



FACULTAD DE DERECHO

**EL *PREPACK* CONCURSAL: HACIA UNA APLICACIÓN
UNIFORME EN ESPAÑA**

Autor: Javier Delgado Lafuente.

5º E-3 A.

Área de Derecho Mercantil.

Tutor: Miguel Martínez Muñoz

Madrid.

Marzo 2023

ÍNDICE.

LISTADO DE ABREVIATURAS	5
I. INTRODUCCIÓN	6
II. ORIGEN DEL <i>PREPACK</i> CONCURSAL	8
1. CAMBIO DE PARADIGMA: DEL PRINCIPIO SOLUTORIO AL PRINCIPIO CONSERVATORIO EN EL DERECHO CONCURSAL	9
2. LA DIRECTIVA 2019/1023 (UE) SOBRE MARCOS DE REESTRUCTURACIÓN PREVENTIVA	13
III. CONCEPTO DEL <i>PREPACK</i> CONCURSAL	16
IV. REGULACIÓN PREVIA A LA LEY 16/2022. LA REGULACIÓN PROTOCOLARIA DEL <i>PREPACK</i>	19
1. DIRECTRICES DE LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL DE BARCELONA	19
1.1. Procedimiento	20
2. GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS DE LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL DE MADRID	23
2.1. Procedimiento	25
3. LAS DIFERENCIAS ENTRE LAS REGULACIONES PROPUESTAS POR LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL DE BARCELONA Y MADRID: UNA REGULACIÓN A MEDIDA DE LOS CASOS PARA EVITAR EL VACÍO.	27
V. EFECTOS DE LA LEY 16/2022 DE REFORMA DEL TRLC: EL PASO INICIAL HACIA LA UNIDAD DEL <i>PREPACK</i> EN ESPAÑA	32
1. SOLICITUD DE CONCURSO CON PRESENTACIÓN DE OFERTA DE ADQUISICIÓN DEL ART. 224 BIS TRLC	34
2. NOMBRAMIENTO DEL EXPERTO PARA RECABAR OFERTAS DURANTE LA FASE PRECONCURSAL DE LOS ARTS. 224 <i>TER-SEPTIES</i> TRLC	39

VI. LA PROPUESTA DE 7 DE DICIEMBRE DE 2022: LA CUMBRE DE LA UNIDAD Y ARMONÍA EN EL <i>PREPACK</i> CONCURSAL EN ESPAÑA Y EN LA UNIÓN EUROPEA.	41
1. DISPOSICIONES GENERALES	43
2. FASE DE PREPARACIÓN	43
3. FASE DE LIQUIDACIÓN	44
4. DISPOSICIONES APLICABLES PARA LAS FASES DE PREPARACIÓN Y LIQUIDACIÓN	45
VII. CONCLUSIÓN. EL <i>PREPACK</i> CONCURSAL EN ESPAÑA: DE FIGURA MARGINAL Y FRAGMENTADA A PIEZA FUNDAMENTAL EN EL DERECHO CONCURSAL.	47
VIII. BIBLIOGRAFÍA	49
1. LEGISLACIÓN	49
2. JURISPRUDENCIA	49
3. OBRAS DOCTRINALES	50
4. RECURSOS DE INTERNET	52

LISTADO DE ABREVIATURAS

Acuerdo: Acuerdo 2/2022, de los Juzgados de lo Mercantil de Sevilla, sobre la articulación procesal del *prepack* (art. 224 *ter* a 224 *septies*) y la solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas.

Directiva de Reestructuraciones: Directiva 2019/1023 (UE) de Marcos de Reestructuración Preventiva

Directriz: Directrices para el procedimiento de tramitación del *prepack* de los Juzgados Mercantiles de Barcelona de 20 de enero de 2021.

Guía de Buenas Prácticas: Guía de Buenas Prácticas Procesales, en materia del art. 530 TRLC aprobado por los Jueces de lo Mercantil de Madrid, de 22 de enero de 2021.

LC: Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

Propuesta: Propuesta para Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo armonizando ciertos aspectos del derecho de insolvencia, de 7 de diciembre de 2022.

UE: Unión Europea

RPC: Registro Público Concursal

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TRLC: Texto Refundido de la Ley Concursal.

I. INTRODUCCIÓN

Como bien es sabido, el derecho concursal *in natura* interviene cuando el deudor se encuentra en insolvencia, la cual implica una imposibilidad de hacer frente a las obligaciones que le son exigibles de manera regular.

La mayoría de los países de la Unión Europea, incluyendo España, se encuentran en una situación económica negativa tendente a una recesión; provocada por los efectos de la pandemia del COVID-19, el aumento del coste de la electricidad, y carburantes; y en última instancia las dos subidas de tipos de interés de 0,75 puntos básicos tomada por el Banco Central Europeo, y que en las siguientes reuniones seguirá subiendo para hacer frente a la inflación que sufre la UE¹.

No obstante, los legisladores tanto internacionales como comunitarios han ido introduciendo mecanismos preconcursales a fin de eludir el concurso de acreedores en pro de la conservación de la actividad empresarial y los puestos de trabajo².

Así, el derecho concursal español se encuentra, tras la reforma publicada el 6 de septiembre de 2022, en una fase de transición a fin de concluir la completa transposición de la Directiva 2019/1023 (UE) sobre marcos de reestructuración preventiva. Ésta hace mención a mecanismos de reestructuración que deben ser provistos por las legislaciones de los Estados Miembros a fin de evitar entrar en el estado de insolvencia y garantizar la continuidad de la actividad empresarial y los puestos de trabajo.

Dentro del ámbito preconcursal, cabe destacar la influencia del Chapter 11 del Bankruptcy Code en Estados Unidos, que introduce el concepto del *pre-packaged administration*. Se trata de la venta conjunta o de parte de una empresa en crisis antes de iniciarse el procedimiento concursal, con el fin de evitar la depreciación de los activos del deudor por la demora de la tramitación procesal y la habitual imagen negativa propia

¹ Banco Central Europeo., “Decisiones de Política Monetaria”, *Banco Central Europeo*, 27 de octubre de 2022 (disponible en <https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2022/html/ecb.mp221027~df1d778b84.es.html>; última consulta 13/11/2022)

² GÓMEZ ASENSIO, C. “La directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm.12, 2020, pág. 475.

de la insolvencia³. La doctrina ha reconocido que el éxito de este mecanismo reside en su utilización antes de la declaración del concurso, evitando no sólo las formalidades propias del proceso, sino que se vincule a los activos del deudor con una incapacidad para hacer frente a las obligaciones legalmente exigibles⁴.

Este mecanismo se ha ido desarrollando en diversos ordenamientos como el británico (en el *Statement of Insolvency Practice 16*); o el neerlandés (el *silent trustee*), al igual que ha sido introducido en la Directiva de reestructuraciones. Sin embargo, al no haber habido una transposición en España uniforme de la Directiva, los Juzgados de lo Mercantil decidieron desarrollar Protocolos a fin de aplicar adecuadamente este mecanismo en el ordenamiento jurídico español, lo que ha llevado a una falta de homogeneidad en los criterios y aplicación de estos protocolos, como en asuntos tan importantes como si la venta se debe realizar antes de declararse el concurso o en el seno del procedimiento concursal⁵.

No obstante, la reciente reforma del TRLC ha incluido en sus arts. 224 *bis* a 224 *septies* un procedimiento específico de tramitación y aprobación del *prepack*, partiendo de la experiencia adquirida gracias a los Protocolos mencionados *ad supra*⁶.

Así, este estudio pretende analizar en detalle la figura del *prepack* concursal en el ordenamiento jurídico español, las razones que llevaron inicialmente a una falta de uniformidad en su aplicación hasta ahora, y cómo gracias a la Directiva de reestructuraciones y la Propuesta sobre la homogeneización de determinados conceptos del derecho de insolvencia se está consiguiendo uniformizar y aplicar sin diferencias esta figura de vital importancia en el nuevo paradigma concursal.

Tras esta introducción, nuestro estudio se estructura del siguiente modo. En primer lugar se llevará a cabo un estudio minucioso del estado de la ciencia, a fin de tener una completa comprensión del *prepack* concursal, que comprende un estudio inicial del derecho concursal y su evolución hasta las figuras preconcursales. Posteriormente, se estudiará la aplicación del *prepack* concursal antes de la reforma acaecida en el TRLC,

³ GILO GÓMEZ, C., “El “*prepack*” concursal. Una solución que llega para quedarse”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.6, 2021, pág. 110.

⁴ GILO GÓMEZ, C., “El “*prepack*” concursal ...”, cit., pág. 110.

⁵ GILO GÓMEZ, C., “El “*prepack*” concursal ...”, cit., pág. 113.

⁶ ALONSO HERNÁNDEZ, Á.; RUBIO SANZ, J. “Mejoras del pre-pack concursal en la reforma”, *Apuntes de la Reforma Concursal*, Uría Menéndez, 2022, pág. 2.

analizando los Protocolos que han sido dictados por los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona y Madrid, a fin de vislumbrar sus similitudes y diferencias. Finalmente, se detallarán los efectos derivados de la reforma del TRLC y la Propuesta de Directiva de 7 de diciembre de 2022 que busca armonizar determinados conceptos del derecho de insolvencia, tratando de discernir si éstas conllevarán un tratamiento uniforme o bien una continuidad en cómo ha sido aplicada en España.

