

PROTOCOLO PRE-PACK CONCURSAL BALEARES.

1. INTRODUCCIÓN.

El paquete previo o empaquetado previo al concurso (el llamado en inglés Pre-Pack administration process of pre-packaged), consiste en una serie de medidas novedosas que ya existen en países de nuestro entorno (Holanda o Reino Unido) y han sido implementadas recientemente por algunos juzgados de lo mercantil de España, los cuales han fijado las líneas directrices que conforman un denominado "Protocolo Pre-Pack Concursal" que los Jueces de lo Mercantil de Baleares aprobaron por unanimidad en Junta Sectorial de Jueces de lo Mercantil en fecha 28 de abril de 2021.

Este Protocolo pretende conseguir un objetivo último: maximizar el precio de venta de los bienes y derechos de las empresas insolventes que no han sido todavía declaradas en concurso de acreedores, con unidad productiva en funcionamiento, evitar la destrucción del tejido empresarial, aprovechar estructuras e instalaciones de pequeño comercio (hostelería, comercio minorista, etc.), conservar el empleo y, con todo ello, conseguir una mejor satisfacción de los acreedores respecto a la que tendría la venta de la unidad productiva dentro del procedimiento concursal sin haberse acudido a este mecanismo preconcursal, que viene a facilitar y agilizar el proceso con las debidas garantías de publicidad, transparencia, concurrencia y audiencia a los principales interesados: acreedores privilegiados, acreedores públicos y trabajadores, al haber contado el proceso con la supervisión de un experto independiente o administrador en

materia de reestructuración (futuro administrador concursal) designado por el Juzgado de lo Mercantil a petición del deudor.

Creemos que este Protocolo es especialmente útil y pertinente en el actual contexto económico-empresarial del territorio insular balear, fruto de la paralización económica, especialmente del sector turístico, derivada de la pandemia causada por la COVID-19, así como de las medidas legislativas adoptadas para evitar o retrasar las declaraciones de concurso de acreedores y la apertura de la fase de liquidación de los ya declarados.

Se trata de un mecanismo híbrido pre-concursal, que culminaría con la venta de la unidad productiva en el seno del concurso y una vez declarado éste, conforme a la normativa prevista en la legislación concursal, que puede salvar la actividad de muchas empresas en la actual coyuntura de crisis económica y que está llamado a ser una potente alternativa a los ya existentes, que evite posibles responsabilidades del administrador social en el supuesto de encontrarse ante una insolvencia actual o inminente.

Además, el *Pre-Pack concursal* facilitará transmisiones de empresas o Unidades Productivas en situación financiera apurada, y favorecerá a la continuidad de la actividad económica y el mantenimiento del empleo en la actual crisis pandémica. Este Protocolo fija en fase pre-concursal el perímetro objetivo de la empresa o la Unidad Productiva a transmitir, bajo la supervisión de un experto independiente administrador de la reestructuración, cuya adquisición por el interesado se consumará, en su caso, una vez abierto el concurso con la resolución del Juez competente aprobando la transmisión. De esta manera, y con ese trabajo previo a la

declaración del concurso, el proceso de adquisición logra una mayor flexibilidad, celeridad y seguridad jurídica, tanto en lo referente a la salvaguarda de los requisitos de publicidad, transparencia y concurrencia en el proceso de adquisición, como al derecho de información y audiencia a los acreedores y trabajadores en la fase preconcursal.

Por tanto, en aquellos supuestos en que una empresa se encuentra en situación de insolvencia (actual o inminente) y además se enfrenta a una salida liquidatoria, al haber agotado o no ser viables otras alternativas de refinanciación o renegociación de la deuda, pudiendo, pese a todo, ser económicamente viable la Unidad Productiva, y cuando además pueden existir terceros dispuestos a pagar suficiente dinero por ella, puede ser interesante de cara a un futuro concurso la preparación de la venta urgente de activos configurada como unidad de negocio.

De esta manera, se evita el deterioro del valor de negocio debido al transcurso del tiempo y al estigma que representa el procedimiento concursal. Además, se preserva el valor de los activos y otorga seguridad jurídica a acreedores y deudores, estableciendo una serie de reglas que permitan avanzar en el proceso de venta bajo la supervisión de un experto independiente. En definitiva, la venta urgente, una vez declarado el concurso, bajo el amparo del artículo 530 TRLC puede ser autorizada en un breve plazo con plena garantía del respeto a los principios de publicidad, transparencia y concurrencia.

Esperar a la declaración de concurso para iniciar todo el proceso podría suponer, en la mayoría de los casos, dado el agotamiento de la tesorería cuando se acude finalmente

al concurso de acreedores, el cierre definitivo del negocio y la pérdida total de los puestos de trabajo si no se adopta algún sistema que permita vender de forma rápida la Unidad Productiva en funcionamiento. En este caso es fundamental la supervisión por parte del experto independiente de las operaciones sobre los activos llevadas a cabo por el deudor en fase preconcursal, de suerte que, una vez solicitado el concurso, puede procederse a dicha venta en un plazo muy breve. Esa necesidad de agilidad justifica no acudir únicamente a los medios ordinarios de venta concursal, mucho más lentos y que probablemente impedirían salvar la Unidad Productiva, atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto.

