sánchez-Parodi Pascua.

Departamento: Departamento de Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Mercantil

## ABSTRACT

The purpose of this work is to know the particularities that a new procedure presents -the pre-pack or previous packaging- within Bankruptcy Law.

We will analyze the impact it has had in neighboring countries, specifically in the countries of the United Kingdom and the Netherlands. Which and in advance to Spain have made use of this mechanism. At the same time, we will clarify the most representative differences between the two laws, as well as the figures that respectively make the achievement of this procedure possible.

Later we will develop with a greater level of detail how this figure has been introduced in our country, for this we will make use, among other doctrinal criteria, of the jurisprudential agreement by the Commercial Judges of Madrid in collaboration with the Illustrious College of Lawyers and the College of Economists, who have carried out a Guide of good practices precisely for the voluntary application of the Pre-pack.

On the basis of said agreement, we will analyze the budgets that in the pre-bankruptcy phase have to attend to be able to attend the Pre-pack, and later we will see the scope of said agreements in the bankruptcy phase.

By going to the Pre-pack it is intended to take advantage, at a time prior to the declaration of the bankruptcy, an instance of the debtor in insolvency, the preparation of a public, transparent and concurrent procedure for the sale of the Productive Unit; thus avoiding the damage caused by the delays that the traditional system entails.

For a better understanding, we will place real emphasis on the figure of the independent expert as a key agent in this procedure, as well as on the concept of the productive unit, as a primary element of this novel system of action.

***Keywords: Pre-pack, Company, Insolvency, Debtor, Creditor, Sale, Offer, Independent Expert, Pre-insolvency, Bankruptcy.***

## RESUMEN

Este trabajo tiene como propósito conocer las particularidades que presenta un nuevo procedimiento -el *Pre-pack* o empaquetamiento previo- dentro del Derecho Concursal.

Analizaremos la incidencia que ha tenido en países de nuestro entorno, en concreto en los países de Reino Unido y Países Bajos. Los cuales y con antelación a España han hecho uso de este mecanismo. A su vez matizaremos las diferencias más representativas entre ambas legislaciones, así como las figuras que hacen posible respectivamente la consecución de este procedimiento.

Posteriormente desarrollaremos con un mayor nivel de detalle cómo ésta figura se ha introducido en nuestro país, para ello haremos uso, entre otros criterios doctrinales, del acuerdo jurisprudencial por los Jueces de lo Mercantil de Madrid en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados y del Colegio de Economistas, quienes han llevado a cabo una *Guía de buenas prácticas* precisamente para la aplicación voluntaria del *Pre-pack*.

Teniendo como base dicho acuerdo, analizaremos los presupuestos que en fase pre-concursal han de concurrir para poder acudir al *Pre-pack*, y posteriormente veremos el alcance de dichos acuerdos en fase concursal.

Al acudir al *Pre-pack* se pretende aventajar, en un momento previo a la declaración del concurso, a instancia del deudor en situación de insolvencia, la preparación de un procedimiento *público, transparente y concurrencial* de venta de la Unidad Productiva,; evitando de este modo el perjuicio que comporta las dilaciones que el sistema tradicional acarrea.

Para mejor comprensión, haremos real hincapié sobre la figura del experto independiente como agente clave en este procedimiento, así como sobre el concepto de unidad productiva, como elemento primordial de este novedoso sistema de actuación.

**Palabras clave:** *Empaquetamiento previo, Empresa, Insolvencia, Deudor, Acreedor, Venta, Oferta, Experto Independiente, Pre-concursal, Concursal.*

## ÍNDICE

<b>1.-INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>2.-EL <i>PRE-PACK</i> EN EL REINO UNIDO .....</b>	<b>4</b>
<b>3.-EL <i>PRE-PACK</i> EN PAÍSES BAJOS .....</b>	<b>7</b>
<b>4.-EL <i>PRE-PACK</i> EN ESPAÑA .....</b>	<b>8</b>
<b>5.-SOBRE LA UNIDAD PRODUCTIVA COMO ELEMENTO PRIMORDIAL .....</b>	<b>11</b>
<b>6.-SOBRE LOS PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA ACUDIR AL <i>PRE-PACK</i> ...</b>	<b>13</b>
<b>7.-SOBRE EL EXPERTO INDEPENDIENTE EN FASE PRE-CONCURSAL .....</b>	<b>17</b>
<b>8.-SOBRE LA AUTORIZACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE LAS OPERACIONES DE <i>PRE-PACK</i> EN FASE CONCURSAL .....</b>	<b>21</b>
<b>9.-CONCLUSIONES .....</b>	<b>27</b>
<b>10.-BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>29</b>

## 1.-INTRODUCCIÓN

La mayoría de las medidas novedosas se originan como consecuencia de una necesidad, apoyándonos en la sistemática entre la causa y el efecto, por un lado entendiendo como tal efecto, la aplicación del protocolo *Pre-pack*, como herramienta que sin estar desarrollada en nuestra ley se ha venido implementando últimamente por algunos juzgados de España; ello nos recuerda que el Derecho no es algo inflexible, ya que, en ocasiones, surgen en la sociedad circunstancias que ponen de manifiesto alguna deficiencia en aspectos concretos de nuestra legislación, que ocasionan inevitablemente la búsqueda de una solución pertinente, ya sea innovando, o como ocurre con el objeto de nuestro estudio, fijándonos cómo países de nuestro entorno han resuelto necesidades similares.

Por otro lado, entendiendo como tal causa el conjunto de problemas que ocasionan la necesidad por la cual se ha llegado al efecto en cuestión, estos problemas son los siguientes.

1.-La actuación tardía, por lo general, de las empresas en acudir al concurso. Estas acuden cuando ya el fondo de comercio<sup>1</sup> es escaso y la tesorería<sup>2</sup> es prácticamente inexistente.

2.-La declaración del concurso como vimos anteriormente, incide de forma directa y negativamente en el valor de la empresa<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> *El fondo de comercio es el conjunto de elementos intangibles que implican un valor añadido para la empresa, tales como la clientela, nombre o razón social, localización, capital humano, cuota de mercado, nivel de competencia de la empresa y otros de naturaleza análoga.* Disponible en <https://guiasjuridicas.-wolterskluwer.es>

<sup>2</sup> *Podemos definir la tesorería como la diferencia entre la parte del capital que tiene la empresa que no está dedicada a financiación del inmovilizado y que, en consecuencia, está disponible para financiar el ciclo productivo (fondo de maniobra existente) y las necesidades reales del ciclo productivo de la empresa (fondo de maniobra que se necesita).* VIEITES RODRÍGUEZ, R.: “Conceptos Básicos de Tesorería”, en C.E.E.I GALICIA, S.A. (BIC GALICIA) *La gestión de la tesorería*, 2012.

<sup>3</sup> La razón es clara, el mercado potencialmente interesado en la compra de la empresa una vez que esta haya sido declarada en concurso, hace que aquel interés merme.

3.-La imposibilidad de continuar con el negocio de aquellas empresas contratadas por la Administración Pública, una vez han sido declaradas en concurso de acreedores<sup>4</sup>.

