



Universidad de Valladolid

Facultad de Ciencias Económicas y
Empresariales

Doble Grado en Derecho y
Administración y Dirección de Empresas
(Grado ADE)

La figura del “Pre-pack” en el
sistema concursal español

Presentado por:

Henar Pérez Garrido

Tutelado por:

D. Ángel Luis Marina García-Tuñón

Valladolid, 20 de junio de 2023

RESUMEN

El presente trabajo de investigación se centra en el análisis de la figura del pre-pack concursal en España, una herramienta de reestructuración empresarial que ha sido recientemente incorporada al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 16/2022 de 5 de septiembre, para la implementación de la Directiva (UE) 2019/102, de 5 de mayo, sobre reestructuración e insolvencia. El pre-pack concursal, también conocido como venta de unidades productivas, ha emergido como una opción innovadora y eficiente para agilizar los procesos de reestructuración y evitar la liquidación de empresas en situaciones de insolvencia.

A lo largo de este estudio, se examinan en detalle los fundamentos, principios y regulación del pre-pack en el contexto de la reciente reforma concursal en España. Se lleva a cabo un estudio de las modificaciones legislativas introducidas para dar cabida a esta figura, considerando su impacto en el ámbito del Derecho Mercantil y su alineación con los estándares internacionales.

PALABRAS CLAVE

Derecho Concursal, Unidad Productiva, experto para recabar ofertas, reestructuración

ABSTRACT

The aim of this project is to focus on a comprehensive analysis of the pre-pack figure in Spain, which is a tool for corporate restructuring that has recently been incorporated into the Spanish legal system through Law 16/2022 of September 5th, for the implementation of Directive (EU) 2019/102 of May 5th on restructuring and insolvency. The pre-pack, also known as the sale of productive units, has emerged as an innovative and efficient option to streamline restructuring processes and prevent the liquidation of insolvent companies.

Throughout this study, a detailed examination of the foundations, principles, and regulation of the pre-pack is conducted in the context of the recent insolvency

reform in Spain. A meticulous analysis of the legislative amendments introduced to accommodate this figure is carried out, considering its impact in the field of Corporate Law and its alignment with international standards.

KEY WORDS

Corporate Law, Operating Unit, Prepack administrator, Corporate Restructuring.

Clasificación JEL: K2 (derecho mercantil y regulación), M2 (economía de la empresa)

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	9
2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO CONCURSAL EN ESPAÑA.....	10
3. LA FIGURA DEL PRE-PACK	12
3.1 Concepto y origen.....	12
3.2 Presupuestos objetivos.....	15
3.3 Presupuestos subjetivos.....	18
3.3.1 Deudor	18
3.3.2 Acreedores	19
3.3.3 Juez.....	19
3.3.4 Experto para recabar ofertas de adquisición	20
3.4 Fases	22
3.4.1 Solicitud del deudor	23
3.4.2 Nombramiento del experto	24
3.4.3 Presentación informe de rendición de cuentas	26
3.4.4 Fase judicial: Autorización e implementación	26
3.5 Efectos de la transmisión de la unidad productiva (724).....	27
3.5.1 Sucesión de empresa.....	27
3.5.2 Subrogación del adquirente en contratos, autorizaciones y licencias.....	30
3.5.3 Efectos sobre los créditos pendientes de pago	30
3.5.4 Cancelación de cargas.....	31
4. VENTA URGENTE DE UNIDAD PRODUCTIVA EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL VS PRE-PACK.....	32
5. CONCLUSIONES	34
6. BIBLIOGRAFÍA	38

ANEXO 1. Esquema de las fases del pre-pack	41
ANEXO 2. Tabla diferencias artículo 224 bis y 224 ter y ss.....	42

ABREVIATURAS

Art: artículo

LC: Ley Concursal

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

RDL: Real Decreto Legislativo

SS: siguientes

TJUE: Tribuna de Justicia de la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

TRLC: Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal

UP: Unidad Productiva

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho Concursal, como pilar fundamental del ámbito jurídico mercantil, ha sido objeto de una evolución constante y una continua adaptación a lo largo del tiempo, con el propósito de hacer frente a los desafíos y demandas del continuo y dinámico mundo empresarial. A pesar de haber sido siempre un tema de actualidad, en últimas décadas los procedimientos concursales han adquirido una relevancia sin precedentes, principalmente debido a la crisis financiera desatada en 2008 y a la reciente crisis generada por la pandemia de COVID-19. En este contexto, la figura del pre-pack concursal ha surgido como una herramienta innovadora y eficaz en el ámbito de la reestructuración empresarial en España.

El pre-pack concursal, también conocido como venta de unidades productivas, se ha convertido en una medida cada vez más popular en el marco del derecho concursal español. Esta figura, de origen anglosajón y adoptada por distintos países europeos, se ha implementado con el objetivo de agilizar los procesos de reestructuración y evitar la liquidación de empresas en dificultades financieras.

El presente trabajo de investigación tiene como finalidad analizar en profundidad la figura del pre-pack concursal en España y su impacto en el ámbito del Derecho Mercantil. Se abordarán aspectos clave relacionados con su regulación, evolución jurisprudencial y práctica en los últimos años, así como su influencia en la preservación del tejido empresarial y la protección de los intereses de los acreedores y trabajadores. A través del estudio de la legislación vigente, la jurisprudencia relevante y la literatura especializada, se examinarán los principios y fundamentos que sustentan el pre-pack concursal, así como las ventajas y desafíos que plantea su aplicación en el contexto español.

En definitiva, este trabajo pretende arrojar luz sobre el pre-pack concursal en España, ofreciendo un análisis riguroso y crítico que contribuya al desarrollo y comprensión de esta importante herramienta de reestructuración empresarial.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO CONCURSAL EN ESPAÑA

El Derecho Concursal es la rama del ordenamiento jurídico que regula el estado de crisis, tanto de personas físicas, como de personas jurídicas. El Derecho Concursal moderno español comenzó en el año 2003 con la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante LC), que supuso un punto de inflexión en la materia, ya que, en los inicios del siglo XXI, el estado español continuaba rigiéndose en el ámbito concursal por leyes diseñadas para el comercio del siglo XIX, como la arcaica normativa sobre quiebras del Libro IV del Código de Comercio de 1885 o la Ley de Suspensión de Pagos de 1922.

La entrada en vigor de la Ley de 2003 supuso un avance significativo en la modernización del sistema concursal español, y permitió superar un sistema desfasado e incompleto, y a su vez diseñar un sistema moderno, eficaz y acorde con las necesidades de la época, basado en el principio de unidad legal, lo que se tradujo en la unificación y simplificación del procedimiento concursal, estableciendo un único proceso aplicable a todas las situaciones de insolvencia, tanto de empresas como de particulares, el denominado “concurso de acreedores”, cuya competencia se atribuyó de manera exclusiva a un nuevo tipo de órganos especializados en materia mercantil, los juzgados de lo mercantil (Art.8.1º LC y 86 ter LOPJ).

En un primer momento la LC se limitó a regular de forma exclusiva el procedimiento judicial concursal, sin contemplar otras soluciones o alternativas previas, como los actuales planes de reestructuración o la venta de unidades productivas. Sin embargo, la historia de la Ley Concursal en España, como se verá más adelante, *es la historia de sus reformas*¹, como afirma el texto de la exposición de motivos del RD Legislativo 1/2020: “*Resulta difícil encontrar una ley que en tan pocos años haya experimentado tantas y tan profundas modificaciones*”². Y es que, a lo largo de los años esta ley ha sido objeto de

¹ Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

² Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

diversas modificaciones, que han buscado siempre, de alguna manera, adecuar las distintas instituciones concursales a la coyuntura económica y política existente en cada momento (particularmente tras la crisis financiera del 2008). Varias de estas modificaciones han ido introduciendo en nuestro ordenamiento alternativas preconcursales, cuya finalidad es buscar soluciones de distinta naturaleza que permitan a las empresas o personas en situación de insolvencia superar sus problemas financieros, sin tener que recurrir a un largo y costoso procedimiento concursal. Entre las continuas y numerosas modificaciones se puede destacar: la incorporación de los acuerdos de refinanciación (RDL 3/2009), el acuerdo extrajudicial de pagos (Ley 13/2013) o los mecanismos de segunda oportunidad (RDL 25/2015).

La última reforma, introducida por la reciente Ley 16/2022, de 5 de septiembre, para la implementación de la Directiva (UE) 2019/102, de 5 de mayo, sobre reestructuración e insolvencia, ha supuesto una profunda transformación en el ámbito concursal del ordenamiento jurídico español, y las novedades más relevantes afectan a los procedimientos preconcursales, entre los que se encuentra la venta de la unidad productiva o el llamado “pre-pack”.