2. MARCO NORMATIVO: LEGISLACION CONCURSAL, EXCEPCIONAL Y COMUNITARIA.

La experiencia nos dice que la transmisión de una empresa o Unidad Productiva en el seno del concurso, bien en la fase común, en la fase de convenio o en la fase de liquidación, no siempre consigue dar continuidad al proyecto empresarial, fundamentalmente porque una vez iniciado el concurso se produce una pérdida de competitividad, los activos de la empresa se devalúan y ello produce que la operación decaiga o pierda interés para el adquirente y para el propio concursado.

Por el contrario, el *Pre-Pack* permite a la persona física o jurídica en insolvencia actual o inminente preparar la futura venta de la unidad productiva durante la fase previa al concurso, mediante la designación por parte del futuro juez competente para conocer del procedimiento

de insolvencia de un administrador interino, futuro administrador concursal, cuya función primordial es controlar que el procedimiento de selección de la oferta u ofertas vinculantes que la deudora eleva finalmente junto con la solicitud del concurso, al Juzgado de lo Mercantil competente, responde a los postulados de publicidad, transparencia y concurrencia exigibles y que en el mismo proceso se han garantizado debidamente los intereses de los acreedores y de los trabajadores.

Desde la entrada en vigor de la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio) más del 90% de las empresas en concurso de acreedores concluyen con su liquidación, porcentaje que se incrementa si se añaden aquellos supuestos en los que se incumple el convenio, el acuerdo extrajudicial de pagos o el acuerdo de refinanciación y se abre la fase de liquidación. En muchos de estos concursos, salvo excepciones, no se consigue la transmisión de la Unidad Productiva, bien porque se ha llegado tarde al concurso y ya no existe actividad o bien porque no se ha realizado el esfuerzo adecuado para delimitar y ofrecer a los distintos agentes del mercado su enajenación.

Sucesivamente, se fueron introducido reformas en la Ley Concursal para impulsar la enajenación de la Unidad Productiva desde el momento inicial de la declaración de concurso (Ley 38/2011 de 10 de octubre - art. 191 ter LC- y RDL 11/2014, de 5 de septiembre y Ley 9/2015 de 25 de mayo -arts 43 y 146 bis, 148 y 149 LC-). Tendencia confirmada por el actual Texto Refundido de la Ley Concursal, Real Decreto Legislativo 1/2020 de 5 de mayo (art. 530).

Desafortunadamente, la COVID-19 está poniendo a prueba nuestro sistema sanitario, económico, empresarial, social e institucional. La declaración del estado de alarma, con la subsiguiente paralización de buena parte de la actividad económica, especialmente en el sector servicios, durante más de un año, ha generado (en pro de intereses sin duda superiores de salud pública), una crisis económica sin precedentes, con una disminución del producto interior bruto próxima al 15% en nuestro país. Estas cifras macroeconómicas son todavía peores en Comunidades Autónomas como el territorio insular balear fuertemente dependiente del sector turístico.

Las distintas normas en materia concursal aprobadas sobre la COVID-19 (RDL 11/2020, de 31 de marzo; RDL 15/2020, de 21 de abril; RDL 16/2020, de 28 de abril, Ley 3/2020 de 18 de septiembre, RDL 34/2020 de 17 de noviembre o RDL 5/2021 de 12 de marzo) pretenden que el deudor reestructure su deuda sin necesidad de acudir al procedimiento concursal, de ahí que introduzca disposiciones que suspenden el deber de presentar el concurso, pedir la liquidación cuando se sepa que no se puede cumplir con el convenio y facilitan la modificación de los acuerdos de refinanciación y de convenios en fase de cumplimiento, además de prever una preferencia en la tramitación frente a las solicitudes de concurso necesario, las declaraciones de incumplimiento de convenio, de los acuerdos de refinanciación o de los acuerdos extrajudiciales de pagos. Todas estas medidas se adoptan por un periodo que, en la actualidad, y tras las sucesivas prórrogas que se han ido acordando en la normativa excepcional antes citada, se extiende hasta el 31 de diciembre de 2021.

La última actualización legislativa es la comprendida en el Real Decreto Ley 5/2021 de 12 de marzo de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19. En la materia que nos ocupa, la Disposición Final Séptima modifica los arts. 3, 4, 5 y 6 de la 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.

Estas medidas responden a la finalidad de mantener la continuidad económica de las empresas, profesionales y autónomos que, con anterioridad a la entrada en vigor del estado de alarma, venían cumpliendo regularmente las obligaciones derivadas de un convenio, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un acuerdo de refinanciación homologado. Respecto de estos deudores, se aplaza el deber de solicitar la declaración del concurso, así como la apertura de la fase de liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, el deudor conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquel. Asimismo, se facilita la modificación del convenio o del acuerdo extrajudicial de pagos o del acuerdo de refinanciación homologado. Respecto de estos últimos se permite además la presentación de nueva solicitud sin necesidad de que transcurra un año desde la presentación de la anterior.