II. ORIGEN DEL *PREPACK* CONCURSAL

El derecho concursal es la rama legal que pretende hacer frente a las insolvencias a las que se enfrentan los deudores como se puede deducir del art. 2 TRLC. El derecho concursal es la respuesta del ordenamiento jurídico para solucionar los conflictos provenientes de la situación de insolvencia⁷. Ello ha llevado a diversas reformas a lo largo de los años tratando de responder cada una de ellas a distintos problemas, tal y como se aprecia en el apartado primero de la Exposición de Motivos del TRLC al afirmar que “*La historia de la Ley Concursal es la historia de sus reformas*”.

En los últimos años ha emergido una “*cultura concursal*” basada en la defensa de la función conservativa, tratando de preservar la actividad de la empresa mediante su protección y el mantenimiento de los puestos de trabajo en contraposición con la satisfacción de los acreedores del modo más adecuado para sus intereses; evitando así llegar a la insolvencia y a la declaración del concurso⁸. Un ejemplo sería la legislación alemana con la promulgación de la *Insolvenzordnung* en octubre de 1994, y sus ulteriores reformas; buscando facilitar la reestructuración de las entidades, simplificar el proceso de adopción del plan de insolvencia, y un régimen de intervención frente a uno de suspensión respecto a las facultades patrimoniales del deudor⁹.

En el ordenamiento jurídico español, la Ley Concursal dictada en 2003 y sus sucesivas reformas trataron de favorecer la función conservativa a través de diferentes vías: institutos preconcursales, mejora de la posibilidad de enajenación unitaria del

⁷ MORENO BUENDÍA, F.J., “Las funciones del derecho concursal: tendencias actuales en el derecho comparado”, *Inciso*, núm. 23 (1), 2021, pág. 3.

⁸ MORENO BUENDÍA, F.J., “Las funciones ...”, cit., pág. 3.

⁹ MORENO BUENDÍA, F.J., “Las funciones ...”, cit., pág. 7.

deudor en la primera fase del procedimiento concursal; y refuerzo del convenio como solución del concurso.

Véase cómo en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el TRLC, recogió en el Libro Segundo la regulación de la preconcursalidad; mantenido además en la última reforma publicada el 6 de septiembre de 2022.

En suma, este apartado pretende analizar en detalle la evolución histórica del derecho concursal de un principio solutorio a un principio conservatorio en primer lugar pues la función del derecho concursal debe impregnar la interpretación de los preceptos concursales y guiar la actividad de los órganos del procedimiento concursal¹⁰. A continuación, se estudiará como reflejo del cambio de paradigma la promulgación de la Directiva de Reestructuraciones como origen previo a la introducción en la legislación española del *prepack* concursal. En este apartado por tanto se analiza cómo la evolución del derecho concursal ha llevado al surgimiento de figuras preconcursales en el ordenamiento jurídico español e internacional, surgiendo entre ellas el *prepack* concursal que se explicará en el siguiente apartado.

1. CAMBIO DE PARADIGMA: DEL PRINCIPIO SOLUTORIO AL PRINCIPIO CONSERVATORIO EN EL DERECHO CONCURSAL

El derecho concursal ha pasado de una protección prioritaria de la figura del acreedor (principio solutorio) a una preferencia actual por la conservación de la actividad empresarial y los puestos de trabajo (principio conservatorio) por lo que se dota de una mayor protección a la parte deudora¹¹.

La doctrina entiende que el objetivo fundamental del concurso de acreedores durante la República Romana era el cumplimiento exacto de las obligaciones del deudor¹². Durante la República Romana destaca el procedimiento de *manus iniectio*, en la que el deudor podía pagar la deuda o presentar a alguien que se hiciera cargo de la

¹⁰ MORENO BUENDÍA, F.J., “Las funciones ...”, cit., pág. 5.

¹¹ FERRERO DIEZ CANSECO, A., “Del derecho de quiebra al derecho concursal moderno y la Ley de Reestructuración”, *Derecho PUCP*, núm. 47, 1993, pág. 393.

¹² LÓPEZ FERNÁNDEZ, R., “Hacia la rehabilitación del deudor. antecedentes históricos y evolución del concurso de acreedores”, en CABRERA MERCADO, R. (Dir.), *La mediación civil, mercantil y concursal*, Madrid, 2018, pág. 94.

deuda. En caso de no pagar el acreedor podía llevarlo preso a su casa durante sesenta días, sacándolo los días de mercado para venderlo como esclavo (*venta transtiberum*); y a falta de venta se podía asesinar al deudor. Tras ello, en caso de varios acreedores se dividía el cuerpo en trozos para satisfacer a todos los acreedores¹³.

Sin embargo esta solución radical terminó siendo abandonada a favor de una sucesiva evolución hacia una mayor protección de la figura del deudor, destacando las Ordenanzas de Bilbao (1737) como norma de referencia en el derecho concursal español, donde se unifica por primera vez el derecho mercantil en un único texto legal, además de introducir el principio de proporcionalidad de las penas en el trato a los deudores¹⁴.

El cambio definitivo ocurre a partir del siglo XX, apreciándose en los ordenamientos jurídicos europeos una clara evolución en el derecho concursal, pues deja de haber una función meramente solutoria para incorporar el principio de conservación por medio de convenios judiciales o extrajudiciales¹⁵.

Este cambio ha sido visible tanto en el derecho español como en otros ordenamientos europeos como el alemán, mencionado *ad supra*; o en Italia. Concretamente destacan dos reformas: La Ley n. 80 de 14 de mayo de 2005 que reforma la *Legge Fallimentare* (*Regio Decreto* 16 marzo 1942, n.267), que viene a introducir figuras para fomentar la función conservativa del derecho concursal italiano; y el *Codice della crisi d'impresa e dell' insolvenza*, mediante Decreto Legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, que no sólo derogó la *Legge Fallimentare*, sino que en su art. 84 apuesta por la finalidad conservativa del procedimiento¹⁶.

En el caso español, a partir de la Ley Concursal de 2003 se pretende dar prioridad a la función conservatoria con elementos como los institutos preconcursales, facilidades para enajenar la unidad productiva y reforzar el convenio como método de terminación del concurso¹⁷. Ya en 2011 se introduce en la Ley Concursal un procedimiento abreviado de liquidación para transmitir los negocios si la solicitud de concurso

¹³ LÓPEZ FERNÁNDEZ, R., “Hacia la rehabilitación ...”, cit., pág. 94.

¹⁴ LÓPEZ FERNÁNDEZ, R., “Hacia la rehabilitación ...”, cit., págs. 97-98.

¹⁵ MORENO BUENDÍA, F.J., “Las funciones ...”, cit., pág. 6.

¹⁶ MORENO BUENDÍA, F.J., “Las funciones ...”, cit., págs. 8-9.

¹⁷ MORENO BUENDÍA, F.J., “Las funciones ...”, cit., pág. 7.

voluntario era presentada con una oferta de compra vinculante de tercero, lo que sería el antecedente directo del *prepack* en España¹⁸.

De este modo se introduce el debate acerca de la idoneidad de proceder a la venta de la unidad productiva antes de la fase liquidatoria tal y como estipulaban los arts. 148 y 149 de la Ley Concursal. La Ley Concursal establecía en su art. 43 la posibilidad de enajenar bienes de la masa activa durante la fase común del procedimiento concursal siempre que se contara con la autorización del juez del concurso, lo cual permitía anticipar la solución y proceder a la enajenación en un momento inicial del procedimiento para conseguir mayor liquidez al deudor y mayores probabilidades de mantener la actividad empresarial¹⁹. Igualmente el art. 149.1 de la Ley Concursal establecía que la venta debía de efectuarse como un todo y en pública subasta salvo que el juez acuerde la venta directa o mediante entidad especializada si la subasta o si la administración concursal considerara que fuera el mecanismo más idóneo para la salvaguarda de los intereses del concurso²⁰.

En la práctica aun cuando no existía plan de liquidación los Juzgados de lo Mercantil admitieron la venta de unidades productivas en el etapa común del concurso pues la espera hasta el estadio liquidatorio podía conllevar consecuencias irreparables para la unidad productiva²¹.

No obstante hay que tomar consciencia de la problemática que conllevaba la venta de la unidad productiva en la fase común del concurso. Mientras que en la enajenación en el estadio liquidativo era taxativa la aprobación del plan de liquidación por la autoridad competente, la enajenación en la fase común carecía de tales controles, por lo que el legislador estaba llamado a introducir garantías en la legislación concursal para

¹⁸ ALONSO HERNÁNDEZ, A., RUBIO SANZ, J., “Mejoras del pre-pack concursal en la reforma”, *Apuntes de la reforma concursal*, Uría Menéndez, 2022, pág. 1.

¹⁹ SEBASTIÁN, R., “La venta de la empresa en el concurso de acreedores”, en SEBASTIÁN, R. (Dir.), *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*, Madrid, 2018, pág. 657.