La nueva normativa mercantil, introducida en España por la Ley 16/2022, entró en vigor el pasado 26 de septiembre de 2022. La reforma tiene como objetivo abordar las principales deficiencias del sistema de insolvencia español, las cuales enumera el legislador en el Preámbulo de la propia ley de la siguiente manera: Instrumentos pre-concursales, recurso tardío al concurso, excesiva duración de los procedimientos (que en el 90% de los casos terminan en liquidación) y escasa aplicación de los mecanismos de segunda oportunidad. Las principales modificaciones se han producido en el Libro I “Del concurso de acreedores” y las más destacadas son las siguientes:

En primer lugar, en materia de preinsolvencia destaca el reforzamiento de los mecanismos de reestructuración preventiva. Se fomenta el uso de medidas de reestructuración temprana, como los acuerdos de refinanciación, con el fin de prevenir que las empresas tengan que recurrir al procedimiento concursal. El contenido de estos planes es más amplio que el previsto anteriormente para los acuerdos de refinanciación, e incluyen, por ejemplo, la modificación o extinción

de garantías legales. Dentro de estas medidas de carácter per-concursal, se incluye, como se verá a continuación en el siguiente apartado, la novedosa regulación del pre-pack.

Además, dentro del propio sistema concursal se han introducido cambios significativos, tales como la eliminación de la propuesta anticipada de convenio o el reconocimiento de los acuerdos de subordinación no perjudiciales durante la etapa de liquidación. Asimismo, se incorpora una nueva regulación para los créditos sobre la masa y para los concursos sin masa (haciendo desaparecer de esta forma el concurso exprés), y se introducen significativas novedades que afectan al Estatuto de la Administración Concursal.

Y por último, todo esto se completa con el procedimiento para la refinanciación de deuda avalada por el Instituto de Crédito Oficial.

3. LA FIGURA DEL PRE-PACK

3.1 Concepto y origen

El pre-pack concursal o venta de unidades productivas, es un mecanismo de reestructuración empresarial que se ha ido popularizado en el ámbito del derecho concursal en los últimos años. Es un mecanismo que consiste en la venta de una unidad productiva, por parte de una persona física o jurídica con dificultades financieras, en la fase previa al concurso, y es supervisada por un experto independiente nombrado por un juez, teniendo por objetivo maximizar el valor de los activos y evitar la destrucción del tejido empresarial y la pérdida de empleo.

En definitiva, el pre-pack es un mecanismo paraconcursal que busca una solución rápida y efectiva para las empresas en insolvencia, y que permite satisfacer a los acreedores, a la vez que mantiene la actividad económica empresarial, y todo ello sin tener que recurrir a un largo y costoso proceso, como es el concurso de acreedores, pues, como señalan los Jueces de lo Mercantil de Barcelona *“El respeto a unos plazos y formas procesales, (...) exigen unos mínimos tiempo que no son siempre compatibles con el mantenimiento de puestos de trabajo, y la actividad, estructuras y activos empresariales, cuyo valor*

se ve deteriorado rápida e irremediabilmente a partir de una declaración del concurso de acreedores”³

El objetivo de esta figura es impulsar la transmisión de las unidades productivas en las fases previas a la declaración del concurso, y de esta manera evitar el deterioro de valor de los activos debido al paso del tiempo y al estigma que representa el procedimiento concursal. Por otro lado, busca garantizar la seguridad jurídica, tanto a acreedores, como a todos los demás interesados, a través de la imposición de una serie de normas que permiten agilizar y asegurar el proceso de venta y que consisten básicamente en la designación de un experto independiente, que, en último término, estará bajo la supervisión del juez del concurso.

El origen de esta institución se remonta al mundo del derecho anglosajón, concretamente, a la Ley de Empresas Inglesa de 2002 (*Enterprise Act*), que introdujo por primera vez la figura del "insolvency practitioner", que, como experto independiente, era el encargado de supervisar la venta de la unidad productiva, con el objetivo de evitar el "fire sale", es decir, con el objetivo de evitar el deterioro del valor de los activos y de la empresa inherente a la tramitación concursal. Hoy en día el derecho inglés ha optado por el término "prepack administrator", y otros países, como Holanda o Francia, han introducido de forma similar por la vía jurisprudencial la figura del "silent trustee" o "mandataire ad hoc".

Holanda ha sido en gran parte el principal impulsor de esta figura en Europa, ya que, a pesar de no gozar de regulación propia, su desarrollo jurisprudencial ha sido avalado en varias ocasiones por TJUE, en su STJUE 22-6-17, asunto C-126/16, EDJ 104084, y más recientemente en la STJUE 28-4-22, asunto C-237/20, EDJ 54217, en relación con la interpretación de los artículos 3 a 5 de la Dir 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los

³ ICAB (Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona). Seminario de los Juzgados Mercantiles de Barcelona de 20 de enero de 2021. Directrices para el procedimiento de tramitación del pre-pack concursal. Barcelona, España. [Microsoft Word - DEFINITIVO - DIRECTRICES PARA EL PROCEDIMIENTO DE TRAMITACIÓN DEL PRE-PACK CONCURSAL - JJMM BARCELONA.rtf \(icab.es\)](#)

derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

En el Derecho Español, la primera referencia al pre-pack aparece en el año 2012, con el auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil 3 de Barcelona⁴, a través del cual, el magistrado Fernández Seijo designó a un experto independiente para la venta de la unidad productiva de la empresa CUBIGEL, al amparo del antiguo art.5 LC. Sin embargo, no fue hasta 2020, cuando los jueces de lo mercantil del territorio nacional empezaron a introducir esta figura a través de la vía jurisprudencial, concretamente, el Juzgado de lo Mercantil nº7 de Barcelona, que recurrió de nuevo al pre-pack, para el caso de una conocida academia de inglés.

Tras el éxito obtenido por la aplicación de este mecanismo, los Jueces de lo Mercantil de Barcelona decidieron aprobar en Junta de Jueces el “Protocolo pre-pack”, concretado en las “Directrices para el procedimiento de tramitación del pre-pack concursal” del 20 de enero de 2021. Posteriormente, estas medidas han sido acogidas por otros juzgados, como por ejemplo el Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de Málaga ⁵, y además han servido de inspiración para la elaboración de protocolos similares, como es el caso del “Protocolo Pre-Pack Concursal” de la Junta Sectorial de los Jueces de lo Mercantil de Baleares, o de la “Guía de Buenas Prácticas para la venta de unidades productivas” de los Juzgados de lo Mercantil de Madrid.

Actualmente, el pre-pack está regulado a nivel europeo por la Directiva 2019/1023 (UE), y ha sido introducido en el ordenamiento español por la Ley 16/2022, a través de una incompleta y deficiente redacción, que no ha dejado de suscitar críticas, ALCOVER GARAU, G. *“La regulación del pre-pack en la Ley Concursal tras la reforma de la L 16/2022 puede sin duda tildarse de insuficiente y deficitaria, pero al menos da cauce legal a la figura que venía demandado la realidad práctica y en ese contexto pueden tener, para concretar y pormenorizar los detalles funcionamiento práctico de la figura, los Protocolos pre-pack*

⁴ Juzgado de lo Mercantil nº10 de Barcelona, Auto de 29 de julio de 2020, Recurso 1/2020

⁵ Juzgado de lo Mercantil N.º. 2 de Málaga, Auto de 15 Feb. 2021, Proc. 206/2021

*existentes, con las debidas adaptaciones al nuevo texto legal.”*⁶ Y es que como bien señala este autor, la Ley 16/2022 en sus artículos 224 ter a septies se limita a nombrar y regular superflualmente algunos de los aspectos generales de la institución, sin pararse a recoger ninguna precisión respecto a su régimen o procedimiento de ejecución. Además, su ubicación en el Libro Primero “Del concurso de acreedores”, resulta de lo más contradictorio, puesto que, precisamente a través de este mecanismo lo que se pretende evitar es la declaración del concurso, por lo que habría resultado mucho más lógico que se ubicara en el Libro Segundo “Del derecho preconcursal”, que es donde se regulan los planes de reestructuración, y reservar el Libro primero para el mecanismo descrito en el artículo 224.bis, que como se verá más adelante, consiste en la solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas.

La propia Comisión Europea, consciente de las carencias de su propia Directiva, ha elaborado un borrador que contiene la propuesta de Directiva (UE) relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia, de 7 diciembre de 2022, en la cual se intenta regular de una forma un tanto más precisa el funcionamiento de los mecanismos preconcursales introducidos previamente por la Directiva UE 2019/1023.