Los propósitos de esta legislación excepcional, son loables, otorgando un marco de protección reforzado y concentrando un importante volumen de recursos en proteger y apoyar a aquellas empresas, sectores y territorios

potencialmente más vulnerables debido a la duración y el impacto económico de la pandemia, con el fin de reforzar la liquidez y solvencia y evitar el sobreendeudamiento del conjunto de la economía nacional, preservando así el tejido productivo y el empleo, impulsando la inversión y evitando una improductiva destrucción de valor de la actividad económica en España.

Teniendo siempre en cuenta, tal y como resalta el Preámbulo del RDL 5/2021 de 12 de marzo, de que no se trata de medidas de rescate de empresas que no eran viables antes del estallido de la crisis de la COVID-19, sino de una forma de inversión en favor de la recuperación y crecimiento de aquellas empresas que, a pesar de atravesar dificultades financieras, resultan viables por disponer de un plan a medio plazo factible y un modelo de negocio idóneo.

Así, se articulan un conjunto de medidas para movilizar una inversión pública de hasta 11.000 millones de euros en torno a cuatro líneas de actuación: tres fondos adicionales para financiar ayudas directas, reestructuración de balances y recapitalización de empresas y la prórroga de moratorias fiscales y concursales.

En primer lugar, se crea una nueva Línea COVID de ayudas directas a autónomos y empresas, para reducir el endeudamiento suscrito a partir de marzo de 2020. Con cargo a esta Línea, que contará con una dotación total de 7.000 millones de euros, se canalizarán ayudas directas a las empresas y autónomos cuya actividad se ha visto más negativamente afectada por la pandemia. Estas ayudas directas tendrán carácter finalista, empleándose para satisfacer la deuda y realizar pagos a proveedores y otros acreedores, financieros y no financieros, así como los

costes fijos por ejemplo, relativos al suministro de energía y al coste de cambio de potencia, incurridos por los autónomos y empresas considerados elegibles, primando la reducción del nominal de la deuda con aval público, siempre y cuando estas deudas se hayan devengado a partir de 1 de marzo de 2020 y procedan de contratos anteriores a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley.

En segundo lugar, se habilita al Gobierno para adoptar medidas adicionales de flexibilización de los préstamos dotados con aval público, permitiendo así que esta financiación se incorpore a los procesos de refinanciación y reestructuración pactados entre los bancos y sus clientes y, por lo tanto, protegiendo la estabilidad financiera. Para ello, se crea una segunda Línea para la reestructuración de deuda financiera COVID, de 3.000 millones de euros, para permitir, como último recurso tras la articulación del resto de medidas de apoyo a la solvencia, la conversión de parte del aval público en transferencias a las empresas y autónomos más afectados por la crisis que cumplan con los requisitos establecidos por Acuerdo de Consejo de Ministros, dentro de un acuerdo alcanzado con las entidades financieras acreedoras.

Asimismo, con el fin de detallar la articulación de las operaciones de refinanciación y reestructuración de la financiación con aval del sector público y adaptarlas a las necesidades de las diferentes empresas y sectores, mediante Acuerdo de Consejo de Ministros se desarrollará el contenido del Código de Buenas Prácticas, que podrá ser suscrito por las entidades financieras para facilitar una adecuada respuesta del sector financiero ante la excepcional situación económica, para reforzar la solvencia empresarial y garantizar la liquidez de cara al futuro. La actuación coordinada del conjunto de acreedores es

fundamental para evitar acciones unilaterales que puedan ir en contra del objetivo de garantizar la viabilidad futura de la empresa o trabajador autónomo.

En tercer lugar, para apoyar a aquellas empresas viables pero que se enfrentan a problemas de solvencia derivados de la COVID-19 que no pueden acceder al fondo gestionado por la Sociedad Estatal de Participaciones industriales (SEPI) para empresas y operaciones de mayor tamaño y necesiten un refuerzo adicional de su capital tras la articulación de las medidas previstas en los apartados anteriores, se crea un nuevo Fondo de recapitalización de empresas afectadas por COVID, dotado con 1.000 millones de euros, que será gestionado por COFIDES, adscrito al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo a través de la Secretaría de Estado de Comercio.

Por último, en cuarto lugar, se extienden hasta finales de año las moratorias para el desencadenamiento automático de procesos concursales, con el fin de dotar de un margen de tiempo adicional para que las empresas que están pasando por mayores dificultades como consecuencia de la pandemia puedan restablecer su equilibrio patrimonial, evitando una innecesaria entrada en concurso. Además, se mantienen las mejoras de agilidad en el proceso concursal, mientras se completa la modernización del régimen concursal español en el marco de 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 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

Sin embargo, y a pesar de esta batería de medidas legislativas destinadas a ayudar a las empresas en crisis mediante ayudas directas y todo tipo de condiciones favorables para la refinanciación, así como las dirigidas a evitar la situación concursal, parece inevitable que un buen número de estas empresas no sólo no van a poder ser viables, sino que las sucesivas prórrogas de las obligaciones del deudor en el marco de la legislación concursal y societaria, pueden contribuir a que se llegue al concurso en situación irreversible de insolvencia (tengamos en cuenta, a título de ejemplo, que un deudor podría encontrarse en situación de insolvencia ya en marzo de 2020 y, acudiendo a los mecanismos preconcursales, podría no tener obligación de presentar la declaración de concurso hasta dos años más tarde, en el supuesto de que no se aprueben nuevas prórrogas), y en ese contexto es particularmente interesante la implementación del protocolo Pre-Pack concursal.