²⁰ SEBASTIÁN, R., “La venta de la empresa ..”, cit., pág. 673.

²¹ ESCOLÀ BESORA, M.A., “La venta de la unidad productiva en nuestro ordenamiento”, en LLORET VILLOTA, J., MARQUÉS VILALLONGA, J.M., (Coord.), *La venta de la unidad productiva en sede concursal*, Barcelona, 2015, págs. 83-126.

garantizar la legalidad de la operación y la satisfacción de las partes involucradas en el concurso²².

Posteriormente el TRLC tomó constancia del desarrollo del principio de conservación al afirmar en el segundo apartado de la Exposición de Motivos que el derecho concursal debía ser útil para la conservación de la actividad empresarial y los puestos de trabajo, factores tenidos en cuenta por la Unión Europea en la confección de la Directiva de Reestructuraciones.

Ello llevó a introducir un Libro Segundo dedicado en exclusividad al derecho preconcursal, que se verá posteriormente cómo ha servido de base para el desarrollo por medio de protocolos el *prepack* concursal por parte de los Juzgados Mercantiles, concretamente los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona, que parten del art. 583 TRLC como base de su actuación, afirmando que:

*“En el mismo escrito de comunicación al Juzgado Mercantil de la apertura de negociaciones con sus acreedores del art. 583 TRLC o en escrito posterior, dentro de los tres meses siguientes a dicha comunicación, el deudor podrá poner de manifiesto que está preparando operaciones sobre los activos de la empresa (toda la empresa, unidades productivas o de negocio, o venta en globo de activos) indicando y relacionando específicamente las mismas”*²³

Del mismo modo el art. 215 TRLC previó expresamente la posibilidad de que se produjera la enajenación de las unidades productivas en cualquier etapa del concurso lo cual vino a confirmar la posibilidad de proceder a la enajenación de las unidades productivas no sólo en la fase común del procedimiento concursal sino también en etapas preconcursales²⁴. Este artículo abrió claramente el derecho concursal español a actuar en el estadio preconcursal con la ventaja de evitar la depreciación de los activos

²² ESCOLÀ BESORA, M.A., “La venta de la unidad productiva ...”, cit., pág. 90.

²³ Directrices para el procedimiento de tramitación del pre-pack concursal, de los Juzgados Mercantiles de Barcelona, de 20 de enero de 2021 (disponible en: <https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-noticies/DEFINITIVO-DIRECTRICES-PARA-EL-PROCEDIMIENTO-DE-TRAMITACION-DEL-PRE-PACK-CONCURSAL-JJMM-BARCELONA.pdf>), pág. 3. Fecha de última consulta: 15 de enero de 2023.

²⁴ GILO GÓMEZ, C., “La venta de la unidad productiva como solución a la insolvencia”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 25, 2021, págs. 43.

afectados por la demora del procedimiento concursal y la imagen negativa asociada a la situación de insolvencia²⁵.

Así las previsiones de los arts. 190.3 y 191 *ter*.4 de la Ley Concursal sobre la venta de unidades productivas con un procedimiento abreviado de presentación conjunta de solicitud de declaración de concurso y plan de liquidación con propuesta vinculante de compra de la unidad productiva fueron recogidas al art. 530 TRLC²⁶.

Además la nueva reforma del TRLC también cuenta con la posibilidad de proceder a le enajenación de la unidad productiva a partir de un plan de reestructuración, aunque en verdad van a seguir siendo utilizadas para ganar tiempo en vez de evitar la situación de insolvencia como se puede apreciar en la Exposición de Motivos al estipular que esta figura está llamada “*a evitar la insolvencia, o a superarla*”²⁷

Por tanto se puede apreciar que el ordenamiento jurídico español ya venía incluyendo figuras preconcursales si bien queda patente que era necesario un impulso del legislador nacional y comunitario para asegurar su aplicación uniforme. Del mismo modo la crisis derivada de la pandemia de COVID-19 requirió de mecanismos que garantizaran la supervivencia y mantenimiento de la actividad empresarial por lo que pasó a ser vital la inmediata transposición de la Directiva de Reestructuraciones. No obstante nuestro legislador como nos tiene acostumbrados se caracterizó por su usual lentitud lo que junto a los tediosos debates parlamentarios atrasaron una herramienta que como veremos podría haber garantizado una mayor flexibilidad a las empresas para hacer frente a las dificultades empresariales.

2. LA DIRECTIVA 2019/1023 (UE) SOBRE MARCOS DE REESTRUCTURACIÓN PREVENTIVA

Esta Directiva tiene sus antecedentes en la Recomendación de la Comisión Europea, de 12 de marzo de 2014, “Un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso

²⁵ GILO GÓMEZ, C., “La venta de la unidad productiva ...”, cit., pág. 44.

²⁶ AZOGRA VEGAS, F., “Enajenación de unidades productivas”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 54, 2020, págs. 64.

²⁷ GIL-ROBLES, J.M., “El objeto de la reestructuración: especial referencia a la venta de unidades productivas”, en COHEN, A. (Dir.), *Nuevo marco jurídico de la reestructuración de empresas en España*, Madrid, 2022, pág. 561.

empresarial” (2014/135/UE), pues ésta hace referencia al Chapter 11 del Bankruptcy Code estadounidense (en la cual ya se regula el *pre-packaged administration*); buscando en definitiva mecanismos de segunda oportunidad y soluciones de reestructuración²⁸.

El objetivo de la Directiva de Reestructuraciones, tal y como se recoge en su artículo 1.1, es el establecimiento de “*marcos de reestructuración preventiva disponibles para los deudores en dificultades financieras cuando la insolvencia sea inminente, con objeto de impedir la insolvencia y garantizar la viabilidad del deudor*”.

El art. 2.1.1) de la Directiva de Reestructuraciones incluye dentro del concepto de reestructuración “*las ventas de activos o de partes de la empresa así como la venta de la empresa como empresa en funcionamiento*”. Posteriormente, el art. 2.1.12 recoge al administrador en materia de reestructuraciones, definida como “*toda persona y órgano nombrado por una autoridad judicial o administrativa*”, encargada entre otras cosas en asistir al deudor o a los acreedores en elaborar o negociar un plan de reestructuración, supervisar la actividad del deudor durante la negociación de un plan de reestructuración e informar a una autoridad judicial o administrativa, y tomar el control parcial de los activos y negocios del deudor durante las negociaciones. Este artículo sin embargo debe ser leído en conjunción con el artículo 4 de la Directiva de Reestructuraciones, pues es meramente descriptivo y no contiene criterios legales que prevean de cualquier restricción o limitación²⁹. Además, las funciones específicas del administrador en materias de reestructuración deberán de ser determinadas por el derecho nacional, pero al menos contener alguna de las funciones mencionadas en el mencionado artículo 2.1.12³⁰.

El art. 4.5 de la Directiva de Reestructuraciones recoge que el marco de reestructuración preventiva podrá darse en un contexto extrajudicial, sin perjuicio de cualquier otro marco de reestructuración previsto en la normativa nacional. Asimismo, como refleja el Considerando 29 de la Directiva de Reestructuraciones, para promover la eficiencia y reducir los retrasos y los costes, los marcos de reestructuración

²⁸ PULGAR EZQUERRA, J., “El nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación al derecho español”, en MORILLAS JARILLO, M.J. (Dir.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, 2015, págs. 254-255.

²⁹ PAULUS, C.G.; DAMMANN, R., *European Preventive Restructuring. Directive (EU) 2019/1023 Article-by- Article Commentary*, Verlag C.H. Beck oHG, 2021, pág. 61.

³⁰ PAULUS, C.G.; DAMMANN, R., *European Preventive ...*, cit., pág. 76.

preventiva deben incluir procedimientos flexibles que pueden consistir en uno o varios procedimientos o herramientas, indicando además el propio artículo 4.5 que podrían desarrollarse algunos de ellos al margen de los tribunales³¹.

No obstante el artículo que parece introducir el *prepack* concursal es el art. 5.3 de la Directiva de Reestructuraciones, que contempla la posibilidad de nombrar un administrador en materia de reestructuración que asista al deudor y acreedores durante la negociación y elaboración de un plan, recogiendo la posibilidad de que sea por solicitud del deudor o por solicitud de la mayoría de los acreedores.

Ante la tardanza del legislador español en la transposición de la Directiva, algunos Juzgados Mercantiles han acogido la figura del *prepack* para dar cabida a tales mecanismos mencionados en la Directiva de Reestructuraciones³². Esta tardanza ha sido reconocida a su vez por el legislador en el apartado segundo de la Exposición de Motivos del TRLC, en la que afirma que España tiene pendiente la transposición de la Directiva de Reestructuraciones, pero que el TRLC servirá de base para una posterior y necesaria reforma del TRLC en la que se lleve a cabo una adecuada transposición de la Directiva de Reestructuraciones.