Estos problemas a su vez, tienen como consecuencia el peligro que supone que los administradores concursales, por el hecho de tener que realizar la venta de la unidad productiva rápidamente, por lo perjudicial que en estas situaciones son las dilaciones en el proceso, no lleven a cabo su tarea con la calma que necesariamente se precisa<sup>5</sup>, pues el resultado de su actividad al calificar la empresa, puede que no se corresponda con el valor del mercado, que es el que verdaderamente nos interesa.

Como respuesta a esta problemática el legislador en su día desarrolló el ex artículo 191 ter de la Ley Concursal actual artículo 530 RD 1/2020, de 5 de mayo<sup>6</sup>, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, en adelante TRLC, siendo su finalidad la de dotar de una mayor agilidad al proceso, otorgándole la posibilidad de salir del concurso –a la empresa que en la solicitud de aquél– presentase una oferta segura de compra de la unidad productiva, que previo traslado a las partes por un plazo de 10 días, el juez finalmente podía autorizar dicha operación.

No obstante, el efecto de la aplicación de esta posibilidad en vez de agilizar el procedimiento, trajo consigo problemas derivados precisamente de lo que pretendía ser la solución. Pues se pudo observar en el tráfico jurídico algunas precariedades, siendo cada una de ellas diferentes en relación con el lugar que ocupaban los agentes intervinientes dentro de aquella posibilidad concursal.

Estos problemas acontecían de la siguiente forma:

---

<sup>4</sup> *Que para las empresas contratistas del sector público, la declaración de concurso puede comportar la pérdida de su clasificación frente a las administraciones públicas y la imposibilidad de concurrir a licitaciones.* Guía de buenas prácticas procesales, en materia del art. 530 TRLC aprobado por los jueces Mercantiles de Madrid, en reunión de 22 de enero de 2021.

<sup>5</sup> Operaciones encaminadas a calificar a la empresa, valorándola.

<sup>6</sup> Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. (en adelante TRLC).

Por un lado, quien hacía la oferta de compra podía verse afectado por otro que pudiera mejorarla, quedando la primera oferta como tan solo un punto de partida de futuras negociaciones con otros agentes, sin más seguridades. Incluso también se daba la problemática de aquel oferente que esperaba de forma pícaro que se declarase el concurso para realizar su oferta de compra por un precio más bajo.

Por otro lado, el juez del concurso desconocía los pormenores de la oferta, ni siquiera si verdaderamente la oferta que el solicitante del concurso presentaba en su solicitud fuese la mejor de las ofertas preexistentes, y es que se dejaba la puerta abierta a que pudiera ser un entramado para que el deudor mantuviera el control de la empresa, haciendo uso de esta posibilidad legal en fraude de ley<sup>7</sup>, a través de una persona asociada.

A su vez, al tener tan solo 10 días para evaluar la empresa el Administrador Concursal acontecía precisamente el riesgo del que ya hablamos anteriormente, el cual se hace efectivo cuando se da la disparidad entre dos valores, por un lado el valor que fija el Administrador y por otro el valor del mercado<sup>8</sup>.

En cuanto a los acreedores, estos podían verse perjudicados por el desconocimiento que en algunas ocasiones se daba por la publicación en el tablón de anuncios sin mayor trámite de comunicación ni publicidad.

Finalmente, los representantes de los trabajadores, en muchas ocasiones no eran informados de las ofertas que se presentaban al juez, por lo que se les impedía negociar sus condiciones laborales.

---

<sup>7</sup> El artículo 6.4 del Código Civil, que establece que *“los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.”*

<sup>8</sup> *Era frecuente que la administración concursal no informe negativamente dicha oferta, pero sí que interese abrir un procedimiento concursal, en sede concursal, por la vía del artículo 518 TRLC (ex artículo 43 de la LC), perdiéndose la posibilidad de vender la unidad productiva, en un breve plazo de tiempo.* Guía de buenas prácticas procesales.: *op cit.*, pág. 2.

Como podemos observar, todas estas cuestiones son hechos que lejos de estar por la labor de beneficiar a las partes intervinientes, dejan mucho que desear en relación con lo que debe ser un procedimiento, no solo concurriendo en él todas las garantías legales, sino que sirva a los intereses de la sociedad, y sobre todo a los efectos de conseguir reactivar o incluso salvar a la actividad empresarial, por el beneficio directo que esta genera en la economía, entendiéndola desde un punto de vista general, dentro del territorio nacional.

Recuperando la sistemática entre la causa y el efecto, que comporta la razón de ser de esta novedad como es el *Pre-Pack*, vemos cómo, en conexión con los problemas que hemos expuesto, basados en la necesidad de dotar al procedimiento de una solución pertinente, pues no siempre se alcanza el éxito de un procedimiento ideal a la primera, la prueba y error, mediando la observancia de los profesionales en derecho sobre la realidad existente en sede judicial es un camino también válido para encontrar aquella solución.

Es en este punto, donde tenemos que traer a colación la realidad analógica, existente en países de nuestro entorno que como España, tuvieron que afrontar esta problemática. En concreto, llevaremos a cabo un breve compendio de las características más notorias que presentan los países de Reino Unido y Países Bajos. Los cuales mediante criterio jurisprudenciales crearon una solución a la dificultad que hemos mostrado y en la cual se ha venido últimamente apoyando España.

## **2.-EL *PRE-PACK* EN EL REINO UNIDO**

El *Pre-pack administration* es un acuerdo en virtud del cual la totalidad o parte del negocio o los activos de una empresa se negocia con un comprador antes del nombramiento de un administrador, y el administrador efectúa la venta en el momento del nombramiento o poco tiempo después<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> MALLON, C., “The law and practice of restructuring in the UK and US”, Oxford, 2017, p. 383



La persona o personas que administren la empresa que solicita el concurso, ostentan una facultad consistente en designar a un *insolvency practitioner*<sup>10</sup>, en adelante administrador judicial interno, que tendrá como tarea proporcionar una actividad asistencial encaminada a alcanzar la venta de la empresa.

Para alcanzar aquel objetivo, es necesario que previamente exista un acuerdo; es decir, un pacto por el que se acuerde la compraventa, para ello se requiere el consentimiento de los administradores de la empresa deudora, el consentimiento del administrador judicial interno y lógicamente de aquél agente que ostente la condición de comprador en dicho pacto.

Posteriormente, y al tiempo en el que se designa al administrador concursal, se perfecciona el contrato de compraventa, mediante el cual, el precio obtenido se reparte entre los acreedores privilegiados. En el supuesto de que se haya liquidado la totalidad de la deuda con aquellos, y siga existiendo cantidades restantes para satisfacer a los acreedores no privilegiados, el propio administrador concursal interno deviene liquidador.

Es importante destacar una peculiaridad en relación sobre quién puede ostentar la condición de comprador, pues como ya indicamos anteriormente, uno de los problemas que posibilitan la aplicación de esta novedosa venta de empresa en el territorio español, era precisamente, que aquel agente interviniente en calidad de oferente, estuviera asociado con la empresa deudora y que actuando esta través de aquél, de forma fraudulenta, pudiera obtener las ventajas que conlleva el objeto del procedimiento.