A pesar de la suspensión del deber de solicitar el concurso de acreedores, prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2021 por la DF 7ª del RDL 5/2021 de 12 de marzo, las previsiones que se manejan es que muchas empresas no serán capaces de remontar la situación económica, debiendo acudir a un procedimiento concursal. Por esta razón, están surgiendo distintas iniciativas para dar una respuesta ágil a las empresas en insolvencia, tanto si optan por alcanzar un convenio con sus acreedores como si permiten la entrada de nuevos inversores que apuesten por la continuidad del negocio.

Centrándonos en este último punto, los principales problemas al que nos enfrentamos en los concursos, para una correcta gestión de la venta de la unidad productiva, son:

1°. Que las empresas suelen acudir al concurso tarde, cuando el fondo de comercio es reducido y sin apenas tesorería.

2°. Que la sola declaración de concurso, comporta una aminoración del valor de la empresa, al aumentar el riesgo del futuro adquirente.

3°. Que para las empresas contratistas del sector público, la declaración de concurso puede comportar la pérdida de su clasificación frente a las administraciones públicas y la imposibilidad de concurrir a licitaciones, lo que hace que el concurso se tenga que tramitar con celeridad si queremos que el deudor pueda proseguir con el negocio. La consecuencia es que los administradores concursales tienen que iniciar un proceso de venta de la unidad productiva sin dilación y, muchas veces, sin el sosiego que requieren estas operaciones, con el consiguiente riesgo de que el precio obtenido no se corresponda con el valor real de mercado.

El Legislador, consciente de esta problemática, introdujo, en su día, el artículo 191 ter de la Ley Concursal (actual artículo 530 TRLC), cuya finalidad era establecer un proceso ágil para que la empresa pudiera salir del concurso, en un breve espacio de tiempo. En particular, si el deudor presentaba, con su solicitud de concurso, una oferta en firme de compra de la unidad

productiva, el juez podía autorizar la operación, previo traslado, por 10 días, a las partes.

El Texto Refundido de la Ley Concursal (RDL 1/2020, de 5 de mayo) entró en vigor el 1 de septiembre de 2020. Este texto armoniza y recoge en los artículos 215 a 225 las especialidades de enajenación de unidades productivas y viene a ampliar el concepto de Unidad Productiva, limitar la extensión de la sucesión de empresa y regular un cauce que otorga una mayor seguridad jurídica al adquirente. Conseguir el objetivo fijado (impulsar las transmisiones de las Unidades Productivas) solo será posible a través de un proceso ágil y rápido de transmisión de la Unidad Productiva en funcionamiento o de una empresa en su conjunto, en el seno del concurso, a un precio de mercado justificado y comprobable y en un marco jurídico que otorgue seguridad al adquirente.

El TRLC prioriza la transmisión de la empresa en su conjunto, de una o varias Unidades Productivas o centros de trabajo a la enajenación individual de los bienes en la fase de liquidación, siendo habitual que estos carezcan de valor o sean inservibles (mobiliario e instalaciones).

Disponiendo el art. 530 TRLC: *"Solicitud de concurso con presentación de plan de liquidación.*

1. Cuando el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de adquisición de la unidad productiva en funcionamiento, el juez acordará de inmediato la apertura de la fase de liquidación.

2. Abierta la fase de liquidación, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado del plan de liquidación presentado por el deudor para que sea informado

en el plazo de diez días por la administración concursal y para que los acreedores puedan realizar alegaciones.

El informe de la administración concursal deberá incluir necesariamente el inventario de la masa activa del concurso y evaluar el efecto sobre las masas activa y pasiva del concurso de la resolución de los contratos que estuviera prevista en el plan de liquidación.

En el auto por el que se apruebe el plan de liquidación el juez podrá acordar la resolución de los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes, con excepción de aquellos que se vinculen a una oferta efectiva de compra de la empresa o de una unidad productiva.

3. En caso de suspenderse las operaciones de liquidación con motivo de las impugnaciones del inventario o de la lista de acreedores, el juez podrá requerir a los impugnantes para que presten una caución que garantice los posibles daños y perjuicios por la demora”.

Sin embargo, esta figura no ha dado los resultados esperados por los recelos que suscita entre los operadores que intervienen en el procedimiento concursal. Concretamente:

1°. A los propios oferentes: ante el temor de que su oferta sirva de punto de partida para que otros interesados realicen su oferta y la mejoren. Sin qué decir tiene que muchos esperan a presentar su oferta, a que la empresa esté en concurso, para ofrecer un precio inferior.

2°. Al juez del concurso: al desconocer cómo se ha hecho esa búsqueda previa de oferentes, surgiendo la duda de si realmente es la mejor de las ofertas, o bien, un intento del deudor, de mantener el control de la compañía,

a través de una persona vinculada, viéndose exonerado de la deuda acumulada y pudiendo despedir a aquellos trabajadores que no le interesan.

3°. A la administración concursal: al tener que evaluar la empresa y la oferta económica, en 10 días a contar desde la aceptación del cargo, plazo que, en ocasiones, resulta manifiestamente insuficiente.