Por tanto, se trata de una figura que en principio ha encontrado su desarrollo por medio de protocolos desarrollados por diferentes Juzgados Mercantiles, a falta del desarrollo legislativo necesario, tal y como recoge la Guía de Buenas Prácticas para la venta de unidades productivas³³. Sin embargo, tras la tardía reforma del TRLC publicada el 6 de septiembre de 2022, habrá que analizar si el legislador ha introducido este mecanismo en el ordenamiento jurídico, o bien ha dejado la cuestión al arbitrio de los Juzgados Mercantiles, por ende fragmentando por completo la aplicación de esta herramienta. Cabe añadir asimismo la Propuesta de Directiva del 7 de diciembre de 2022 que busca uniformizar aspectos del derecho de la insolvencia con el fin de crear un mercado de capitales común. Entre los conceptos afectados se encuentra el *prepack*

³¹ PAULUS, C.G.; DAMMANN, R., *European Preventive ...*, cit., pág. 77.

³² CAMPUZANO, A.B., “La configuración de los marcos de reestructuración preventiva en la directiva europea sobre reestructuraciones e insolvencia”, *DECONOMI*, núm. 12, 2021, pág.31.

³³ 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 (disponible en: <https://web.icam.es/wp-content/uploads/2021/04/BUENAS-PRACTICAS-FINAL.pdf>). Fecha de última consulta: 15 de enero de 2023.

concurzal, lo cual servirá junto al TRLC para cerrar el debate que se introdujo en la doctrina y práctica española en favor de la armonización y homogeneización en la aplicación de esta herramienta.

III. CONCEPTO DEL *PREPACK* CONCURSAL

El *prepack* concursal consiste en la venta conjunta o de parte de una empresa en crisis y en funcionamiento antes del procedimiento concursal para evitar la depreciación de los activos del deudor frente a la imagen negativa del concurso y al paso del tiempo hasta la finalización del procedimiento concursal³⁴. Por tanto, son ventas que han sido preparadas antes de la solicitud de apertura del procedimiento concursal, gracias a lo cual se consigue no sólo la máxima satisfacción de los acreedores, sino también la conservación de la empresa y los puestos de trabajo afectados³⁵. Asimismo se permite de este modo evitar la imagen negativa que tiene la declaración del concurso (la cual reduce el valor de los activos) e impedir que la tramitación del concurso suponga una depreciación del valor de los activos por la lentitud del procedimiento³⁶.

Constituye un mecanismo que busca preservar la continuidad de la empresa, permitiendo al deudor preparar en una fase preconcursal las operaciones necesarias para la venta de la unidad productiva para que sea a su vez autorizada rápidamente tras el inicio del procedimiento concursal, por lo que se requiere de un experto independiente para la supervisión de estas operaciones y así garantizar publicidad, transparencia y concurrencia³⁷.

Por tanto, durante la tramitación del *prepack* concursal se pueden apreciar tres partes: el deudor, el acreedor y el experto independiente, el cual será estudiado con

³⁴ GILO GÓMEZ, C., “El “*prepack*” ...”, cit., pág. 110.

³⁵ GALLEGO CÓRCOLES, A., “El *prepack* y la venta anticipada de unidades productivas en derecho español: modelos comparados”, *Revista general de Insolvencias y Reestructuraciones*, núm. 4, 2021, pág. 285.

³⁶ GILO GÓMEZ, C., “Pre-pack concursal y derecho comparado”, *Estudios de Deusto*, núm. 69 (2), 2021, pág. 113.

³⁷ PEREA GONZÁLEZ, Á. (Coord.), “Diálogos para el futuro judicial XX *Prepack*: ¿El futuro del derecho concursal?”, *Diario La Ley*, núm. 9802, 2021, pág. 2.

mayor detenimiento posteriormente, tanto su elección, los derechos y deberes que tiene o su sistema de remuneración.

Su antecedente más primitivo sería el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 9 de enero de 2012, por el que se designó un órgano interino de Administración Concursal para vigilar las actuaciones del deudor durante la comunicación de apertura de negociaciones³⁸. Sin embargo, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº de 10 de Barcelona de 29 de julio de 2020 parece dar el apoyo jurisprudencial que requería esta figura.

En este auto se resolvió una petición de medida cautelar que pedía el nombramiento de un experto independiente que supervisara el proceso de venta de unidad productiva para que la venta se realizara de manera inmediata a la declaración del concurso, lo cual se coordinaría con el precurso en tramitación³⁹. Además, cabe destacar el FJ 3º, apartado sexto, el cual afirma que lo que se está solicitando en verdad es la anticipación de la designación de un administrador concursal que sirva de acompañamiento mientras supervisa las negociaciones dentro del art. 5bis LC, recalcando a su vez que esto se denomina *prepack*⁴⁰. Posteriormente el FJ 7º hace referencia al anteriormente mencionado Auto de 9 de enero de 2012 en la que si bien recuerda que no es una figura prevista en la Ley Concursal tampoco está prohibida, afirmando que la tutela consiste en la anticipar tareas de la administración concursal, pero que no supusieran facultades de decisión directa ni la sustitución o intervención del deudor⁴¹.

³⁸ GILO GÓMEZ, C., “El “*prepack*” ...”, cit., pág. 112.

³⁹ CAMPUZANO, A.B., “La configuración ...”, cit., pág. 7.

⁴⁰ Comunicación del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona (Sección 10º), 1069/2020, de 29 de julio de 2020 (disponible en: https://cdn.website-editor.net/1635930a4aa54906b4039f356a2b5741/files/uploaded/Auto_Juzg.Mtil.N%25C2%25BA10_BC_N_Nomb_Exp.Indep_pre-concurso_29-07-2020.pdf), pág. 3. Fecha de última consulta: 15 de noviembre de 2022.

⁴¹ Comunicación ..., cit., pág. 4.

No obstante, es el auto del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona nº 7 de 30 de octubre de 2020 el que *termina* introduciendo *de facto* el *prepack* concursal ante la falta de transposición de la Directiva de Reestructuraciones por parte del legislador español⁴².

Así, la regulación se estableció ante la falta de desarrollo legislativo mediante los protocolos de los Juzgados de lo Mercantil, destacando por un lado las Directrices para el procedimiento de tramitación del *prepack* de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona de 20 de enero de 2021, y por otro lado la Guía de Buenas Prácticas Procesales en materia del art. 530 TRLC, aprobado por los jueces de lo Mercantil de Madrid de 22 de enero de 2021. No obstante, el nuevo TRLC publicado el 6 de septiembre de 2022 regula específicamente el *prepack* en los arts. 224 *bis* a *septies* TRLC tras la experiencia adquirida gracias a la labor de los Juzgados de lo Mercantil para evitar el vacío legal derivado de la falta de transposición de la Directiva de Reestructuraciones.

Asimismo la Unión Europea, en aras de conseguir un mayor nivel de armonización y uniformidad, publicó el 7 de diciembre de 2022 una Propuesta de Directiva en la que se armonizan ciertos aspectos de la legislación concursal, entre los cuales quedaría el *prepack*⁴³. La Propuesta busca avanzar en la unión del mercado de capitales, reconociendo que para ello la fragmentación del derecho concursal entre los distintos países de la UE constituye un obstáculo. Afirma después que su objetivo es recuperar activos de la fase de liquidación, mayor eficiencia de los procedimientos y mejor distribución del valor recuperado entre los acreedores. Los artículos que mencionan el *prepack* serían los arts. 19 y siguientes. En el art. 19 se obliga a los Estados a incluir un procedimiento de *prepack* dividido en una fase de preparación y otra de liquidación (la cual, según el art. 20 de la Propuesta deberá de ser dentro del concurso). El art. 21 fijará las reglas sobre jurisdicción en caso de procedimientos de *prepack* con elementos transfronterizos. El art. 22 analiza la figura del “monitor” (lo que vendría a ser el experto en reestructuraciones) y determina los deberes a los que

⁴² CABANILLAS, L.G., “Enajenación de unidad productiva: el pre-pack concursal (Comentario al AJM nº7 de Barcelona de 30 de octubre de 2020)”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 1, 2021, págs. 4-5.

⁴³ Propuesta para Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo armonizando ciertos aspectos del derecho de insolvencia, de 7 de diciembre de 2022, págs. 1-73.

queda sometido durante la fase de preparación. Los arts. 23 y ss. serán analizados posteriormente con mayor detenimiento cuando se estudie los efectos que puede tener esta Propuesta en la uniformización del procedimiento del *prepack* tanto a nivel nacional como dentro de la UE.

En último lugar, se deberían de enumerar las fases que debe tener el *prepack* concursal, si bien se verá a continuación que ello no es posible, pues los protocolos de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona y Madrid respectivamente difieren al respecto. No obstante, se podrían enumerar en atención a la nueva redacción dada por el TRLC en los arts. 224 *bis* a *septies*: solicitud de nombramiento de un experto para que recabe las ofertas de adquisición de la unidad productiva en una fase de preinsolvencia (art. 224 *ter* TRLC), nombramiento del experto con una resolución de carácter reservado para preservar la confidencialidad propia de este procedimiento (art. 224 *quater* TRLC), deber de solicitar el concurso en caso de insolvencia actual o inminente (art. 224 *quinquies* TRLC), en caso de declaración del concurso posterior ratificación o revocación del experto independiente (art. 224 *sexties* TRLC), y presentación de la oferta (art. 224 *septies* TRLC)

Esta diferenciación permite apreciar que ha habido dos fases en la regulación del *prepack* concursal: una primera fase protocolaria y una segunda legislativa. Ello requerirá en los siguientes apartados analizar en primer lugar la regulación protocolaria de Barcelona y Madrid y cómo carecen de la homogeneidad requerida; y posteriormente el estudio de la nueva regulación del TRLC que busca uniformizar y homogeneizar la figura del *prepack* en España junto a la nueva Propuesta que trata de ayudar en la uniformización de conceptos del derecho de insolvencia a nivel comunitario.

