



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

***El Prepack como mecanismo de
enajenación de la unidad productiva en
el concurso de acreedores***

Presentado por:

Fabian Loran Rodrigues De Lima Ferreira

Tutelado por:

Pedro José Rubio Vicente

Valladolid, 19 de junio de 2024

RESUMEN

Este trabajo aborda la enajenación de la unidad productiva en el marco del Derecho Concursal, destacando su definición, ventajas y procedimientos. Se detallan las fases en las que puede ocurrir la enajenación de la unidad productiva, destacando la fase preconcursal, donde se encuentra el protocolo Prepack. Además, se discuten las reglas especiales de enajenación de la unidad productiva. Se explora el concepto y la aplicación del Prepack concursal, así como sus particularidades con respecto a las otras formas de enajenación de la unidad productiva en el concurso de acreedores. Este trabajo aborda también la Propuesta de Directiva de la Unión Europea del 7 de diciembre de 2022, que busca armonizar la legislación de insolvencia en los estados miembros.

Palabras clave: Prepack, enajenación, unidad productiva, experto, concurso de acreedores.

ABSTRACT

This paper addresses the sale of the productive unit within the context of Insolvency Law, highlighting its definition, advantages, and procedures. The phases in which the productive unit's sale can occur are detailed, with emphasis on the pre-insolvency phase, where the Prepack protocol is located. Additionally, special rules for the sale of the productive unit are discussed. The concept and application of Prepack insolvency sale are explored, as well as its particularities regarding other forms of sales of the productive unit in the insolvency procedure. This paper also addresses the European Union's Proposal for a Directive of December 7, 2022, which seeks to harmonize insolvency legislation in Member States.

Key words: Prepack, sale, productive unit, expert, bankruptcy.

ABREVIATURAS

ADCo.	Anuario de Derecho Concursal
Apdo.	Apartado
Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cit.	Citado/a
Dcho.	Derecho
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
ET	Estatuto de los Trabajadores
I&R	Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones/Journal of Insolvency & Restructuring
INE	Instituto Nacional de Estadística
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia
LC	Ley Concursal
LGT	Ley General Tributaria
LRTRLC	Ley para la Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal
Núm./s	Número/s
Pág./s	Página/s
PYMES	Pequeñas y Medianas Empresas
RcP.	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
Rev. Der. Patr.	Revista de Derecho Patrimonial
TRLC	Texto refundido de la Ley Concursal
UE	Unión Europea
Vol.	Volumen

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	5
II. LA ENAJENACIÓN DE LA UNIDAD PRODUCTIVA.....	6
1. Concepto de unidad productiva y ventajas de la operación.....	6
2. Delimitación de la operación.....	8
3. La enajenación de la unidad productiva y las fases del concurso	9
III. REGLAS ESPECIALES DE ENAJENACIÓN DE LA UNIDAD PRODUCTIVA.....	12
1. Modo originario de enajenación y ofertas de adquisición.....	12
2. Regla de la preferencia	14
3. Efectos sobre contratos.....	16
4. Competencia judicial	16
5. Efecto sobre los créditos pendientes de pago	18
IV. RELACIÓN ENTRE EL PREPACK Y EL ART. 224 BIS.....	20
V. EL PREPACK CONCURSAL	22
1. Concepto y origen.....	22
2. El Prepack en otros ordenamientos jurídicos	23
3. Antecedentes en España.....	27
3.1. <i>Acuerdo de los juzgados de lo mercantil de Barcelona de 20 de enero de 2021</i>	27
3.2. <i>Guía de buenas prácticas procesales de los juzgados mercantiles de Madrid de 22 de enero de 2021</i>	30
3.3. <i>Protocolo de Prepack concursal de los juzgados mercantiles de Palma de Mallorca, de 6 de mayo de 2021</i>	31
4. Régimen jurídico vigente del Prepack.....	34
4.1. <i>Los presupuestos subjetivos y objetivos</i>	35
4.2. <i>Nombramiento y estatuto jurídico del experto</i>	35
4.3. <i>Contenido de las ofertas recabadas</i>	38
VI. PARTICULARIDADES DEL PREPACK EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LAS MICROEMPRESAS	39
1. Procedimiento de liquidación	41
VII. PROPUESTA DE DIRECTIVA UE, DE 7 DICIEMBRE DE 2022	44
1. Objetivos.....	44
2. Especificidades de la propuesta de directiva sobre el Prepack.....	45
VIII. CONCLUSIONES.....	52
IX. BIBLIOGRAFÍA.....	60
X. LEGISLACIÓN	63
XI. JURISPRUDENCIA	64
XII. OTROS DOCUMENTOS	64

I. INTRODUCCIÓN

La enajenación de la unidad productiva en el contexto del Derecho Concursal constituye un área jurídica de vital importancia en la gestión de situaciones de insolvencia empresarial. Se trata de un proceso que implica la enajenación de un conjunto de recursos organizados para llevar a cabo una actividad económica de una empresa a otra, con el objetivo de preservar la actividad productiva y maximizar el valor de los activos en situaciones de crisis financiera.

El presente trabajo ofrece un análisis de los diversos aspectos relacionados con la enajenación de la unidad productiva durante un proceso de concurso de acreedores. Se destacan las diferentes fases en las que puede tener lugar este proceso, incluyendo la venta en la fase común del concurso, la venta mediante propuestas de convenio de asunción, la venta en la fase de liquidación y la venta en la fase preconcursal, donde nos encontramos con la figura del Prepack.

Además de explorar los procedimientos específicos involucrados en cada una de estas fases, el trabajo también examina las reglas especiales que rigen la enajenación de la unidad productiva. Se abordan asimismo los desafíos y consideraciones prácticas asociadas con cada uno de estos métodos de enajenación.

Un aspecto destacado de este trabajo es la discusión en torno al concepto y la aplicación del Prepack concursal, un método de reestructuración empresarial que ha ganado popularidad en diversos países, incluyendo el Reino Unido, Países Bajos, Estados Unidos, Francia, así como, más recientemente, en España. Se examinan las características distintivas del Prepack y sus ventajas, con especial atención a su potencial para preservar unidades productivas viables antes de la declaración formal de concurso de acreedores.

Además de analizar los aspectos prácticos del Prepack, este trabajo también explora los acuerdos y protocolos establecidos por los juzgados mercantiles en España, como el acuerdo de los jueces de Barcelona y el protocolo de Palma de Mallorca. Estas son iniciativas que buscan proporcionar herramientas para la reestructuración de empresas con deudas en el contexto de la pandemia de COVID-19, adaptando los procedimientos existentes para abordar las necesidades específicas de las empresas en crisis.

Asimismo, se expone las reglas del régimen jurídico vigente del Prepack, así como el procedimiento especial para las microempresas, señalando algunas diferencias entre los dos procesos, sus especificaciones y los aspectos de mejora de cada uno de ellos.

Por último, se examinará la Propuesta de Directiva de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2022, que busca armonizar la legislación de insolvencia en los estados miembros. Se analizan los objetivos y disposiciones clave de esta propuesta que están directamente relacionados con el Prepack, así como su impacto potencial en la gestión de situaciones de insolvencia a nivel europeo, y algunas inconsistencias y diferencias con relación al régimen jurídico del Prepack en España.

En conjunto, este trabajo ofrece una visión completa y detallada del Prepack como mecanismo de enajenación de la unidad productiva en el concurso de acreedores, explorando los orígenes, procedimientos, efectos y marcos legales asociados con este proceso en diferentes jurisdicciones y contextos económicos.

II. LA ENAJENACIÓN DE LA UNIDAD PRODUCTIVA

1. Concepto de unidad productiva y ventajas de la operación

Cuando hablamos de la unidad productiva, es importante saber que esta no tuvo un concepto o definición hasta la Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (TRLR)¹. Según su art. 200 se considera que la unidad productiva en el ámbito del Derecho Concursal sería aquel *“conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica esencial o accesorio”*².

Con esta primera definición se puede entender que la unidad productiva es todo aquel conjunto de medios y recursos, tanto materiales como humanos (tangibles e intangibles), organizados para llevar a cabo una actividad económica, que pueden funcionar de manera autónoma y también transmitirse de una empresa a otra³.

¹ BOE-A-2020-4859 Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4859#top>

² En este aspecto, hasta la llegada del TRLR se puede decir que más allá de menciones aisladas y de carácter genérico, tradicionalmente la Ley Concursal no había definido expresa y detalladamente qué había de entenderse por unidad productiva (LAMA SALINAS, C., “Concepto de unidad productiva en el ámbito concursal”, *Diario La Ley*, 24 de mayo de 2018, Wolters Kluwer. págs. 1-3). También en este sentido, se puede decir que desde sus comienzos la definición de unidad productiva ha sido abordada por los Tribunales de Justicia y por la doctrina mercantil. A pesar de la falta de claridad conceptual, la Ley Concursal 22/2003 contemplaba su aplicación práctica mediante la enajenación conjunta de bienes, la cual se consideraba preferible frente a la disposición individual de bienes y derechos. REPESAS FACHADO, M., *La transmisión de la unidad productiva en el marco de un procedimiento concursal*, La Coruña, Universidad de La Coruña. 2020, págs. 8-11.

³ ALMENDROS, A., “La venta de la unidad productiva concursal: qué es y sus novedades en la Ley Concursal” [en línea]. Antonio Almendros Abogados. 27 de julio de 2023. <https://antonioalmendros.com/la-venta-de-la-unidad-productiva-concursal-que-es/>

En el contexto del concurso de acreedores, la unidad productiva puede ser objeto de especial atención y protección para facilitar su enajenación como una entidad autónoma, ya que en el concurso se busca preservar y maximizar el valor de los activos de una empresa en crisis.

Un buen ejemplo de unidad productiva en una empresa sería el conjunto de la maquinaria de la empresa, los trabajadores que la utilizan e incluso los materiales utilizados en las máquinas, ya que todo eso se puede separar de la empresa y seguir funcionando independientemente, de forma autónoma⁴⁵.

La enajenación de la unidad productiva presenta diversas ventajas que contribuyen a agilizar y facilitar el proceso de reestructuración empresarial. En primer lugar, permite la continuidad de la actividad productiva, evitando la paralización o liquidación completa de la empresa en crisis. Al vender la unidad productiva, se preserva la operatividad y la conservación del empleo asociada a esa parte específica del negocio⁶.

Además, la enajenación de la unidad productiva facilita la maximización de los activos y la obtención de fondos para cubrir las deudas pendientes. Al concentrarse en la venta de una parte funcional y valiosa del negocio, se optimizan las posibilidades de atraer inversores y obtener un precio favorable, lo que puede ser beneficioso para los acreedores y demás partes involucradas en el proceso concursal⁷.

Otra ventaja es el hecho de que también minimiza la incertidumbre y la duración del procedimiento concursal, ya que la venta de una unidad productiva específica suele ser más ágil que la liquidación fragmentada de la empresa. La rapidez en la resolución del caso beneficia a todas las partes interesadas, al reducir costes administrativos y permitir una pronta reorganización.

Por último, la enajenación de la unidad productiva puede ser vista como una estrategia que favorece la viabilidad a largo plazo de la empresa, ya que se mantiene en

⁴ En este sentido, el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Madrid de 20 de diciembre de 2013, lo define como un “conjunto complejo y extenso de bienes, derechos, contratos de trabajo y expectativas de negocio”.

⁵ Otra definición dada en el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Almería de 19 de diciembre de 2014, considera unidad productiva como “la actividad empresarial que aglutina una serie de recursos materiales (inmuebles, máquinas, utillaje, etc.), humanos (trabajadores, gestores, etc.) y jurídicos (contratos, subvenciones, autorizaciones administrativas, etc.)”.

⁶ RÍOS LÓPEZ. Y., ““Pre-pack” concursal: una solución para la venta de empresas en crisis”. Boletín Mercantil, LEFEBVRE, 2021. apdo. I. <https://elderecho.com/pre-pack-concursal-una-solucion-para-la-venta-de-empresas-en-crisis>

⁷ Vid ALMENDROS, A., “La venta de la unidad...”, cit., apdo. 4.

funcionamiento una parte esencial del negocio. Lo que puede ser especialmente valioso en situaciones económicas difíciles, como en crisis sectoriales o en pandemias, donde preservar ciertas áreas operativas puede ser crucial para la recuperación y la continuidad del tejido empresarial.

2. Delimitación de la operación

Cuando se habla de la enajenación de la unidad productiva, es importante aclarar que después de las modificaciones legales introducidas por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal (LRTRLC)⁸, se pueden identificar dos procedimientos distintos para llevar a cabo la enajenación de una unidad productiva en el contexto de un concurso de acreedores⁹.

Por un lado, existe un procedimiento general, aplicable en cualquier etapa del concurso, conformado por las normativas de los artículos 215 a 224 del TRLC¹⁰. En este proceso, ya fue hecha la declaración de concurso, y se produce una propuesta de enajenación junto con la presentación de ofertas de compra después de este momento. En este procedimiento se regulan diversos aspectos relacionados con la tramitación y los efectos legales de la enajenación, aunque no obliga al adquirente a continuar o reiniciar la actividad económica de la unidad o unidades productivas adquirida, a excepción del convenio de asunción, según el artículo 324 del TRLC. En este caso, el contenido del convenio tiene por objeto la adquisición del conjunto de bienes y derechos de la masa activa afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado, o de determinadas

⁸ BOE-A-2022-14580 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). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14580>

⁹ En este sentido, Ibiza Gimeno explica que antes de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, se discutía si las ventas de unidades productivas podrían ser hechas antes de la fase de liquidación o no y que, de forma general, su venta antes de la fase de liquidación se veía como una forma excepcional de venta cuando concurren motivos de urgencia y esta solución fuese la mejor para el interés del concurso. IBIZA GIMENO, J., “El “pre-pack administration” español y su progreso. Breve valoración”, *Diario La Ley*, 13 de marzo de 2020, apdo. II, 1. <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2020/03/30/el-pre-pack-administration-espanol-y-su-progreso-breve-valoracio>

¹⁰ Según el profesor Rubio Vicente, los arts. 215 y ss. TRLC se ocupan de despejar cualquier duda al respecto de en qué fases del concurso se podría enajenar la unidad productiva, ya que este alude en ellos de forma expresa, frente al silencio del art. 146 bis LC, a la enajenación de unidades productivas en cualquier estado del procedimiento (RUBIO VICENTE, P.J. “Las especialidades de la enajenación de unidades productivas en el nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal”, en *RcP*, 2020, núm. 33, (1 de julio de 2020,)), pág. 2).

unidades productivas, puede ser hecha por un tercero, persona física o jurídica, pero en este caso la diferencia reside en que hay la asunción por el adquirente del compromiso de continuidad de esa actividad durante el tiempo mínimo que se establezca en la propuesta, y de la obligación de pago, ya sea total o parcial, de todos o de algunos de los créditos concursales.

Por otro lado, existe un procedimiento especial que consiste en dos modalidades diferentes, cuyas regulaciones generan algunas dudas interpretativas sobre su relación. Las dos modalidades pueden generar resultados parecidos, ya que se trata de la presentación de una oferta de compra de la unidad productiva cuando el deudor solicita el concurso. Una de estas modalidades implica que el deudor presente una propuesta vinculante de compra, que buscó previamente por sí mismo, sometiéndola a un proceso de transparencia, concurrencia e igualdad de condiciones para verificar su validez y permitir la aparición de mejores ofertas alternativas¹¹. La otra modalidad de este procedimiento especial, conocida como Prepack, implica la solicitud de nombramiento de un experto para obtener ofertas de adquisición en vez de ser el propio deudor el que lo haga por su cuenta.

A pesar de que el Prepack es tratado por primera vez en los arts. 224 ter a 224 septies, anteriormente ya existían diversas Directrices y Protocolos de Juzgados de lo Mercantil para facilitar su aplicación antes de esta normativa, y ahora el legislador ha introducido soluciones propias que dificultan su interpretación y aplicación efectiva, al carecer de precisiones normativas importantes. Un ejemplo de eso es que la falta de remisión normativa en los artículos 224 ter y siguientes, junto con la generalidad de los términos empleados en el artículo 224 bis, genera dudas sobre si las dos modalidades del procedimiento especial son dos modalidades autónomas de enajenación o si, por el contrario, las disposiciones del artículo 224 bis conforman un solo régimen común obligatorio aplicable a los dos casos, independientemente de si la oferta de adquisición fue obtenida por el deudor o por un experto designado para ello.

3. La enajenación de la unidad productiva y las fases del concurso

La enajenación de la unidad productiva puede ocurrir en cualquiera de las fases del concurso de acreedores:

- Venta en fase común del concurso de acreedores

¹¹ RUBIO VICENTE, P. J., “La transmisión de unidades productivas”, en *ADCo*, 2024 núm. 61 (enero-abril), pág. 5.

La venta de la unidad productiva en la fase común de acreedores está regulada en los artículos 215 y siguientes del TRLC. El artículo 216 prevé la autorización judicial para la venta directa de la unidad productiva por parte del deudor o a través de una entidad especializada. En cualquier estado del concurso, el juez puede autorizar la enajenación directa, incluso cuando no haya concurrencia a la subasta, declarándola desierta. En estos casos, el juez del concurso puede autorizar la venta, ya sea por cuenta del deudor o a través de una entidad especializada.