Por esta razón, es frecuente que la administración concursal no informe negativamente dicha oferta, pero sí que interese abrir un procedimiento concurrencial, en sede concursal, por la vía del artículo 518 TRLC (ex artículo 43 de la LC), perdiéndose la posibilidad de vender la unidad productiva, en un breve plazo de tiempo.

4°. A los acreedores con privilegio especial: por la incertidumbre que supone el "*dies a quo*" para efectuar alegaciones, pues si el juzgado opta por la publicación en el tablón de anuncios, lo más probable es que no hayan tenido conocimiento, no ya de esa oferta, sino de la propia declaración de concurso.

5°. Por último, a los legales representantes de los trabajadores: al no haber sido informados, muchas veces, de ese proceso de venta ni de quién es el oferente, impidiéndoles así, negociar con él, las condiciones laborales.

En definitiva, la práctica en los procesos de venta de unidades productivas en sede concursal ha demostrado que hay casos en los que la completa tramitación de dicho proceso en sede judicial, el respeto de unos plazos y

formas procesales, así como el necesario examen y toma de contacto de la administración concursal con el deudor, exigen unos mínimos tiempos que no son siempre compatibles con el mantenimiento de puestos de trabajo, y la actividad, estructuras y activos empresariales, cuyo valor se ve deteriorado rápida e irremediablemente a partir de una declaración del concurso de acreedores.

Además, son muy frecuentes los supuestos en los que el deudor, antes de la declaración de concurso, despliega todo un proceso de búsqueda de inversores y oferentes encaminado a la salvación de toda o parte de su actividad empresarial, incluidos puestos de trabajo. Dicho proceso y esfuerzo por parte del deudor se ve luego ralentizado cuando no condicionado por los tiempos procesales, una vez declarado el concurso. A ello, se añade que, al ser una iniciativa de parte, esta búsqueda de oferentes o inversores deba ser verificada y revisada en sede judicial, por la administración concursal, cuando no reproducida, para así hacer explícitos los requisitos de publicidad, transparencia y concurrencia ante los acreedores y ante el propio Juez del concurso.

Esta problemática no es única de nuestro país, sino que también surgió en otros países de nuestro entorno, como Holanda e Inglaterra, cuya jurisprudencia creó la figura del "prepack administrator" o del "silent trustee". El objetivo era que, comunicada la situación de insolvencia al juzgado, el juez anticipaba a quién nombraría como administrador concursal, de declararse finalmente el concurso, para que éste supervisara las labores de venta. De esta manera, de declararse finalmente el concurso, la administración concursal ya tendría pleno conocimiento del

valor de la empresa en el mercado y de si la oferta económica era de interés para el concurso.

Tomando los ejemplos de países de nuestro entorno, y en otros territorios de España, consideramos necesario introducir en Baleares el mecanismo previo a la declaración de concurso denominado pre-pack o prepackaged concursal. Básicamente, consiste en la realización de operaciones sobre los activos de una empresa en funcionamiento en crisis (toda la empresa, unidades productivas o de negocio, o venta en globo de activos) que, a iniciativa del deudor, se preparan antes de la apertura de un procedimiento de declaración de concurso, junto con la supervisión de un experto independiente o administrador en materia de reestructuración, futura administración concursal, nombrado por el Juez competente del futuro concurso, el cual autoriza/implementa inmediatamente después de la declaración del concurso dicha operación.

De esta forma, por una parte, se superan los inconvenientes de tener que esperar a la declaración del concurso y sus tiempos, y los propios de la administración concursal, para dar inicio a estas operaciones sobre los activos del deudor, con la irremediable pérdida de valor de los mismos y puestos de trabajo.

Por otro, se anticipan y se extienden preventivamente, durante la fase inmediatamente anterior a la declaración del concurso, gran parte las garantías de transparencia, regularidad y supervisión propias del concurso durante estas actuaciones preparatorias: el nombramiento de un experto independiente, futura administración concursal, le permitirá familiarizarse con el negocio, tomar contacto con los acreedores, colaborar con el deudor y verificar y

supervisar todas estas operaciones conformadas de venta que, en un informe final, propondrá para su autorización al Juez del concurso para que puedan ser implementadas inmediatamente, una vez declarado el concurso.

Sin embargo, la presente iniciativa puede ser tachada como "alegal", toda vez nuestra legislación no contempla todavía ninguna figura similar a la del relator/monitor/experto independiente con este cometido, aun cuando consideramos deseable que así se haga, al trasponer la directiva comunitaria sobre marcos de reestructuración temprana.

En este contexto, consideramos que el Procotolo Pre-Pack, se enmarca dentro del espíritu y la finalidad de la *Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva* que, entre sus objetivos, incluye conseguir que los Estados implementen nuevas medidas tendientes a garantizar un más ordenado y eficiente procedimiento de liquidación, reduciéndose la excesiva duración de los procedimientos de insolvencia en beneficio de unos mayores porcentajes de recuperación.

En este sentido, en Considerando 3 de la directiva señala que: "*En los marcos de reestructuración deben protegerse los derechos de todos los implicados, incluidos los trabajadores, de manera equilibrada. Al mismo tiempo, las empresas no viables sin perspectivas de supervivencia deben liquidarse lo antes posible. Cuando un deudor en dificultades financieras no es económicamente viable o no puede recuperar fácilmente la viabilidad económica, los esfuerzos de reestructuración pueden provocar la aceleración y la acumulación de las pérdidas en detrimento*

de los acreedores, los trabajadores y otros interesados, así como de la economía en su conjunto”.