IV. REGULACIÓN PREVIA A LA LEY 16/2022. LA REGULACIÓN PROTOCOLARIA DEL *PREPACK*

1. DIRECTRICES DE LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL DE BARCELONA

Como reconocen estas directrices, el procedimiento ordinario de venta de las unidades productivas puede ser excesivamente largo e incompatible con el mantenimiento de los puestos de trabajo y la actividad empresarial, lo que hace que el valor de los activos sujetos al concurso pierda rápidamente de valor⁴⁴. Por ello se hizo

⁴⁴ Directrices para el procedimiento de tramitación del pre-pack ..., cit., pág. 1.

necesario entre otras razones la elaboración de tales directrices, a fin de evitar la merma de valor de las unidades productivas afectas a tales operaciones.

A su vez, se deben a la necesidad de uniformizar la aplicación y regulación que deben dar los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona ante las solicitudes de aplicación de este procedimiento. Véase cómo el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 9 de enero de 2012 y el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona de 29 de julio de 2020 son previos a la publicación de las directrices, por lo que los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona partieron de las decisiones que tomaron previamente para poder crear una base común de aplicación del *prepack*.

Sin embargo, la causa última que justifica la publicación de estas directrices es la falta de una regulación legal expresa y la falta de transposición de la Directiva de Reestructuraciones por lo que, a falta de legislación que determine las reglas de aplicación de este instrumento, los Juzgados de lo Mercantil determinaron unas reglas auxiliares a esperas de una regulación aplicable a nivel nacional⁴⁵. Se aprecia además cómo han tenido una relevancia práctica más allá de Barcelona, pudiendo verse el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Málaga de 15 de febrero de 2021 en la que se designó un experto que interviniera antes de la declaración del concurso para facilitar la venta de las unidades productivas ya declarado el concurso⁴⁶.

A continuación se estudia el procedimiento que proponen los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona siguiendo la división realizada en las propias directrices: solicitud inicial, fase preliminar de las operaciones de *prepack* concursal y fase de autorización e implementación de las operaciones de *prepack* concursal.

1.1. Procedimiento

Las Directrices de Barcelona apuestan por la comunicación al Juzgado que deba de conocer del concurso del inicio de negociaciones para la transmisión de la unidad productiva (mediante el art. 583 TRLC, actual art. 585 TRLC) y la presentación de la solicitud de nombramiento de un experto independiente que supervise la operación y garantice el cumplimiento de la transparencia y publicidad necesaria en la venta, interviniendo en la negociación con los acreedores desde la independencia e

⁴⁵ Directrices para el procedimiento de tramitación del pre-pack ..., cit., pág. 3.

⁴⁶ GALLEGO CÓRCOLES, A., “El *prepack* ...”, cit., pág. 17.

imparcialidad⁴⁷. Posteriormente finalizará mediante la declaración del concurso por el juez del concurso, previo informe del experto independiente (que pasará a ser administrador concursal) y se otorgará la unidad productiva al oferente siguiendo las reglas del art. 530 TRLC (artículo suprimido, pero se analizará en atención a la redacción previa a la reforma del TRLC)⁴⁸.

En primer lugar se debe presentar escrito por el que se comunica al Juzgado de lo Mercantil que deberá de conocer del concurso el inicio de negociaciones con los acreedores (art. 583 TRLC, actual art. 585 TRLC) o bien que se han preparado las operaciones de enajenación de los activos de la unidad productiva. En este escrito el deudor puede solicitar que se nombre a un experto independiente o administrador en materia de reestructuración. Finalmente, deberá, para la corrección de la solicitud, cumplimentar un formulario para informar de las unidades productivas o activos afectados por el procedimiento y entidades que pudieran ser potenciales oferentes en la adquisición.

En la fase preliminar se puede solicitar el *carácter* reservado propio de la comunicación de negociación con los acreedores (actual art. 586 TRLC). Además, el experto independiente será *posteriormente* el administrador concursal salvo causa justificada (como indica el art. 224 *sexties* TRLC) y deberá siempre respetar las facultades de administración y disposición del deudor, pues aún no se encuentra en concurso (tales facultades estarán *posteriormente* a un régimen de supervisión o de sustitución por parte del Administrador Concursal dependiendo de si se trata de concurso voluntario o necesario con *carácter* general). Por tanto, las funciones que deberá de ejercitar son la supervisión de la preparación de las operaciones, conocer adecuadamente el negocio del deudor, informar a los acreedores del proceso, confirmar la regularidad, transparencia y publicidad de las operaciones y finalmente emitir un informe final de la gestión y de las operaciones que se pretenden realizar tras la autorización judicial, el cual se pondrá en conocimiento tanto del deudor, como de los acreedores privilegiados y públicos, los representantes de los trabajadores y el Juzgado competente.

⁴⁷ GILO GÓMEZ, C., “El “*prepack*” ...”, cit., pág. 112

⁴⁸ GILO GÓMEZ, C., “El “*prepack*” ...”, cit., pág. 113

Se ha discutido por parte de la doctrina cómo se podría garantizar la independencia e imparcialidad del experto independiente, sobre todo cuando la designación del experto proviene de acreedores con un pasivo superior al 35%, por lo que se tendrá que ver en la práctica cómo funcionará esta llamada a la independencia e imparcialidad⁴⁹.

Especial atención merecen tanto el contenido del informe como la remuneración que se deberá de otorgar al experto independiente. Por un lado, el informe final del experto independiente permite la fiscalización de esta fase preconcursal, permitiendo una posible impugnación por los perjudicados en el plazo de 15 días desde la recepción del mismo por un trámite similar al incidente concursal⁵⁰. A su vez, el contenido del informe debe ser el siguiente:

- A) Medios de prueba de que ha habido una adecuada publicidad en el procedimiento en aras de una adecuada participación de todos los interesados.
- B) Medios de prueba sobre la suministración de información respetando la igualdad de oportunidades de las partes
- C) Si se ha respetado la competencia entre los interesados
- D) Si el precio final es razonable en atención a las circunstancias concretas
- E) Si los interesados han anticipado parte del precio final que sean imprescindibles para el mantenimiento de la actividad empresarial y de su valor durante el proceso.
- F) Evolución de la valoración de los activos objeto de las operaciones una vez declarado el concurso y si no se implementara la venta.
- G) Propuesta final de implementación de las ofertas de compra vinculantes de toda la empresa o formulación de propuestas alternativas.

La remuneración se determinará en arreglo a las normas de aranceles siguiendo las reglas del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales. Sin embargo caben plantearse dos problemas al respecto: qué pasa si el concurso no es declarado, y si se podría considerar la remuneración como créditos imprescindibles para la

⁴⁹ MARTÍNEZ SANZ, F., “Aproximación al experto en reestructuraciones en el Proyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal”, *Revista General de Insolvencias y Reestructuraciones*, núm. 6, 2022, pág. 41.

⁵⁰ PEREA GONZÁLEZ, Á. (Coord.), “Diálogos ...”, cit., pág. 8.

liquidación. En el primer caso el juez que conoció de la comunicación deberá ser el competente para determinar los honorarios, mientras que en el segundo caso ello deberá ser necesario para evitar agravios comparativos con el régimen aplicable al administrador concursal⁵¹. Se aprecia cómo la retribución ha sido una de las cuestiones con mayor controversia pues no hace mención a la categorización de tal crédito dentro del concurso, si bien autos de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona les han atribuido la condición de crédito contra la masa⁵².

Finalmente se debe presentar la solicitud de declaración del concurso junto con el informe final del experto independiente como las propuestas finales de implementación de ventas de activos o de unidades productivas o de la empresa en su conjunto. Posteriormente las autorizaciones judiciales de tales operaciones se deben tramitar conforme al art. 530 TRLC. En el auto de declaración de concurso se deberá dar traslado a las partes para que presenten en el plazo de 10 días las alegaciones que estimen convenientes, tras el cual la administración concursal emitirá el informe sobre el plan de liquidación y el juez al día siguiente dictará auto autorizando o denegando las operaciones de venta recogidas en el informe final del experto independiente.

2. GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS DE LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL DE MADRID.

La Guía de Buenas Prácticas dictada por el Colegio de Abogados de Madrid trata de responder a las previsiones que afirman que habrá un aumento de concursos tras la finalización de la suspensión del deber de solicitar el concurso⁵³. Asimismo, se reconoce que las empresas que acceden al concurso cuentan con dos graves problemas: se accede al concurso tardíamente, casi sin fondo de comercio y tesorería, y que la declaración del concurso implica una reducción del valor de la empresa⁵⁴. Ello justificó la necesidad de crear el art. 530 TRLC para permitir un proceso más rápido para salir del concurso mediante la venta de la unidad productiva, pero no se han obtenido los resultados

⁵¹ PEREA GONZÁLEZ, Á. (Coord.), “Diálogos ...”, cit., pág. 8.