3.2 Presupuestos objetivos

De la Directiva 2019/1023 se desprenden los siguientes requisitos objetivos necesarios para poder recurrir a la figura del pre-pack:

- i- El deudor se debe hallar en un estado de insolvencia probable, inminente o actual.
- ii- Debe solicitarse en fase pre-concursal.
- iii- La unidad productiva objeto de la venta debe ser viable.
- iv- El mero transcurso del tiempo tiene que generar un grave perjuicio en el valor de la unidad productiva.

⁶ ALCOVER GARAU, G.: La enajenación concursal de unidades productivas, ¿otra oportunidad perdida? LA LEY mercantil, Nº 96, noviembre de 2022, Editorial LA LEY.

En primer lugar, en el marco del Derecho Concursal, la insolvencia es un concepto fundamental que determina cuándo un deudor debe entrar en concurso. La Ley Concursal establece en su artículo 2.2 que la insolvencia se produce cuando el deudor no puede cumplir de manera regular con sus obligaciones exigibles. Es decir, que la situación de insolvencia se da cuando el deudor no es capaz de hacer frente a sus deudas. No obstante, es importante destacar que el desequilibrio patrimonial, las pérdidas constantes o la concurrencia en causas de disolución no implican necesariamente una situación de insolvencia (STS 122/2014, de 1 de abril). Por lo tanto, la insolvencia es un concepto más amplio que va más allá de estas circunstancias.

En segundo lugar, es fundamental que la empresa o persona física en situación de insolvencia no haya solicitado o haya sido declarada previamente en concurso de acreedores, pues en estas situaciones ya no estaremos en el supuesto del pre-pack, sino que se tratará de ventas de unidades productivas en el seno del concurso. Esto es lo que ocurre en el caso de la solicitud del concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas (Art.224 bis TRLC), el procedimiento recogido en este precepto no tiene la consideración de pre-pack, puesto que a la vez que se presenta la oferta de adquisición, se está solicitando el concurso, por lo que se ha perdido el carácter pre-concursal. Esta distinción que en la teoría parece sencilla, está dando serios problemas en la práctica, ya que el propio legislador llega a confundir ambas figuras a la hora de regularlas, como se verá más adelante.

En cuanto al tercer requisito, de la viabilidad de la unidad productiva del pre-pack, es esencial para asegurar el éxito de la transacción y garantizar la continuidad de la actividad empresarial. En este sentido, es fundamental que la unidad productiva pueda mantener su actividad sin necesidad de realizar cambios radicales en su estructura o funcionamiento, ya que esto podría afectar negativamente a la rentabilidad del negocio y a su capacidad para generar beneficios. Por tanto, la unidad productiva debe contar con una base sólida de ingresos que le permita cubrir los costes de producción y a la vez generar cierto margen de beneficio para el comprador. Además, es importante que la unidad productiva tenga un mercado estable y suficiente para sus productos o servicios, y que su actividad no dependa exclusivamente de un cliente o proveedor en

particular, lo que podría suponer un riesgo para la viabilidad a largo plazo de la empresa.

En definitiva, la viabilidad de la unidad productiva va a ser crucial en el proceso del pre-pack, ya que asegura que el comprador adquiere un negocio rentable y en funcionamiento, y que los acreedores y otros stakeholders de la empresa tienen la garantía de que se están tomando medidas para preservar el valor de la empresa y maximizar sus posibilidades de recuperar sus créditos.

Por último, el cuarto requisito se refiere a la necesidad de que la venta de la unidad productiva se realice de manera rápida y eficiente, sin una espera prolongada que pueda causar una disminución significativa en su valor. En otros términos, esto significa que la situación financiera de la empresa no puede mejorar significativamente en el futuro cercano y que la venta de la unidad productiva es esencial para evitar una mayor pérdida de valor y maximizar la recuperación de los créditos de los acreedores. Este requisito se basa en la idea de que la demora en la venta puede empeorar la situación de la empresa y hacer más difícil su recuperación, lo que afectaría negativamente a los acreedores.

En el caso de que se cumplan todos los requisitos mencionados, el deudor podrá solicitar en virtud del Art. 224 ter LC ⁷, el nombramiento de un experto independiente para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva, y el juez competente, en este caso, el de lo mercantil, deberá designar a un experto independiente, que se encargará; por un lado, de asistir y supervisar al deudor en las operaciones preparación de la venta (con el fin de verificar el cumplimiento de los requisitos de información, publicidad y transparencia), y por otro, de valorar la empresa, y buscar potenciales compradores. Como pone de relieve el magistrado SANJUÁN Y MUÑOZ: *“La idea es que la función del experto no sea simplemente la de una intermediación sino la de una actuación proactiva para*

⁷ Art. 224 ter LC: *“En caso de probabilidad de insolvencia, de insolvencia inminente o de insolvencia actual, el deudor, sea persona natural o jurídica, cualquiera que sea la actividad a la que se dedique, podrá solicitar del juzgado competente para la declaración de concurso el nombramiento de un experto que recabe ofertas de terceros para la adquisición, con pago al contado, de una o de varias unidades productivas de que sea titular el solicitante, aunque hubieran cesado en la actividad”.*

conocer la empresa, poder encontrar ofertas de adquisición y con ello solventar el problema económico de la misma tras la solicitud de concurso”⁸

3.3 Presupuestos subjetivos.

En cuanto a los presupuestos subjetivos, en la figura del pre-pack existen cuatro sujetos principales: el deudor, los acreedores, el juez y el experto independiente.

3.3.1 Deudor

La figura del deudor se encuentra regulada de forma general en el Art.1 LC⁹, en el caso concreto del pre-pack en el art.224 ter, y se puede definir como la persona física o jurídica en probabilidad de insolvencia, o de insolvencia actual o inminente.

En el contexto del pre-pack, el deudor es la empresa o persona física en situación de insolvencia que busca una solución eficiente y rápida para vender su unidad productiva, y así maximizar el valor para sus acreedores, a la vez que mantiene el tejido empresarial.

A diferencia de la situación de un concurso de acreedores tradicional, en el pre-pack, el deudor tiene un mayor control sobre el proceso de venta de la unidad productiva, ya que tiene la posibilidad de elegir al comprador y de negociar con él antes de la declaración formal de insolvencia.

Por tanto, el deudor es una figura clave en este proceso, pues, es el responsable de iniciarlo, y de asegurar que se lleve a cabo de forma diligente y transparente. Para ello, es importante que actúe con responsabilidad y colaboración con el experto independiente, asegurando la protección de los intereses de sus acreedores y de la unidad productiva.

⁸ SANJUÁN Y MUÑOZ, E.: "Nuevas Instituciones Out of Court del Derecho de insolvencia en España: La figura del experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva". LA LEY mediación y arbitraje, Nº 14, Sección Novedades de ADR, Primer trimestre de 2023.

⁹ Art.1 LC. Presupuesto subjetivo: "1. La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica"

3.3.2 Acreedores

Los acreedores son todas aquellas personas físicas o jurídicas que tienen un derecho de crédito sobre la empresa, ya sea por la entrega de bienes o servicios o por préstamos concedidos. En el proceso del pre-pack, los acreedores tienen un papel fundamental, ya que son quienes tienen un mayor interés en recuperar sus créditos y evitar la liquidación de la empresa.

Tienen derecho a recibir información clara y detallada sobre el proceso, y en especial sobre la oferta presentada. Será obligación del experto independiente dar audiencia a los principales interesados, tal y como ya se reflejaba en los protocolos pre-pack de Barcelona y Baleares: *“En la fase precontractual serán funciones del experto independiente: [...] 3º: Informar a los acreedores del proceso, participando, en su caso, en las negociaciones, especialmente, con los acreedores privilegiados y públicos, así como con los representantes de los trabajadores”* ¹⁰

3.3.3 Juez

El juez es el encargado de nombrar al experto independiente para recabar ofertas de la adquisición de la unidad productiva antes de la declaración del concurso de acreedores (Art.224 ter TRLC). El juez competente es el mismo que en cualquier otro procedimiento concursal, es decir, el Juez de lo Mercantil correspondiente al domicilio del deudor o al lugar donde se encuentren la mayor parte de sus bienes (Art. 52 TRLC y Art. 86 ter LOPJ).