Este proceso comienza con una solicitud presentada ante el juez del concurso por parte de la administración concursal, conforme a lo establecido en los artículos 205, 210 y 216 del TRLC.

- Venta a través de propuestas de convenio de asunción

El convenio de asunción, previsto en el art. 324 TRLC, implica una oferta de compra de la unidad productiva por parte de una persona física o jurídica, ya sea de la totalidad o parte de la unidad productiva. El cumplimiento del convenio de asunción implica que el nuevo deudor asume la obligación del antiguo deudor de dar continuidad a la actividad económica durante el tiempo mínimo que se establezca en la propuesta, y también asume la obligación de pago, total o parcial, de todos o de algunos de los créditos concursales, estando su eficacia novatoria sujeta al consentimiento o ratificación del acreedor¹².

Con relación al cumplimiento efectivo del convenio de asunción, el art. 401 TRLC dice que una vez que este esté íntegramente cumplido, se presentará un informe al juez del concurso con la justificación adecuada, solicitando la declaración judicial de cumplimiento. Además, el art. 401.2 señala que el Letrado de la Administración de Justicia (LAJ) acordará poner de manifiesto en la oficina judicial el informe y la solicitud. Por lo que dentro de quince días hábiles desde la notificación del LAJ el juez declara el cumplimiento de convenio.

- Venta en fase de liquidación

La venta en fase de liquidación está regulada en el artículo 406 y siguientes del TRLC. En este caso, el deudor puede solicitar al juez del concurso, en cualquier etapa del proceso, la liquidación de la masa activa. La autoridad judicial debe pronunciarse en diez

¹² En este sentido, el art. 1205 CC define: “La novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor.”

días desde la presentación de la solicitud, declarando la apertura de la fase de liquidación, según el artículo 406 del TRLC.

La administración concursal también puede solicitar la apertura de la liquidación si el deudor cesa en su actividad económica y profesional. Durante la validez del convenio concursal, el deudor debe solicitar la liquidación tan pronto como tenga conocimiento de su incapacidad para cumplir con los compromisos adquiridos con los acreedores, según lo establecido en los artículos 407 y 408 del TRLC.

La venta de las unidades productivas se rige, principalmente, por el artículo 422.1, que ratifica el contenido del artículo 200.1 del TRLC. Este artículo exhorta a la enajenación de la unidad productiva como una universalidad de derechos. De manera complementaria, otorga al juez la facultad discrecional de autorizar la venta fraccionada de la unidad productiva, en relación con sus recursos materiales, inmateriales y humanos, considerándolo como una sucesión de empresa.

- Venta en la fase preconcursal

Como posibilidad de venta en la fase preconcursal, existen los planes de reestructuración, contenidos en los títulos III y IV TRLC, en los arts. 614 a 681, donde se intenta llegar a un acuerdo entre deudor y los acreedores en el que podría implicar diversas cosas, como modificar el pasivo, el activo, e incluso vender la empresa.

Ahora bien, aparte de los planes de reestructuración, nos encontramos con otras dos posibilidades que, más que venta en fase preconcursal, consisten en una preparación para la enajenación de la unidad productiva, es decir, en lugar de preparar la venta dentro del concurso, lo que se hace es prepararla antes de la declaración del concurso y, una vez que la venta ya esté preparada o “empaquetada”, se solicita la declaración de concurso de acreedores.

Una de ellas es la presente en el art. 224 bis, donde el deudor presenta, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que incluya una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva. Dicha propuesta el propio deudor la ha buscado previamente por su cuenta.

Otra opción más comúnmente utilizada y objeto de estudio en el presente trabajo es la que se encuentra en los arts. 224 ter a 224 septies, conocida como Prepack, donde el juez del concurso nombra a un experto independiente para que éste busque ofertas de compra para la unidad productiva, sin la intervención del deudor en la busca.

III. REGLAS ESPECIALES DE ENAJENACIÓN DE LA UNIDAD PRODUCTIVA

1. Modo originario de enajenación y ofertas de adquisición

El modo originario de enajenación estaba regulado inicialmente en el artículo 149.1.1.^a de la Ley Concursal (LC). Actualmente su definición viene establecida en el art 215 del TRLC, que fue modificado por el art. único.47 de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, según el cual, el modo originario de enajenación de la unidad productiva, hasta la aprobación del convenio o la apertura de la fase de liquidación, es la subasta electrónica, a menos que el juez autorizase algún otro modo¹³.

A este respecto el art. 216 nos aclara que, aunque el modo originario de enajenación sea la subasta electrónica, el juez puede autorizar la enajenación directa del conjunto de la empresa o de una o varias unidades productivas o la enajenación a través de persona o de entidad especializada en cualquier estado del concurso o en los casos en los que la subasta quede desierta.

Tanto el art. 215 como el art. 216 del TRLC han experimentado algunas modificaciones en virtud de la LRTRLC que afectan a la preferencia del método de realización y a su periodo de aplicación. En comparación con el método original preferente, que consistía en la subasta en sus modalidades judicial o extrajudicial, incluida la electrónica.

Esta preferencia por la subasta electrónica de la LRTRLC, aunque coherente con las medidas adoptadas durante la legislación de emergencia COVID-19, generó dudas con respecto a si ésta se refiere tanto a subastas públicas electrónicas judiciales como extrajudiciales. Esta falta de claridad supone un retorno a la situación previa a la reforma, donde solo se mencionaba el mecanismo de la subasta, matizado ahora por el TRLC, que desaparece bajo la modalidad exclusiva de subasta electrónica¹⁴. Por lo que la unidad productiva se incluirá en el portal de subastas de la Agencia Estatal del BOE (Boletín Oficial del Estado) u otros portales especializados.

El ámbito de aplicación también se ha modificado, eliminando la referencia temporal original que abarcaba todas las fases del procedimiento concursal. Ahora, este método preferente sólo se aplica hasta la aprobación del convenio o la apertura de la fase

¹³ Vid. RUBIO VICENTE, P.J., “Las especialidades de la enajenación...”, cit., pág. 12.

¹⁴ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “La transmisión...”, cit., pág. 8.

de liquidación. Esta modificación busca una mayor coherencia normativa con las particularidades del convenio de asunción, que exige la identificación del adquirente en la propuesta, contradiciendo así la subasta. También se ajusta a las nuevas disposiciones que regulan la fase de liquidación, donde se autoriza al juez a establecer reglas especiales de liquidación según considere apropiado.

En cuanto a los métodos alternativos de realización que vemos en el art. 216 del TRLC, como la enajenación directa o mediante persona o entidad especializada, que siempre requieren autorización judicial previa, se mantiene sin cambios¹⁵. No obstante, se eliminan las referencias en esta disposición al trámite de autorizaciones judiciales y el régimen de recursos, siendo innecesarias al ya estar contempladas en el artículo 518 del TRLC. También destaca la modificación relacionada con la remuneración de la persona o entidad especializada, que antes se cubría con cargo a la remuneración de la administración concursal y que posiblemente dejará de ser así, permitiendo que el adquirente la asuma con cargo al precio de venta.

A diferencia del método ordinario o preferente de realización, las alternativas del art. 216 pueden aplicarse en cualquier fase del concurso, a pesar de haberse igualado con él en este aspecto en el Anteproyecto de la LRTRLC.

La normativa que regula la presentación y contenido de las ofertas de adquisición, establecida respectivamente en los artículos 217 y 218 del TRLC, no cambia¹⁶. Estas exigencias son aplicables independientemente del método de enajenación adoptado, a diferencia de la previsión del derogado art. 149.3 de la LC para la enajenación mediante subasta, que solo extendía el contenido de las ofertas en la enajenación directa.

El artículo 217 TRLC ahora da a la administración concursal la responsabilidad de establecer el plazo para la presentación de ofertas de adquisición. Sin embargo, esto no implica la obligación de presentar múltiples ofertas en caso de enajenación directa o mediante persona o entidad especializada, sino que las ofertas deben formalizarse dentro del plazo estipulado¹⁷. Además, antes de este plazo, la administración concursal debe especificar los gastos realizados para la conservación de la actividad y los previsibles hasta la adjudicación definitiva. Anteriormente, esta obligación recaía en los oferentes,

¹⁵ Vid. RUBIO VICENTE, P.J., “*Las especialidades de la enajenación...*”, cit., pág. 14.

¹⁶ Vid. RUBIO VICENTE, P.J., “*Las especialidades de la enajenación...*”, cit., pág. 16-17.

¹⁷ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “*La transmisión...*” cit., págs. 8-9.

pero ahora se asigna a la administración concursal para garantizar una valoración coherente de las ofertas y proporcionar seguridad jurídica.

Por su parte, el artículo 218 detalla el contenido mínimo que deben respetar todas las ofertas, independientemente del método de enajenación aplicado. Esto arregla el vacío de la LC respecto a su aplicación en casos de enajenación directa o mediante persona o entidad especializada¹⁸. Así, aunque la enajenación no se realice mediante subasta con ofertas concurrentes, la enajenación directa o mediante persona o entidad especializada también implica la presentación de una oferta dentro del plazo establecido y el respeto al contenido mínimo, que incluye la identificación y solvencia del oferente, la concreción de los elementos de la oferta, el precio, modalidades de pago y garantías, así como el impacto en los trabajadores.

Si bien el hecho de que se dé preferencia a la subasta cuando, por su contenido las ofertas pueden incluir diversas variables más allá del precio, sea interesante, esto se mantiene en la nueva regulación del TRLC, a pesar de que las ofertas pueden establecer condiciones que van más allá del precio¹⁹.

2. Regla de la preferencia

La regla de la preferencia está descrita en el artículo 219 TRLC. Supone la posibilidad de que el juez, mediante auto, en el caso de una subasta, puede adjudicar la unidad productiva a un oferente que no sea la persona que hizo la mayor oferta, siempre y cuando la diferencia entre las dos no sea más del quince por ciento.

Eso sería posible cuando el juez crea que así se garantizaría la continuidad de la empresa como un todo, o de la Unidad Productiva y de los puestos de trabajo, así como en el caso de ofertas presentadas por persona trabajadoras que estuvieran interesadas en la sucesión de la empresa mediante la constitución de una sociedad cooperativa o laboral²⁰.

En un principio esta regla era obligatoria, tal como establecía el ahora derogado art. 149.1.3.^a de la LC, y tenía un alcance mucho más amplio y sin límites cuantitativos en cuanto a la diferencia entre las ofertas. La regla ha evolucionado a lo largo de diversas reformas, estableciéndose límites cuantitativos en diferentes momentos para su

¹⁸ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “La transmisión...”, cit., pág. 9.

¹⁹ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “La transmisión...”, cit., pág. 9.

²⁰ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “Las especialidades de la enajenación...”, cit., pág. 19.

aplicación. En un principio, se había fijado en un diez por ciento y luego se subió al quince por ciento en el Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, y Ley 9/2015, de 25 de mayo²¹. Este límite se mantiene en el actual art. 219 del TRLC, que sustituyó la referencia a la oferta inferior por la oferta superior y aclaró su ámbito de aplicación, restringiéndolo exclusivamente a la subasta, ya que en otros métodos de enajenación la adjudicación resulta de la búsqueda directa y no concurrente de un adquirente²².

Asimismo, en la LRTRLC se añadió un segundo apartado en el que se establece la aplicación de esta regla también a las ofertas realizadas por trabajadores interesados en la sucesión de la empresa mediante la constitución de sociedad cooperativa o laboral. Aunque se sugiere la posibilidad de presentar ofertas por estos sujetos en el procedimiento general de enajenación de la unidad productiva, la inclusión de esta disposición no parece justificada, ya que antes de la reforma no existía ningún obstáculo para que estos sujetos presentaran ofertas de adquisición. Esta previsión resulta coherente, no obstante, con el nuevo artículo 224 bis.3 del TRLC, que también les reconoce la facultad de presentar propuestas vinculantes de adquisición que acompañen a la solicitud de concurso del deudor, aunque vale recordar que estas ofertas también se someten a la regla de preferencia.

La declaración realizada en el art. 224 bis. 6 del TRLC resulta algo curiosa, ya que establece que en el caso de solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición por parte de trabajadores mediante la constitución de sociedad cooperativa, laboral o participada, si esta oferta es igual o superior a las demás propuestas alternativas presentadas, el juez priorizará dicha propuesta siempre que ello atienda al interés del concurso, considerando la continuidad de la empresa, la unidad productiva y los puestos de trabajo, entre otros criterios.

Vale destacar que esta disposición resulta algo confusa ya que, si la oferta presentada por los trabajadores beneficia al interés del concurso, priorizarla cuando sea superior o igual a las demás propuestas alternativas parece evidente. En el primer caso, porque la oferta es superior; en el segundo, porque, a pesar de la igualdad, es la que mejor atiende al interés del concurso, a menos que la igualdad también afecte a este aspecto, optándose aun así por la oferta presentada por los trabajadores. Además, estas ofertas

²¹ BOE-A-2015-5744 Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-5744

²² Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “La transmisión...”, cit., págs. 9-10.

también están sujetas a la regla de preferencia del art. 219.2 del TRLC, por lo que resulta confuso por qué en estos casos la preferencia por esta oferta requeriría que esta fuera igual o superior a las demás, aceptando en este caso una diferencia del quince por ciento de la oferta superior²³.

3. Efectos sobre contratos

El art 222.1 del TRLC alude a la subrogación del adquirente, que es una declaración de subrogación automática del adquirente en los contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial desarrollada en la unidad o unidades productivas transferidas, sin necesidad de consentimiento del contratante cedido²⁴. Esta redacción del artículo, que aun siendo la original excepto por el hecho de que elimina incisos confusos e imprecisos, evita los inconvenientes derivados de la aplicación de las reglas de derecho común sobre cesión de contratos, garantizando la continuidad de los contratos esenciales sin depender de la voluntad de los contratantes cedidos.

Además, también se mantiene la referencia expresa a la subrogación en licencias y autorizaciones necesarias para la continuidad de la actividad, excluyendo únicamente la subrogación automática en contratos administrativos, que debe ajustarse a la legislación sobre contratos del sector público²⁵.

La subrogación automática, no obstante, no es absoluta ya que en el art. 223 se excluye la subrogación del cesionario en licencias, autorizaciones y contratos no laborales cuando el adquirente haya expresado su intención de no subrogarse al formular la oferta. Esta excepción no se aplica, sin embargo, a los contratos laborales, reafirmando la sucesión de empresa en este ámbito.

4. Competencia judicial

El artículo 221 del TRLC establece reglas sobre la sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social en el contexto de la enajenación de una unidad productiva²⁶. Aunque el art. 221 del TRLC mantiene su esencia original, se han introducido cambios que amplían la competencia exclusiva del juez del concurso para declarar la sucesión de empresa a la concreción de activos, pasivos y relaciones laborales.

²³ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “La transmisión...”, cit., pág. 9.

²⁴ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “Las especialidades de la enajenación...”, cit., págs. 26-27.

²⁵ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “La transmisión...”, cit., pág. 11.

²⁶ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “Las especialidades de la enajenación...” cit., pág. 22.

Además, se introduce el artículo 221.3 que permite que el juez solicite un informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para obtener detalles sobre las relaciones laborales y posibles deudas de Seguridad Social relacionadas con la enajenación. Aunque este informe es facultativo para el juez, la Inspección de Trabajo está obligada a emitirlo en un plazo máximo de diez días. En definitiva, se establece la sucesión empresarial en términos laborales y de Seguridad Social cuando hay enajenación de una unidad productiva.

Aunque desaparece la referencia inicial al mantenimiento de la entidad económica, se mantiene la exigencia de cumplir con los requisitos estructurales, como entidad económica, transmisión o enajenación, e identidad entendida como capacidad y autonomía organizativa y funcional.

Se establece que la competencia judicial para determinar la existencia de sucesión empresarial y/o llevarla a cabo recae exclusivamente en el juez del concurso, resolviendo así conflictos jurisdiccionales, ya que anteriormente se entendía como puramente una cuestión laboral y, como ésta, se debería juzgar por el orden jurisdiccional Social, aunque fuera decidido en medio de un procedimiento concursal. La LRTRLC también amplía esta competencia, permitiendo al juez del concurso determinar los activos, pasivos y relaciones laborales de la sucesión empresarial, dando mayor claridad al adquirente sobre su eventual responsabilidad.

La competencia anterior, que recaía en el juez Social, se daba porque, aunque el procedimiento concursal era una competencia de la jurisdicción mercantil, los tribunales nacionales creían que, si el juez de lo mercantil se pronunciaba sobre este aspecto dentro del concurso, estaría afectando a sujetos que no formaban parte de él, haciéndolo con carácter prejudicial y con eficacia limitada al ámbito concursal²⁷.