⁵² GALLEGO CÓRCOLES, A., “El *prepack* ...”, cit., pág. 19

⁵³ Guía de Buenas Prácticas Procesales, en materia del art. 530 TRLC ..., cit., pág. 1.

⁵⁴ Guía de Buenas Prácticas Procesales, en materia del art. 530 TRLC ..., cit., pág. 1.

esperados, principalmente por el reducido plazo que se da para la evaluación de las ofertas y por la desconfianza de los oferentes de hacer la primera oferta y que sirva de referencia para que los competidores luego la mejoren⁵⁵.

Si bien se reconoce la utilidad que podría tener el *prepack* concursal, se considera que el legislador debería de acometer la transposición de la Directiva de Reestructuraciones, por lo que la Guía de Buenas Prácticas no va a recoger un procedimiento de *prepack* concursal. Por ello finalmente se optó por crear una Guía que facilitara la aplicación del art. 530 TRLC (actualmente derogado). Esta postura también se encuentra avalada a nivel europeo, recogiéndose recomendaciones para que los Estados Miembros (y no los Juzgados de lo Mercantil) de la UE introduzcan en su regulación concursal la figura del *prepack* concursal, la cual deberá introducir entre otros al experto independiente, supervisar el proceso de ejecución de la venta de la unidad productiva y garantizar una mínima transparencia en estas operaciones⁵⁶.

Si bien no se nombrará un experto independiente en el mecanismo propuesto por los Juzgados de lo Mercantil de Madrid, éstos mismos se comprometieron a tramitar con mayor velocidad el procedimiento para evitar la merma de valor del negocio al mismo tiempo que se usará la fase preconcursal para dar publicidad del procedimiento que se está llevando a cabo y recabar ofertas⁵⁷.

En el siguiente subapartado se expondrá cómo el Colegio de abogados de Madrid pretende, en sustitución del *prepack* concursal, potenciar a falta de legislación definitiva el art. 530 TRLC, si bien se debe interpretar que esta Guía queda inaplicable tras la publicación de la reforma del TRLC por el que se deroga el art. 530 TRLC como se menciona *ad supra*. Posteriormente serán comparados ambos protocolos, viendo las

⁵⁵ Guía de Buenas Prácticas Procesales, en materia del art. 530 TRLC ..., cit., pág. 2.

⁵⁶ European Law Institute, “Rescue of Business Insolvency Law,” *Instrument of the European Law Institute*, 2017 (disponible en https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/Instrument_INSOLVENCY.pdf; última consulta 7/01/2023), pág. 302.

⁵⁷ CARLES, J., “Prepacks o venta de unidad productiva de negocios en dificultades”, *CARLES / CUESTA*, 2022 (disponible en <https://carlescuestaabogados.com/prensa/prepacks-venta-unidad-productiva/>; última consulta 4/01/2023)

diferencias que los hacen netamente incompatibles y cuál parece que ha sido finalmente tomado como referenciar por parte del legislador.

2.1. Procedimiento.

En primer lugar el deudor deberá de presentar solicitud de declaración de concurso de acreedores con un plan de liquidación y oferta firme de venta de la unidad productiva, indicándolo debidamente para que pueda ser identificado como tal y ser tratado de manera urgente. A su vez, se deberán de aportar los documentos de los arts. 6 y 7 TRLC (antigua redacción) junto a los documentos que se establecen en la Guía de Buenas Prácticas.

Tras recibir la solicitud y las correspondientes copias necesarias, se deberá declarar el concurso en un plazo de dos días, siendo el auto que declare el concurso el que designe al administrador concursal. La novedad no obstante radica en que en el auto de declaración del concurso se recoge la apertura de la fase de liquidación a la vez que, mediante pieza separada, se tramitará la venta de la unidad productiva. Ello conllevará que el administrador concursal, los representantes de los trabajadores y los acreedores un plazo de alegaciones de 10 días, susceptible de ulterior prórroga a instancia de la administración concursal si media causa justificada.

Tras la presentación del informe de la Administración Concursal, si este presenta una calificación desfavorable a las operaciones de venta pero la solicitud es acorde a lo establecido en la Guía de Buenas Prácticas, el contenido del informe deberá estar debidamente justificado y se deberá dar apertura a un proceso público en sede concursal o modificar las condiciones de la oferta vinculante para que fuera aceptable.

Una vez recibido el informe favorable del administrador concursal junto con los consentimientos de los acreedores con privilegio especial y de los representantes de los trabajadores, el juez deberá dictar el auto en los 2 días desde la dación de cuenta autorizando o denegando la operación. No obstante, se permite dar audiencia al deudor por 5 días, a los oferentes y las partes para que presenten alegaciones sobre las modificaciones que hubieran sido solicitadas por parte de la administración concursal. El auto que acuerde la operación será irrecurrible salvo que sea denegatorio, caso en el que será susceptible de ser reducido en reposición.

Finalmente, si la venta de las unidades productivas termina fracasando, la venta se deberá ajustar a las reglas del procedimiento concursal general y el plan de liquidación que se aprueba dentro del seno del concurso.

El modelo propuesto por la Guía de Buenas Prácticas de los Juzgados de lo Mercantil de Madrid ha tenido gran éxito práctico, como en el caso de la venta de unidades productivas del grupo Ingesser a Urbas en el que pasaron sólo tres semanas desde el auto de declaración del concurso hasta el auto de autorización de la venta⁵⁸. Otro caso ha sido el de los hoteles Room Mate Hotels al fondo Angelo Gordon y el grupo Westmont en el que los compradores pudieron decidir en qué contratos se subrogaban y qué contratos de trabajo eran necesarios para preservar las unidades productivas⁵⁹.

No obstante el modelo propuesto por los Juzgados de lo Mercantil de Madrid ha carecido de una visión de futuro esencial para convertir a este protocolo una herramienta eficaz y estable. En primer lugar si la Directiva de Reestructuraciones ya recogía esta herramienta y en la versión del TRLC de 2020 se recoge la necesidad de terminar de transponer la Directiva, ¿Por qué hacer un protocolo que no recoja el *prepack* y optar por un artículo que iba a ser derogado?. En segundo lugar, aunque sean reprochables y criticables los plazos legislativos para transponer la Directiva de Reestructuraciones con un retraso de 2 años, los Juzgados de lo Mercantil deberían haber apoyado la inmediata aplicación del *prepack* concursal y darle una cabida provisional en el ordenamiento jurídico como hicieron los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona.

Todo ello ha conllevado tal y como crítico a la absoluta inaplicabilidad de la Guía de Buenas Prácticas de los Juzgados de lo Mercantil de Madrid y a su sustitución por una nueva Guía de Buenas Prácticas para el nombramiento de experto en el *prepack* concursal⁶⁰ la cual si bien busca enmendar la alta de una perspectiva a futuro de los

⁵⁸ CARLES, J., cit., versión online.

⁵⁹ CARLES, J., cit., versión online.

⁶⁰ Guía de Buenas Prácticas para el nombramiento de experto en fase preconcursal (“*prepack*”), aprobado por los magistrados/as de los juzgados mercantiles de Madrid, de 21 de febrero de 2023, (disponible en: <https://web.icam.es/wp-content/uploads/2023/02/Guia-Pre-packs-Madrid.pdf>). Fecha de última consulta: 5 de marzo de 2023.

Juzgados de lo Mercantil de Madrid, sólo lleva a cabo una transcripción de la redacción del TRLC y la fijación del mecanismo de retribución para el experto de reestructuración.

Por ello opino que la realización de una guía que se sostiene sobre un artículo que iba a ser derogado y no amparar las nuevas figuras preconcursales recogidas en la Directiva de Reestructuraciones convierte en esta herramienta en inútil como ha quedado demostrado en la redacción de los arts. 224 *ter-septies* TRLC que han tomado como referencia los protocolos de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona.

3. LAS DIFERENCIAS ENTRE LAS REGULACIONES PROPUESTAS POR LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL DE BARCELONA Y MADRID: UNA REGULACIÓN A MEDIDA DE LOS CASOS PARA EVITAR EL VACÍO.

Tras analizar cómo los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona y Madrid han ofrecido soluciones distintas a la misma realidad, cabe preguntarse cuáles son las diferencias entre ambos modelos.

Los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona decidieron apostar por unas Directrices para la tramitación del *prepack* concursal mientras que en Madrid se buscó una Guía de Buenas Prácticas para la utilización del art. 530 TRLC. Mientras que en Barcelona se optó por complementar con las Directrices la aplicación del art. 530 TRLC, en Madrid se buscó fijar, con arreglo al TRLC, unas buenas praxis para facilitar la aplicación del art. 530 TRLC⁶¹. Además, en los protocolos de Barcelona se reconoce el problema que incluye el antiguo art. 191 *ter* LC al permitir al deudor unilateralmente escoger una oferta vinculante, la cual no obstante debe ser sometida a autorización judicial en un breve de plazo de tiempo tras la declaración del concurso. No obstante, en la Guía de Buenas Prácticas de Madrid se afirma que el art. 191*ter* LC sería el antecedente del *prepack* concursal al recoger la solicitud de concurso con oferta de venta de unidad productiva junto a una oferta “pre-ensada”⁶²

⁶¹ MUÑOZ PAREDES, A. (Dir.) “Segundo encuentro LA LEY Insolvencia “Pre-pack (Barcelona) vs Guía venta unidades productivas (Madrid)””; *Diario LA LEY Insolvencia*, núm. 4, 2021, pág. 3.