---

<sup>10</sup> RÍOS LOPEZ, Y.: ««Pre-pack» concursal: una solución para la venta de empresas en crisis», *Boletín Mercantil LEFEBVRE*, febrero 2021.

Esta explicación cobra sentido cuando nos preguntamos por qué en el sistema anglosajón no es algo extraño que se de esta conexión entre empresa deudora y agente comprador u oferente, pues la peculiaridad que debemos resaltar, es que dándose este enlace aparentemente problemático, el procedimiento inglés suele requerir el consentimiento de los acreedores privilegiados, pasando estos a formar parte como un agente más en el trámite de asentimiento para la ulterior venta.

No obstante lo anterior, las críticas a este procedimiento y debido a la falta de control judicial, se centran con carácter principal, en las situaciones en donde se da precisamente ese enlace entre sujetos (*comprador/empresa deudora*). Pues son en esas circunstancias donde el riesgo de fraude, incrementa casi de forma inevitable, materializándose en el alto porcentaje de empresas que, dándose en ellas esa circunstancia, no continúan con la actividad empresarial tras hacerse efectiva la venta.

Además, de la mano de la falta del control judicial camina la escasa publicidad existente en el proceso, concluyendo ser desfavorable en algunos casos por ser el precio de venta insuficiente para lograr los efectos positivos que el espíritu de esta posibilidad pretende.

Como remedio a estas deficiencias que han ido surgiendo a lo largo de la aplicación del *Pre-pack* inglés, el Gobierno de Reino Unido, ha llevado a cabo mejoras posibilitando que se restablezca la confianza en esta posibilidad para todos aquellos sujetos intervinientes.

Como por ejemplo, ha supuesto la publicación del *Graham Review into Pre-pack Administration*<sup>11</sup> con fecha de 16 de junio del 2014. Caracterizada principalmente, por la creación de un conjunto de profesionales independientes encargados de comprobar la idoneidad o conveniencia de la utilización del *Pre-pack*, como posible solución a la insolvencia de las empresas que en el caso concreto estos conozcan; y por otro lado, el requerimiento al comprador, consistente en llevar a cabo un informe que tenga por objeto argumentar todas aquellas operaciones que vaya a realizar al menos durante los 12 meses posteriores a la compra; por medio del cual, se pueda prever que su actuar, hará que la empresa se desmarque de forma positiva de la situación de insolvencia por la que se vio afectada.

### 3.-EL *PRE-PACK* EN PAÍSES BAJOS

En este territorio, del mismo modo que en el Reino Unido, la incorporación del *Pre-pack* como una respuesta a la situación de insolvencia es de procedencia claramente jurisprudencial.

El procedimiento en este país comienza a instancia del deudor, y mientras que en el sistema anglosajón la figura a destacar era el *insolvency practitioner*<sup>12</sup>, el cual era designado por quién ocupaba la posición de deudor, en Países Bajos, en cambio, se conoce con el nombre de *silent trustee*, y a diferencia de aquel, éste es designado por el Juzgado Mercantil competente para conocer del procedimiento concursal y no por quién ocupa la posición de deudor. Siempre y cuando se haya dado con carácter previo a tal designación la voluntad expresa del deudor en llevar a cabo la venta.

---

<sup>11</sup> VINCE CABLE Graham Review into Pre-pack Administration, Report to The Rt Hon Vince Cable MP, Teresa Graham CBE June 2014.

<sup>12</sup> RÍOS LOPEZ, Y.: ««Pre-pack» concursal: una solución para la venta de empresas en crisis», *Boletín Mercantil LEFEBVRE*, febrero 2021.

Para comprender los rasgos generales existentes en este proceso, hemos de saber que el objeto de este *Pre-pack*, se centra en dotar de tal capacidad a la figura del *silent trustee*, que le permita poder conocer a la empresa deudora, de la mejor forma posible en fase preparatoria, indagando las particularidades que afectan a la empresa. Con la finalidad de utilizar todo ese conocimiento para preparar posibles soluciones, de manera que, de ser el *Pre-pack* la opción más rentable, pueda ser acordada por el juez de forma inmediata una vez que este haya declarado el concurso de acreedores.

Destacamos en este procedimiento, cómo la autorización judicial consistente en acordar la venta inmediata, depende estrechamente de la acción llevada a cabo por la figura del *silent trustee*, siendo preciso que dicha información sea íntegra y circunstanciada, en relación con los cálculos sobre los activos de la empresa que motivan su venta.

#### **4.-EL *PRE-PACK* EN ESPAÑA**

Hemos podido ver, cómo efectivamente el Derecho Positivo en ocasiones no es la vía más efectiva para alcanzar el resultado que en cambio, su espíritu sí ambiciona. Es por ello por lo que la jurisprudencia ha de dar un paso al frente<sup>13</sup>, resolviendo problemas prácticos que surgen cuando la aplicación de las normas preexistentes para la venta de unidades productivas, dentro del procedimiento concursal, condicionan la consecución de un procedimiento que pudiera ser más satisfactorio corrigiendo ciertas dificultades y aportando soluciones concretas.

Actualmente en España y retomando la sistemática antes mencionada entre la causa y el efecto, observamos cómo aquellos problemas prácticos acontecen sin pedir permiso; es por ello por lo que en la actualidad, el ordenamiento jurídico español no contempla una figura análoga a las mencionadas, que en cambio ya se dan en países de nuestro entorno; no obstante, lejos de mirar hacia otro lado, hemos de mencionar la actividad jurisprudencial que sobre esta cuestión y en el tiempo más reciente se ha venido dando en España.

---

<sup>13</sup> Es manifiesto que tal y como se expresa la *Guía*, este paso al frente, traducido en los acuerdos que vamos a estudiar *no tratan de menoscabar la independencia judicial sino de dar una respuesta procesal ágil y uniforme a situaciones similares*. *Guía de buenas prácticas procesales. op cit.*, pág.3.

Debido al margen limitado para el desarrollo de este estudio, en comparación con la cantidad de comentarios jurídicos que han brotado en los últimos meses, debemos de destacar por encima del resto los siguientes.

Por un lado, y como hecho *sine qua non* para poder exponer cómo nace la aplicación del *Pre-pack* en territorio español destacaremos la actividad de los Jueces de lo Mercantil de Madrid en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados y del Colegio de Economistas, ambos pertenecientes a la misma ciudad, quienes han llevado a cabo una *Guía de buenas prácticas* de aplicación voluntaria, presentándola como *un cauce de comunicación para potenciar la figura del artículo 530 TRLC*<sup>14</sup> con la finalidad precisamente y en palabras de José M<sup>a</sup> Alonso Puig de *poner a disposición de los profesionales, las herramientas necesarias para fijar correctamente el perímetro de la unidad productiva, calcular el valor que tiene la empresa en el mercado, qué información se debe facilitar, a los posibles interesados en la compra, fomentar la publicidad, la libre concurrencia, etc.*<sup>15</sup>.