Además, se buscaba ajustar la interpretación de la justicia mercantil para evitar que considerara automáticamente que el comprador no debía asumir las deudas con la Seguridad Social, de manera similar a como ocurría con el crédito público fiscal (según el artículo 42.1 c de la Ley General Tributaria vigente -LGT-). La ley no especificaba claramente si la subrogación abarcaba todo el pasivo laboral o solo los créditos de la Seguridad Social generados por los empleados que continuaban trabajando en la unidad productiva transmitida, como principalmente sostenía la justicia mercantil especializada

²⁷ BRENES CORTÉS, J., “Venta de unidades productivas y Prepack concursal”, en *Rev. Der. Patr.*, 2021, núm. 55, págs. 5-6.

bajo la "teoría del perímetro". Sólo los trabajadores dentro de los límites de la transmisión generaban el pasivo sujeto a subrogación, en contraste con la jurisdicción social, que frecuentemente resolvía en sentido contrario.

La falta de consenso en la interpretación y aplicación del sistema, especialmente en cuanto al juez competente para determinar la existencia de sucesión de empresa y su alcance, resultaba en una falta de seguridad jurídica. Esto afectaba negativamente a la inversión empresarial, reduciendo el precio de la oferta al adquirir una unidad productiva.

Las reformas realizadas en la LC en 2014 y 2015, en cierta medida, superaron la tensión entre el pago de los créditos y la preservación de la actividad empresarial, inspirando una nueva regulación. Podemos afirmar que el objetivo de conservar la actividad empresarial va de la mano con la satisfacción de los acreedores. La continuidad de la actividad empresarial se ha convertido en un objetivo crucial, y en este contexto, la transmisión de la unidad productiva desempeña un papel destacado en lograr el propósito mixto, resolutivo y conservativo del procedimiento concursal.

5. Efecto sobre los créditos pendientes de pago

La regulación de los efectos de la enajenación de la unidad productiva sobre los créditos pendientes de pago, conforme al art. 224 del TRLC, se mantiene sin modificaciones significativas con respecto a la LRTRLC.

Esta normativa no corrobora la limitación de la sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social introducida en el art. 224.1.3.^a. Una vez que se produce la transmisión de la unidad productiva, esta operación no conlleva la obligación de pagar los créditos pendientes del concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, según lo dispuesto en el art. 224.1²⁸.

Esta disposición, al igual que en el caso de la subrogación en los contratos, licencias o autorizaciones afectadas, se fundamenta en el interés tanto del adquirente como del concurso, eliminando cargas de la unidad productiva para hacerla más atractiva para su adquisición.

Sin embargo, el art. 224 TRLC deja enumeradas las posibles excepciones:

1. *“... Cuando el adquirente hubiera asumido expresamente esta obligación.*
2. *Cuando así lo establezca una disposición legal²⁹.*

²⁸ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “Las especialidades de la enajenación...”, cit., págs. 29-31.

²⁹ Este sería el caso de los convenios de asunción, ya que si se vende la empresa como contenido del convenio, el art. 324 TRLC dice que adquirente tiene que hacerse cargo no solo de continuar la actividad

3. *Cuando se produzca sucesión de empresa respecto de los créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente. El juez del concurso podrá acordar respecto de estos créditos que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre”.*

Ahora bien, en esta tercera excepción el legislador llevó a cabo una modificación, ya que antes del TRLC se entendía que el adquirente tenía que hacerse cargo de todas las deudas que hubiera frente a los trabajadores, siguieran en vigor los contratos o hubieran cesado, por aplicación del art. 44 ET, o sea, se establecía una responsabilidad solidaria entre el deudor y el adquirente de la empresa durante 3 años.

El problema reside en que el TRLC no debería introducir modificaciones en la regulación que es objeto de refundición, sino que su función es regularizar, armonizar, y aclarar cuestiones confusas, por lo que no puede añadir nada nuevo, ni quitar algo que ya estuviera anteriormente. Sin embargo, en este art. 224.1.3º el Texto Refundido limitó la responsabilidad de las deudas únicamente en relación a las deudas frente a los trabajadores que siguen trabajando con el adquirente, para hacer que la empresa sea más atractiva al comprador que estuviera dispuesto a comprarla³⁰. En otras palabras, limita el perímetro de la sucesión de empresa a estos efectos, reduciendo el alcance de la responsabilidad³¹.

El apartado 2 deja claro que, cuando los adquirentes de las unidades productivas fueran personas especialmente relacionadas con el concursado, no se podrá aplicar lo descrito anteriormente, dejando implícito que en estos casos la obligación de pago de todos los créditos no satisfechos es del concursado. En otras palabras, se trata de una excepción a la excepción, ya que con carácter general el adquirente no tiene que hacerse

de la empresa dentro del plazo señalado en el convenio, sino que también tiene que efectuar el pago, de la totalidad o de parte, de todos o algunos de los créditos pendientes de pago.

³⁰ Vid. BRENES CORTÉS, J., “Venta de unidades...”, cit. págs. 7-8.

³¹ En este aspecto el profesor Rubio Vicente cree que esto es una transgresión en la delegación legislativa, ya que cuando se autoriza al gobierno a elaborar un texto refundido, no debería haberse añadido nada a la ley anterior, aunque sí se podría haber hecho tales modificaciones y subsanar esta transgresión a través de la ley de reforma. Sin embargo, este no fue el caso, ya que la LRTRLC no dice nada al respecto (vid. RUBIO VICENTE, P. J., “La transmisión...”, cit., pág. 15).

cargo de las deudas, salvo en el caso de las tres excepciones anteriormente mencionadas. Sin embargo, cuando el adquirente es una persona especialmente relacionada con el deudor, se le “penaliza” a ese comprador, por ejemplo, un familiar, y se le hace responsable de todas las deudas.

Estas medidas se implementan para evitar posibles acciones fraudulentas entre el adquirente y el concursado, pero podrían ser excesivas en algunos casos, lo que dificulta la conservación de la unidad productiva y su subsistencia. Es posible que se revisen o limiten en su aplicación en el futuro. Sobre todo, en el caso de que se apruebe la Propuesta de Directiva, de 7 de diciembre de 2022, ya que en ella se admite la presentación de ofertas de adquisición a personas especialmente relacionadas con el deudor sin este tipo de penalización, siempre y cuando se haya informado al juez y al administrador supervisor concursal de la existencia de esta circunstancia, ser persona estrechamente vinculada con el deudor, según el art. 32 de la Propuesta de Directiva. Con lo cual esto supone que se tendrá que modificar la normativa vigente³².

IV. RELACIÓN ENTRE EL PREPACK Y EL ART. 224 BIS

Existen dos procedimientos que anticipan la preparación de la enajenación de la unidad productiva. Uno de ellos es el procedimiento del art. 224 bis, donde el deudor presenta una oferta de compra vinculante junto con la solicitud de declaración de concurso³³. Se trata de un procedimiento transparente, competitivo y equitativo con el objetivo de buscar la mejor oferta de compra de la unidad productiva, en el caso de que la oferta que presenta el deudor no fuera la mejor o la más favorable. Para eso esa oferta es obligada a someterse a una especie de procedimiento concurrencial, donde se da la oportunidad durante un plazo para que otras personas, a pesar de que ya exista una oferta de compra, puedan presentar ofertas alternativas³⁴.

Además, el administrador concursal tiene que hacer un informe acerca de esas ofertas. Asimismo, pasado dicho plazo y durante ese tiempo, los demás oferentes puedan mejorar su oferta de compra, además de que el juez también da otros 3 días para que el

³² Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “La transmisión... cit. pág. 15.

³³ ALCOVER GARAU, G., “La enajenación concursal de unidades productivas, ¿otra oportunidad perdida?”, en *La Ley Mercantil*, 2022, núm. 96, pág. 3.

³⁴ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “Nuevas Reglas...”, cit., pág. 7.

que quiera pueda mejorar la oferta, por lo que se intenta conseguir el mejor precio posible³⁵.

El otro procedimiento es el Prepack, regulado en los arts. 224 ter a 224 septies, donde, en lugar de que sea el deudor el que consigue la oferta de compra, éste solicita al juez que nombre a un experto que le ayude a buscar una oferta.

Ahora bien, el problema reside en que, en el caso de que con la actuación del experto se ha conseguido una oferta de compra de la unidad productiva, si esa oferta tendría o no que someterse al procedimiento de concurrencia del art. 224 bis. El TRLC no establece cuál es la relación entre estos dos artículos, por lo que cabría por lo menos dos interpretaciones³⁶.

Por un lado, se podría decir que la oferta de compra que ha recabado el experto tendría que someterse también a ese procedimiento de transparencia y competitividad del procedimiento del art. 224 bis. Por otro lado, se podría considerar que son procedimientos estancos, dicho de otro modo, que si se utiliza la vía del art. 224 bis sería un procedimiento totalmente diferente y separado del caso en que se utilizase el Prepack, y que cada uno de ellos tiene que respetar sus propias normas.

Si esto se interpreta a la luz de la Propuesta de Directiva UE, de 7 de diciembre de 2022, *relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia*, ésta dice en sus arts. 24 y 26 que el Prepack tiene que ser un procedimiento competitivo, transparente y equitativo. Por lo que si se utiliza el Prepack y se ha respetado dichas reglas de transparencia, publicidad, concurrencia y se ha permitido que otros hayan presentado ofertas, entonces no sería necesario acudir a las normas del art. 224 bis TRLC³⁷.

Ahora bien, si el procedimiento del Prepack no ha respetado dichas reglas, la Propuesta de Directiva obliga a los estados miembros a realizar una subasta, por lo que se estaría acudiendo a las normas del art. 224 bis. Por lo tanto, los procedimientos que tenemos en los arts. 224 bis y 224 ter son procedimientos estancos, independientes, salvo en el supuesto de que en el procedimiento del Prepack no se haya respetado las reglas de

³⁵ LÓPEZ BARRAU, P., “La unidad productiva tras la reforma del texto refundido de la Ley Concursal”, en *e-DICTVM*, 2022, núm. 126, págs. 4-5.

³⁶ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “La transmisión...”, cit., págs. 5-6.

³⁷ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “La transmisión...”, cit., pág. 25.

transparencia, concurrencia y equidad, en cuyo caso la oferta que hubiera recabado el experto sí tendría que someterse al procedimiento del art. 224 bis TRLC³⁸.

V. EL PREPACK CONCURSAL

1. Concepto y origen

El término "Prepack" proviene de la expresión inglesa "*pre-packaged insolvency sale*"³⁹, que se origina en la cultura anglosajona y se podría traducir como una *venta de insolvencia pre empaquetada*.

En el ámbito del Derecho Concursal, el Prepack se refiere a un método de reestructuración empresarial que implica la preparación y negociación de un plan de reorganización antes de la declaración del concurso de acreedores.

En general, nos referimos a Prepack cuando la empresa todavía no ha sido declarada en concurso, aunque el momento oportuno de presentar la oferta sea junto con la declaración de concurso, como bien nos explica Ibargüen cuando da una definición de Prepack como "*Venta de unidad productiva de empresas que se encuentran en situación legal de concurso de acreedores. Básicamente, es la posibilidad de presentar desde el mismo instante de la solicitud del concurso una oferta de compra vinculante, ya supervisada por un 'administrador interino'*"⁴⁰.

Tanto si consideramos el Prepack como un mecanismo pre concursal o concursal, lo que hay que tener en cuenta es que su objetivo principal es la preparación anticipada de la enajenación de la unidad productiva y, en consecuencia, el rescate de las unidades de producción que siguen siendo viables económicamente, ya que su uso permite la venta rápida de los activos de una empresa en crisis a un comprador preseleccionado⁴¹.

³⁸ En este sentido, es importante destacar que los jueces de Sevilla ya habían llegado por su cuenta a esta misma conclusión, incluso antes de que la propuesta de directiva llegara a presentarse, en el *Acuerdo de la Junta de Jueces Mercantiles de Sevilla* núm. 2/2022, de 25 de octubre de 2022, sobre *Articulación procesal del Prepack (artículos 224 ter a 224 septies) y la solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas*, pp. 1-3 y conclusión II.

³⁹ GILO GÓMEZ, C., "Prepack concursal y derecho comparado: bankruptcy Prepack and comparative Law", en *Revista de Derecho Público Deusto*, vol. 69 núm. 2, 13 de diciembre de 2021, pág. 113. [https://doi.org/10.18543/ed-69\(2\)-2021pp111-121](https://doi.org/10.18543/ed-69(2)-2021pp111-121)

⁴⁰ IRIARTE IBARGÜEN, A., "*Venta exprés de negocios en crisis: Prepack.*", *Diario La Ley*, 2021, núm. 9782, 2 de febrero de 2021, pág. 1.

⁴¹ En este sentido el Artículo 25.b) de Directiva Europea (UE) 2019/1023 dice que "*Los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas se tramiten de forma eficiente, a los fines de una tramitación rápida de los procedimientos*".

Aunque el Prepack sea una figura razonablemente reconocida en otros países de la UE (Unión Europea), por lo menos en los sistemas jurídicos anglosajones, no se hizo más “popular” en el sector mercantil hasta de la pandemia del Covid-19, si bien el Prepack no se solidificó como tal hasta marzo del 2020⁴².

Por este motivo, todavía no se tienen estadísticas oficiales sobre la cantidad de personas que adoptaron el protocolo del Prepack a partir de la pandemia, aunque el crecimiento de su utilización se prevé sustancial.

2. El Prepack en otros ordenamientos jurídicos

2.1. El Prepack en el Reino Unido

El Reino Unido ha desempeñado un papel muy importante en el desarrollo legislativo de Prepack. El punto de partida se remonta a la Ley de Emprendimiento de 2002⁴³, la cual anticipaba la opción de que los administradores sociales, en lugar del tribunal, seleccionaran a un administrador concursal, también conocido como "*insolvency practitioner*"⁴⁴ (practicante de insolvencia). Este administrador tenía la tarea de negociar la venta de la unidad productiva.

El proceso judicial en el Reino Unido permite la venta de la unidad productiva en fases simples y poco formales, con el administrador concursal designado actuando en el procedimiento donde la venta se efectúa automáticamente. Es común que la venta se realice a personas con vínculos cercanos al deudor, y los acreedores privilegiados rara vez se oponen.

El "*Statement of Insolvency Practice*" (declaración de práctica de insolvencia), introduce la figura de las "*Prepack sales*" o ventas pre empaquetadas, describiendo un acuerdo mediante el cual todo o parte del negocio se negocia con un comprador antes de que se designe un administrador, siendo este último quien lleva a cabo la venta una vez nombrado.

Los ingresos generados por la venta se distribuyen entre los acreedores privilegiados, y cualquier ingreso remanente se destina a los no privilegiados. La crítica principal se centra en la flexibilidad y el menor control judicial, especialmente en la falta

⁴² HURTADO IGLESIAS, S., “Breves reflexiones sobre reformas concursales de emergencia. La urgencia en la enajenación de unidades productivas”, *Diario La Ley*, 2021 núm. 9776, 22 de enero de 2021, pág. 1.

⁴³ Vid. GILO GÓMEZ, C., “Prepack concursal y derecho...”, cit., pág. 114.

⁴⁴ RÍOS LOPEZ, Y., “«Pre-pack» concursal: una solución para la venta de empresas en crisis”, *Boletín Mercantil LEFEBVRE*, febrero 2021, apdo. 3.1. <https://elderecho.com/pre-pack-concursal-una-solucion-para-la-venta-de-empresas-en-tesis>

de medidas para evitar que el adquirente esté vinculado al deudor. El término "*phoenixing*" con referencia a la conocida ave mitológica Fénix, que renace de sus cenizas, se ha acuñado para describir la práctica de vender el negocio a empresas relacionadas a un precio inferior al del mercado, permitiendo a los directores mantener el control sin asumir las deudas⁴⁵.

La relación estrecha entre el administrador concursal y el deudor, junto con la falta de publicidad y control judicial en las negociaciones de venta, ha generado preocupación y críticas sobre la independencia del proceso.

Vale destacar que el gobierno británico ha intervenido para implementar mejoras que fortalezcan la independencia y la garantía del sistema, introduciendo garantías de transparencia y publicidad. Se pueden destacar el "*Graham Review into Prepack Administration*" (Revisión de Graham sobre la administración del Prepack), de 16 de junio de 2014⁴⁶. Las dos medidas principales implementadas fueron crear una lista de profesionales independientes y con experiencia para verificar la conveniencia y beneficio del Prepack y perfeccionar un "informe de viabilidad", presentando la forma en la que el comprador operará en el mercado durante un mínimo de doce meses a partir de la fecha de la revisión, indicando qué hará el comprador de manera diferente a la empresa insolvente para evitar incurrir en insolvencia nuevamente.

2.2. Prepack en Países Bajos

El proceso del Prepack en los Países Bajos tienen algunas similitudes con el establecido en el Reino Unido, aunque se distingue por la introducción del "*silent trustee*" (fideicomisario silencioso)⁴⁷. Este administrador concursal es solicitado por el deudor y, con la aprobación del tribunal, se encarga de la fase preparatoria de la venta de todos sus activos⁴⁸. Durante esta etapa, el "administrador concursal" participa activamente y se convierte en definitivamente en administrador concursal al abrirse el procedimiento de concurso de acreedores. Este profesional está especialmente preparado para llevar a cabo

⁴⁵ Vid. GILO GÓMEZ, C., "Prepack concursal y derecho...", cit., págs. 114-115.