⁶² MUÑOZ PAREDES, A. (Dir.) “Segundo ...”, cit., pág. 3.

No obstante, la diferencia principal reside en si se puede hacer la venta antes de la declaración del concurso (Barcelona) o si bien se debe producir dentro del procedimiento concursal (Madrid)⁶³.

Por un lado, los Jueces de lo Mercantil de Barcelona afirman que el art. 583 TRLC (actual art. 585 TRLC) permite nombrar al experto independiente (que será posteriormente el administrador concursal una vez declarado el concurso) en la fase preconcursal, en el cual el deudor deberá de presentar la solicitud junto al informe del experto independiente para continuar vía art. 530 TRLC⁶⁴. Con esa anticipación se superan en cierto modo los inconvenientes propios de la declaración del concurso en relación a la pérdida de valor de los activos, lo cual conlleva inevitablemente una mayor imposibilidad de hacer frente a las deudas contraídas⁶⁵. El modelo barcelonés apostó decididamente por el experto independiente frente al modelo madrileño por lo que facultaron al inicio de las operaciones en una fase preconcursal⁶⁶.

Por otro lado los Jueces de lo Mercantil de Madrid afirman que al no haber una debida regulación no se debería de tramitar estas operaciones en la fase preconcursal, sino que en el seno del concurso en una pieza separada y sin poder adelantar el nombramiento del administrador concursal como el experto independiente de la fase preconcursal⁶⁷. Su posición se basa en que la venta de la unidad productiva sin dilación alguna puede conllevar una mala fijación del precio de la operación, vendiéndose por un valor que no se corresponde con el valor real del mercado⁶⁸.

Otra de las diferencias es la regulación que ambos protocolos otorgan al experto independiente o experto en la reestructuración. Los Jueces de lo Mercantil de Madrid decidieron ante la falta de legislación del *prepack* concursal en nuestro ordenamiento jurídico hacer una llamada al legislador para la temprana transposición de la Directiva de Reestructuraciones, si bien apostaron por omitir de sus Guías de Buenas Prácticas a

⁶³ GILO GÓMEZ, C., “El “*prepack*” ...”, cit., pág. 113.

⁶⁴ GILO GÓMEZ, C. “El “*prepack*” ...”, cit., pág. 114.

⁶⁵ GILO GÓMEZ, C. “El “*prepack*” ...”, cit., pág. 114.

⁶⁶ LÓPEZ BARRAU, P., “Pre-pack concursal versus Guía de buenas prácticas para la venta de la unidad productiva”, *Actualidad Profesional, E-DICTUM*, núm. 108, 2021, págs. 1-4.

⁶⁷ GILO GÓMEZ, C. “El “*prepack*” ...”, cit., pág. 114.

⁶⁸ GILO GÓMEZ, C. “El “*prepack*”, ..., cit., pág. 114.

esta figura del experto independiente⁶⁹. No obstante, los Jueces de lo Mercantil de Barcelona abogan por ofrecer al deudor el nombramiento del experto independiente en la solicitud de comunicación de negociación con los acreedores, el cual se encargará en asistir y supervisar al deudor en la preparación de las operaciones, familiarizarse con el negocio, informar a las partes del proceso y verificar la regularidad de las operaciones junto a la elaboración de un informe final sobre las operaciones que se ejecutaran en el seno del procedimiento concursal⁷⁰.

En suma, la doctrina que se posiciona a favor del Protocolo de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona considera que con la solución propuesta por los Juzgados de lo Mercantil de Madrid se pierde la ventaja de adelantar las operaciones a una fase preconcursal y dejar la aprobación judicial y la ejecución de las operaciones para el procedimiento concursal, por tanto eliminando la rapidez que caracteriza al *prepack* concursal⁷¹. Otra de las razones presentada por autores que apuestan por el Protocolo frente la Guía de Buenas Prácticas de los Juzgados de lo Mercantil de Madrid es que se podría seguir aplicando en lo relativo a la fase preconcursal al haber sido derogado el art. 530 TRLC.

Sin embargo, aquellos que están a favor de la Guía de Buenas Prácticas de Madrid mantienen tres argumentos.

En primer lugar consideran que la solicitud de *prepack* es contradictoria con los institutos establecidos en el art. 583 TRLC (actualmente el art. 585 TRLC y ss. que regulan en primer lugar la comunicación de negociación con los acreedores y posteriormente el plan de reestructuración en los arts. 614 y ss. TRLC). Estos institutos buscan una solución a la situación de insolvencia en la que se encuentra el deudor, contraria a la propia naturaleza del *prepack* en tanto que consiste en ejecutar ventas de unidades operativas durante el procedimiento concursal tras haber sido preparadas en la fase preconcursal⁷².

En segundo lugar afirman que los efectos recogidos en los arts. 583 y ss. TRLC deben ser interpretados restrictivamente y por ende sólo aplicados en el caso establecido

⁶⁹ Guía de Buenas Prácticas Procesales, en materia del art. 530 TRLC ..., cit., pág. 3.

⁷⁰ Directrices para el procedimiento de tramitación del pre-pack ..., cit., págs. 3-5.

⁷¹ GILO GÓMEZ, C. “El “*prepack*”, ..., cit., pág. 115.

⁷² GALLEGO CÓRCOLES, A., “El *prepack* ...”, cit., pág. 19.

legalmente que es la comunicación de negociación con los acreedores para una ulterior elaboración de un plan de reestructuración.

En tercer lugar opinan que es necesario una regulación legal y no una laxa regulación por parte de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona en torno a la figura del experto independiente, además de que discuten no sólo la consideración de los honorarios como créditos contra la masa sino que también los criterios de continuidad determinados en el Protocolo como contrarios a las normas de incompatibilidad de los Administradores concursales⁷³.

En último lugar, la Guía de Buenas Prácticas propuesta por los Juzgados de lo Mercantil de Madrid otorga las garantías necesarias a los trabajadores, tal y como posteriormente confirmó el TJUE en la resolución de 28 de abril de 2022 asunto C-237/20 (Federatie Nederlandse Vakbeweging), la cual concluyó que el procedimiento debe satisfacer los intereses del conjunto de los acreedores y la conservación en la medida de lo posible de los puestos de trabajo⁷⁴.

A modo de conclusión, estos protocolos han permitido subsanar el vacío creado por el legislador y su lentitud en la transposición de la Directiva de Reestructuraciones, pudiendo responder a la realidad empresarial que requería de estos nuevos mecanismos. Ello hace que cada protocolo sea fruto de los casos que han sido presentados ante ellos y que moldean la práctica jurisprudencial sobre el que se asientan los criterios fijados por ambos Juzgados de lo Mercantil. Cabe asumir a su vez que la Guía de Buenas Prácticas de Madrid, ante la derogación del art. 530 TRLC y la expresa regulación que era solicitada por los Juzgados de lo Mercantil de Madrid de la figura del *prepack* concursal, no será aplicable para los posteriores casos y habrá que atender a lo que determinen los Juzgados de lo Mercantil sobre las solicitudes de *prepack* al amparo de la reforma del TRLC. En el caso de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona, el Protocolo cuenta con una mayor flexibilidad al sustituir una guía de actuación concretamente sobre el art. 530 TRLC con la regulación de un completo proceso de

⁷³ GALLEGO CÓRCOLES, A., “El *prepack* ...”, cit., pág. 20.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), asunto C-237/20, de 28 de abril de 2022 (ECLI:EU:C:2022:321), Conclusión 1º. Fecha de última consulta: 28 de diciembre de 2022.

prepack concursal desde la fase preconcursal hasta la ejecución de las operaciones de venta de las unidades productivas durante el procedimiento concursal.

Mientras que la Guía de Buenas Prácticas ha sido menos creativa para respetar el principio de seguridad jurídica, las Directrices de Barcelona han sido más ambiciosas lo que hace que el modelo propuesto de Madrid fuera insuficiente para solucionar los obstáculos propios de las enajenaciones mediante el art. 530 TRLC⁷⁵.

Todo ello fortalece la tesis de que una regulación protocolaria si bien permite responder de manera más focalizada a los problemas existentes en cada una de las sedes judiciales, atomiza una regulación la cual requiere uniformidad para su correcta aplicación en el territorio español. Por tanto, se podría afirmar que esta regulación ha sido de gran utilidad para dar cabida al *prepack* concursal en la práctica judicial nacional, pero no es suficiente, siendo por tanto urgente que el legislador uniforme criterios mediante la transposición en primer lugar de la Directiva de Reestructuraciones.