Además de nombrar al experto independiente, deberá fijar el plazo de duración de sus actuaciones, así como su correspondiente retribución, en función del valor de las unidades productivas (Art.224 quarter TRLC). Finalmente, si el proceso terminara con la declaración del concurso, *“Será competente para la declaración de concurso el juez que hubiera nombrado al experto”*, y en la declaración del concurso, *“el juez podrá revocar o ratificar el nombramiento del experto. Si lo*

¹⁰ [Microsoft Word - DEFINITIVO - DIRECTRICES PARA EL PROCEDIMIENTO DE TRAMITACIÓN DEL PRE-PACK CONCURSAL - JJMM BARCELONA.rtf \(icab.es\)](#)

ratificara tendrá este la condición de administrador concursal” (Art.224 sexies TRLC).

En cuanto al resto de obligaciones, el juez se encargará de:

- Verificar que se cumplen todos los requisitos establecidos por la Ley Concursal para la aplicación del pre-pack, incluyendo la viabilidad de la unidad productiva y la inminencia de la insolvencia.
- Designar al administrador concursal que supervisará la transacción y el cumplimiento de todas las obligaciones previstas.
- Aprobar el plan de transmisión de la unidad productiva, que debe incluir el precio de venta y la identidad del comprador.
- Supervisar la ejecución del plan de transmisión, verificando que se cumplen todas las obligaciones previstas, incluyendo el pago de los créditos de los acreedores.
- Resolver cualquier incidencia o controversia que pudiera surgir durante el proceso del pre-pack, incluyendo el rechazo del plan de transmisión por parte de los acreedores o la impugnación de la viabilidad de la unidad productiva.

En definitiva, el juez debe velar por que se respeten los principios de transparencia, equidad y libre concurrencia en el proceso de venta, asegurando que la unidad productiva sea enajenada a un precio justo y que se cumplan las garantías de información y participación de los acreedores.

3.3.4 Experto para recabar ofertas de adquisición

La figura del “experto para recabar ofertas de adquisición” es una de las novedades introducida por la Ley 16/2022, y se encuentra regulada en los artículos 224 ter a 224 septies TRLC, aunque como destaca CABALLERO LEÓN “La regulación del experto encargado de recabar ofertas de adquisición en la nueva ley concursal presenta graves deficiencias, lo cual limita su eficacia y

compromete la transparencia y el adecuado desarrollo del proceso de adquisición de empresas en situación de dificultades financieras."¹¹

El experto puede ser una persona física o jurídica, y deberá reunir las condiciones para ser nombrado experto en reestructuraciones o administrador concursal (Art.224 quarter TRLC). En este aspecto la ley equipara la figura del experto independiente o “*pre-packer*” con la del administrador concursal, por lo que todo lo relativo a su nombramiento, régimen de incompatibilidades y responsabilidades se ha de fijar en base al Libro II TRLC.

La función principal atribuida a este sujeto es la de recabar ofertas, es decir, debe recolectar ofertas o propuestas de terceros para la adquisición de una o varias unidades productivas, que se paguen al contado y permitan la continuidad de la empresa, al menos durante los siguientes 2 años (Art. 224 septies). Para ello deberá:

- Representar a la unidad productiva: El experto en recabar ofertas es el representante legal de la unidad productiva, es decir, de la parte de la empresa que se va a vender. Esto implica que debe actuar en defensa de los intereses de la unidad productiva y de sus trabajadores, y garantizar que el proceso de venta se lleva a cabo de manera justa y transparente.
- Analizar y evaluar las ofertas: El experto debe analizar y evaluar todas las ofertas recibidas, por lo que debe tener un conocimiento profundo del mercado que le permita ser capaz de realizar un análisis detallado de las condiciones de las ofertas, asegurándose de que se incluyan las garantías necesarias para proteger a los acreedores y la continuidad de la unidad productiva. Además, debe ser capaz de presentar sus conclusiones al juzgado de una manera clara y concisa, explicando cómo se llegó a la decisión final de vender la unidad productiva a un comprador en particular.
- Asesorar al juzgado y a las partes interesadas: Debe asesorar al juzgado y a las partes interesadas en cualquier cuestión relacionada con la venta

¹¹CABALLERO LEÓN, V.: “Claves de la reforma concursal Ley 16/2022”. Informe Cuatrecasas, septiembre 2022 [Claves de la reforma concursal Ley 16/2022 \(cuatrecasas.com\)](https://www.cuatrecasas.com)

de la unidad productiva, lo que incluye responder preguntas, proporcionar información relevante y explicar cualquier aspecto técnico o complejo de las ofertas recibidas. Además, debe mantener una comunicación clara y efectiva con todas las partes involucradas en el proceso de venta, para garantizar la transparencia y el correcto desarrollo del procedimiento, por lo que es importante que actúe con neutralidad e imparcialidad en todo momento, asegurando que se tomen las decisiones más adecuadas para todas las partes interesadas.

- Presentar informe de rendición de cuentas: Una vez concluida la búsqueda debe presentar un informe final detallado que incluya todas las ofertas recibidas, el análisis realizado y la recomendación final. Este informe debe estar respaldado por la investigación y el análisis realizado por el experto, y presentarse al juzgado y a las partes interesadas en el proceso.

Para el correcto desarrollo de sus funciones, el experto deberá actuar siempre desde los principios de imparcialidad, confidencialidad y transparencia, asegurándose de que en ningún momento medien intereses personales o ajenos al objeto de su labor.

Por último, la aceptación de este cargo será totalmente voluntaria, y además estará retribuida en la cantidad que fije el juez en función del valor de la unidad productiva objeto de la transacción, que se podrá hacer depender, en todo o parte, del resultado final (Art.224 ter). En la práctica esto puede generar serios problemas, ya que la ley no establece unos criterios objetivos sobre los que fijar esa retribución.

3.4 Fases

Las fases del procedimiento no son claras, pues, ni la propia Directiva (UE) 2019/1023, ni la normativa española parece establecer un marco sólido y definido, llegando en ocasiones a confundir dos figuras distintas (art.224 bis y 224 ter), y reconduciendo el auténtico proceso del pre-pack, al proceso de venta

de unidad productiva en el seno del concurso de acreedores, desvirtuado de esta forma la figura del pre-pack, y contradiciendo su razón y fundamento, que no es otro que evitar la apertura de un procedimiento concursal.

En este aspecto es importante destacar la publicación de la Propuesta de Directiva (UE) relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia, de 7 diciembre de 2022, en la que en su artículo 19 se exigen dos fases consecutivas en los procedimientos del pre-pack de la siguiente manera: Artículo 19 Procedimientos de *pre-pack*:

“1. Los Estados miembros velarán por que los procedimientos de pre-pack se compongan de las dos fases consecutivas siguientes:

- a) la fase de preparación, que tiene por objeto encontrar un comprador adecuado para la empresa del deudor o parte de la misma;*
- b) la fase de liquidación, que tiene por objeto aprobar y ejecutar la venta de la empresa del deudor o parte de la misma y distribuir los ingresos entre los acreedores.”*

A pesar de la elaboración de dicha propuesta de directiva, para el estudio y análisis de las diferentes fases del proceso va a ser necesario recurrir en todo caso a las directrices desarrolladas por los juzgados de lo mercantil, ya que tanto el contenido de la Ley, como el de la Directiva y su propuesta para la armonización de determinados aspectos, poca luz pueden arrojar en este aspecto.

3.4.1 Solicitud del deudor

La primera fase, de solicitud del deudor, se regula en el art.224 ter TRLC. Este precepto es sumamente superfluo e incompleto y se limita a indicar que el deudor, una vez tiene constancia de la situación financiera y decide recurrir a la venta de una unidad productiva a través del procedimiento del pre-pack, debe solicitar el nombramiento de un experto al juzgado competente para la declaración del concurso.

Ni la propia ley, ni ninguna norma de rango inferior ha desarrollado más este mecanismo, es por ello que los Juzgados de lo Mercantil de Madrid, de cara a establecer unos criterios y unas directrices únicas, siguiendo el ejemplo de los juzgados de Barcelona y Baleares, han creado una “Guía de buenas prácticas

para el nombramiento del experto en fase preconcursal”, en la cual han desarrollado de forma más extensa, los requisitos de dicha solicitud.