⁴⁶ VINCE CABLE, *Graham Review into Pre-pack Administration*, Report to The Rt Hon Vince Cable MP, Teresa Graham CBE, junio de 2014; The Insolvency Service. *Graham review into Pre-pack Administration*. GOV.UK, 16 de Junio de 2014. <https://www.gov.uk/government/publications/graham-review-into-pre-pack-administration>,.

⁴⁷ Vid. GILO GÓMEZ, C., "Prepack concursal y derecho...", cit., págs. 116-117; BRENES CORTÉS, J. "Venta de unidades...", cit., pág. 9.

⁴⁸ GALLEGO CÓRCOLES, A., "El Prepack y la venta anticipada de unidades productivas en Dcho. español modelos comparados", en *I&R*, 2021, núm. 4 (noviembre), pág. 289.

la venta de los bienes de manera inmediata tras la declaración de insolvencia mediante el Prepack, proporcionando al tribunal la información económica necesaria para concluir la operación.

La autorización judicial para la venta dependerá de la información proporcionada por el administrador concursal sobre las operaciones realizadas en la fase preparatoria del concurso.

Un aspecto destacado del sistema holandés es la figura del "experto en reestructuraciones", nombrado con la aprobación judicial y cuya remuneración se establece de manera judicial, sin recurrir a aranceles. Esta compensación es pagada por el deudor si la propuesta proviene de él, o por los acreedores si son estos últimos quienes la han sugerido.

A diferencia del procedimiento en el Reino Unido, en los Países Bajos es el tribunal el que designa de manera definitiva al futuro administrador concursal, quien supervisará las negociaciones y cuya aprobación se llevará a cabo el procedimiento concursal a través del Prepack. Aunque esta disposición es una característica que se pretende implementar en el sistema legal del país⁴⁹.

2.3. Prepack en Estados Unidos

Uno de los sistemas concursales más eficientes a nivel mundial es, sin duda, el régimen estadounidense establecido en el famoso "*Chapter Eleven del Title Eleven del United States Code*" (capítulo once del título once del código de los Estados Unidos)⁵⁰. No obstante, antes de recurrir al procedimiento formal del *Chapter Eleven*, existe un mecanismo previo dentro de las alternativas extrajudiciales conocido como *PrePackaged Plan*.

La denominación del "*Prepackaged Plan*" (Plan Preempaquetado) proviene del léxico de las comidas rápidas estadounidenses preparadas con antelación a la venta, y hace referencia a las negociaciones que tienen lugar antes del inicio del proceso judicial. Estados Unidos fue el pionero en utilizar este mecanismo para situaciones de insolvencia⁵¹.

⁴⁹ Vid. GILO GÓMEZ, C., "Prepack concursal y derecho...", cit., págs. 115-116.

⁵⁰ *Unite States Code Chapter 11: REORGANIZATION*. <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title11/chapter11&edition=prelim#:~:text=Chapter%20XI%20%5B%20chapter%2011%20of,the%20terms%20of%20the%20arrangement>.

⁵¹ Vid. GILO GÓMEZ, C., "Prepack concursal y derecho...", cit., pág. 116.

Se trata de un acuerdo entre el deudor, financiadores y algunos acreedores que necesita aprobación judicial para garantizar la aceptación de otros interesados que no participaron en las negociaciones iniciales. Por esta razón, las empresas buscan obtener todos los respaldos necesarios antes de optar por el procedimiento concursal, asegurando así el éxito del Prepack.

Existen diversas formas de concretar el Prepack: a través de negociaciones entre el deudor y sus acreedores antes de recurrir al *Chapter Eleven* para asegurar votos favorables, o mediante la presentación de un *Chapter Eleven* para obtener la aprobación de los acreedores durante el proceso judicial.

Es relevante señalar que tanto el deudor como los acreedores están autorizados para proponer un plan de reorganización de la empresa, el cual debe contar con suficientes respaldos para su aprobación.

Una de las principales ventajas del *Prepackaged Plan* es su menor duración en comparación con el proceso del *Chapter Eleven*. Se estima que la venta a través del Prepack puede concretarse en un período de 1 a 4 meses, mientras que el proceso ordinario mediante el *Chapter Eleven* puede extenderse entre dos y tres años, con costes significativamente mayores. La principal ventaja del Prepack estadounidense radica en el ahorro de tiempo más que en el ahorro económico.

A diferencia del sistema inglés, el Prepack estadounidense no busca maximizar el beneficio de los acreedores, sino mantener la actividad de la empresa, incluso si el precio obtenido es inferior al de la liquidación independiente de sus bienes. Además, el sistema estadounidense involucra una mayor intervención judicial en comparación con el británico⁵².

Se considera que la figura del Prepack en Estados Unidos tiene una naturaleza híbrida, combinando elementos de convenio preconcursal y concursal. Esto implica la fusión de los bajos costes, especialmente los indirectos, de una reorganización extrajudicial con los beneficios de una reorganización judicial⁵³.

La crítica principal a este mecanismo en Estados Unidos está en la sospecha de que el administrador encargado de la venta, debido a su relación especial tanto con el equipo directivo como con los principales acreedores, favorece los intereses de estos

⁵² Vid. GILO GÓMEZ, C., "Prepack concursal y derecho...", cit., pág. 117.

⁵³ JACQUET YESTE, T., "Contribución a la caracterización de la propuesta anticipada de convenio", en *RcP*, 2006, núm. 4, pág. 227.

últimos en detrimento de otros acreedores más débiles, quienes desconocen las negociaciones y pueden resultar perjudicados por la falta de publicidad en dichas transacciones. En este sentido, los deudores suelen mantener un control significativo en estas ventas, lo que puede perjudicar a algunos acreedores.

3. Antecedentes en España

3.1. Acuerdo de los juzgados de lo mercantil de Barcelona de 20 de enero de 2021

Desde que se decretó el estado de alarma en España para hacer frente a la emergencia sanitaria causada por el SARS-CoV-2, se han implementado una serie de medidas con el objetivo de permitir que los deudores reestructuren sus deudas sin recurrir al concurso de acreedores. Entre estas medidas se encuentran los diferentes decretos y leyes como el Real Decreto-Ley 11/2020 de marzo⁵⁴, el Real Decreto-Ley 15/2020 de abril⁵⁵, la Ley 3/2020 de septiembre⁵⁶, o el Real Decreto-Ley 34/2020 de noviembre⁵⁷. Algunas de estas medidas suspenden la obligación del deudor de solicitar el concurso estando en situación de insolvencia, mientras que otras permiten presentar propuestas de modificación del convenio o acuerdo de refinanciación ya aprobado.

A pesar de existencia de estas medidas, durante el año 2020 se declararon en España un total de 4907 concursos de acreedores, con 818 en la Comunidad de Madrid y 1110 en Cataluña, según datos del Instituto Nacional de Estadística (INE)⁵⁸.

⁵⁴ BOE-A-2020-4208 Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, *por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19*. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4208>

⁵⁵ BOE-A-2020-4554 Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, *de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo*. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4554>

⁵⁶ BOE-A-2020-10923 Ley 3/2020, de 18 de septiembre, *de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia*. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-10923>

⁵⁷ BOE-A-2020-14368 Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, *de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria*. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-14368>

⁵⁸ INE - INEbase / Economía / Empresas / Estadística del procedimiento concursal / Últimos datos. INE. https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177018&menu=ultiDatos&idp=1254735576550. En este sentido, es importante mencionar que el INE ha dejado de elaborar esta operación estadística. Según lo dispuesto en el Plan Estadístico Nacional 2021-2024, el Colegio Oficial de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España elaborará esta estadística a partir del primer trimestre de 2021. Se pueden consultar los datos en el Portal Estadístico Registral. https://www.registradores.org/actualidad/portal-estadistico-registral/estadisticas-concursales#portlet_com_liferay_journal_content_web_portlet_JournalContentPortlet_INSTANCE_92PKQIzgTNBS

En respuesta a esta situación los actores del ámbito del Derecho Concursal han comenzado a explorar el apartado de la venta de la unidad productiva como una forma de agilizar procesos y salvar empresas en situación de insolvencia⁵⁹.

Tanto en Madrid como en Barcelona se adoptaron medidas para este fin, inspiradas en modelos como el “*pre-pack administrator*” o el “*silent trustee*” de Holanda e Inglaterra⁶⁰.

En las directrices propuestas por los Juzgados Mercantiles de Barcelona, en materia de Prepack, de 20 de enero de 2021, se parte de la premisa de que en algunos casos la tramitación convencional en sede judicial de estos procesos resulta incompatible con la urgencia requerida para mantener empleos y la preservación de activos empresariales, cuyo valor puede deteriorarse rápidamente tras la declaración de concurso de acreedores.

La esencia del Prepack concursal está en la ejecución de operaciones sobre los activos de una empresa en situación de crisis antes de la apertura formal del procedimiento de declaración de concurso. Esta acción, iniciada por el deudor, se lleva a cabo bajo la supervisión de un experto independiente o administrador en reestructuración designado por el juez competente, quien autoriza e implementa estas operaciones inmediatamente después de la declaración del concurso. La intención es sortear las limitaciones temporales y procedimentales del proceso judicial tradicional, evitando la pérdida irreparable de valor de los activos y puestos de trabajo asociados.

Esta práctica, que ya es observada en países como Holanda (Países Bajos) y el Reino Unido, podría ser beneficiosa para situaciones similares en España, destacando que se alinea con la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva.⁶¹ Esta Directiva busca mejorar la eficiencia de los procedimientos de insolvencia, reduciendo la duración excesiva de los mismos en favor de una mayor recuperación de activos.

⁵⁹ LÓPEZ BARRAU, P., “Pre-pack versus guía de buenas prácticas para la venta de la unidad productiva”, *e-DICTVM*, 2021, núm. 108, de 24 de marzo de 2021. <https://dictumabogados.com/e-dictum-publicaciones-derecho-mercantil/pre-pack-concursal-versus-guia-de-buenas-practicas-para-la-venta-de-la-unidad-productiva/27925/>

⁶⁰ BUFETE GARRIGUES, “Nueva herramienta para el «pre-pack» concursal español: la figura del “*silent administrator*””, en *Publicaciones Garrigues*, 26 de enero de 2021, apdo. I. https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/nueva-herramienta-pre-pack-concursal-espanol-figura-silent-administrator

⁶¹ BOE.es - DOUE-L-2019-81090 Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva... cit.

Las directrices propuestas abarcan diversas fases del proceso:

1. Solicitud Inicial:

- Se establece que el deudor puede comunicar al Juzgado Mercantil la apertura de negociaciones con sus acreedores, indicando la preparación de operaciones sobre los activos de la empresa.
- Se permite al deudor solicitar el nombramiento de un experto independiente o administrador en reestructuración.
- Se detallan documentos que deben acompañar la solicitud, incluyendo justificantes y relaciones con asociaciones y posibles inversores.

2. Fase Preliminar de Operaciones Prepack:

- Se mantiene la confidencialidad de esta fase, si así lo solicita el deudor.
- El experto independiente o administrador designado en esta etapa desempeñará funciones similares a las de la administración concursal una vez declarado el concurso.
- Se especifican funciones del experto, como la asistencia y supervisión al deudor, la familiarización con el negocio, la participación en negociaciones, y la verificación de la regularidad y transparencia en la preparación de operaciones⁶².

3. Fase Judicial de Autorización e Implementación:

- Se establece que, con la solicitud de declaración de concurso, el deudor debe acompañar el informe final del experto independiente y las propuestas finales de implementación de compras vinculantes.⁶³
- Las autorizaciones judiciales de las operaciones de venta preparadas se tramitan por la vía del artículo 530 del TRLC.
- Se detallan los pasos, incluyendo la publicación en el Registro Público concursal, el traslado de las propuestas a acreedores e interesados, y la emisión

⁶² Vid. RÍOS LÓPEZ. Y., “Pre-pack” concursal: una solución ...”, cit., apdo. 4.1. e).

⁶³ En este aspecto, es importante destacar que el referido informe final contendrá una valoración imparcial e independiente en relación con extremos tales como: (a) la publicidad del proceso, (b) la información suministrada a las distintas partes, (c) la existencia de una competencia real, (d) si las ofertas obtenidas se ajustan al precio mínimo que sería de esperar atendidas las circunstancias concretas del caso, (e) si algún ofertante (financiero o industrial) ha concedido fondos a cuenta o crédito para el mantenimiento del negocio como una empresa en funcionamiento y (f) una previsión de la evolución del negocio una vez se abra el procedimiento concursal y en caso de que, eventualmente, no lleguen a implementarse las operaciones de venta contempladas. Vid. BUFETE GARRIGUES, “Nueva herramienta para el “pre-pack”...”, cit., apdo. II.

de un informe por parte de la administración concursal, seguido por la autorización o denegación judicial.

Por lo tanto, las directrices propuestas por los Juzgados Mercantiles de Barcelona ofrecen un marco detallado para la implementación del "Prepack concursal," cubriendo desde la solicitud inicial hasta la fase judicial, con el objetivo de agilizar el proceso y maximizar la transparencia y eficiencia en situaciones de insolvencia empresarial.

3.2. Guía de buenas prácticas procesales de los juzgados mercantiles de Madrid de 22 de enero de 2021

La Guía de buenas prácticas procesales de los Juzgados Mercantiles de Madrid de 22 de enero de 2021⁶⁴, en colaboración con el Colegio de Abogados y el Colegio de Economistas de Madrid, fue divulgada apenas 4 meses después de que las directrices de los juzgados de lo mercantil de Barcelona salieran a la luz.

Aunque tanto las directrices de los jueces de Barcelona como la guía de buenas prácticas de los jueces de Madrid intentan facilitar y hacer que la venta de las unidades productivas sea más rápidas y ágiles, y por lo tanto cabría pensar que se trataría de procesos esencialmente iguales, se puede notar diferencias significativas entre los dos métodos⁶⁵.

Las Directrices de los jueces de Barcelona consideran la posibilidad de que, a solicitud del deudor, el juez del concurso nombre a un experto para supervisar el proceso de presentación de ofertas. Por otro lado, la Guía de los jueces de Madrid no prevé tal nombramiento y permite al deudor llevar a cabo este proceso de presentación de ofertas de manera autónoma. El control sobre la idoneidad y adecuación de la oferta será evaluado por la administración concursal una vez declarado el concurso.

Otra diferencia importante es que la Guía de los jueces de Madrid proponía dos métodos de valoración de las unidades productivas para facilitar al deudor y a los posibles oferentes la determinación del precio, mientras que las Directrices de los jueces de Barcelona no abordan este aspecto y dejan al administrador preconcursal la tarea de valorar la razonabilidad del precio, considerando las circunstancias del caso.

⁶⁴ 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.

⁶⁵ OÑATE, J./PRIETO PÉREZ-LLORCA, C. “¿Un Madrid vs Barcelona en materia de procesos expresos para la venta de unidades productivas?”, en *Diario Expansión*, 17 de mayo de 2021. pág. 1. <https://www.expansion.com/juridico/opinion/2021/05/17/60a18706e5fdeace238b45f2.html>

Estas diferencias se deben a fundamentos distintos. Las Directrices de los jueces de Barcelona se inspiran en medidas preconcursales de la Directiva 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, que aún estaba pendiente de transposición en el momento de su elaboración, mientras que la Guía de los jueces de Madrid busca potenciar el procedimiento actualmente previsto en el artículo 530 del TRLC. Este artículo contempla un procedimiento de tramitación rápida cuando, junto con la solicitud de concurso, se presenta un plan de liquidación que incluye una propuesta vinculante de adquisición de la unidad productiva⁶⁶.

Aunque las Directrices de los jueces de Barcelona recibieran críticas por basarse en una Directiva europea no transpuesta en el momento de la elaboración, la Guía de los jueces de Madrid fue recibida con una actitud más positiva inicialmente.

Es importante destacar que debidos a estas diferencias se puede decir que la guía de buenas prácticas procesales de los juzgados de mercantiles de Madrid no se trata del Prepack en sí, ya que permite que el propio deudor recabe las ofertas de compra de la unidad productiva y no mediante la intervención de un experto independiente, como es el caso del Prepack, por lo que se trataría más bien una forma “similar” que los jueces de Madrid han encontrado para tratar el asunto.

3.3. Protocolo de Prepack concursal de los juzgados mercantiles de Palma de Mallorca, de 6 de mayo de 2021

El objetivo principal del Protocolo Prepack concursal, aprobado por unanimidad en la Junta Sectorial de Jueces de lo Mercantil de Baleares el 28 de abril de 2021, es agilizar la venta de unidades productivas en funcionamiento antes de la declaración de concurso, utilizando la supervisión de un experto independiente designado por el Juzgado de lo Mercantil⁶⁷. Esto pretende garantizar publicidad, transparencia, concurrencia y audiencia a los principales interesados, como acreedores privilegiados, acreedores públicos y trabajadores.

En el contexto económico-empresarial de Baleares, que fue bastante afectado por la paralización económica, especialmente en el sector turístico debido a la pandemia de la COVID-19, el Protocolo Prepack concursal se presenta como una herramienta híbrida

⁶⁶ Vid. OÑATE, J./PRIETO PÉREZ-LLORCA, C., ¿Un Madrid vs Barcelona...”, cit. pág. 1.