Disponiendo el Considerando 17 de la misma norma: *“Las empresas, en particular las pymes, que representan el 99 % de todas las empresas de la Unión, deben poder disfrutar de un planteamiento más coherente a escala de la Unión. Las pymes tienen más probabilidades de ser objeto de liquidación que de reestructuración puesto que tienen que soportar unos costes desproporcionadamente superiores a los de las empresas de mayor tamaño. Las pymes a menudo carecen de los recursos necesarios, especialmente cuando se enfrentan a dificultades financieras, para afrontar unos costes de reestructuración elevados y acogerse a los procedimientos de reestructuración más eficientes disponibles solo en algunos Estados miembros. Con el fin de ayudar a estos deudores a reestructurarse a bajo coste, deben elaborarse, a escala nacional, unas listas exhaustivas de control de los planes de reestructuración que estén adaptadas a las necesidades de las pymes y que puedan consultarse en línea. Además, se deben ofrecer herramientas de alerta temprana para advertir a los deudores de la necesidad urgente de actuar, teniendo en cuenta los recursos limitados de los que disponen las pymes para la contratación de expertos”.*

Por su parte el art. 2.1.1) de la citada Directiva incluye dentro del concepto “reestructuración” *las ventas de activos o de partes de la empresa así como la venta de la empresa como empresa en funcionamiento.* Y su art. 2.1.12) define la figura del “administrador en materia de reestructuración” *como toda persona u órgano nombrado por una autoridad judicial o administrativa con, entre otras funciones, la asistencia al deudor o a los acreedores, la*

supervisión de negociaciones, informar a la autoridad judicial o administrativa, o tomar el control parcial de activos y negocios del deudor durante este proceso.

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

El plazo máximo de trasposición de la Directiva al Derecho interno español es el 17 de julio de 2021, a excepción de las disposiciones necesarias para dar cumplimiento al artículo 28, letras a), b) y c), que se adoptarán y publicarán a más tardar el 17 de julio de 2024, y las disposiciones necesarias para dar cumplimiento al artículo 28, letra d), que se adoptarán y publicarán a más tardar el 17 de julio de 2026, todo ello conforme a lo dispuesto en el art. 34 de la Directiva, pudiendo plantearse incluso la aplicación directa de la misma en caso de que no se produjera dicha trasposición al derecho interno español en las fechas indicadas.

Por otra parte, también existe un marco normativo interno, regulado en la Legislación Concursal, en el seno de las instituciones preconcursales, que es la comunicación al Juzgado de lo Mercantil por parte del deudor de la apertura de negociaciones con los acreedores, ex antiguo art. 5 bis LC, mecanismo actualmente regulado en el libro segundo (Derecho Preconcursal) arts. 583 ss. TRLC, en el cual sería perfectamente enmarcable el Protocolo Pre-Pack.

3. PRESUPUESTOS, TIEMPO, FORMA Y CONTENIDO DE LA SOLICITUD DE PRE-PACK.

El mecanismo Pre-Pack concursal, pretende anticipar en una situación previa a la declaración de concurso de acreedores, vinculada a la comunicación del artículo 583 TRLC, por parte del deudor en situación de insolvencia, la preparación de un procedimiento público, transparente y concurrencial de venta de la Unidad Productiva, supervisado por el experto independiente designado por el Juzgado de lo Mercantil, que ejercerá luego el cargo de administrador concursal una vez declarado el concurso.

Para que sea posible acudir a esta figura es necesario que concurran una serie de presupuestos:

1°. Que el deudor se halle en insolvencia actual o inminente y no se haya declarado el concurso de acreedores.

2° Que se descarte, al menos inicialmente, un escenario de viabilidad empresarial por no ser posible una medida de reestructuración o negociación con los acreedores.

3°. Que, a petición del deudor, el juez competente para conocer de la insolvencia designe un experto independiente o administrado en materia de reestructuración, que será el futuro administrador concursal una vez que se haya procedido a la declaración del concurso.

4°. Que en dicha fase preconcursal el experto elabore un informe dando cuenta de que el procedimiento de búsqueda

de oferentes para la enajenación de la Unidad Productiva es público, transparente y concurrencial, garantizando asimismo que la información proporcionada a los acreedores y la representación legal de los trabajadores es efectiva para garantizar que, una vez declarado el concurso, la venta de la Unidad Productiva en el escenario liquidatorio que prevé el artículo 530 TRLC se pueda autorizar en un plazo muy breve.

El cauce procesal para la implementación de este mecanismo de Pre-Pack concursal es la comunicación por parte del deudor al Juzgado Mercantil de la apertura de negociaciones con sus acreedores del art. 583 TRLC. En dicho escrito o en escrito posterior, dentro de los tres meses siguientes a dicha comunicación, el deudor podrá poner de manifiesto que está preparando operaciones de venta sobre los activos de la empresa (toda la empresa, Unidades Productivas o de negocio, o venta en globo de activos) indicando y delimitando específicamente las mismas.