Al tratarse el pre-pack de un mecanismo preconcursal, y partiendo de la base del art.586 TRLC, que regula el contenido de la comunicación para iniciar un plan de reestructuración, los jueces de lo mercantil de la Comunidad de Madrid han establecido los siguientes requisitos, tomando como base el art.586 LC, pues como destacan: *“A nuestro entender, en la medida en que el art. 586 TRLC obliga al deudor que presenta una comunicación para iniciar negociaciones con sus acreedores para alcanzar un plan de reestructuración de su activo y pasivo, a motivar su petición, entendemos que esa motivación es perfectamente extrapolable al deudor que quiere iniciar un proceso de venta de la unidad productiva en una fase previa al concurso mediante el nombramiento de un experto independiente, al tratarse de otro mecanismo de reestructuración de la deuda, en los términos previstos en la Directiva Comunitaria 2019/1023, del Parlamento Europeo, y del Consejo, de 20 de junio de 2019.”*¹². Los requisitos serían los siguientes:

- Identificación del deudor (nombre, CIF, domicilio social, etc.)
- Estado de insolvencia: probable, inminente o actual.
- Motivación y razones que lo justifiquen.
- Identificación y valoración de la unidad o unidades productivas a transmitir.
- Solicitud de nombramiento de un experto independiente.
- Propuesta de duración de las operaciones de venta.

3.4.2 Nombramiento del experto

El nombramiento del experto se regula en el artículo 224 quáter TRLC de la siguiente manera:

¹² GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS PARA EL NOMBRAMIENTO DEL EXPERTO EN FASE PRECONCURSAL. Jueces de lo Mercantil. ICAM. Madrid. 2023.

“1. El nombramiento del experto podrá recaer en persona natural o jurídica que reúna las condiciones para ser nombrado experto en reestructuraciones o administrador concursal. La aceptación del nombramiento es voluntaria.

2. En la resolución el juez establecerá la duración del encargo y fijará al experto la retribución que considere procedente atendiendo el valor de la unidad o unidades productivas. El derecho a percibir la retribución podrá estar total o parcialmente en función del resultado.

La resolución por la que se acuerde el nombramiento del experto se mantendrá reservada.”

Una vez recibida la solicitud, juez competente deberá verificar si la solicitud cumple con todos los requisitos, con la mayor brevedad posible, el mismo día del reparto o en el día hábil siguiente. En el caso de que la solicitud presente un defecto subsanable, al deudor se le concederá un plazo de tres días improrrogable para subsanarlo.

Una vez verificados, la petición se admitirá a trámite mediante auto y se procederá al nombramiento del experto independiente, que como se desprende del apartado primero del art. 224 quáter, podrá ostentar el cargo tanto una persona física, como una jurídica, que actuará a través de un representante (Art.63 TRLC) y en todo caso la aceptación del cargo será de carácter voluntario, es decir, el experto designado podrá rechazar o incluso renunciar a tal cargo en cualquier momento.

En lo que respecta a las siguientes fases, nada se dice en Ley Concursal o en la propia Directiva 2019/1023, como observa TEJERO ALDOMAR: *“Se deja huérfano este procedimiento sin regular las fases posteriores al nombramiento del experto”*¹³, lo que ha supuesto que nuevamente sean los juzgados de lo mercantil los que rellenen este vacío legislativo a través de la publicación de directrices, en este sentido destaca el reciente acuerdo 2/2022 de los Jueces Mercantiles de Sevilla y el de los Jueces de lo Mercantil de Barcelona.

¹³ TEJERO ALDOMAR, J.F.:” Reestructuración e insolvencia”. Tirant lo Blanch. Valencia.2023 pp 717.

3.4.3 Presentación informe de rendición de cuentas

Una vez que el experto independiente o experto en reestructuraciones ha finalizado todo el proceso de preparación de las operaciones de venta y búsqueda de oferentes, deberá emitir un informe que contenga la propuesta de implementación de una o varias ofertas de compra vinculantes de unidades productivas y que refleje de manera rigurosa todas las actuaciones llevadas a cabo, indicando los métodos de valoración del activo y toda la información que considere relevante.

El informe final se pondrá en conocimiento de todos los interesados en el proceso, es decir, se expedirá una copia al deudor, al juzgado competente, a los trabajadores, a través de su representación, y a los acreedores más relevantes, entre los que se encuentran, los acreedores privilegiados y los públicos.

3.4.4 Fase judicial: Autorización e implementación

La falta de regulación por parte del legislador hace que de nuevo sea necesario recurrir a las directrices de los Juzgados de lo Mercantil. En concreto el protocolo de los Jueces de lo Mercantil de Sevilla, en línea con los de Madrid y Barcelona establece lo siguiente:

“I) Si la labor del experto hubiera tenido resultados, el deudor deberá solicitar el concurso junto a la oferta de venta que le parezca preferible.

No serán admisibles varias ofertas junto a la solicitud de concurso. Si la oferta no se presentara junto a la solicitud de concurso, recibirá la tramitación prevenida en los art.215 a 224 TRLConc.

II) Cuando junto a la solicitud de concurso se presente la oferta obtenida en base a los art. 224 ter-224 septies, el juez comprobará que en la búsqueda de ofertas por el experto se han dado los requisitos de publicidad, contradicción y posibilidad de mejora sucesiva. Si el juez entiende que en la recolección de

ofertas no se han dado dichos requisitos se dará a la oferta la tramitación prevista en el art. 224 bis. Si la valoración judicial es positiva, se dará a la solicitud el trámite prevenido en el art. 518 TRLConc, sin que se admitan ofertas nuevas. Finalmente, el juez autorizará la oferta presentada, si fuera de interés para el concurso. En otro caso, denegará la autorización.”¹⁴

Una vez que el experto independiente ha realizado su trabajo y ha presentado el correspondiente informe con las propuestas de venta, el deudor deberá solicitar el concurso junto con el informe, y las propuestas definitivas de compra de unidades productivas. El juez comprobará que se ha procedido conforme a derecho, cumpliéndose todos los requisitos exigidos (publicidad, transparencia y contradicción) y finalmente si considera que la oferta es de interés para el concurso, autorizará las operaciones de venta dictando auto.

En esta última fase, los jueces delo mercantil, tanto de Madrid, Barcelona y Sevilla se limitan a hacer una remisión al procedimiento de solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas, regulado en el artículo 224 bis TRLC.

3.5 Efectos de la transmisión de la unidad productiva (724)

Los efectos de la transmisión de unidades productivas se regulan en los artículos 221 a 225 del TRLC, y son los siguientes:

3.5.1 Sucesión de empresa

La sucesión de empresas es uno de los efectos que puede tener la transmisión de una unidad productiva, y se refiere a la continuación de la actividad empresarial por parte del adquirente con los mismos medios organizativos y productivos que utilizaba el transmitente. Es decir, se mantiene la identidad de la organización y la continuidad del negocio, lo que implica que los trabajadores adscritos a la unidad transmitida conserven sus derechos laborales y sociales en

¹⁴ Acuerdo nº 2/2022 del Tribunal de Instancia Mercantil de Sevilla. Articulación procesal del Prepack (art. 224 ter a 224 septies) y la solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas. [laleydigital - Documento \(laleynext.es\)](https://laleydigital.com/documento/laleynext.es)

los términos establecidos por la ley y los convenios colectivos. En definitiva, la sucesión de empresas tiene como objetivo proteger los derechos de los trabajadores en caso de cambios de titularidad empresarial.

En el marco del pre-pack, resulta de aplicación lo dispuesto en el Art.221 TRLC¹⁵:

Sucesión de empresa

“1. En caso de enajenación de una unidad productiva, se considerará, a los efectos laborales y de seguridad social, que existe sucesión de empresa.

2. El juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa, así como para delimitar los activos, pasivos y relaciones laborales que la componen.

3. En estos casos el juez podrá recabar informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social relativo a las relaciones laborales afectas a la enajenación de la unidad productiva y las posibles deudas de seguridad social relativas a estos trabajadores.

El informe deberá emitirse por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el plazo improrrogable de diez días.”

En primer lugar, la competencia para apreciar y realizar todas las operaciones necesarias en relación con la sucesión de empresa, será en todo caso del juez del concurso (Art. 86 ter 2.1º LOPJ) , se trata de una competencia exclusiva y excluyente a efectos mercantiles, laborales y de Seguridad Social¹⁶.

En cuanto a la “delimitación del perímetro”, es decir, la cuantificación del activo y del pasivo, así como de las relaciones laborales en el marco de la sucesión de empresa, especialmente, el ámbito laboral, suscita serias dudas, ya que en el caso de los créditos laborales y de la Seguridad Social, la doctrina que tradicionalmente ha venido adoptando la Sala Cuarta del TS, es con carácter general, el rechazo y la negación a la exoneración de este tipo de deudas, tomando como base legal el art. 44 ET.

¹⁵ Artículo reformado por el art. único 50 de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, que modifica el apartado 2 y añade el 3.