⁶⁷ 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.

Preconsursal. Esta puede ser una alternativa poderosa para evitar responsabilidades del administrador social frente a insolvencias inminentes.

En la fase Preconsursal del protocolo se establece el perímetro objetivo de la empresa o unidad productiva a que se va a enajenar, todo ello supervisado por un administrador independiente. La adquisición se concreta una vez abierto el concurso, proporcionando flexibilidad, celeridad y seguridad jurídica en el proceso.

La Junta Sectorial de Jueces de lo Mercantil de Baleares explica que este protocolo Prepack concursal es especialmente útil en situaciones donde una empresa se enfrenta a insolvencia inminente, salida liquidatoria y agotamiento de alternativas de refinanciación. Ya que permite la preparación de una venta urgente de activos como unidad de negocio antes de la declaración del concurso, evitando la pérdida de valor del negocio y preservando los puestos de trabajo.

La supervisión del experto independiente en la fase preconsursal es crucial, permitiendo una venta rápida de la unidad productiva una vez declarado el concurso, conforme al artículo 530 del TRLC. Esta agilidad es esencial para evitar el cierre definitivo del negocio y la pérdida de empleos. La venta bajo el protocolo garantiza el respeto a los principios de publicidad, transparencia y concurrencia, justificando la necesidad de no depender únicamente de los medios ordinarios de venta concursal, que son más lentos y podrían no salvar la unidad productiva en circunstancias específicas.

Las medidas legislativas excepcionales adoptadas para ayudar a las empresas, principalmente cuenta del impacto de la COVID-19 en la economía, incluye la suspensión del deber de presentar el concurso y la extensión de las moratorias. También se destaca la última actualización legislativa en el Real Decreto Ley 5/2021, que introduce medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial.

En el protocolo se argumenta que este mecanismo del Prepack sería coherente con la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva.

Se detallan las líneas de actuación del protocolo Prepack, incluyendo ayudas directas, reestructuración de deuda, recapitalización de empresas y prórroga de moratorias fiscales y concursales. Se aborda la creación de un fondo de recapitalización y se extienden las moratorias para el desencadenamiento automático de procesos concursales.

A pesar de las medidas legislativas, aun así algunas empresas enfrentarán dificultades irreversibles, y por eso se destaca la importancia del Prepack para abordar de una forma eficiente la venta de unidades productivas en crisis.

El protocolo detalla el procedimiento que se debe seguir, así como los Presupuestos para acudir al mecanismo Prepack concursal:

1. Deudor debe estar en insolvencia actual o inminente sin declaración de concurso.
2. Descarte inicial de la viabilidad empresarial sin reestructuración viable.
3. Designación de un experto independiente por el juez competente.

Elaboración de un informe que garantice la publicidad y transparencia en el proceso de venta de la Unidad Productiva.

En la fase preconcursal de las operaciones de Prepack es el momento donde hay:

- La apertura de negociaciones con acreedores.
- El nombramiento del experto independiente.
- El desarrollo de operaciones con carácter reservado.
- Funciones del experto en la preparación de la venta.
- La emisión de informe final en tres meses.

Es importante destacar que la retribución del experto independiente se hace basada en el arancel de derechos de administradores concursales.

Ya en la Fase concursal de autorización e implementación nos encontramos con:

- La solicitud de declaración de concurso con informe final y propuestas de compra.
- Los requisitos para la oferta de adquisición.
- Autorizaciones judiciales bajo el artículo 530 TRLC.
- Traslado de propuestas a acreedores para alegaciones.
- Emisión de informe por la Administración Concursal.
- Dictado de auto autorizando o denegando las operaciones de venta.
- Efectividad de la transmisión con la firma de la escritura de transmisión.

Con respecto a la Notificación y transparencia del procedimiento, se hace la notificación de la sucesión de empresa y se informa a las partes contratantes y contrapartes de los contratos.

Finalmente explican que La Implantación del Protocolo Prepack:

- Favorece la información sobre la comercialización de Unidades Productivas.
- Creación de sistemas de información y publicidad.
- Comunicación a entidades pertinentes sobre las características de la Unidad Productiva.

- Implementación de un sistema de publicidad legal a nivel nacional y con conexión europea para proyectos de venta de Unidades Productivas.

4. Régimen jurídico vigente del Prepack

El Prepack actualmente viene regulado en los arts. 224 ter a 224 septies, que fueron añadidos al TRLC por la LRTRLC. A diferencia de la otra modalidad de enajenación previa a la solicitud del concurso descrita en el art. 224 bis TRLC, donde el deudor es responsable de buscar y seleccionar una propuesta escrita vinculante de un acreedor o tercero, en esta modalidad el deudor solicita al juez que fuera competente para conocer de la declaración del concurso el nombramiento de un experto independiente para obtener ofertas de adquisición de la unidad productiva.

Los arts. 224 ter a 224 septies regulan las particularidades del procedimiento de designación de un experto independiente a solicitud del deudor, con el fin de obtener ofertas de terceros para la adquisición de una o varias unidades productivas de su propiedad. Esta medida busca preparar y anticipar la enajenación de la unidad productiva antes de la declaración de concurso, tratándose así distintivamente de la figura del Prepack, aunque vale recordar que tal nomenclatura no viene expresamente mencionada en ninguno de los artículos.

Esta regulación tiene como objetivo aumentar la eficiencia y reducir la duración del concurso, evitando los inconvenientes legales y económicos que conlleva una declaración previa de concurso y su ulterior tramitación, ya que estos fueron los objetivos establecidos en la Directiva 2019/1023. Además, intenta generar más confianza en la búsqueda de potenciales compradores al involucrar a un tercero independiente que inspire más confianza e imparcialidad en la búsqueda de posibles compradores⁶⁸. Asimismo, busca poner fin a la incertidumbre existente hasta ahora sobre la aplicación de las directrices, protocolos y las guías de buenas prácticas elaborados por algunos juzgados de lo mercantil para facilitar esta práctica, que, aunque no son vinculantes, pueden excederse en su regulación judicial.

Un aspecto importante en la regulación vigente del Prepack es que ésta se aparta notablemente de esas directrices y protocolos judiciales, adoptando un modelo propio que, aunque presenta deficiencias y carencias normativas derivadas principalmente de su

⁶⁸ RUBIO VICENTE, P. J., “Nuevas Reglas de Enajenación de Unidades productivas en el Proyecto de Ley de Reforma del TRLC”, en *Diario La Ley*, 2022, núm. 10108 (12 de Julio 2022) - edición electrónica, pág. 9.

excesiva imprecisión y falta de detalle, puede encontrar inspiración en la Propuesta de Directiva de la UE sobre armonización de ciertos aspectos de la legislación en materia de insolvencia para reducir sus imprecisiones y lagunas.

Lo primero que destaca de esta regulación es la decisión del legislador de su inclusión en una nueva subsección 4ª, en lugar de formar parte de la subsección 3ª, encargada de regular las particularidades de la enajenación de unidades productivas, como sucede con la modalidad de enajenación establecida en el artículo 224 bis del TRLC, a pesar de que las dos subsecciones comparten un contenido similar⁶⁹.

4.1. Los presupuestos subjetivos y objetivos

Los presupuestos para la aplicación del Prepack son amplios, tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo. Desde el punto de vista subjetivo, el art. 224 ter del TRLC permite que cualquier deudor, ya sea persona natural o jurídica y sin importar su actividad, solicite el nombramiento del experto, siempre que sea titular de una o varias unidades productivas. No importa si la actividad está en funcionamiento o ha cesado, pero es fundamental que estas unidades sean económicamente viables para justificar esta modalidad como una solución para garantizar su conservación y evitar la liquidación⁷⁰.

Ya desde el punto de vista objetivo, el mismo artículo aclara que esta solicitud puede presentarse en cualquier grado de insolvencia del deudor, ya sea probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual. Esto resalta la estrecha relación y los objetivos compartidos de esta modalidad con los planes de reestructuración, ya que la enajenación de la unidad productiva puede formar parte del contenido potencial de dichos planes tal como establece el art. 614 TRLC, así como su eficacia adicional como instrumento para la liquidación de activos en el concurso.

4.2. Nombramiento y estatuto jurídico del experto

Se establece en el artículo 224 ter del TRLC que el procedimiento de nombramiento del experto requiere que el deudor presente una solicitud al juzgado competente para la declaración de concurso. A su vez, según lo dispuesto en el artículo 224 sexies.1, se establece que el juez competente para el nombramiento del experto también será competente para la declaración de concurso y que éste, al declarar el

⁶⁹ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “Nuevas Reglas...”, cit., pág. 9.

⁷⁰ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “Nuevas Reglas...”, cit., pág.10.

concurso de acreedores podrá tanto ratificar el nombramiento del experto y hacerlo administrador concursal, como revocar su nombramiento.

Estas disposiciones se basan en la presentación de la solicitud de nombramiento del experto antes de la declaración de concurso. Sin embargo, es importante destacar que no se especifican los requisitos que debe cumplir esta solicitud, lo que genera incertidumbre sobre su contenido y la documentación necesaria. Estas cuestiones deberían ser resueltas por la práctica judicial ya que es poco probable que ocurra una modificación normativa en el presente momento.

Se puede entender que la oferta seleccionada entre todas las recabadas debe presentarse con la solicitud de declaración de concurso, si bien estos artículos no se pronuncian al respecto. En estos casos, la presentación de la solicitud y la oferta coincidirán. Sin embargo, según el art. 224 quinquies TRLC, si el nombramiento del experto no exime al deudor de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia actual, la presentación de la oferta recabada se realizará por separado en un momento posterior⁷¹. Esta diferencia impide asimilar esta figura con la modalidad de enajenación prevista en el artículo 224 bis del TRLC, ya que, en dicho modelo, el deudor tiene que presentar la oferta de compra junto con la solicitud de declaración de concurso.

El experto nombrado puede ser una persona natural o jurídica que cumpla con las condiciones para ser nombrado experto en reestructuraciones o administrador concursal, según el art. 224 quater.1 del TRLC. Si bien el legislador fue demasiado escueto a la hora de describir este procedimiento, sería bueno que hubiera una mayor precisión en la designación de estos y en el procedimiento a seguir para su designación a fin de garantizar la idoneidad del experto para cada actividad específica, ya que la falta de claridad en este aspecto puede generar ambigüedades e inseguridad jurídica a todos los interesados⁷².

En cuanto al procedimiento de designación, surgen dudas sobre si es discrecional o si está sujeto a pautas y criterios específicos. La aceptación del nombramiento por parte del experto es voluntaria, según el art. 224 quater.1 TRLC, lo que coincide con la naturaleza facultativa de la solicitud de nombramiento por parte del deudor. La resolución judicial que acuerda el nombramiento del experto se mantiene reservada según se dispone en el artículo 224 quater.2 del TRLC para evitar influencias negativas en los acreedores

⁷¹ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “Nuevas Reglas...”, cit., pág. 10.

⁷² Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “Nuevas Reglas...”, cit., pág. 11.

y terceros relacionados con el deudor y una posible pérdida de valor de la unidad productiva por el hecho de darse a conocer que el deudor está ante una declaración de concurso inminente. Es importante mencionar que, aunque el nombramiento del experto no es divulgado al público, esto no implica que todo el procedimiento se mantenga reservado, ya que no hay una declaración de confidencialidad de toda la fase de preparación de la operación como ocurría en las Directrices de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona, en su apdo. 2.1, aunque esto sólo sucedía si así se había solicitado⁷³.

Las referencias a la actuación del experto, según lo dispuesto en el artículo 224 ter del TRLC, son bastante escuetas e indeterminadas. Se limita a recabar ofertas de terceros para la adquisición de una o varias unidades productivas del solicitante, sin realizar mayores precisiones al respecto. Sin embargo, las Directrices y Protocolos judiciales elaborados para su aplicación en los juzgados de Barcelona, por ejemplo, atribuyen al experto un papel más activo, detallando un amplio conjunto de funciones durante su intervención. También en el reciente protocolo de los jueces de lo mercantil de Barcelona de diciembre de 2023 y en el art. 22 de la propuesta de directiva de 7 de diciembre de 2022 se detallan el nombramiento y las funciones del experto (que en la propuesta de Directiva recibe el nombre de supervisor).

La duración del encargo del experto y su retribución son aspectos que también carecen de claridad⁷⁴. La duración del encargo se establece por el juez, pero no se especifica un plazo concreto en el art. 224 quater.⁷⁵ Ya respecto a la retribución, el juez la fija atendiendo total o parcialmente al valor de las unidades productivas, sin criterios objetivos específicos. Además, se contempla la posibilidad de condicionar el derecho a percibir la retribución en función del resultado, también sin criterios establecidos al respecto, por lo que cabe pensar que esto atiende a la discrecionalidad del juez.

En cuanto a la responsabilidad del experto, tampoco se establecen reglas específicas en la normativa, lo que podría generar incertidumbre. Por lo que sería conveniente disponer de reglas claras al respecto o remitirse a las reglas establecidas para

⁷³ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “Nuevas Reglas...”, cit., pág.12.

⁷⁴ En este aspecto, el Protocolo de los Juzgados de Barcelona remitía la cuestión de la retribución del experto a las normas que permiten el cálculo de los honorarios correspondientes a la administración concursal durante la fase de liquidación, atendidas las mensualidades en las que efectivamente desarrolle sus funciones, de conformidad con el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre. Vid. RÍOS LÓPEZ, Y., “Pre-pack” concursal: una solución ...”, cit., apdo. 4.1. d).

⁷⁵ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “Nuevas Reglas...”, cit., pág.12.

la administración concursal. El art. 31 de la propuesta de directiva, de 7 de diciembre de 2022, exige que los Estados miembros establezcan medidas para que el experto sea responsable del incumplimiento de sus obligaciones y de los daños causado al deudor y a los acreedores en su actuación.

La eventual conversión del experto en administrador concursal en la declaración de concurso del deudor también plantea controversias. Aunque la normativa permite esta conversión, no se establecen criterios o requisitos claros al respecto, lo que genera inseguridad jurídica, por lo que también se debería revisar esta disposición para fijar límites objetivos que impidan la conversión de manera discrecional.

La regulación del nombramiento y estatuto jurídico del experto en el TRLC carece de claridad y precisión en varios aspectos, lo que genera incertidumbre y puede afectar a la seguridad jurídica de los interesados, por lo que sería necesario revisar y mejorar estas disposiciones para proporcionar un marco normativo más claro y coherente.

4.3. Contenido de las ofertas recabadas

El papel asignado al experto en el TRLC se limita a obtener ofertas de terceros para la adquisición, con pago al contado, de una o varias unidades productivas propiedad del solicitante, incluso si han cesado en su actividad (art. 224 ter TRLC). Sin embargo, las referencias a estas ofertas y su contenido son ambiguas y debatibles⁷⁶.

En primer lugar, se destaca la restricción en los posibles oferentes, contraria a la amplitud del artículo 224 bis del TRLC, que menciona expresamente propuestas de acreedores o terceros. Aunque se hable solo de ofertas de terceros, ello no excluye la presentación de ofertas por parte de los acreedores, ya que el término "terceros" se utiliza genéricamente para cualquier interesado en la adquisición. Además, no se prohíben las ofertas de personas vinculadas al deudor, aunque tampoco se mencionan explícitamente. Esta ausencia de distinción por la modalidad de enajenación elegida debería ser aclarada para proporcionar coherencia normativa.

Se establece que quien presente la oferta no puede actuar en nombre del deudor, garantizando así la independencia y evitando actos fraudulentos en complicidad con el deudor. No obstante, esta restricción debería ser una norma general aplicable a todas las operaciones de enajenación y no solamente en esta modalidad utilizada.

⁷⁶ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., "Nuevas Reglas...", cit., págs.12-13.

El art. 224 ter exige que las ofertas sean de pago al contado, excluyendo las ofertas con pago aplazado, lo cual no parece justificado y resulta inconsistente con otras disposiciones que permiten diversas modalidades de pago (art. 218 TRLC). Esta diferencia de trato entre procedimientos es infundada y no tiene mucho sentido, ya que, aunque el pago fuese hecho a plazos se estaría consiguiendo el objetivo principal del Prepack⁷⁷.

Además, se requiere que el oferente se comprometa a mantener o reiniciar la actividad con las unidades productivas durante al menos dos años, un plazo menor que el establecido para otros procedimientos, como sucede en el art. 224 bis.1 TRLC⁷⁸. Esta diferencia de plazos no parece tener una justificación plausible y necesita ser homogeneizada con los demás procedimientos para evitar confusiones y garantizar una normativa coherente.

VI. PARTICULARIDADES DEL PREPACK EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LAS MICROEMPRESAS

El procedimiento especial para la enajenación de la unidad productiva de las microempresas fue introducido por la LRTRLC en el nuevo Libro III en los arts. 685 a 720, reemplazando al concurso de acreedores y al precurso (planes de reestructuración) para este tipo de entidades. Está destinado a deudores, tanto personas físicas como jurídicas, que cumplan con la condición de microempresas.