En dicho escrito podrá el deudor solicitar del Juzgado el nombramiento de un experto independiente o administrador en materia de reestructuración. Dicha solicitud se tramitará y resolverá dentro del propio expediente de comunicación del art. 583 TRLC por el Juzgado competente para la declaración del concurso, aplicándose para su determinación las normas de competencia y conexidad previstas en el Texto Refundido de la Ley Concursal.

La solicitud deberá contener una información somera sobre la actividad económica del deudor, su evolución reciente, su situación de insolvencia actual o inminente y

las razones que aconsejen la venta temprana de la Unidad Productiva, acompañando una relación de asociaciones representativas, sectoriales y territoriales, empresas competidoras o de la misma cadena de valor, así como fondos financieros o industriales, o inversores directos, nacionales o extranjeros, con los que el deudor haya contactado o se compromete a contactar a lo largo del proceso, en la búsqueda de potenciales interesados o postores u ofertantes en la adquisición de la Unidad Productiva que se está preparando.

4. FASE PRECONCURSAL DE LAS OPERACIONES DE PRE-PACK.

En esta fase serán de aplicación las previsiones de los arts. 583 ss. TRLC, que regula de comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores, en lo referente a plazos, publicidad y efectos de la comunicación. Si bien, además del Decreto del art. 585 TRLC el Juez dictará Auto designando al experto independiente o administrador en materia de reestructuración solicitado por el deudor.

A esta fase de preparación de las operaciones sobre los activos de la empresa podrá serle de aplicación el carácter reservado propio de la comunicación del art. 583 TRLC, si así se hubiere solicitado por el deudor.

El experto independiente o administrador en materia de reestructuración que sea nombrado en esta fase pre-concursal será también la administración concursal, una vez

declarado el concurso, en su caso, salvo causa justificada. Hasta entonces, le serán aplicables las normas previstas por TRLC para el estatuto de la administración concursal, en particular, en materia de nombramiento y responsabilidad.

Dado el carácter concreto y la cualificación requerida para el desempeño de su función, para su nombramiento se tendrá en cuenta la formación específica del experto en materia de reestructuración de empresas y los medios materiales y humanos de que dispone en relación con las actuaciones tendentes a supervisar el proceso de búsqueda de inversores y oferentes para articular la futura venta de la Unidad Productiva del deudor solicitante.

Hasta el momento de la declaración de concurso, el experto independiente o administrador en materia de reestructuración deberá respetar siempre, y sin injerencias, las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio, facultades que éste conserva plenamente y sin ningún tipo de limitación, suspensión o autorización.

Si bien el experto podrá dejar constancia, por escrito, en su informe final, de las observaciones y objeciones que considere oportunas relativas a si el proceso de búsqueda de inversores por parte del deudor ha cumplido, en su opinión y en base a sus conocimientos técnicos, con los requisitos de publicidad, transparencia y concurrencia. Dichas observaciones serán tenidas en cuenta por el Juez del concurso a la hora de aprobar la operación de compraventa de la Unidad Productiva en el seno del concurso de acreedores, articulando, si fuera pertinente, las medidas propuestas por el experto en su informe final

para suplir las carencias o salvar las objeciones que haya constatado.

En esta fase, serán funciones del experto independiente o administrador en materia de reestructuración:

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

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

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

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

5°: Emitir un informe final de la gestión realizada y, en particular, de las ventas preparadas sobre los

activos de la empresa, haciendo constar sus observaciones técnicas sobre el proceso de búsqueda de oferentes e inversores y su valoración sobre la idoneidad de la propuesta de venta realizada por el deudor, incluyendo el precio y las condiciones de pago incluidas en dicha oferta.

Este informe final debería emitirse dentro del plazo de tres meses previsto en los arts. 583 ss. TRLC, a contar desde su nombramiento, salvo causa justificada y previa autorización de prórroga de dicho plazo por parte del Juzgado a petición del experto.

En este proceso de preparación de operaciones de venta y búsqueda de oferentes deberán respetarse, en la medida que fueran aplicables, las reglas establecidas por el Texto Refundido de la Ley Concursal para la enajenación de unidades productivas si bien adaptadas a esta fase pre-concursal.

Esta fase preliminar concluirá con la emisión por parte del experto independiente o administrador en materia de reestructuración con informe final de la gestión realizada.

Este informe final de gestión, contendrá, en particular, una valoración imparcial, independiente y razonada en fundamentos técnicos en relación a los siguientes extremos:

1º: Si la publicidad del proceso concurrencial ha sido suficiente para garantizar la máxima participación de todos los interesados.

2°: Si la información suministrada a todos los interesados durante el proceso se ha realizado en términos que han garantizado la igualdad de oportunidades.

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

4°: Si el precio final ofrecido para la adquisición preparada del activo es razonable atendidas las circunstancias concretas adaptadas, en ese momento concreto, al sector y actividad económica del deudor en cuestión.

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

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

7°: Propuesta de implementación de una o varias ofertas de compra vinculantes de toda la empresa, unidades productivas o de negocio, o de activos en globo. O, en su caso, formulación de propuestas alternativas o complementaria.