Por otro lado, debemos del mismo modo recalcar incluso con carácter previo a la publicación de la *Guía de buenas prácticas*, como los Jueces de lo Mercantil de Barcelona el día 20 de enero de 2021, publicaron con objeto de un Seminario en sede Judicial las *Directrices para el procedimiento de tramitación del Pre-pack concursal*<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Guía de buenas prácticas procesales. *op cit.*, pág.3.

<sup>15</sup> *Ibidem.*

<sup>16</sup> Juzgados Mercantiles de Barcelona, Seminario de los Juzgados Mercantiles de Barcelona de 20 de enero de 2021 “*PRE-PACK CONCURSAL: “Directrices para el procedimiento de tramitación”*”.

Antes de entrar a precisar los pormenores que la *Doctrina* española expone en sus respectivas publicaciones, hemos de enmarcarlos fundamentalmente dentro del criterio existente en la Comunidad Europea, por considerar que aquellos mecanismos que a continuación desarrollaremos, se encuadran en el seno de la *Directiva 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva* que entre sus objetivos se encuentra, justamente el de que los Estados miembros, pongan en marcha nuevas medidas, dispuestas a afianzar un procedimiento de liquidación que resuelva la situación de crisis, en aras de alcanzar el mayor grado de recuperación económica.

Concretamente el artículo 2.1.1) de la *Directiva* anteriormente mencionada comprende dentro del concepto de “reestructuración” las *ventas de activos o de partes de la empresa así como la venta de la empresa como empresa en funcionamiento*, que es precisamente el objeto de los trabajos jurisprudenciales y de colaboración que han llevado a cabo los Juzgados de Madrid y Barcelona, acomodando tal “reestructuración” a nuestro OJ. Motivada sustancialmente por la falta de transposición de la Directiva Europea y en la inexistencia de regulación legal en relación con la cuestión que nos ocupa.

Con todo ello, alcanzamos el estudio de lo que representa actualmente la herramienta del *Pre-pack* en nuestro territorio nacional, mediante la debida observancia de los criterios jurisprudenciales, sabiendo que en tanto no pasen a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado (artículo 1.5 Código Civil), su finalidad no tiene mayor alcance que la de dotar de un procedimiento de aplicación voluntaria a los profesionales que intervienen, de una manera u otra, en lo relativo a la situación de insolvencia en la que pueda verse inmersa una empresa.

Para el estudio del trámite procesal que estamos a punto de explicar, entiendo que puede ser de gran utilidad, traer a colación el *Protocolo* aprobado por el Pleno de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares en fecha 5 de mayo de 2021, como resultado de una Junta celebrada por Jueces de lo Mercantil el 8 de abril del mismo año.

Su utilidad la enfoco en la similitud imperante entre el tejido empresarial de la C.A de las Islas Baleares y C.A de Canarias, por tener ambas un claro común denominador, el turismo, como principal motor de su economía. Lo cual puede resultar interesante a la hora de comprender su aplicación y ulterior provecho.

Centralizar la utilización de esta novedosa herramienta procedimental, en un sector empresarial concreto, como es el turismo, nos puede ayudar a comprender de una mejor forma su impacto en el tráfico jurídico, siendo el *Pre-pack* el *efecto* de la sistemática a la que hemos ido refiriéndonos a lo largo de este análisis, inclusive cuando ese *efecto* surge por la *causalidad* de unos hechos tan concretos, como los que han sido originados por una pandemia mundial, produciendo una paralización económica, cuyas secuelas se ven especialmente incrementadas en el sector turístico.

## **5.-SOBRE LA UNIDAD PRODUCTIVA COMO ELEMENTO PRIMORDIAL**

Mediante el *Pre-pack* se pretende aventajar, en un momento previo a la declaración del concurso, a instancia del deudor en situación de insolvencia, la preparación de un procedimiento *público, transparente y concurrencial* de venta de la Unidad Productiva, entendida en virtud del artículo 202.2 del TRLC como el *conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica esencial o accesoria*.

Como se dispone en la *Guía de buenas prácticas* a los mismos efectos de dejar claro el contenido de este concepto, se expuso que se entenderá por unidad productiva: “*cualquier industria, establecimiento o comercio (grande, mediano y pequeño), o conjunto de ellos, montado con los elementos necesarios para iniciar o continuar una actividad económica, esté o no en funcionamiento, tenga trabajadores o no, sea en propiedad o en régimen de arrendamiento o, por último, pertenezca a una persona jurídica o natural*” (STJUE de 9 de septiembre de 2015 y 7 de agosto de 2018) <sup>17</sup>.

En aras de alcanzar un conocimiento fidedigno sobre lo que verdaderamente configura a la unidad productiva, hemos de estar a la situación concreta que presenta cada caso de insolvencia, pues el objetivo se alcanza, cuando se desarrolla de forma exhaustiva el activo y pasivo de la empresa en cuestión <sup>18</sup>. Sobre dicha tarea ejerce un papel importante el experto independiente, al que nos referiremos con detalle más adelante.

En virtud de lo anterior, y concretando los elementos que dan contenido a la Unidad Productiva, los documentos necesarios e imprescindibles para delimitarla son los siguientes:

*“1.-Descripción de la actividad económica a desarrollar.*

*2.-Balance de bienes y derechos (activo), contingentes y condicionales incluidos, y obligaciones (pasivo), incluidos condicionales y contingentes en los supuestos de venta en globo o empresa en conjunto o rama de actividad.*

---

<sup>17</sup> Esto permitirá, a título de ejemplo, en un comercio cerrado que cuente con instalaciones y mobiliario, la subrogación en las licencias o autorizaciones administrativas para el ejercicio de la actividad que, de otro modo, se perdería. *Guía de buenas prácticas procesales. op cit., pág.8.*

<sup>18</sup> La ficha/formulario, a cumplimentar por el deudor, facilitará la identificación de su existencia en un concurso y, en consecuencia, la posibilidad de su transmisión antes de iniciar el proceso de liquidación de cada uno de los bienes de manera individualizada.

*Ibidem.*



3.-*Relación pormenorizada de bienes, derechos y obligaciones que integran la UP con las cargas reales que pesan sobre los mismos en las que se subrogará el oferente o se cancelarán con la transmisión. Cancelación de embargos y anotaciones acordadas en procedimientos de apremio administración, ejecuciones laborales y ejecuciones singulares a cancelar en el momento de la transmisión de la UP.*

4.-*Relación de patentes, marcas, know-how, aplicaciones informáticas incluso las que estuvieran en fase de desarrollo.*

5.-*Referencias de proyectos terminados, obras ejecutadas o en curso en los que ha participado el deudor objeto de cesión.*

6.-*Participaciones sociales/acciones en sociedades y UTES.*

7.-*Relación de contratos civiles y mercantiles en los que se subrogará el oferente.*

8.-*Permisos, licencias administrativas, calificaciones públicas y autorizaciones y contratos administrativos.*

9.-*Contratos de trabajo.*

10.-*Convenio colectivo aplicable a la UP*

11.-*Identificación y descripción de las Unidades Generadoras de Efectivo (UGE) y adscripción de los anteriores bienes y derechos a cada una de dichas UGEs.*

12.-*Pasivo contra la masa y concursal a asumir por el oferente.*

13.-*Exclusiones: Relación de contratos civiles, mercantiles, administrativos, laborales excluidos, así como bienes y derechos no asumidos”*<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Guía de buenas prácticas procesales *op cit.*, pág.10.