La motivación detrás de este procedimiento especial, según lo expuesto en la justificación de la LRTRLC, es reducir los costes asociados, simplificar los trámites y crear un proceso único que combine los elementos del concurso y los planes de reestructuración, adaptándose mejor a las necesidades de las microempresas.

Este procedimiento tiene alcance universal, lo que significa que afecta a todos los bienes y derechos que conforman el patrimonio del deudor (salvo aquellos específicamente excluidos por ley) y a todos sus acreedores, independientemente del origen o la naturaleza de la deuda.

⁷⁷ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “Nuevas Reglas...”, cit., pág.13.

⁷⁸ En este aspecto el Magistrado Paredes cree que el compromiso de continuidad aporta pero complica mucho, y que podría tener el efecto inverso al pretendido, teniendo en cuenta que en sus años de magistratura se ha fijado que la mayoría de los compradores raramente opta por la subrogación total, por lo que la obligatoriedad de continuación se convertiría en un obstáculo para la enajenación de la unidad productiva. PAREDES, A. M., “Enmiendas al PRLC (I): la unidad productiva y el compromiso de continuidad”, en *Diario La Ley*, 2022, núm. 10063 (6 de mayo de 2022), pág. 2.

La ley establece que el procedimiento especial puede iniciarse por solicitud del deudor, un acreedor o un accionista personalmente responsable de las deudas sociales. Si la solicitud la realiza el deudor, puede hacerlo tanto en casos de insolvencia inminente o actual como cuando solo hay una probabilidad de insolvencia. Esto se justifica en que los planes de continuidad son más exitosos cuando se adoptan tempranamente.

El procedimiento especial de microempresas se puede dividir esencialmente en dos modalidades o clases, el procedimiento de continuación y el procedimiento de liquidación, aunque vale recordar que, si un 85 % de los créditos perteneciesen a acreedores públicos, el procedimiento especial sólo podrá tramitarse como procedimiento de liquidación⁷⁹.

Con respecto al procedimiento de continuación contenido los arts. 697 a 704 del TRLC, éste mantener la propiedad de una empresa sin cambios significativos mediante la aprobación de un "plan de continuación" que asegure su viabilidad a corto y mediano plazo. Este plan puede afectar a todo tipo de créditos y permite medidas de reestructuración como quitas y conversiones de deudas.

Sin embargo, hay excepciones importantes, como ciertos créditos que no pueden ser incluidos en el plan, como los alimentarios y algunos créditos laborales y públicos. La participación en estos acuerdos puede ser desincentivada por las limitaciones en las medidas de reestructuración para los créditos de derecho público.

El proceso de votación para aprobar el procedimiento de continuación es más ágil que en los planes de reestructuración, requiriendo el consentimiento expreso del deudor y de los socios responsables (art. 698.1 TRLC), aunque si un acreedor no vota, se considera como un voto a favor del plan de continuación (art. 698.4.º TRLC). La aprobación del plan de continuación puede resultar en una homologación tácita, excepto en ciertos casos, como cuando la aprobación se basa en el silencio positivo de los acreedores o cuando hay créditos de acreedores públicos involucrados⁸⁰.

El art 691 bis TRLC señala que el deudor debe comunicar la solicitud del procedimiento a la Tesorería General de la Seguridad Social y a la Agencia Estatal de

⁷⁹ FERNÁNDEZ, J. R., "El procedimiento especial para microempresas de la Ley Concursal", en el *Blog de J. Raúl Fernández*. Abogado, 25 de mayo de 2023. <https://www.jraulfernandez.es/el-procedimiento-especial-para-microempresas-de-la-ley-concursal/>

⁸⁰ CAAMAÑO RODRÍGUEZ, F. J., "El nuevo procedimiento especial para microempresas", en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2022, núm. 58 (enero-abril), págs. 223-225. <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/8163/documento/art11.pdf?id=13108&forceDownload=true>

Administración para evitar exclusiones de medidas de reestructuración respecto a créditos públicos.

Si el deudor no cumple con sus obligaciones tributarias o frente a la seguridad social después del procedimiento, se termina el plan de continuación y se inicia la fase de liquidación, según se dispone en el art. 699 ter TRLC.

1. Procedimiento de liquidación

En lo que se refiere a la unidad productiva, ésta también se puede enajenar dentro del procedimiento especial que se ha arbitrado para las microempresas. La enajenación de la unidad productiva en este procedimiento generalmente ocurre en el procedimiento especial de liquidación, el cual presenta algunas particularidades en su régimen jurídico contenidas en el art. 710 TRLC.

La apertura del procedimiento especial de liquidación viene regulada en los arts. 705 a 720 del TRLC y ocurre cuando se haya solicitado por el propio deudor o por un acreedor, también cuando no se haya aprobado, homologado o incumplido el plan de continuación, siempre y cuando en estos tres casos el deudor se encuentre en insolvencia actual. En todo caso, se procederá a la apertura del procedimiento especial de liquidación cuando el deudor no se encuentre al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social, siempre que su devengo sea posterior al auto de apertura del procedimiento especial según el art. 699 quater.

En el caso de apertura del procedimiento especial de liquidación, se abre la posibilidad tanto de llevar a cabo la enajenación con la transmisión de la empresa en funcionamiento como sin ella. Esta flexibilidad permite adaptar la estrategia de enajenación a las circunstancias específicas de cada caso.

El procedimiento especial de liquidación puede realizarse con o sin la transmisión de la empresa en funcionamiento, lo que podría decirse que se trata de dos modalidades distintas. El artículo 707.3 TRLC establece que el plan de liquidación, elaborado por el deudor o el administrador concursal, debe prever, siempre que sea posible, la enajenación unitaria del establecimiento o del conjunto de unidades productivas de la masa activa⁸¹.

Una de las particularidades del procedimiento especial de liquidación se encuentra en el art 710.2 TRLC, donde hay la posibilidad de presentar una oferta de adquisición de la empresa o de la unidad productiva junto con la solicitud de procedimiento especial de

⁸¹ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “Nuevas Reglas...”, cit., pág. 13.

liquidación, siguiendo las reglas establecidas en los artículos 224 bis a 224 quater del TRLC⁸². Esta disposición permite a los acreedores o a terceros interesados presentar propuestas concretas de adquisición desde el inicio del proceso concursal, lo que puede agilizar la búsqueda de soluciones viables y minimizar el tiempo de inactividad de la empresa.

Una diferencia notable del procedimiento especial de liquidación con respecto a las reglas generales del Prepack es que en el art. 710.1.1.º se exige que la enajenación de la unidad productiva de la microempresa sea hecha a través de la venta directa en lugar de por subasta. Asimismo, en el art. 710.1.3ª se establece ciertas especialidades en el proceso de venta directa, dando la preferencia a esta modalidad por encima de la subasta electrónica. La venta directa se somete a principios de concurrencia y transparencia para favorecer la presentación de ofertas y la selección de la más ventajosa, como se describe en el art. 710.1.2º TRLC.

Además, el precio acordado de la venta, que es determinado por la valoración realizada por el administrador concursal o un experto designado para tal fin, se notificará a los acreedores y se publicará en el Registro Público Concursal, garantizando así la máxima difusión y transparencia en el proceso⁸³.

En los casos en que no sea posible llevar a cabo la venta directa, se recurre a la subasta electrónica como método alternativo de enajenación⁸⁴. Sin embargo, el art. 710.1.4ª establece un límite mínimo para el precio de adjudicación, que no podrá ser inferior a la suma del valor de los bienes y derechos incluidos en el inventario. Esta medida tiene como objetivo evitar la devaluación de la unidad productiva y garantizar su continuidad en manos de un comprador solvente y comprometido, aunque puede dificultar la enajenación⁸⁵.

Se prevé la aplicación de la regla de preferencia en el proceso de selección de ofertas, tanto en casos de subasta como en venta directa. Esta regla, prevista en el art. 229 TRLC, ya descrita anteriormente en la sección IV, apdo. 2, del presente trabajo, permite

⁸² Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “Nuevas Reglas...”, cit., pág. 13.

⁸³ Portal de Liquidaciones Concursales y Venta de Unidades Productivas. <https://www.publicidadconcursal.es/liquidaciones>

⁸⁴ Aunque el art. 710.1.3ª no especifica el tipo de subasta que se debe aplicar, el profesor Rubio Vicente aclara que debe entenderse que sería también la electrónica, en atención a la declaración de aplicación supletoria a este procedimiento de lo establecido en los libros primero y segundo realizada en el artículo 689.1 del TRLC. Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “La transmisión...”, cit., pág. 30.

⁸⁵ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “Nuevas Reglas...”, cit., pág. 14.

al juez adjudicar la unidad productiva al oferente cuya oferta no difiera en más del quince por ciento de la oferta superior, siempre que garantice en mayor medida la continuidad de la empresa y la satisfacción de los créditos de los acreedores. Esto asegura que la elección del comprador se base en criterios de viabilidad empresarial y protección de los intereses de todas las partes involucradas.

En caso de recibir múltiples ofertas en este procedimiento especial, que difieran objetivamente en relación con las circunstancias mencionadas, el art. 710.1.5.^a del TRLC establece que el deudor o la administración concursal, deben presentar al juez un informe con una propuesta de resolución para que este pueda decidir conforme a la regla de preferencia. La amplitud de los términos de esta disposición sugiere que esta regla también se aplica cuando hay competencia de ofertas en una venta directa, no exclusivamente en caso de subasta. Además, parece necesario que el deudor o la administración concursal soliciten la aplicación de esta regla mediante la presentación de un informe con una propuesta de resolución en ese sentido. Sin embargo, el texto no especifica los efectos de este informe en la decisión judicial ni las consecuencias de su ausencia⁸⁶.

Otra cuestión llamativa en el procedimiento especial de liquidación es el hecho de que en el art. 710.2 se reconoce también la posibilidad de que el deudor presente una oferta de compra que la ha buscar él mismo (art. 224 bis), o también seguir el régimen del Prepack, solicitando el nombramiento de un experto para recabar ofertas de adquisición, siguiendo las reglas de los arts. 224 ter a 224 quater.

Sin embargo, es importante destacar que el art. 710.2 excluye de la remisión ciertas disposiciones aplicables en otros contextos concursales, como el deber de solicitar el concurso del art. 224 quinquies o las especialidades del concurso posterior del art. 224 sexies. Esta decisión se justifica en la naturaleza especializada de este procedimiento, donde el nombramiento del administrador concursal es facultativo y no obligatorio, lo que diferencia este enfoque de otras modalidades concursales convencionales.

El art. 710.2 hace remisión expresa de todas sus disposiciones sin realizar excepciones a los art. 224 bis a 224 quater. El problema reside en que no se hace referencia a la posibilidad de aplicar el art. 224 septies del TRLC, que impone al adquirente la obligación de continuar o reanudar la actividad económica de la unidad o unidades productivas objeto de la oferta por un período mínimo de dos años. Esto sería

⁸⁶ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “Nuevas Reglas...”, cit., pág. 15.

una peculiaridad ya que sin la aplicación del art 224 septies en el procedimiento especial de liquidación, el adquirente no tendría dicha obligación de continuar la actividad económica en caso de que opte por el Prepack⁸⁷. En cambio, el adquirente sí que estaría obligado a hacerlo durante 3 años, en el caso de que se remita al art. 224 bis, donde el deudor presenta la solicitud con la oferta que se ha buscado él mismo. Esta discrepancia no tiene un motivo aparente y parece injustificada, lo que sugiere una posible falta de atención por parte del legislador al seleccionar los preceptos excluidos de la remisión normativa relacionada con el concurso de acreedores⁸⁸.

VII. PROPUESTA DE DIRECTIVA UE, DE 7 DE DICIEMBRE DE 2022

1. Objetivos

La Propuesta de Directiva de la UE, de 7 de diciembre de 2022, *relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia*, busca armonizar la legislación de insolvencia en España con el objetivo de mejorar el funcionamiento del mercado interior y eliminar obstáculos a las libertades fundamentales, como la libre circulación de capitales y el establecimiento. Se destaca que las disparidades entre las normativas y procedimientos nacionales de insolvencia en los Estados miembros dificultan la inversión transfronteriza y afectan al mercado interior y a las transacciones con terceros países.

La integración del mercado interior en la legislación de insolvencia es crucial para mejorar los mercados de capitales en la UE y facilitar el acceso a la financiación empresarial. Por lo tanto, se proponen requisitos mínimos en ciertas áreas de los procedimientos nacionales de insolvencia que afecten significativamente a su eficiencia y duración, especialmente en casos transfronterizos.

Se enfatiza la necesidad de proteger los intereses de los acreedores mediante la inclusión de disposiciones para anular actos perjudiciales antes del inicio del procedimiento de insolvencia, así como para proteger la financiación proporcionada durante intentos de reestructuración.

La propuesta también busca mejorar las capacidades de los administradores concursales para identificar y rastrear activos, asegurando acceso eficiente a información relevante y respetando normativas de protección de datos.

⁸⁷ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “Nuevas Reglas...”, cit., pág. 14.

⁸⁸ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “Nuevas Reglas...”, cit., pág. 15.

Se sugiere la venta de empresas en funcionamiento en lugar de la liquidación fragmentaria de activos durante los procedimientos de insolvencia, promoviendo la utilización de un procedimiento de Prepack para preparar la venta antes del inicio formal del procedimiento de insolvencia.

Para las microempresas, se propone la implementación de procedimientos de liquidación simplificados, supervisados por una autoridad competente, que sean rápidos, simples y asequibles. Se permite que el deudor mantenga el control de sus activos en estos procedimientos, con la suspensión temporal de ejecuciones singulares para preservar el valor de la masa del concurso.

Además, se fomenta la constitución de comités de acreedores para una mayor participación en los procedimientos, y se destaca la importancia de proporcionar información estandarizada sobre procedimientos de insolvencia para garantizar transparencia y facilitar la evaluación por parte de los inversores.

2. Especificidades de la propuesta de directiva sobre el Prepack

La normativa sobre el Prepack se encuentra en el Título IV de la propuesta de directiva, que abarca desde los artículos 19 hasta el 35, ambos incluidos, aunque en los títulos V y VI también abordan temas pertinentes al Prepack como es la obligación de solicitar la declaración de concurso de acreedores y la responsabilidad civil de estos, y la liquidación de microempresas insolventes respectivamente.

La propuesta de directiva pretende dividir el Prepack en dos fases distintas, la de preparación y la de liquidación (art. 19.1), aunque deja que cada estado rija según su procedimiento de liquidación en otros aspectos, siempre que sea compatible con el derecho de la UE.

El art. 20 establece la relación del Prepack con Otros Actos Jurídicos de la Unión:

1. La fase de liquidación se considerará un procedimiento de insolvencia según el Reglamento (UE) 2015/848⁸⁹.
2. Para los fines de la Directiva 2001/23/CE⁹⁰ del Consejo, la fase de liquidación se considerará un procedimiento de quiebra o insolvencia.

⁸⁹ BOE.es - REGLAMENTO (UE) 2015/848 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido). <https://www.boe.es/doue/2015/141/L00019-00072.pdf>

⁹⁰ BOE.es - DOUE-L-2001-80646 Directiva 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 derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2001-80646>

Ya en el art. 21 dice que el órgano jurisdiccional competente en el procedimiento de Prepack tendrá competencia exclusiva sobre cuestiones relacionadas con la venta de la empresa del deudor o parte de ella y sus efectos sobre las deudas y pasivos.

Hay que destacar que en esta propuesta de directiva se utiliza la nomenclatura supervisor y no experto como se utiliza en el TRLC⁹¹. Y en la fase de preparación, el art. 22 nos expone los deberes del supervisor:

- a) Documentar cada etapa del proceso de venta y proporcionar informes sobre ellas.
- b) Justificar por qué considera que el proceso de venta es competitivo, transparente y equitativo, cumpliendo con las normas del mercado.
- c) Recomendar al mejor postor como adquirente del Prepack, de acuerdo con el artículo 30 de la directiva.
- d) Indicar si considera que la mejor oferta no viola de manera evidente el criterio de la prueba del interés superior de los acreedores.

En este aspecto, habrá que ver si corresponde estas funciones con las que dice la normativa vigente del experto en el TRLC, ya que el art 224 ter sólo alude al “nombramiento del experto para recabar ofertas”, por lo que genera dudas de si él es el que va a buscar el potencial comprador, ya que esta es la impresión que da.

Sin embargo, la propuesta de directiva no dice esto, pues sólo habla de un supervisor, ni siquiera utiliza la palabra experto, o sea, el supervisor sería una persona que va a verificar el procedimiento, por lo que según la propuesta de directiva el deudor es el que va a buscar la oferta, pero tendrá que someterla a la “inspección” del supervisor, para verificar si la oferta sigue las reglas de transparencia y concurrencia. Además, cuando el sujeto presente una o varias ofertas, el supervisor le va a recomendar cuál es el mejor oferente, por lo que la normativa española vigente tendrá que ser modificada en este aspecto⁹².

Se aclara que todas las acciones del supervisor deben realizarse por escrito y se pondrán a disposición de todas las partes interesadas en la fase de preparación en formato digital y de manera oportuna.