¹⁶ La jurisdicción social ha reivindicado en numerosas ocasiones el exceso de competencia atribuida a los juzgados de lo mercantil y la restricción de sus competencias. Auto del Juzgado de lo Social nº5 Barcelona de 29 de enero de 2021 y Auto 1/2016 de la Sala Especial de Conflictos de Competencia, de 29 de marzo de 2016. Sin embargo, la nueva redacción del TRLC ha zanjado definitivamente el debate.

Sin embargo, la reciente sentencia del TJUE de 28 de abril de 2022¹⁷, va a suponer un cambio sustancial en la materia, ya que en base al Art.5 de la Directiva (UE) 2001/23, avala la posibilidad de aplicar la exoneración de los créditos en materia laboral, siempre y cuando se ajuste a las requisitos fijados por el propio tribunal: i) transmisión en el marco de un procedimiento de quiebra o de insolvencia análogo, ii) busque la liquidación de los bienes del cedente con el doble fin de satisfacer al máximo a los acreedores y conservar en la medida de lo posible los puestos de trabajo, iii) regido por la supervisión de un síndico y un juez y bajo el paraguas normativo oportuno (en este caso, la exoneración de créditos recogida en el Art.5.1 Directiva 2001/23)¹⁸.

El TJUE entiende que el pre-pack se constituye como un procedimiento de insolvencia, que tiene por objeto la prosecución de la actividad y la salvaguarda de la empresa, que se desarrolla bajo la supervisión de una autoridad pública competente, en la medida en que el nombramiento del experto independiente y la posterior transmisión se declaran en sede judicial, bajo la supervisión y designación del juez de lo mercantil. Por tanto, en los casos que resulte de aplicación el mecanismo de pre-pack, el juez del concurso va a tener la competencia exclusiva para determinar la existencia de sucesión de empresa y delimitar su alcance, pudiendo aplicar la exoneración de los créditos laborales en los casos que proceda, conforme a la legislación española y la reciente doctrina establecida en la STJUE 28-4-22, pues hay que tener en cuenta que como pone de relieve PÉREZ-BUSTOS *“El pasivo laboral puede llegar a ser un auténtico freno para la venta de unidad productiva y parece evidente que si se salva la unidad económica, con ella se salvarán empleos, incluso la totalidad de los mismos, mientras que si se deja liquidar, nadie, tampoco los trabajadores, gana”*.¹⁹

¹⁷ Sentencia TJUE 28-4-22, asunto C-237/20 Federatie Nederlandse Vakbeweging

¹⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. COMUNICADO DE PRENSA n.º 69/22 Luxemburgo, 28 de abril de 2022.

¹⁹ PÉREZ-BUSTOS MANZANEQUE A.: Reestructuraciones e Insolvencia. Tirant lo Blanch; Valencia. 2023. p. 693.

3.5.2 Subrogación del adquirente en contratos, autorizaciones y licencias

Una de las principales consecuencias que puede tener la transmisión de la unidad productiva es la subrogación del adquirente en los contratos, autorizaciones y licencias de la unidad transmitida. Esta subrogación se regula en el artículo 222 TRLC, y es automática, lo que significa que el adquirente, sin necesidad del consentimiento de la otra parte, asumirá las mismas obligaciones y derechos que tenía el transmitente en relación con estos aspectos, lo que implica que deberá respetar los mismos términos y condiciones que se establecieron en los contratos y autorizaciones previas.

En el caso de los contratos administrativos, el apartado segundo del art.222 establece que: *“la cesión de contratos administrativos se producirá de conformidad con lo establecido en la legislación sobre contratos del sector público”*.

En muchos casos, estas autorizaciones y licencias son necesarias para la realización de la actividad empresarial, por lo que es importante que el adquirente las mantenga vigentes y en cumplimiento de las mismas condiciones que establecían antes de la transmisión, para que de esta forma se pueda garantizar el fin último del pre-pack, la continuidad de la actividad empresarial.

En cualquier caso, tal y como se refleja en el artículo 223 TRLC, el adquirente podrá no subrogarse respecto licencias, autorizaciones o contratos no laborales, siempre que así lo manifieste expresamente.

3.5.3 Efectos sobre los créditos pendientes de pago

El artículo 224 TRLC establece los efectos de la transmisión de una unidad productiva en relación a los créditos pendientes de pago. En términos generales, se establece que la transmisión de la unidad productiva no implicará la obligación de pago de los créditos que no hayan sido satisfechos por el concursado antes de la transmisión, a menos que se den ciertas excepciones.

La primera excepción se refiere a la situación en la que el adquirente de la unidad productiva haya asumido expresamente la obligación de pagar dichos créditos.

En este caso, el adquirente será responsable de hacer frente a los créditos pendientes de pago.

La segunda excepción se da cuando exista una disposición legal que establezca la obligación de pago de los créditos pendientes de pago. En este caso, la transmisión de la unidad productiva implicará la asunción de dicha obligación por parte del adquirente.

La tercera excepción se refiere a la transferencia de una empresa en relación a los créditos laborales y de seguridad social de los trabajadores asociados a la unidad productiva. En tales casos, el comprador asumirá los contratos laborales de los empleados y, por ende, la responsabilidad de pagar los mencionados créditos. No obstante, el juez a cargo del procedimiento concursal puede decidir que el comprador no se haga responsable de la parte de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago previas a la adquisición, que serán asumidas por el Fondo de Garantía Salarial.

Por último, cabe destacar que estas excepciones no serán de aplicación cuando los adquirentes de las unidades productivas sean personas especialmente relacionadas con el concursado. En este caso, el adquirente será responsable de hacer frente a los créditos pendientes de pago sin excepciones.

3.5.4 Cancelación de cargas

Por último, el artículo 225 TRLC establece los procedimientos de cancelación de cargas en el marco de la transmisión de una unidad productiva en el contexto del concurso de acreedores. En este sentido, se establece que el decreto del Letrado de la Administración de Justicia o el auto del juez que autorice la transmisión de los bienes o derechos, ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, debe acordar la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso que se hayan constituido a favor de créditos concursales. Sin embargo, se establece una excepción a esta regla general cuando se ha transmitido una propiedad con un gravamen especial que ha sido acordado su mantenimiento.

En cualquier caso, los costos asociados con la cancelación de estas cargas serán asumidos por el adquirente de la unidad productiva. Este artículo se presenta como una medida de protección para los compradores que adquieren una unidad productiva en el contexto de un concurso de acreedores, garantizando que los bienes o derechos adquiridos estén libres de cargas y gravámenes anteriores al concurso, lo que les brinda una mayor seguridad jurídica y les permite desarrollar su actividad económica sin interferencias indebidas.

4. VENTA URGENTE DE UNIDAD PRODUCTIVA EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL VS PRE-PACK.

La entrada en vigor de la Ley 16/2022 ha supuesto la creación y regulación de dos figuras diferentes, aunque en la práctica dicha diferenciación no ha dejado de suscitar dudas, pues la escasa y en ocasiones contradictoria regulación, no consigue aclarar la naturaleza y características de ambas figuras.

Por un lado, el artículo 224 bis regula la solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas, mientras que, por otro lado, los artículos 224 ter a septies establecen el “nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva”, que no es otra cosa que la venta de unidades productivas como alternativa al concurso de acreedores, lo que en Europa se viene denominando “pre-pack”.

La principal diferencia radica en la fase que se produce y teóricamente en las consecuencias concursales, pues, en el primer caso, la venta de la unidad productiva va a suponer necesariamente la apertura del procedimiento concursal, mientras que, en el segundo caso (el pre-pack) se debería evitar precisamente eso.

La figura del 224.bis se refiere a supuestos en los que la oferta de compra de la unidad productiva ha sido fruto de la negociación del deudor, es decir, el empresario en situación de insolvencia, a través de sus propios medios, y sin la mediación de un tercero “experto en recabar ofertas” que haya garantizado la

transparencia y publicidad del proceso, ha conseguido una oferta firme de compra. Mientras que, en el procedimiento del pre-pack, es un tercero nombrado por el juez el que lleva a cabo todas las negociaciones y las operaciones de búsqueda de ofertas, ya que el legislador considera necesaria dicha supervisión y control judicial para garantizar la adecuada y legítima transparencia. Por tanto, otra de las diferencias fundamentales, será la intervención o ausencia del experto en recabar ofertas.

En cuanto a los presupuestos objetivos, el pre-pack requiere que el deudor se halle en un estado de insolvencia probable, inminente o actual (art.224 ter), mientras que, el art.224 bis restringe su ámbito a los supuestos de insolvencia actual o inminente, excluyendo los casos de probabilidad de insolvencia.