## **6.-SOBRE LOS PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA ACUDIR AL *PRE-PACK***

En virtud del aprobado por el Pleno de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, han de concurrir una serie de presupuestos para que sea posible recurrir a este mecanismo.

A fin de poder exponer los detalles con la mayor claridad posible, nos apoyaremos simultáneamente en los criterios jurisprudenciales contenidos en los textos ya citados (*Guía de buenas prácticas y Directrices para el procedimiento de tramitación del Pre-pack concursal*) así como, en diversos comentarios a destacar, por expertos en materia concursal, que de manera independiente aúnan esfuerzos para una mejor explicación de la cuestión que nos atañe.

A continuación expondremos los presupuestos que han de existir circunstancialmente al tiempo de querer optar por este novedoso mecanismo de empaquetamiento previo.

1.-*Que el deudor se halle en situación de insolvencia actual o inminente y no se haya declarado el concurso de acreedores.* Por un lado, en relación al estado de insolvencia inminente del artículo 2.3 in fine LC, el cual establece que "*se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones exigibles.*"

Para una correcta comprensión de la inminencia tratada <sup>20</sup>, es preciso resaltar que esta situación se enmarca en un tiempo futuro, de tal modo que el "deudor" no ha incumplido aún sus obligaciones, pero es probable que no las pueda cumplir en un futuro próximo. De forma que el incumplimiento de las obligaciones, aún no debe de haberse producido, ya que de haberse producido, estaríamos ante una insolvencia actual y no inminente; teniendo en este caso el deudor, la obligación de solicitar el concurso, mientras que si la insolvencia es inminente no tiene dicho deber legal.

---

<sup>20</sup> Tiene su precedente en el Texto de la Ordenanza alemana de insolvencia (*Insolvenzordnung InsO*) de 5 de octubre de 1994, en concreto en su artículo 18. Disponible en <http://dialnet.es>

Sobre esto, Ángel Rojo define la insolvencia como *"la imposibilidad de cumplir de modo normal las obligaciones a medida de que vengzan y sean exigibles por los acreedores"*<sup>21</sup>; y expone el estrecho margen que existe entre la insolvencia y el incumplimiento de obligaciones, de tal forma que *"incumple las obligaciones quien es insolvente. Pero puede existir incumplimiento sin estado de insolvencia."*

Esto nos ayuda a comprender, el alcance del concepto *tiempo* <sup>22</sup> por ser un factor central e insoslayable si pretendemos a afrontar las deficiencias legales que ya han sido tratadas y que han tenido como respuesta el ingreso de esta nueva técnica, en fase pre-concursal.

Alcanzar un *estado* de insolvencia, significa que no estamos en una situación temporal y pasajera, sino en un *estado*, en el cual, no se prevé una viabilidad empresarial en un futuro próximo que suponga un plan factible para eliminar tal crisis.

Sin perjuicio de lo anterior, y continuando con el desarrollo de nuestro estudio, es importante resaltar, el hecho de no haber sido declarado el concurso de acreedores al tiempo de recurrir al mecanismo del *Pre-pack*, por lo que aquel deber legal consistente en la solicitud del concurso se ve limitado a los efectos naturales de lo que al *Pre-pack* supone aquella solicitud.

*2.-Que se descarte, al menos inicialmente, un escenario de viabilidad empresarial por no ser posible una medida de reestructuración o negociación con los acreedores.* Una cuestión que genera especial interés, es la relativa, al radio de aplicación en el que se puede optar por la aplicación del *Pre-pack* como solución útil y previsiblemente fructífera tras su ejecución.

---

<sup>21</sup> ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: *Los Acreedores concursales: Derecho de la insolvencia*. Ed. Civitas, 2010

<sup>22</sup> ROJO, A.: "Reflexiones sobre el Derecho concursal de emergencia" Disponible en <http://blog.fdr.uam.es> (fecha de última consulta: 11 de mayo de 2020). En donde expone que: *el tiempo se utiliza para permitir superar ese "obstáculo adicional a la viabilidad" generado por la actuación actual. Se acepta así que el deudor insolvente continúe la actividad, con el riesgo de que agrave la insolvencia, y se acepta ese riesgo ante la mera expectativa de que pueda alcanzar un doble objetivo: no sólo la viabilidad, sino que la recuperación de la viabilidad permita al deudor superar los cumplir regularmente las obligaciones exigibles ya vencidas o a medida que vengzan.*

Resulta evidente, la dificultad de encontrar una misma solución que valga para una amplia gama de supuestos, esto se debe a que la situación de crisis obedece a elementos concretos que han de ser estudiados en un procedimiento ajustado a las particularidades intrínsecas de la situación de crisis.

La cuestión que se plantea, consiste en que si el *Pre-pack* constituye una solución al alcance de la totalidad de las empresas en insolvencia, o si por el contrario su radio se debe circunscribir a aquellas empresas que necesariamente puedan ser factibles en el mercado.

En tal sentido la doctrina mayoritaria, establece con carácter de principal, la importancia de conocer la potencialidad que ostentaría la empresa en manos de quien, tras el *Pre-pack* la obtendría, lo cual de por sí exige el análisis pormenorizado del estado financiero y económico de la empresa deudora, como elemento esencial, para restringir la aplicabilidad de este nuevo mecanismo.

Tal limitación, no la podemos entender como una restricción negativa, pues lejos de limitar su actuación en el tráfico jurídico, otorga al procedimiento una mayor fiabilidad, y es que, cuanto más conocimiento se adquiera sobre la unidad productiva, con mayor seguridad se podrá proceder <sup>23</sup>, circunscribiendo por tanto, la aplicación de este mecanismo, a aquellas empresas que puedan ser factibles en el mercado.

---

<sup>23</sup> En concreto, la *Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva alude expresamente a empresas de viabilidad financiera, es decir, aquellas que son viables económicamente pero inviables financieramente, como supuestos paradigmáticos en los que la conservación de la empresa parece la mejor opción, bien mediante la venta a tercero, bien mediante una reestructuración de pasivo, si bien la eventual regulación de dichos planes de liquidación quedaría a discreción de los Estados Miembros, pues según el artículo 2.1.1) la reestructuración puede consistir "(...) cuando así lo disponga la normativa nacional (en) la venta de la empresa como empresa en funcionamiento".*

3.-*Que, a petición del deudor, el juez competente para conocer de la insolvencia designe un experto independiente en materia de reestructuración, que será el futuro administrador concursal una vez que se haya procedido a la declaración del concurso.* Tal y como se acuerda en la *Guía*, el deudor que solicite el concurso de acreedores y aporte un *plan de liquidación con una oferta en firme de venta de unidad productiva*, deberá así indicarlo en el encabezamiento de su solicitud, con indicación de su urgencia, para que el *Decanato* la pueda repartir con celeridad, conforme a las normas de reparto

4.-*Que en dicha fase pre-concursal el experto elabore un informe dando cuenta de que el procedimiento de búsqueda de oferentes para la enajenación de la unidad productiva es público, transparente y concurrencial, garantizando así mismo 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 plazo breve.* En esta fase, son de aplicación las previsiones legales establecidas en los artículos 583 ss TRLC <sup>24</sup>, las cuales regulan los actos de apertura de las negociaciones con los acreedores y lo concerniente a este acto de comunicación (publicidad, efectos, plazos).