Los Estados miembros asegurarán que sólo las personas que cumplan con los criterios de admisibilidad para los administradores concursales y que puedan ser

⁹¹ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “La transmisión...”, cit. pág. 34.

⁹² Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “La transmisión...”, cit. pág. 24.

designadas como tales en la fase de liquidación posterior sean designadas como supervisores, según lo previsto en el art 22.3. No obstante, no se especifican cuáles son esos criterios de admisibilidad necesarios para convertirse en supervisor.

Otra diferencia por tanto entre la propuesta de directiva y la normativa vigente del Prepack en el TRLC es que, mientras que la propuesta de directiva exige que el supervisor sea un sujeto que reúna las características de un administrador concursal, el art. 224.1 quater TRLC permite que se nombre tanto una persona que reúna las condiciones de ser administrador concursal, como un experto en reestructuraciones, aunque no se aclara el motivo de que exista esta doble opción⁹³. Por lo que se tendrá que hacer modificaciones a este respecto para adecuar la normativa española en el caso de que la propuesta de directiva salga a la luz.

En este sentido, es interesante mencionar que el art. 224 sexies.2 TRLC especifica que cuando se declare el concurso de acreedores, el juez puede confirmar o revocar el nombramiento del experto, y si lo confirma, éste se convertirá en administrador concursal, mientras que la propuesta de directiva en su art. 22.3.b) especifica que uno de los requisitos para que una persona sea declarada supervisor es que pueda ser nombrado administrador concursal en la fase de liquidación posterior, y en el art. 25 confirma que en la apertura de la fase de liquidación el supervisor será nombrado administrador concursal, sin ni siquiera prever una excepción de existencia de una justa causa en contra, lo que parece algo excesivo de la propuesta de directiva⁹⁴.

Durante la fase de preparación, el deudor mantendrá el control sobre sus activos y la gestión diaria de la empresa.

Otro aspecto destacable es el hecho de que la propuesta de directiva no hace mención respecto a la duración de la actividad del supervisor, mientras que el art. 224 quater.2 establece que la duración del trabajo del experto la fijará el juez.

Con respecto a la remuneración del supervisor, la propuesta de directiva solamente dice que esta será pagada por el deudor si no hay una fase de liquidación posterior, y por la masa del concurso como gasto administrativo preferente si hay una fase de liquidación posterior, aunque no se pronuncia acerca de cómo determinar la cuantía de la remuneración del supervisor, mientras que en el art. 224 quater.2 aclara que la retribución

⁹³ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “La transmisión...”, cit., págs. 24, 42-43.

⁹⁴ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “La transmisión...” cit., pág. 47.

del experto la va a fijar el juez, atendiendo al valor de la unidad productiva e incluso puede que ésta se haga depender del resultado, total o parcialmente⁹⁵.

En este aspecto, el art 224 sexies.3 TRLC dice expresamente que la remuneración no percibida por el experto será considerada como crédito contra la masa, mientras que en la propuesta de directiva en su art 22.5, dice que la remuneración del experto tendrá la condición de gasto administrativo preferente, que es una especie de crédito contra la masa, aunque no lo diga expresamente⁹⁶.

Según el art. 23, los Estados miembros garantizarán que, durante la fase de preparación, si el deudor está en una situación de insolvencia inminente o es insolvente según la ley nacional del Estado miembro, pueda beneficiarse de una suspensión de las ejecuciones singulares de acuerdo con la Directiva (UE) 2019/1023 para facilitar el proceso de Prepack. El supervisor será consultado antes de tomar una decisión sobre la suspensión de las ejecuciones singulares.

Asimismo, el art. 24 señala que los Estados miembros garantizarán que el proceso de venta durante la fase de preparación sea competitivo, transparente y equitativo, cumpliendo con las normas del mercado⁹⁷. Si el proceso de venta produce una sola oferta vinculante, ésta se considerará el precio de mercado de la empresa. En este caso, la propuesta de directiva no hace referencia a la regla de la preferencia como la que encontramos en nuestra legislación actual, lo que deja margen para dudas sobre su aplicación. Además, los Estados miembros sólo podrán apartarse de estos principios si el juez organiza una subasta pública durante la fase de liquidación de acuerdo con el art.26. En este caso, no se aplicará el art. 22, párrafo 2, letra b).

Ya el capítulo 3 de la propuesta de directiva habla de la fase de Liquidación, y que cuando ésta se abra, el juez designará al supervisor como administrador concursal, por lo que en este caso ya no es una designación facultativa y opcional como en la normativa vigente establecida en el art 224 quater.1 TRLC, sino que la propuesta de directiva da a entender que es un nombramiento obligatorio⁹⁸.

Durante la fase de liquidación, el juez autorizará la venta de la empresa del deudor al adquirente propuesto por el supervisor, siempre que el proceso de venta durante la fase

⁹⁵ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “La transmisión...”, cit., págs. 25 y 36.

⁹⁶ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “La transmisión...”, cit., pág. 45.

⁹⁷ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “La transmisión...”, cit. pág. 34.

⁹⁸ Vid. 2022/0408 COD - Propuesta de DIRECTIVA ... cit. pág. 51.

de preparación haya cumplido con los requisitos establecidos en los artículos 22 y 24. Si no se cumplen estos requisitos, el juez no autorizará la venta y continuará con el procedimiento de insolvencia⁹⁹.

Si se hace la subasta pública según el art. 24, párrafo 3, ésta no podrá durar más de cuatro semanas y comenzará dentro de las dos semanas posteriores al inicio de la fase de liquidación. La oferta seleccionada por el supervisor se utilizará como oferta inicial en la subasta pública.

Además, se tendrá que establecer protecciones para el licitador inicial en la fase de preparación, como el reembolso de gastos, para asegurar la participación de las partes interesadas en la fase de liquidación.

Los contratos vigentes necesarios para la continuidad de la empresa del deudor serán cedidos al adquirente, sin requerir el consentimiento de la contraparte del deudor. Sin embargo, esta disposición no se aplicará si el adquirente es un competidor de la contraparte. Este art. 27 de la propuesta de directiva es una disposición mucho más clara en relación al Prepack que la del art. 224.1.3º TRLC¹⁰⁰.

El juez podrá resolver contratos vigentes si beneficia a la empresa del deudor o si el contrato contiene obligaciones de servicio público y el adquirente no cumple con los requisitos para prestar dichos servicios.

El art. 28 dispone que el adquirente adquiere la empresa del deudor libre de deudas y pasivos, a menos que el adquirente acuerde expresamente asumirlos.

Los recursos contra las decisiones del juez sobre la venta de la empresa del deudor sólo tendrán efectos suspensivos si el recurrente proporciona una garantía adecuada para cubrir posibles daños causados por la suspensión. El juez tendrá la facultad discrecional de eximir total o parcialmente a una persona física recurrente de la constitución de una garantía si lo considera adecuado según las circunstancias del caso.

En el capítulo 4 encontramos las disposiciones que son aplicables a ambas fases del procedimiento de Prepack¹⁰¹:

Los criterios para seleccionar la mejor oferta en el procedimiento de Prepack serán los mismos que los utilizados para seleccionar entre ofertas competidoras en los procedimientos de liquidación.

⁹⁹ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “La transmisión...”, cit., págs. 25 y 44.

¹⁰⁰ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “La transmisión...”, cit. pág. 6 y 33.

¹⁰¹ Vid. 2022/0408 COD - Propuesta de DIRECTIVA ... cit. pág. 53.

Se establece en el art. 31 la responsabilidad civil del supervisor y del administrador concursal por cualquier incumplimiento de sus obligaciones que cause daños a los acreedores y terceros afectados por el procedimiento de Prepack, lo que es una novedad en relación a la normativa vigente del Prepack en el TRLC, ya que no hace mención alguna sobre la responsabilidad civil del experto, aunque los jueces de lo mercantil ya lo preveían en sus guías de buenas prácticas y protocolos sobre el Prepack, articulando la responsabilidad de experto igual que la del administrador concursal¹⁰².

Se permitirá que las partes estrechamente vinculadas al deudor adquieran la empresa del deudor (art. 32), siempre que se cumplan ciertas condiciones, como la declaración oportuna de su relación con el deudor, la divulgación adecuada a otras partes interesadas y la concesión de tiempo suficiente para que las partes no vinculadas presenten ofertas. Se introducirán salvaguardias adicionales si la oferta de una parte estrechamente vinculada es la única existente, incluyendo la obligación de que el supervisor y el administrador concursal rechacen la oferta si no beneficia el interés superior de los acreedores¹⁰³.

Se tomarán medidas para obtener financiación provisional al menor costo posible y que los proveedores de esta financiación tengan derecho a recibir pagos prioritarios en los procedimientos de insolvencia posteriores. No se concederán derechos preferentes a los licitadores, y cualquier garantía sobre los ingresos de la venta solo permitirá a los acreedores compensar sus créditos en la oferta si el valor de estos créditos es significativamente inferior al valor de mercado de la empresa.

Estas disposiciones buscan garantizar un proceso de Prepack equitativo y transparente que proteja los intereses de todas las partes involucradas en el procedimiento de insolvencia.

La propuesta de directiva también exige que los Estados miembros garanticen que tanto los acreedores como los poseedores de participaciones en la empresa del deudor tengan el derecho a ser escuchados por el juez antes de autorizar o ejecutar la venta de la empresa del deudor o parte de ella¹⁰⁴. Se establecerán normas detalladas para asegurar la efectividad de este derecho. Sin embargo, los Estados miembros podrán excluir por ley el derecho a ser escuchados a: aquellos acreedores o poseedores de participaciones que

¹⁰² Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “La transmisión...”, cit., págs. 45-46.

¹⁰³ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “La transmisión...”, cit., pág. 15.

¹⁰⁴ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “La transmisión...”, cit., pág. 44.

no recibirían ningún pago o mantendrían un interés según el orden normal de prelación de la liquidación conforme a la legislación nacional; y a los acreedores de contratos vigentes cuyos créditos contra el deudor hayan surgido antes de la autorización de la venta de la empresa del deudor o parte de la misma y se prevea que deben pagarse completamente de acuerdo con las condiciones de la oferta Prepack.

Se prevé que las garantías se liberen en los procedimientos de Prepack según los mismos requisitos que en los procedimientos de liquidación. Además, según el art. 34.4 los Estados miembros podrán dispensar el consentimiento de los titulares de créditos garantizados para la liberación de las garantías en los procedimientos de liquidación, siempre que las garantías estén relacionadas con activos necesarios para la continuación de la gestión diaria de la empresa del deudor y se cumpla una de estas condiciones:

- a) Los acreedores de créditos garantizados no demuestren que la oferta Prepack no supera la prueba del interés superior de los acreedores
- b) los acreedores de créditos garantizados no hayan presentado una oferta de adquisición vinculante alternativa que permita a la masa del concurso obtener una mejor recuperación que la oferta Prepack propuesta.

Se garantizará que cuando exista un riesgo significativo de retraso debido a un procedimiento basado en el Derecho de la Competencia o a una resolución negativa de una autoridad de competencia en relación con una oferta durante la fase de preparación, el supervisor facilite la presentación de ofertas alternativas. El supervisor podrá recibir información sobre los procedimientos aplicables del Derecho de la Competencia y sus resultados que puedan afectar al calendario o al resultado satisfactorio de la oferta, mediante la divulgación de información por parte de los licitadores o la concesión de una exención de intercambio de información con las autoridades de competencia, sujeto a un deber de confidencialidad.

Asimismo, cuando una oferta implique un riesgo significativo de retraso, ésta podría no tenerse en cuenta si no es la única oferta existente y el retraso perjudica a la empresa del deudor o a una parte de ella.

VIII. CONCLUSIONES

PRIMERA

La unidad productiva se define como un conjunto organizado de recursos para realizar una actividad económica, esencial o no, destacando su capacidad para funcionar autónomamente y ser susceptible de enajenación. La enajenación de la unidad productiva facilita la continuidad de la actividad, maximiza los activos y reduce la incertidumbre del proceso, lo que beneficia a acreedores y partes involucradas y al interés general, al evitar la destrucción de tejido empresarial y empleo. Además, esta estrategia puede contribuir a la viabilidad a largo plazo de la empresa.

SEGUNDA

El proceso de enajenación de una unidad productiva puede ocurrir en diferentes etapas del concurso de acreedores: durante la fase común del concurso, a través de propuestas de convenio de asunción, en la fase de liquidación o incluso en fases preconcursales como parte de planes de reestructuración. Existe, además, un procedimiento específico para la venta de la unidad productiva en fase preconcursal, el Prepack, en el que se involucra la intervención de un experto independiente para recabar ofertas de compra, anticipando así la preparación de la enajenación de la unidad productiva.

TERCERA

Las reglas especiales en relación con la enajenación de unidades productivas abarcan aspectos como los métodos de enajenación preferentes, como la subasta electrónica, y alternativos, como la enajenación directa o mediante persona o entidad especializada. Además de la regla de preferencia, que permite al juez adjudicar la subasta a un oferente que no sea el de la oferta más alta, bajo ciertas condiciones. Asimismo, se detallan los efectos sobre contratos y créditos pendientes de pago derivados de la enajenación de la unidad productiva.

CUARTA

En relación con los procedimientos de preparación para la enajenación de una unidad productiva, se destaca la interacción entre el art. 224 bis y el Prepack (art. 224 ter a 224 septies). El art. 224 bis establece un procedimiento donde el deudor presenta una oferta vinculante de compra de la unidad productiva junto con la solicitud de concurso,

sometiéndola a un proceso transparente y competitivo para asegurar la obtención de la mejor oferta. Por otro lado, el Prepack implica la designación de un experto por parte del juez para buscar una oferta de compra. La relación entre estos procedimientos genera cierta ambigüedad, ya que surge la pregunta sobre si una oferta obtenida mediante el Prepack debe también someterse al proceso del art. 224 bis. La interpretación de la normativa, en concordancia con la propuesta de directiva de la UE, de 7 de diciembre de 2022, sugiere que, si el Prepack cumple con los criterios de transparencia y concurrencia, la oferta obtenida no necesitaría pasar por el proceso del art. 224 bis. Sin embargo, si el Prepack no cumple con estos requisitos, la propuesta de directiva indica que se debería recurrir al proceso del art. 224 bis mediante una subasta. En conclusión, los procedimientos establecidos en los arts. 224 bis y 224 ter son independientes, salvo en el caso específico donde el Prepack no cumpla con las normas de transparencia y concurrencia, lo que obligaría a aplicar las disposiciones del art. 224 bis para asegurar un proceso equitativo y competitivo de enajenación de la unidad productiva.

QUINTA

El concepto de Prepack implica la preparación y negociación anticipada de un “plan pre empaquetado” de enajenación de la unidad productiva antes de la declaración del concurso de acreedores. Originado en la cultura anglosajona, el Prepack permite anticipar la enajenación de la unidad productiva y “rescatar” aquellas partes del negocio que aún son viables económicamente mediante la rápida venta de activos a un comprador preseleccionado. El Prepack ha ganado popularidad, especialmente durante la pandemia de COVID-19, y su implementación y características varían según los distintos ordenamientos jurídicos. En el Reino Unido, por ejemplo, se ha enfrentado a críticas relacionadas con la independencia del proceso, lo que ha llevado a intervenciones gubernamentales para fortalecer la transparencia y publicidad. Ya en Estados Unidos, el Prepack se considera una alternativa eficiente al procedimiento formal del Chapter Eleven, agilizando la reestructuración empresarial con menor duración y costes. Sin embargo, persisten preocupaciones sobre la influencia y el control de los administradores concursales en las negociaciones, lo que plantea desafíos en cuanto a equidad para todos los acreedores involucrados.

SEXTA

El Prepack puede ser beneficioso para la preservación de activos y puestos de trabajo asociados a empresas en crisis. Esta práctica, ya observada en otros países como Holanda y el Reino Unido, se alinea con la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, buscando mejorar la eficiencia de los procedimientos de insolvencia.

SÉPTIMA

Antes de su regulación en el ordenamiento jurídico español, el Prepack ha sido objeto de aplicación judicial mediante la elaboración de diversas directrices, protocolos y guías de buenas prácticas por los Juzgados Mercantiles de Barcelona, de Madrid o de Palma de Mallorca, ofreciendo cada una de ellas un marco detallado para implementar el "Prepack concursal" desde diferentes enfoques y con objetivos similares de agilizar procesos y maximizar la transparencia en situaciones de insolvencia empresarial. Existían, no obstante, diferencias significativas entre las directrices y guías adoptadas en Barcelona y Madrid, especialmente en cuanto al papel del deudor, el nombramiento de expertos independientes y la valoración de unidades productivas, reflejando diferentes enfoques en la implementación de soluciones preconcursales.

OCTAVA

El Prepack está regulado en los artículos 224 ter a 224 septies del TRLC, introducidos por la LRTRLC. Su incorporación no era una exigencia de la transposición de la Directiva 1023/2019. Sin embargo, responde al objetivo general que la inspira de mejorar la eficiencia y reducir la duración del concurso. A diferencia del artículo 224 bis del TRLC, donde el deudor busca y selecciona una propuesta escrita vinculante, en el Prepack el deudor solicita al juez el nombramiento de un experto independiente para obtener ofertas de adquisición de la unidad productiva, inspirando más confianza al involucrar a un tercero independiente en la búsqueda de la mejor oferta.