El informe final se pondrá en conocimiento, por comunicación escrita (incluyendo medios telemáticos con

constancia de recepción), del deudor, del Juzgado competente, de la representación de los trabajadores y de los acreedores más relevantes y, en todo caso, de los acreedores privilegiados y de los públicos.

Al informe final deberán acompañarse los medios de pruebas pertinentes para acreditar los anteriores extremos.

En esta fase pre-concursal, la retribución del experto independiente o administrador en materia de reestructuración se realizará con arreglo a las normas del arancel, en cantidad correspondiente a los honorarios de la fase de liquidación, calculada según el número de meses en que efectivamente desarrolle las funciones atribuidas, de conformidad con el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales.

En caso de que el concurso no llegara a ser declarado, su retribución correrá a cargo del solicitante.

5. FASE CONCURSAL DE AUTORIZACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE LAS OPERACIONES DE PRE-PACK.

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

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

1°. La identificación del oferente y la información sobre su solvencia económica y financiera (que pueda garantizar la continuidad y el mantenimiento de la Unidad Productiva una vez transmitida) y los medios humanos y técnicos a su disposición.

2°. La determinación de bienes, derechos, obligaciones, contratos, licencias o autorizaciones incluidos en la oferta y conformación de la Unidad Productiva.

3°. El precio, modalidad de pago y garantías aportadas.

4°. Si existen bienes con privilegio especial se deberá distinguir entre el precio que ofrecería con subsistencia o sin subsistencia de las garantías.

5°. La subrogación o no en los contratos laborales.

6°. La subrogación o no en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes.

7°. La asunción o no de créditos contra la masa o concursales. La subrogación o no en los créditos con privilegio especial.

8°. Modo de transmisión de la Unidad Productiva (compraventa, aportación de rama actividad, etc.).

9°. Declaración de vinculación o no de la sociedad oferente de la Unidad Productiva con la concursada.

10°. Si la adquisición se vehicula a través de una sociedad de nueva constitución ("NEWCO").

Las autorizaciones judiciales de las operaciones de venta conformadas y preparadas deberán tramitarse por la vía del art. art. 530 TRLC (artículo 191 ter de la ley Concursal).

La presentación de la oferta de adquisición de la Unidad Productiva puede ser realizada por el deudor en la propia solicitud incluyendo un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de adquisición de unidad productiva.

A tal efecto, en el mismo auto de declaración de concurso, deberá darse traslado por diez días de las propuestas, para que por los acreedores o cualquier interesado puedan efectuar alegaciones.

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

Finalizado el plazo de diez días, la Administración Concursal deberá emitir el informe previsto en la Ley sobre el plan de liquidación y el juez, al día siguiente dictará auto autorizando o denegando las operaciones de venta preparadas, contra el que cabrá solo recurso de reposición.

Una vez firme el auto aprobando la transmisión de la Unidad Productiva, se solicitará testimonio de la resolución y se procederá al otorgamiento de la escritura pública, o elevación a escritura de contrato privado, de transmisión de la Unidad Productiva en la forma autorizada (compraventa, aportando de rama de actividad, etc.). Además del testimonio del auto, la Administración Concursal aportará credencial y auto de declaración de concurso.

La efectividad de la transmisión de la Unidad Productiva se produce con la firma de la escritura de transmisión de la Unidad Productiva, no con el auto autorizándola.

Formalizada la transmisión de la Unidad Productiva, el adquirente notificará la sucesión de empresa de acuerdo con lo previsto en el artículo 224.1.3º TRLC. La Administración Concursal también deberá informar a las partes contratantes en cuyos contratos se subroga el adquirente, la transmisión de esa Unidad Productiva y la identidad del adquirente. La notificación a las contrapartes de los contratos conviene realizarla por la Administración Concursal antes de su autorización, aunque no esté prevista dicha notificación en el TRLC.

Para la efectiva implantación de este Protocolo Pre-Pack, sería deseable que el Ministerio de Justicia u otro que se determine, las Comunidades Autónomas y Entidades Locales (en lo referente a las empresas de su ámbito territorial), así como las Organizaciones empresariales y Colegios Profesionales, favorezcan la información sobre la comercialización de Unidades Productivas, contribuyendo a la creación de sistemas de información y publicidad para poner en conocimiento de inversores y potenciales oferentes la intención de proceder a su enajenación dentro de su ámbito territorial y sectorial. Ello contribuirá a que el proceso de enajenación de la Unidad Productiva se realice de modo transparente y con la mayor concurrencia posible. El deudor o el experto independiente, administrador en materia de reestructuración designado por el Juzgado, comunicarán a dichas entidades, respectivamente, las características de la Unidad Productiva objeto de enajenación tan pronto como esté delimitado su perímetro, describiendo como se llevará a efecto el proceso para su enajenación, publicándose el formulario correspondiente.

En materia de publicidad del procedimiento, urge que el Ministerio de Justicia implante el sistema de publicidad legal previsto en el artículo 423 del Texto Refundido de la Ley concursal para que se habilite como un apartado más del contenido propio del Registro Público Concursal un sistema de alcance nacional y conexión europea de proyectos de venta de Unidades Productivas cualquiera que sea el sistema de enajenación previsto, judicial o extrajudicial, tanto en fase concursal como preconcursal.