Asimismo y en virtud del artículo 585 TRLC además del Decreto que realiza el Letrado de la administración de Justicia, por el cual deja constancia de aquella comunicación, el Juez dictará Auto designando al experto independiente.

---

<sup>24</sup> RÍOS LOPEZ, Y.:op. cit., “b) Marco procesal” hace real hincapié en que una *cuestión debatida es si, constituyendo la venta de la unidad productiva una solución de naturaleza liquidatoria, resulta incompatible con la solución pactada con los acreedores que constituye el objeto de la comunicación del artículo 583 TRLC, precepto que solo alude a la posibilidad de alcanzar una propuesta anticipada de convenio, un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos.*

## **7.-SOBRE EL EXPERTO INDEPENDIENTE EN FASE PRE-CONCURSAL**

Partiendo del concepto que desarrolla la *Directiva* a la que hemos venido haciendo mención, en su artículo 2.1.12) atribuye a dicha denominación la siguiente definición, entendiéndolo como tal a “*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.*”

En fase pre-concursal, las funciones del experto independiente en materia de reestructuración serán las siguientes, en virtud del *Protocolo* aprobado por el Pleno de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares:

1º: Asistir y supervisar al deudor en la preparación de operaciones tendentes al proceso de búsqueda de inversores y oferentes para articular la futura venta de la Unidad Productiva.

2º: Familiarizarse con el funcionamiento empresarial de la Unidad Productiva. Para la consecución de este objetivo el deudor deberá colaborar facilitando a información de todo tipo que el experto le solicite para el adecuado desarrollo de su función y elaboración de su informe.

3º: Informar a los acreedores de proceso, participando, en su caso, en las negociaciones, especialmente, con los acreedores privilegiados y públicos, así como con los representantes de los trabajadores.

4º: Verificar y supervisar la regularidad, publicidad y transparencia en la preparación de las operaciones sobre los activos de la empresa, especialmente garantizando la igualdad de acceso a la misma información y oportunidades entre los potenciales interesados o postores y la justa competencia.

5º: Emitir un informe final de la gestión realizada, en particular, de las ventas preparadas sobre los activos de la empresa, haciendo constar sus observaciones técnicas sobre el proceso de búsqueda de oferentes e inversores y su valoración sobre la idoneidad de la propuesta de venta realizada por el deudor, incluyendo el precio y las condiciones de pago incluidas en dicha oferta.

Actualmente y sin perder de vista la nota manifiesta de contemporaneidad que engloba este estudio, debemos recordar que hoy en día no existe una normativa expresa, aplicable al experto independiente para el desempeño de sus funciones en esta fase.

Debido a ello, se debe suponer una aplicación extensiva de las reglas naturales del estatuto jurídico de la administración concursal, a raíz de esa falta de previsión legal.

En relación a lo anterior, y sabiendo que el experto independiente en materia de reestructuración que sea nombrado en fase pre-concursal será el mismo que ocupe el cargo de administrador concursal una vez declarado el concurso, esto nos puede hacer pensar en la eventual incompatibilidad entre ambas funciones, que siendo de naturaleza diferente han sido llevadas a cabo por el mismo agente.

Incompatibilidad que se revela en la falta de imparcialidad de la que pueda adolecer el informe al que nos hemos referido, debido a que quien lo emite es precisamente quien anteriormente se inclinó por la mejor oferta, siendo esta vinculante.

No obstante, en relación con esta cuestión controvertida, podemos concluir que en definitiva, el experto independiente como persona que asiste al juez, se limita a adelantar en el tiempo el ejercicio de las funciones que del mismo modo le hubieran sido encomendadas al tiempo de alcanzar la condición de administrador concursal <sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> RÍOS LOPEZ, Y.: op. cit., “c) El estatuto orgánico del experto independiente” expone que *la salvaguarda del sistema debería garantizar que cualquier cuestión relativa al incumplimiento de sus funciones o su responsabilidad se pudiera ser conocida, a modo de cuestión incidental, por el futuro juez del concurso.*

Precisamente esta fase preliminar concluirá con la emisión de aquel informe, cuyo contenido será el de la gestión que ha realizado, poniéndose este en conocimiento, por comunicación escrita -incluyendo medios telemáticos-<sup>26</sup> del deudor, del Juzgado competente, de la representación de los trabajadores y de los acreedores más relevantes y, en todo caso, de los acreedores privilegiados y de los públicos, ambos característicos por su tratamiento especial.

Este informe final de gestión, contendrá, en particular, una valoración *imparcial e independiente* <sup>27</sup> en relación a los siguientes extremos:

*“1º: Si la publicidad del proceso ha sido suficiente para garantizar la máxima participación de todos los interesados, acompañándose, en su caso, medios de prueba.*

*2ª: Si la información suministrada a todos los interesados durante el proceso se ha realizado en términos que han garantizado la igualdad de oportunidades, acompañándose, en su caso, medios de prueba.*

*3º: Si, a consecuencia de lo anterior, ha quedado garantizada la libre y justa competencia entre los interesados.*

*4º: Si el precio final ofrecido para la adquisición preparada del activo en cuestión es razonable atendidas las circunstancias concretas.*

*5º: Si algún interesado o interesados (financieros o industriales) han anticipado a cuenta del precio final cantidades que hayan sido imprescindibles y necesarias para el mantenimiento de la actividad empresarial y de su valor durante todo este proceso.*

---

<sup>26</sup> LÓPEZ GONZALEZ, R.: *Análisis de las novedades en materia concursal introducidas en el Real Decreto Ley 5/2021*, marzo 2021. pág.4. (Disponible en <https://ga-p.com>) Además destaca que *con carácter preferente y siempre que fuere posible, la subasta también se realizará de manera telemática.*

<sup>27</sup> Protocolo aprobado por el Pleno de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares en fecha 5 de mayo de 2021, *“Aprobación del protocolo pre-pack concursal”* Asuntos Varios, Nº Registro 777/2021, Nº Expediente 267/2021.



6º: *Previsión de la evolución de la valoración del activo o activos en cuestión, una vez declarado el concurso y en caso de no implementarse inmediatamente la venta preparada.*

7º: *Propuesta de implementación de una o varias ofertas de compra vinculantes de toda la empresa, unidades productivas o de negocio, o de activos en globo. O, en su caso, formulación de propuestas alternativas o complementarias.*”<sup>28</sup>

### **Retribución del experto independiente**

La retribución del experto independiente, en materia de reestructuración, se llevará a cabo conforme a las normas del arancel, en las cantidades propias a los honorarios de liquidación, calculada de acuerdo con los meses en los que haya estado desarrollando sus funciones, en virtud de lo dispuesto en el *Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre*, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales <sup>29</sup>.