En lo que respecta a la oferta de adquisición, en ambos casos el adquirente debe obligarse a continuar o reiniciar la actividad de la unidad productiva objeto de la transacción, sin embargo, resulta de lo más curioso, que para los supuestos recogidos en el art.224 bis la obligación tiene una duración de tres años, mientras que en el caso del pre-pack, esta se reduce a dos años (art. 224 septies)²⁰, como se pone de relieve en el Memento de Lefevre: *“Esta novedad del texto definitivo de la Ley ha suscitado dudas sobre si se trata de un simple error o bien el legislador ha querido favorecer el mecanismo del Pre-pack, además de dando una regulación más ágil a la fase concursal, minorando el riesgo del adquirente mediante la asunción de una obligación de menor duración temporal en lo referente a la continuidad de la actividad empresarial de la unidad productiva adquirida”*²¹.

Por último, en el caso de que el mecanismo del pre-pack fracase y sea necesaria la apertura del procedimiento concursal por estar el deudor en un estado de insolvencia actual, el propio deudor deberá solicitar la declaración del concurso

²⁰ Art.224 septies. Presentación de ofertas: *“2. En la oferta el oferente deberá asumir la obligación de continuar o de reiniciar la actividad con la unidad o unidades productivas a las que se refiera la oferta por un mínimo de dos años. El incumplimiento de este compromiso dará lugar a que cualquier afectado pueda reclamar al adquirente la indemnización de los daños y perjuicios causados”*.

²¹ LEFEBVRE, J.: Memento de Mercantil. Texto Refundido de la Ley Concursal comentado. Madrid: Lefebvre-El Derecho. (2023).

en los dos meses posteriores a la fecha al estado de insolvencia (art.224 quinquies), y en este caso, el juez competente para conocer el concurso será el mismo que nombró al experto en recabar ofertas, que en su caso deberá decidir sobre si revocar o ratificarlo. En el supuesto de que el juez ratifique la posición del experto independiente, este automáticamente adquirirá la condición de administrador concursal (art.224 sexies).

En lo que se refiere a la posterior tramitación, a pesar de que se trataría de un supuesto de solicitud de concurso con oferta vinculante, no se deberán seguir los trámites del 224.bis, pues en estos casos, la búsqueda y negociación de la oferta sí que se obtuvieron con las garantías y la transparencia exigida por la Ley, ya que medió la intervención de un experto independiente, por lo que , no será necesario recurrir a los trámites de supervisión judicial de la oferta del 224.bis, sino que bastará con la declaración del concurso en el marco del 224 sexies, que se traducirá en la posterior reconducción a la vía del artículo 518 TRLC.

5. CONCLUSIONES

Tras el análisis de la introducción y configuración de la figura del pre-pack en el sistema concursal español, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

PRIMERA

El pre-pack concursal ha surgido como una alternativa al tradicional concurso de acreedores en el ámbito del Derecho Mercantil. En el contexto empresarial actual, esta figura se ha convertido en una opción eficiente y ágil para reestructurar empresas en situación de insolvencia. A través de la venta anticipada de unidades productivas, dirigida por un experto independiente, se busca maximizar el valor de los activos y evitar la destrucción del tejido empresarial y la pérdida de empleo. Por tanto, el pre-pack concursal se ha establecido como una herramienta de reestructuración temprana que permite a las empresas hacer frente a sus dificultades financieras de manera más rápida y efectiva.

SEGUNDA

La Directiva (UE) 2019/1023, relativa a la reestructuración e insolvencia, ha sido implementada en el ordenamiento jurídico español a través de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre. Esta ley tiene como objetivo principal adaptar el marco legal español a las disposiciones y directrices establecidas en la Directiva europea.

La implementación de la directiva en España ha implicado la introducción de diversas modificaciones en la legislación concursal existentes, estas modificaciones se centran en aspectos clave relacionados con los procesos de reestructuración e insolvencia de las empresas, incluyendo la figura del pre-pack concursal.

Antes de la implementación de la Directiva (UE) 2019/102 en España, este mecanismo no estaba regulado de manera específica en el ordenamiento jurídico español, no existía una normativa que estableciera de forma clara los requisitos y procedimientos para llevar a cabo la venta anticipada de unidades productivas en el contexto de un proceso concursal. Sin embargo, es importante mencionar que, aunque no existía una regulación formal, en la práctica se habían establecido algunas directrices por parte de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona en relación al pre-pack concursal. Estas directrices se basaban en la experiencia y los criterios aplicados por los jueces en casos concretos, pero no tenían un alcance general y vinculante para todo el territorio español.

La falta de una regulación clara y uniforme del pre-pack concursal antes de la transposición de la directiva generaba incertidumbre y dificultades para su aplicación en el ámbito concursal en España. Por tanto, la implementación de la Directiva (UE) 2019/102 a través de la Ley 16/2022 ha supuesto un avance significativo al establecer un marco legal específico para esta figura y definir los criterios y procedimientos que deben seguirse en los casos de venta anticipada de unidades productivas dentro de un proceso concursal.

TERCERA

Si bien la implementación de esta figura ha representado un avance en términos de agilidad y eficiencia en los procesos de reestructuración empresariales, es

importante señalar que su regulación en el ordenamiento jurídico español aún presenta algunas deficiencias y desafíos.

No se puede pasar por alto la existencia de incongruencias y discrepancias entre los artículos 224 bis y 224 ter y ss. Mientras que el primero de ellos se centra en regular la venta de unidades productivas en el seno del procedimiento concursal, en estos casos el deudor solicita la declaración del concurso presentando una oferta de venta de UP, en el segundo supuesto, el pre-pack propiamente dicho, se regula exactamente lo contrario, pues dicho precepto establece la posibilidad de solicitar el nombramiento de un experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva, con el fin de evitar la declaración del concurso.

La diferencia parece clara, sin embargo, en la práctica el legislador no establece los requisitos y mecanismos aplicables a cada situación, lo que genera un escenario confuso y contradictorio, que lleva incluso a confundir ambas figuras. Esta falta de coherencia entre ambos artículos evidencia la necesidad de una revisión y armonización normativa para eliminar dichas incongruencias y establecer un marco legal más claro y consistente. Es fundamental que se aclaren los procedimientos y se establezcan criterios unificados para garantizar la seguridad jurídica y protección de los derechos de todas las partes involucradas.

CUARTA

La falta de una regulación clara y específica del pre-pack, ha llevado a una situación en la cual los jueces de lo mercantil se han visto en la necesidad de regular dicha figura mediante directrices y criterios jurisprudenciales. Ante la ausencia de disposiciones legales precisas, los propios jueces han tenido que desempeñar un papel activo en la definición y aplicación del pre-pack concursal en España.

El hecho de que los jueces se vean obligados a recurrir a protocolos mercantiles y establecer directrices para regular el pre-pack concursal evidencia la existencia de una ley insuficiente en este ámbito, lo que pone en peligro uno de los más altos valores del Estado de Derecho, que es la división de poderes, ya que los jueces en ningún caso deben adoptar el papel de legisladores. En palabras de

ALCOVER GARAU: *"En conclusión, ciertamente la regulación del denominado 'prepack' introducido por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, es manifiestamente mejorable, pero debe serlo por el legislador, no por los jueces de lo mercantil, que deben limitarse a aplicar el derecho dictando sentencias"*.

Este enfoque resalta la importancia de que el legislador asuma su responsabilidad y realice las modificaciones necesarias en la ley con el fin de regular adecuadamente el pre-pack concursal. De esta manera, se evitará una potencial interferencia de los jueces en la labor legislativa y se mantendrá la integridad del principio de división de poderes.

Por tanto, parece que la solución más sensata sería regular los dos posibles mecanismos que ofrece en este momento nuestro sistema concursal de forma clara y separada, regulando por un lado en el Libro I "Del concurso de acreedores", el procedimiento del artículo 224.bis, es decir, la solicitud del concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas, como fase previa a la declaración del concurso. Y por otra, dentro del Libro II "Del derecho preconcursal", incluir el pre-pack concursal (Art.224 ter-septies) como mecanismo alternativo a la declaración del concurso.

En resumen, es fundamental que se lleve a cabo una revisión exhaustiva de la legislación concursal en lo que respecta a la figura del pre-pack, y que se establezcan normas claras y precisas que brinden la seguridad jurídica necesaria a todas y cada una de las partes involucradas. Sólo de esta manera el pre-pack concursal podrá ser una herramienta eficaz para la reestructuración empresarial y la preservación de la actividad económica en España.

6. BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo nº 2/2022 del Tribunal de Instancia Mercantil de Sevilla. Articulación procesal del Prepack (art. 224 ter a 224 septies) y la solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas. [laleydigital - Documento \(laleynext.es\)](https://laleydigital.com/documento/laleynext.es)

ALCOVER GARAU, G.: “La «guía de buenas prácticas concursales para el nombramiento de experto en fase preconcursal ("prepack")”: una mala práctica. Diario LA LEY, Nº 10242, Sección Tribuna, 7 de marzo de 2023.

ALCOVER GARAU, G.: “La enajenación concursal de unidades productivas, ¿otra oportunidad perdida? LA LEY mercantil, Editorial LA LEY. Nº 96, noviembre de 2022.

BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO M Y ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J.: “El concurso de acreedores”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J.: Lecciones de Derecho Mercantil volumen II, 16ª ed, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2018, págs. 461 y ss.

BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: Manual de Derecho Mercantil, 24ª ed, Tecnos, Madrid, 2017, págs. 578 y ss.

CABALLERO LEÓN, V.: “Claves de la reforma concursal Ley 16/2022”. Informe Cuatrecasas, septiembre 2022 [Claves de la reforma concursal Ley 16/2022 \(cuatrecasas.com\)](https://www.cuatrecasas.com)

COHEN BENCHETRIT, A.: «La venta de la unidad productiva en el nuevo escenario concursal», en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, nº 33, Sección Ponencias, Segundo semestre de 2020, Wolters Kluwer, págs. 79-90.

CÓRDOBA ARDAO, B.: «Los retos futuros de las ventas de unidades productivas en sede concursal», en Diario La Ley, Nº 9617, 21 de abril de 2020, Wolters Kluwer

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS PARA EL NOMBRAMIENTO DEL EXPERTO EN FASE PRECONCURSAL. Jueces de lo Mercantil. ICAM. Madrid. 2023.

ICAB (Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona). Seminario de los Juzgados Mercantiles de Barcelona de 20 de enero de 2021. Directrices para el procedimiento de tramitación del pre-pack concursal. Barcelona, España. [Microsoft Word - DEFINITIVO - DIRECTRICES PARA EL PROCEDIMIENTO DE TRAMITACIÓN DEL PRE-PACK CONCURSAL - JJMM BARCELONA.rtf \(icab.es\)](#)

Juzgado de lo Mercantil nº10 de Barcelona, Auto de 29 de julio de 2020, Recurso 1/2020.

Juzgado de lo Mercantil N°. 2 de Málaga, Auto de 15 Feb. 2021, Proc. 206/2021. LEFEBVRE, J.: Memento de Mercantil. Texto Refundido de la Ley Concursal comentado. Madrid: Lefebvre-El Derecho.(2023).

Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

PÉREZ-BUSTOS MANZANEQUE, A.: Reestructuraciones e Insolvencia. Tirant lo Blanch; Valencia. 2023. p. 693.

Propuesta de Directiva (UE) relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia, de 7 diciembre de 2022.

Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

RIPOL CARULLA, I.: "Valoración de empresas en el marco de la transmisión de unidades productivas en el Texto Refundido de la Ley Concursal", en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, nº 34, Sección Cuestiones prácticas, Primer semestre de 2021, Wolters Kluwer, págs. 269-280.

RUBIO VICENTE, P.: "Nuevas reglas de enajenación de unidades productivas en el Proyecto de Ley de reforma del TRLC". J.Diario La Ley, WOLTERS KLUWER, N.º 10113, 19 de Julio de 2022.

SANJUÁN Y MUÑOZ, E.: "Nuevas Instituciones Out of Court del Derecho de insolvencia en España: La figura del experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva". LA LEY mediación y arbitraje, N° 14, Sección Novedades de ADR, Primer trimestre de 2023.

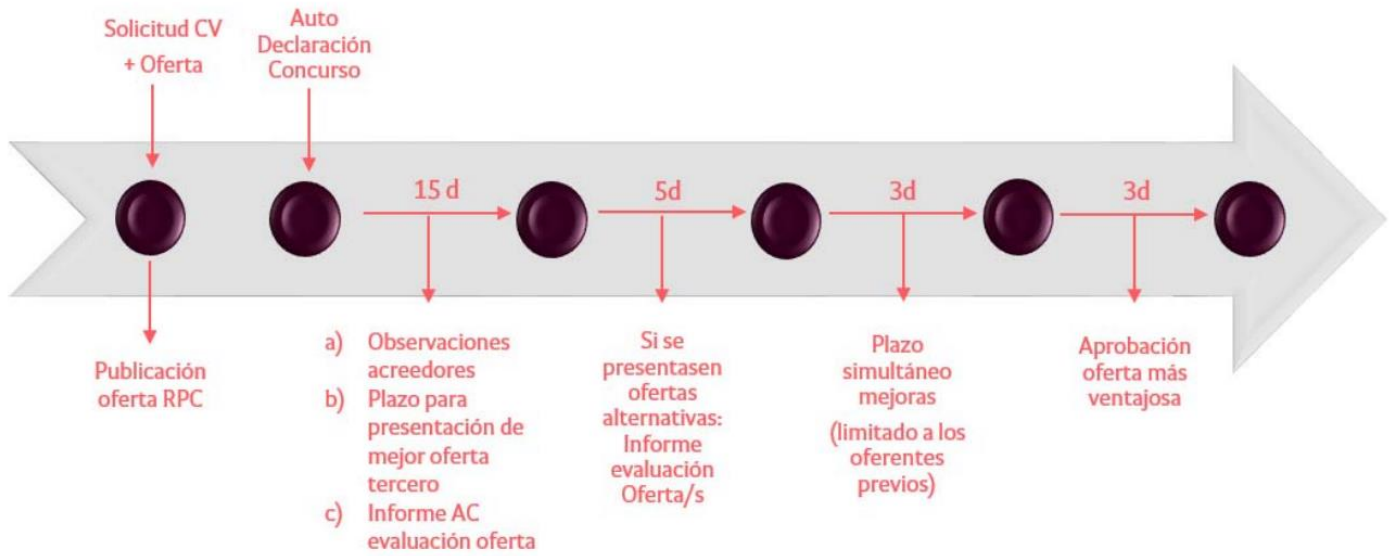
Sentencia TJUE 28-4-22, asunto C-237/20 Federatie Nederlandse Vakbeweging

TEJERO ALDOMAR, J.F.: "Reestructuración e insolvencia". Tirant lo Blanch. Valencia.2023 pp 717.

TJUE: COMUNICADO DE PRENSA n.º 69/22 Luxemburgo, 28 de abril de 2022.

VERDUGO GARCÍA, J.; FARIÑAS PEÑA, J.M., «Transmisiones de unidades productivas y cesiones de contratos: ¿deben comunicarse a las contrapartes cedidas?», en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, n° 34, Sección Cuestiones prácticas, Primer semestre de 2021, Wolters Kluwer, págs. 259-268

ANEXO 1. Esquema de las fases del pre-pack



Fuente: Cuatrecasas. "Claves de la reforma concursal". [Microsoft Word - Legal Flash Claves de la reforma concursal. Ley 16 2022 4129-4625-7467 8.docx \(cuatrecasas.com\)](#)

ANEXO 2. Tabla diferencias artículo 224 bis y 224 ter y ss.

Prepack (artículo 224 ter a septies TRLC)	Solicitud con VUP (art.224 bis TRLC)
El experto independiente puede tener la condición de experto en reestructuración o AC	Solo AC
Retribución: la que fije el juez en función del valor del activo. Es más, ésta se podrá condicionar, en todo o parte, al “resultado” lo que ratifica la validez del proceso	Arancel
1- Oferta con pago al contado	1- Nada se dice
2- Compromiso 2 años de actividad	2- Compromiso 3 años de actividad
3- Insolvencia actual/inminente/probabilidad de insolvencia	3- Insolvencia actual o inminente
4- ¿Portal de liquidaciones concursales RPC?	4- Publicidad a través del Portal de liquidaciones concursales del RCP
5- El adquirente no puede actuar por cuenta del deudor	5- Nada se dice
6- Adjudicación directa, con reserva	6- Licitación por pujas, varios informes AC.
7- ¿Es aplicable regla de preferencia del art.219?	7- Regla preferencia
8- ¿Aplicables arts.214 y ss TRLC?	8- Arts.214 y ss TRLC

Fuente: GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS PARA EL NOMBRAMIENTO DEL EXPERTO EN FASE PRECONCURSAL. Jueces de lo Mercantil. ICAM. Madrid. 2023.