NOVENA

El artículo 224 ter del TRLC permite que cualquier deudor, sea persona natural o jurídica, solicite el nombramiento del experto si posee una o varias unidades productivas económicamente viables. La solicitud puede presentarse en cualquier grado de

insolvencia (probabilidad, inminente o actual), mostrando así la relación entre esta modalidad y los planes de reestructuración.

DÉCIMA

El deudor debe presentar una solicitud de nombramiento del experto al juzgado que resulte competente para la declaración de concurso. Sin embargo, la regulación actual no especifica los requisitos de la solicitud ni proporciona detalles sobre el procedimiento de designación del experto o las funciones que debe realizar, limitándose a señalar que debe recabar ofertas de adquisición de terceros. Expresión que genera incertidumbre acerca de quién es el sujeto encargado de buscar al adquirente y que contrasta abiertamente con lo dispuesto en los protocolos y directrices judiciales y con la propuesta de directiva, de 7 de diciembre de 2022, que alude al nombramiento de un supervisor y no un experto. Además, la duración del encargo y la retribución del experto también carecen de claridad, y no se establecen tampoco reglas específicas sobre la responsabilidad del experto. El juez puede ratificar o revocar el nombramiento del experto al declarar el concurso de acreedores, sin que exista tampoco una conversión automática en administrador concursal como parece reclamar la propuesta de directiva.

UNDÉCIMA

El experto debe recabar ofertas de terceros para la adquisición de las unidades productivas del solicitante con pago al contado. Sin embargo, las referencias a estas ofertas y su contenido son ambiguas, ya que no se alude expresamente a las ofertas de acreedores o personas vinculadas al deudor, pero tampoco se prohíben. Además, se requiere que el oferente se comprometa a mantener o reiniciar la actividad con las unidades productivas durante al menos dos años, un plazo menor que en otras modalidades de enajenación de la unidad productiva, lo que necesita ser homogeneizado para garantizar una normativa coherente.

DUODÉCIMA

La regulación del Prepack en el TRLC, aunque presenta una mejora en la eficiencia del proceso de insolvencia, es sumamente escueta, carece de claridad y precisión en varios aspectos, y presenta importantes lagunas, generando incertidumbre y afectando a la seguridad jurídica de los interesados. Por lo tanto, es necesario revisar y mejorar estas disposiciones para proporcionar un marco normativo más claro y coherente.

DECIMOTERCERA

La enajenación de la unidad productiva también se puede producir en el procedimiento especial para la enajenación de la unidad productiva de las microempresas, introducido por la LRTRLC. Este procedimiento está diseñado para reemplazar el concurso de acreedores y los planes de reestructuración específicamente para este tipo de entidades. Este nuevo marco, que se encuentra en los artículos 685 a 720 del Libro III, busca reducir costes, simplificar los trámites y combinar los elementos del concurso y los planes de reestructuración, adaptándose mejor a las necesidades particulares de las microempresas. El procedimiento es aplicable tanto a personas físicas como jurídicas que cumplen con la condición de microempresas y tiene un alcance universal que afecta a todos los bienes y derechos del deudor, independientemente del origen o la naturaleza de la deuda.

DECIMOCUARTA

Este procedimiento especial puede ser iniciado por el deudor, un acreedor o un accionista responsable de las deudas sociales. Si es solicitado por el deudor, puede hacerse tanto en casos de insolvencia inminente o actual como cuando existe sólo una probabilidad de insolvencia, basado en la idea de que los planes de continuidad son más efectivos cuando se adoptan tempranamente. Se divide en dos modalidades principales: el procedimiento de continuación y el procedimiento de liquidación. Sin embargo, si el 85% de los créditos pertenecen a acreedores públicos, solo podrá tramitarse como procedimiento de liquidación.

DECIMOQUINTA

El procedimiento de continuación, regulado en los artículos 697 a 704 del TRLC, permite mantener la empresa operativa sin cambios significativos mediante la aprobación de un "plan de continuación" que asegure su viabilidad a corto y mediano plazo. Este plan puede incluir reestructuraciones como quitas y conversiones de deudas, aunque ciertos créditos, como los alimentarios y algunos laborales y públicos, están excluidos. La votación para aprobar este plan es más ágil que en los planes de reestructuración tradicionales, requiriendo el consentimiento del deudor y de los socios responsables, y considerando los votos no emitidos como favorables. Si el deudor incumple sus

obligaciones tributarias o de seguridad social, el plan de continuación se termina y se inicia la fase de liquidación, según el artículo 699 ter TRLC.

DECIMOSEXTA

El procedimiento de liquidación, que se detalla en los artículos 705 a 720 del TRLC, se puede abrir a solicitud del deudor o un acreedor, o si no se aprueba o se incumple el plan de continuación. Este procedimiento permite la venta de la unidad productiva tanto con la empresa en funcionamiento como sin ella, adaptándose a las circunstancias específicas de cada caso. Para ello se disponen unas reglas especiales en el art. 710 TRLC, que se separan del régimen general previsto en los arts. 215 y ss. Una particularidad de este procedimiento es que la enajenación de la unidad productiva de una microempresa se debe realizar preferentemente mediante venta directa en lugar de subasta. La venta directa debe ser transparente y competitiva, notificándose el precio acordado a los acreedores y publicándose en el Registro Público Concursal.

DECIMOSÉPTIMA

En los casos en que no sea posible llevar a cabo la venta directa, se recurre a la subasta electrónica como método alternativo, estableciendo un límite mínimo para el precio de adjudicación para evitar la devaluación de la unidad productiva, lo que puede dificultar la enajenación. Se aplica además la regla de la preferencia en la selección de ofertas a pesar de tratarse de venta directa y estar reservada en el régimen general a la enajenación mediante subasta, permitiendo al juez adjudicar la unidad productiva al oferente que garantice mejor la continuidad de la empresa y la satisfacción de los créditos de los acreedores, incluso si su oferta no es la más alta. Además, el deudor o la administración concursal deben presentar al juez un informe con una propuesta de resolución cuando hay múltiples ofertas, para ayudar en la decisión.

DECIMOCTAVA

El artículo 710.2 del TRLC también permite que el deudor presente una oferta de compra que haya buscado él mismo, o que siga el régimen del Prepack solicitando el nombramiento de un experto para recabar ofertas de adquisición. Sin embargo, este artículo excluye ciertas disposiciones aplicables en otros contextos concursales, destacando la flexibilidad y especialización del procedimiento, aunque también presenta algunas inconsistencias, como la falta de obligación para el adquirente de continuar la

actividad económica de la unidad adquirida en ciertos casos. Esto sugiere una posible omisión legislativa en la selección de los preceptos aplicables a este procedimiento.

DECIMONOVENA

La Propuesta de Directiva de la UE, de 7 de diciembre de 2022, tiene como objetivo armonizar la legislación de insolvencia en los Estados miembros, específicamente en España, con el fin de mejorar el funcionamiento del mercado interior y eliminar obstáculos a las libertades fundamentales como la libre circulación de capitales y el establecimiento.

VIGÉSIMA

Uno de los puntos destacados de la propuesta es la sugerencia de vender empresas en funcionamiento en lugar de realizar una liquidación fragmentaria de activos durante los procedimientos de insolvencia. Para ello, se promueve el uso del procedimiento de Prepack, que permite preparar la venta de la empresa antes del inicio formal del procedimiento de insolvencia. Este enfoque busca preservar el valor de la empresa y maximizar el retorno para los acreedores.

VIGESIMOPRIMERA

La normativa sobre el Prepack se detalla en el Título IV de la propuesta de directiva, que abarca los artículos 19 a 35. El Prepack se divide en dos fases: la de preparación y la de liquidación. Durante la fase de preparación, un supervisor tiene la responsabilidad de documentar cada etapa del proceso de venta, justificar la competitividad, transparencia y equidad del proceso, y recomendar al mejor postor. El deudor, bajo la supervisión de éste, mantendrá el control sobre sus activos y la gestión diaria de la empresa.

VIGESIMOSEGUNDA

En la fase de liquidación, el juez designará al supervisor como administrador concursal, un nombramiento obligatorio según la propuesta de directiva. El supervisor deberá garantizar que el proceso de venta durante la fase de preparación haya cumplido con los requisitos establecidos. Si estos requisitos no se cumplen, el juez no autorizará la venta de la unidad productiva y continuará con el procedimiento de insolvencia. Además, se establece que los contratos vigentes necesarios para la continuidad de la empresa del

deudor serán cedidos al adquirente sin requerir el consentimiento de la contraparte, a menos que el adquirente sea un competidor de la contraparte.

VIGESIMOTERCERA

La propuesta de directiva también aborda la responsabilidad civil del supervisor y del administrador concursal por cualquier incumplimiento de sus obligaciones que cause daños a los acreedores y terceros. Además, permite que partes estrechamente vinculadas al deudor adquieran la unidad productiva, siempre que se cumplan ciertas condiciones y se garantice la transparencia y equidad del proceso de venta. Se introducen salvaguardias adicionales para proteger el interés superior de los acreedores, incluyendo la obligación de rechazar ofertas que no cumplan con estos principios.

VIGESIMOCUARTA

La propuesta de directiva garantiza que tanto los acreedores como los poseedores de participaciones en la empresa del deudor tengan el derecho a ser escuchados por el juez antes de autorizar o ejecutar la venta de la empresa. Estas disposiciones buscan garantizar un proceso de Prepack equitativo y transparente que proteja los intereses de todas las partes involucradas en el procedimiento de insolvencia.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ALMENDROS, A., “La venta de la unidad productiva concursal: qué es y sus novedades en la Ley Concursal” [en línea]. Antonio Almendros Abogados, 27 de julio de 2023. <https://antonioalmendros.com/la-venta-de-la-unidad-productiva-concursal-que-es/>

BRENES CORTÉS, J., “Venta de unidades productivas y Prepack concursal”, *Rev. Der. Patr.*, 2021, núm. 55, 22 de julio de 2021, págs. 1-30.

BUFETE GARRIGUES, “Nueva herramienta para el «pre-pack» concursal español: la figura del “silent administrator”, Publicaciones Garrigues, 26 de enero de 2021. https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/nueva-herramienta-pre-pack-concursal-espanol-figura-silent-administrator

CAAMAÑO RODRÍGUEZ, F. J., “El nuevo procedimiento especial para microempresas”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2022, núm. 58, págs. 213-228. <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/8163/documento/art11.pdf?id=13108&forceDownload=true>

FERNÁNDEZ, J. R., “El procedimiento especial para microempresas de la Ley Concursal”, en el *Blog de J. Raúl Fernández*. Abogado, 25 de mayo de 2023. <https://www.jraulfernandez.es/el-procedimiento-especial-para-microempresas-de-la-ley-concursal/>

GALLEGO CÓRCOLES, A., “El Prepack y la venta anticipada de unidades productivas en Dcho. español modelos comparados”, *I&R*, 2021, núm. 4, págs. 283-302.

GILO GÓMEZ, C. “Prepack concursal y derecho comparado: bankruptcy Prepack and comparative Law”, *Revista de Derecho Público Deusto*, 2021, vol. 69, núm. 2, 13 de diciembre de 2021, págs. 111-121. [https://doi.org/10.18543/ed-69\(2\)-2021pp111-121](https://doi.org/10.18543/ed-69(2)-2021pp111-121)

HURTADO IGLESIAS, S., “Breves reflexiones sobre reformas concursales de emergencia. La urgencia en la enajenación de unidades productivas”, *Diario La Ley*, 2021, núm. 9776, 22 de enero de 2021, págs. 1-6.

IRIARTE IBARGÜEN, A., “Venta exprés de negocios en crisis: Prepack”, *Diario La Ley*, 2021, núm. 9782, 2 de febrero de 2021, págs. 1-2.

JACQUET YESTE, T., “Contribución a la caracterización de la propuesta anticipada de convenio”, *RcP*, 2006, núm. 4, págs. 227-245.

LAMA SALINAS, C., “Concepto de unidad productiva en el ámbito concursal” *Diario La Ley*, 2018, 24 de mayo de 2018, págs. 1-3.

LÓPEZ BARRAU, P., “Pre-pack versus guía de buenas prácticas para la venta de la unidad productiva”, *e-DICTVM*, Actualidad profesional, 2021, núm. 108, 24 de marzo de 2021. <https://dictumabogados.com/e-dictum-publicaciones-derecho-mercantil/pre-pack-concursal-versus-guia-de-buenas-practicas-para-la-venta-de-la-unidad-productiva/27925/>

LÓPEZ BARRAU, P., “La unidad productiva tras la reforma del texto refundido de la Ley Concursal”, *e-DCTVM*, 2022, núm. 126, págs. 1-6.

MUÑOZ PAREDES, A., “Enmiendas al PRLC (I): la unidad productiva y el compromiso de continuidad”, *Diario La Ley*, 2022, núm. 10063, 6 de mayo de 2022, págs. 1-3.

OÑATE, J./PRIETO PÉREZ-LLORCA, C. “¿Un Madrid vs Barcelona en materia de procesos expresos para la venta de unidades productivas?”, en *Diario Expansión*, 17 de mayo de 2021. <https://www.expansion.com/juridico/opinion/2021/05/17/60a18706e5fdeace238b45f2.html>

PÉROCHON, F., “La prevención de las crisis en Derecho Francés”, *RcP*, 2011, núm. 15, págs. 511-521.

REPESAS FACHADO, M., *La transmisión de la unidad productiva en el marco de un procedimiento concursal*, La Coruña, Universidad de La Coruña. 2020, págs.1-51.

RÍOS LÓPEZ, Y., “Pre-pack” concursal: una solución para la venta de empresas en crisis”, *Boletín Mercantil*, LEFEBVRE, febrero 2021, apdos. 1-4. <https://elderecho.com/pre-pack-concursal-una-solucion-para-la-venta-de-empresas-en-crisis>

RUBIO VICENTE, P. J. “Las especialidades de la enajenación de unidades productivas en el nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal”, *RcP*, 2020, núm. 33, págs. 1-35.

RUBIO VICENTE, P. J., “Nuevas Reglas de Enajenación de Unidades productivas en el Proyecto de Ley de Reforma del TRLC”, *Diario La Ley*, núm. 10108, 12 de julio 2022 -ed. electrónica-, págs. 1-17.

RUBIO VICENTE, P. J., “La transmisión de unidades productivas”, *ADCo*, 2024, núm. 61 (enero-abril) -ed. electrónica-, págs. 1-49.

X. LEGISLACIÓN

2022/0408 COD - Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, *relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia*, de 7 de diciembre de 2022.

BOE.es - DOUE-L-2001-80646 Directiva 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 derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad*. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2001-80646>

BOE.es - REGLAMENTO (UE) 2015/848 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 20 de mayo de 2015, *sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido)*. <https://www.boe.es/doue/2015/141/L00019-00072.pdf>

BOE-A-1889-4763 Real Decreto de 24 de julio de 1889, *por el que se publica el Código Civil*. [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)

BOE-A-2003-13813 Ley 22/2003, de 9 de julio, *Concursal*. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-13813>

BOE-A-2003-23186 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, *General Tributaria*. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23186>

BOE-A-2015-5744 Ley 9/2015, de 25 de mayo, *de medidas urgentes en materia concursal*. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-5744>

BOE-A-2020-10923 Ley 3/2020, de 18 de septiembre, *de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia*. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-10923>

BOE-A-2020-14368 Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, *de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria*. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-14368>

BOE-A-2020-4208 Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, *por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19*. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4208>

BOE-A-2020-4554 Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, *de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo*.
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4554>

BOE-A-2020-4859 Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4859>

XI. JURISPRUDENCIA

Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Madrid, de 20 de diciembre de 2013.

Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Almería, de 19 de diciembre de 2014.

XII. OTROS DOCUMENTOS

Acuerdo de la Junta de Jueces Mercantiles de Sevilla núm. 2/2022, de 25 de octubre de 2022, sobre Articulación procesal del Prepack (artículos 224 ter a 224 septies) y la solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas.

Acuerdo de los juzgados de lo mercantil de Barcelona, de 20 de enero de 2021.

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.

Protocolo Prepack concursal (Junta sectorial de Jueces de lo Mercantil de Baleares), de 28 de abril de 2021.

INE - INEbase / Economía / Empresas / Estadística del procedimiento concursal / Últimos datos. INE.
https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177018&menu=ultiDatos&idp=1254735576550

Portal Estadístico Registral. https://www.registradores.org/actualidad/portal-estadistico-registral/estadisticas-concursales#portlet_com_liferay_journal_content_web_portlet_JournalContentPortlet_INSTANCE_92PKQIzgTNBS

Portal de Liquidaciones Concursales y Venta de Unidades Productivas.
<https://www.publicidadconcursal.es/liquidaciones>

INE - INEbase / Economía / Empresas / Estadística del procedimiento concursal /
Últimos datos. INE.
https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177018&menu=ultiDatos&idp=1254735576550