## **8.-SOBRE LA AUTORIZACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE LAS OPERACIONES DE *PRE-PACK* EN FASE CONCURSAL**

Con la solicitud de declaración de concurso, realizada en los plazos previstos en los arts. 583 ss. TRLC, el deudor deberá acompañar el informe final del experto independiente en materia de reestructuración, así como las propuestas finales de implementación de compras vinculantes de toda la empresa.

Esta oferta u ofertas presentadas por quien esté interesado en la adquisición de la Unidad Productiva deberán cumplir los siguientes requisitos conforme a lo dispuesto en el art. 218 TRLC:

---

<sup>28</sup> Protocolo aprobado por el Pleno de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, op cit. pág 26-27

<sup>29</sup> Sobre ello, en caso de que el concurso no llegara a declararse su retribución correrá a cargo del solicitante, tal y como establece el *Protocolo* aprobado por TSJ Balear; en este caso, y ahondando en esta cuestión, si el experto independiente ha cumplido sus funciones deberá percibir la retribución calculada de idéntica forma, a cargo del precio de venta obtenido, pues su contribución es una actuación se considera imprescindible para la realización de la transmisión. RÍOS LOPEZ, Y.: op. cit., “d) *Retribución del experto independiente*”

1º. La identificación del oferente y la información sobre su solvencia económica y financiera, mediante la cual pueda garantizar la continuidad y el mantenimiento de la Unidad Productiva una vez se produzca su transmisión, así como los medios humanos y técnicos con los que dispondrá para tales efectos.

Se trata de acreditar como aquella *potencial viabilidad* que ya ha sido tratada con anterioridad, tras aportar todos aquellos elementos probatorios de su futura rentabilidad *ex-ante* a lograr su objetivo, siendo este la autorización que posibilite la venta; alcance criterios suficientes como para prever que *ex-post*, efectivamente la empresa, en las manos del oferente, logre resurgir de aquella situación de insolvencia.

2º. La determinación de bienes, derechos, obligaciones, contratos, licencias o autorizaciones incluidos en la oferta y conformación de la Unidad Productiva <sup>30</sup>.

3º. El precio <sup>31</sup>, modalidad de pago y garantías aportadas.

4º. Si existen bienes con privilegio especial se deberá distinguir entre el precio que ofrecería con subsistencia o sin subsistencia de las garantías. El acreedor con privilegio especial percibirá la parte proporcional del precio obtenido equivalente al valor que el bien o derecho objeto de la garantía real suponga respecto al valor global de la Unidad Productiva transmitida <sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> *La ficha, a cumplimentar por el deudor, facilitará la identificación de su existencia en un concurso y..., la posibilidad de su transmisión antes de iniciar el proceso de liquidación de cada uno de los bienes de manera individualizada. Contempla los supuestos posibles:*

*(i) empresa en su conjunto como única unidad productiva;*

*(ii) centro/actividad concreto de la concursada (uno o varios), rellenando tantas fichas como unidades productivas identificadas o*

*(iii) bienes o medios individuales objeto de enajenación, rellenando la ficha de activos no corrientes.*

Guía de buenas prácticas procesales. *op cit.*, pág.8.

<sup>31</sup> *Precio de mercado -justificado y comprobable-. Guía de buenas prácticas procesales. op cit., pág.7.*

<sup>32</sup> *Si dicha parte fuera inferior al crédito será necesario el consentimiento del acreedor si tuviera derecho a ejecución separada. Se entenderá concedido este consentimiento si lo hace el 75% de los créditos de esta clase. Guía de buenas prácticas procesales. op cit., pág.11.*

5°. La subrogación o no en los contratos laborales. En caso de transmisión de la Unidad Productiva, se considerará que existe sucesión de empresa (artículo 44 ET), limitándose, a estos efectos, a los contratos laborales en los que se subroga.

El Juzgado Mercantil competente para conocer del concurso será igualmente el competente para declarar la existencia de sucesión de empresa, cuestión que puede resultar controvertida en la jurisdicción social, limitado a los efectos del artículo 224 TRLC a los contratos incluidos en la Unidad Productiva al tiempo de la transmisión <sup>33</sup>.

6°. La subrogación o no en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. El adquirente, quedará subrogado en los contratos propios para continuar con la actividad, sin necesidad de consentimiento de la otra parte, tal y como establece el artículo 222.1 del TRLC estableciendo que “(...) *el adquirente quedará subrogado en los contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial que se desarrolle en la unidad o unidades productivas objeto de transmisión, sin necesidad de consentimiento de la otra parte..*”, a excepción de los contratos administrativos que se producirá de acuerdo con la legislación sobre contratos del sector público (Ley de Contratos del Sector Público<sup>34</sup>)

7°. La asunción o no de créditos contra la masa o concursales <sup>35</sup>. La subrogación o no en los créditos con privilegio especial.

---

<sup>33</sup> *Es responsabilidad del oferente valorar debidamente el riesgo adicional, incluida una eventual derivación de responsabilidad que exceda de los contratos vigentes en los que se subroga.* Guía de buenas prácticas procesales. *op cit.*, pág.18.

<sup>34</sup> Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

<sup>35</sup> *Las deudas anteriores a la declaración de concurso (crédito concursal) solo se asumirán por el oferente si así consta en la oferta. Esta novación subjetiva se produce por ministerio de la Ley, quedando liberado el deudor concursado excepto en la deuda concursal no asumida.* Guía de buenas prácticas procesales. *op cit.*, pág.19.

8º. Modo de transmisión de la Unidad Productiva. Tal decisión corresponde a la Administración Concursal. El modo ordinario de enajenar la Unidad Productiva será mediante subasta, judicial o extrajudicial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 215 TRLC, salvo que el Juzgado del concurso autorice la venta directa <sup>36</sup> o a través de persona o entidad especializada (art. 216 TRLC), cuya retribución será a cargo de la Administración Concursal, sin exceder de lo que haya percibido tal y como dispone el artículo 216.3). TRLC.

9º. Declaración de vinculación o no de la sociedad oferente de la Unidad Productiva con la concursada. Otorgando al procedimiento la garantía concreta consistente en evitar la problemática que expusimos al inicio de nuestro estudio, en relación con la posible relación vinculación fraudulenta entre ambos agentes intervinientes.

10º. Finalmente, si la adquisición se vehicula a través de una sociedad de nueva constitución.

Las autorizaciones judiciales de las operaciones de venta conformadas y preparadas deberán tramitarse por la vía del art. 530 TRLC (artículo 191 ter de la ley Concursal). El deudor, con su solicitud de concurso, interesará su liquidación y presentará una oferta en firme de compra de la unidad productiva.

Para explicar el ulterior procedimiento se podrá estar a lo dispuesto en la *Guía de buenas prácticas procesales* aprobada por los Jueces Mercantiles de Madrid, en reunión de 22 de enero de 2021, tal y como se ha ido desgranando a lo largo de este trabajo; no obstante, se podrá estar también a lo dispuesto en el protocolo aprobado por los Jueces Mercantiles de la demarcación judicial correspondiente al lugar en donde se llevan a cabo las relaciones entre los agentes intervinientes.

---

<sup>36</sup> *La elección de la enajenación directa deberá justificarse por razones de urgencia, oportunidad, mercado, deterioro de actividad e incluso riesgo de paralización de la misma.* Guía de buenas prácticas procesales. *op cit.*, pág.20.

En nuestro caso continuaremos con el análisis del *Protocolo* aprobado por el Pleno de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, que siendo muchos los aspectos comunes en relación con la *Guía* llevada a cabo por los jueces capitalinos, esta presenta ser más actual y extrapolable al marco jurídico empresarial que por sus similitudes, conecta en gran medida con la economía Canaria.

Sin más singularidades que las expuestas, y entrando en materia procesal debemos de conocer los siguientes aspectos, que a modo de resumen nos ayudarán a visualizar el cauce procedimental en sede judicial:

En primer lugar, el deudor presentará en la misma solicitud del concurso de acreedores, una oferta de la adquisición de la Unidad Productiva, incluyendo un plan de liquidación con carácter vinculante.

En el Auto de declaración de concurso, necesariamente se dará traslado por un plazo de 10 días, para que cualquier interesado pueda efectuar las alegaciones que estime oportunas.<sup>37</sup>

Posteriormente, la Administración Concursal emitirá un informe sobre el plan de liquidación. El Juez que este conociendo del asunto, al día siguiente dictará un Auto por medio del cual autorice o deniegue, las operaciones que en fase pre-concursal fueron preparadas. Frente a este Auto cabe recurso de reposición.

En el caso de que el Auto resulte favorable a la transmisión, una vez sea firme, se solicitará testimonio de la resolución y se procederá su elevación a escritura pública o en su caso, a escritura en forma de contrato privado. Además la Administración Concursal proporcionará credencial y el Auto de declaración del concurso.

Es muy importante saber que se alcanza la efectividad de la transmisión de la Unidad Productiva con la firma de la escritura que se dispone a dichos efectos, y no con la Autorización que otorga el Juez mediante el Auto que hemos mencionado.

---

<sup>37</sup> El plazo se computará desde la publicación en el Registro Público concursal de la declaración de concurso, con la advertencia expresa de la existencia de una oferta vinculante y la identificación de la misma.

Una vez se haya formalizado la venta de la Unidad Productiva, aquel agente que la adquiere, es decir, el comprador, deberá notificar dicha sucesión de empresa de acuerdo con lo establecido en el artículo 224.1.3º TRLC.

Por su parte la Administración Concursal, también deberá informar a aquellas partes que figuren como contratantes de la empresa transmitida, sobre aquellos contratos en los que se subrogue el adquirente<sup>38</sup>.

Para finalizar, se hace real hincapié en la necesidad de que por parte del Ministerio de Justicia se instaure el sistema de publicidad legal previsto en el artículo 423 del Texto Refundido de la Ley concursal con el objetivo de establecer un método común a nivel nacional y necesariamente de conexión Europea, para la ejecución de este tipo de ventas. Independientemente de cual sea el efectivo sistema de enajenación utilizado, es decir, ya sea judicial o extrajudicial, tanto en fase concursal como pre-concursal.

---

<sup>38</sup> La notificación a las contrapartes de los contratos conviene realizarla por la Administración Concursal antes de su autorización, aunque no esté prevista dicha notificación en el TRLC.

## 9.-CONCLUSIONES

Este mecanismo, se presenta como una posible solución a las empresas **insolventes**, que en estos tiempos de crisis no soportan las condiciones que rodean su marco de actuación empresarial.

Encontrar la solución mediante **la venta de la unidad productiva**, se ha de **enmarcar efectivamente dentro del Derecho Concursal por ser el punto de apoyo más sólido para soportar las alteraciones de la economía**; no obstante, el procedimiento concursal asociado a este tipo de solución, ha venido exigiendo el cumplimiento de unas normas que, dilatándose perjudicialmente en el tiempo, no siempre han sido compatibles con la reactivación de la economía, que es en última instancia a lo que se aspira.

Mediante el **Pre-pack se pretende aventajar, en un momento previo a la declaración del concurso, a instancia del deudor en situación de insolvencia, la preparación de un procedimiento *público, transparente y concurrencial* de venta de la Unidad Productiva**, entendida como el *conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica esencial o accesorio*; procurando con ello evitar aquellas dilaciones procesales.

Para ello se crea **la figura del experto independiente, quien deberá emitir un informe final de la gestión realizada**, en particular, **de las ventas preparadas sobre los activos de la empresa**, haciendo constar sus observaciones técnicas sobre el proceso de búsqueda de oferentes e inversores y **su valoración sobre la idoneidad de la propuesta de venta realizada por el deudor, incluyendo el precio y las condiciones de pago incluidas en dicha oferta**. Siendo este, el mismo que ocupe el cargo de administrador concursal una vez sea declarado el concurso.

Ante la incompatibilidad que puede suponer esta dualidad de cargos de diferente naturaleza integrados en un mismo agente, **hemos de concluir que en definitiva, el experto independiente como persona que asiste al juez, se limita a adelantar en el tiempo el ejercicio de las funciones que del mismo modo le hubieran sido encomendadas al tiempo de alcanzar la condición de administrador concursal.**

Es ineludible concluir que **sin la existencia de un agente que compre la Unidad Productiva este mecanismo no tendría razón de ser.** Esta oferta u ofertas presentadas por quien esté interesado en su adquisición, deberán **acreditar una potencial viabilidad**, tras aportar todos aquellos elementos probatorios de su futura rentabilidad *ex-ante* a lograr su objetivo -autorización de la venta-; para alcanzar criterios suficientes como para prever que *ex-post*, efectivamente la empresa, en las manos del oferente -ahora titular de la empresa-, logre resolver aquella situación de insolvencia, proporcionando una estructura empresarial rentable. Posibilitando la reactivación económica deseada.



## 10.-BIBLIOGRAFÍA

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS PROCESALES, en materia del art. 530 TRLC aprobado por los jueces Mercantiles de Madrid, en reunión de 22 de enero de 2021.

Juzgados Mercantiles de Barcelona, Seminario de los Juzgados Mercantiles de Barcelona “*PRE-PACK CONCURSAL: “Directrices para el procedimiento de tramitación”*”. 20 de enero de 2021.

MALLON, C., “*The law and practice of restructuring in the UK and US*”, Oxford, 2017, p. 383

Protocolo aprobado por el Pleno de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares en fecha 5 de mayo de 2021, “*APROBACIÓN DEL PROTOCOLO PRE-PACK CONCURSAL*”Asuntos Varios, N° Registro 777/2021, N° Expediente 267/2021.

RÍOS LOPEZ, Y.: “*«Pre-pack» concursal: una solución para la venta de empresas en crisis*”, *Boletín Mercantil LEFEBVRE*, febrero 2021.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: *Los Acreedores concursales: Derecho de la insolvencia*. Ed. Civitas, 2010

VIEITES RODRÍGUEZ, R.: “*Conceptos Básicos de Tesorería*” , en C.E.E.I GALICIA, S.A. (BIC GALICIA) *La gestión de la tesorería*, 2012.