Considero que los protocolos de Barcelona responden mejor no sólo a la necesidad de intervenir en un estado previo al procedimiento concursal sino en su adaptación a la reforma del TRLC que incluiría la figura del *prepack* concursal. La Guía de Buenas Prácticas de Madrid si bien cuenta con el compromiso firme y honesto de agilizar los procedimientos concursales pierde la perspectiva a futuro que haría de esta Guía una herramienta estable, permanente y de referencia para la abogacía en Madrid. Ello ha quedado cristalino mediante la publicación el 21 de febrero de 2023 de una nueva Guía de Buenas Prácticas para el nombramiento del experto del *prepack* concursal, lo cual implica reconocer su error en no dar cabida al experto tal y como hizo el Protocolo de Barcelona. Además esta opinión se ha visto apoyada por la técnica legislativa utilizada en el TRLC al recoger en los arts. 224 *ter- septies* TRLC como se explicará posteriormente el procedimiento de *prepack* concursal en contraposición con el art. 224 *bis* TRLC relativo a la presentación de oferta junto a la solicitud de concurso pero sin la intermediación de un experto independiente en materia de reestructuración.

No obstante he de reconocer el esfuerzo de ambos Colegios de Abogados para suplir el vacío dejado por un legislador que decidió transponer la Directiva de Reestructuraciones sin razonamiento claro por plazos al reconocer en la Exposición de

⁷⁵ GIL-ROBLES, J.M., “El objeto ...”, cit., pág. 610.

Motivos del TRLC de 2020 la necesidad de terminar con el proceso de transposición ya iniciado. España perdió una gran oportunidad de ponerse a la par de otros países de la UE como Países Bajos o Francia mediante una regulación acerca del experto de reestructuraciones y el *prepack* concursal. Se debió de atender a las necesidades de las empresas y a la práctica concursal que abogaba por una intervención anterior al procedimiento concursal para satisfacer a los acreedores y garantizar la viabilidad de las unidades productivas, sobre todo teniendo en cuenta el panorama económico en el que se encuentra España desde marzo de 2020 hasta la actualidad.

Finalmente y con su debida tardanza en el debate parlamentario en el Congreso de los Diputados y el Senado el 26 de septiembre de 2022 entró en vigor la reforma del TRLC por la que se recoge explícitamente el *prepack* concursal en los arts. 224 bis y ss. TRLC. No obstante, si bien va a ser esencial para la transmisión de las unidades productivas de manera más rápida, va a ser necesario una futura directiva que termine por armonizar conceptos como el *prepack* concursal. Ello a mi parecer cuestiona la calidad del procedimiento legislativo comunitario y nacional que no han sido capaces de detectar tales errores. Por ello sería útil en mi opinión introducir tal y como se ha realizado en la aprobación de la DMA y la DSA el *machine learning* para estudiar *ex - ante* la opinión de los grupos objeto de la norma acerca del entendimiento y comprensión de los conceptos que puedan suscitar mayor complicación. Ello garantizará la calidad normativa y la estabilidad que es vital para garantizar definitivamente la aplicación y regulación del *prepack* en el ordenamiento jurídico español.

V. EFECTOS DE LA LEY 16/2022 DE REFORMA DEL TRLC: EL PASO INICIAL HACIA LA UNIDAD DEL *PREPACK* EN ESPAÑA.

Tras haber explicado en qué marco conceptual y temporal se encuentra dentro del derecho concursal la figura del *prepack* concursal y haber analizado la regulación protocolaria desarrollada por parte de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona y Madrid respectivamente, se puede apreciar la tesis mantenida en este Trabajo de Fin de Grado: hasta la reforma acontecida del TRLC la figura del *prepack* en el ordenamiento jurídico español era claramente marginal y subsidiaria, lo cual junto a la falta de transposición en los debidos plazos de la Directiva de Reestructuración y el cambio de

paradigma hacia un modelo concursal que fomenta las soluciones en un estadio previo de la insolvencia requirió una intervención *ad hoc* de los Juzgados de lo Mercantil a fin de cubrir el vacío legal dejado por el legislador. A su vez, los Juzgados de lo Mercantil ofrecieron una regulación adaptada a la práctica existente en cada plaza, lo que agravó aún más la fragmentación y diferencias tanto a nivel práctico como doctrinal en la figura del *prepack* concursal.

En este marco aparece la reforma del TRLC publicada el 6 de septiembre de 2022 y que entró en vigor el 26 de septiembre, la cual tiene como objetivo esencial aumentar la aplicación de los mecanismos preconcursales para evitar alcanzar la insolvencia, a la vez que uniformizar los criterios y la aplicación de esta figura entre otros.

Gracias a la reforma del TRLC se ha llevado a cabo una completa transformación del derecho preconcursal español. La reforma conllevó la remodelación del Libro II por la que se pasa de cuatro a dos instituciones preconcursales: la apertura de negociación con los acreedores y el plan de reestructuración. No obstante, el Capítulo III del Título IV del Libro I relativo a la conservación y enajenación de la masa activa recoge una novedad de especial importancia al establecer, por un lado, en la Subsección 3º un artículo sobre la solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas (art. 224 *bis* TRLC) y, por otro lado, una nueva subsección 4º en la que regula ex novo el *prepack* concursal (arts. 224 *ter* a *septies* TRLC)⁷⁶. De este modo el legislador ha optado por introducir una venta acelerada (opción del art. 224 *bis* TRLC) y, además, la venta durante el precurso mediante el nombramiento de un experto independiente que recabe ofertas durante la fase preconcursal (opción de los arts. 224 *ter-septies* TRLC)⁷⁷.

No obstante, la separación llevada a cabo en dos subsecciones junto a la eliminación del Proyecto del TRLC el art. 224 *octies* que declaraba la aplicación supletoria de las normas de la subsección 3º provocan dudas sobre la técnica legislativa que se ha llevado a cabo⁷⁸. La Exposición de Motivos parece considerar que la solicitud de concurso presentada por el deudor con oferta de adquisición de una o varias unidades

⁷⁶ 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, 2022, pág. 5.

⁷⁷ CARLES, J., cit., versión online

⁷⁸ RUBIO VICENTE, P.J., cit., pág. 5.

productivas y el compromiso vinculante del acreedor (lo que vendría a ser el art. 224 *bis* TRLC) es el *prepack* concursal pero en puridad no es así, pues éste implica el nombramiento de un experto encargado de recabar ofertas de adquisición de las unidades productivas por lo que debe haber necesariamente una fase preconcursal de preparación de las operaciones que se llevarán a cabo una vez declarado el concurso⁷⁹.

Esta visión también es compartida por los Juzgados de lo Mercantil de Sevilla como queda reflejado en el Acuerdo 2/2022 por el que se articula procesalmente el *prepack* y la solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas. La denominación del acuerdo ya diferencia por un lado entre los arts. 224 *ter-septies* TRLC y el art. 224 *bis* TRLC. Igualmente el Acuerdo presenta dos argumentos de importancia para apoyar esta tesis: en primer lugar, si el mecanismo de los arts. 224 *ter-septies* TRLC se debiera de canalizar a partir del art. 224 *bis* TRLC lo lógico hubiera sido regular en primer lugar el *prepack* antes del mecanismo del art. 224 *bis* TRLC; en segundo lugar si el experto ha recabado las ofertas debidamente no parece que deba reiterarse el procedimiento de búsqueda conforme al art. 224 *bis* TRLC⁸⁰.

Por tanto los siguientes subapartados partirán de la división realizada por el legislador entre la subsección 3º y la subsección 4º para llevar a cabo la explicación de los arts. 224 *bis* a *septies* TRLC a fin de comprender adecuadamente la regulación actual del *prepack* concursal.

1. SOLICITUD DE CONCURSO CON PRESENTACIÓN DE OFERTA DE ADQUISICIÓN DEL ART. 224 BIS TRLC

Este artículo establece una venta acelerada mediante una solicitud de declaración de concurso de acreedores que viene acompañada por ofertas de adquisición de la unidad

⁷⁹ RUBIO VICENTE, P.J., cit., pág. 5.

⁸⁰ Acuerdo del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla núm. 2/2022, de articulación procesal del *prepack* (art. 224 *ter* a 224 *septies*) y la solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas (disponible en: <https://apacsainzdeandino.com/wp-content/uploads/2022/11/ACUERDO-2.22.pdf>). Fecha de última consulta: 17 de enero de 2023.

productiva y la oferta vinculante del acreedor, pero sin que haya habido un experto independiente en la fase preconcursal que haya recabado y analizado las ofertas⁸¹.

El primer apartado recoge a su vez el compromiso que debe asumir el acreedor de continuar o reiniciar la actividad de la unidad productiva durante un periodo de 3 años. En caso de incumplimiento del compromiso los afectados podrán reclamar al acreedor indemnización por los daños y perjuicios causados. Este compromiso no obstante puede convertirse en un obstáculo para la realización de esta operación no sólo al atemorizar a potenciales ofertas por la posible indemnización a la que tendrían que hacer frente en caso de incapacidad al compromiso adquirido, también por la indeterminación por la que se estipula la legitimación y el alcance de esta indemnización⁸². Asimismo cabe apreciar cómo el compromiso que ha introducido la reforma del TRLC es un compromiso cierto y concreto pero no como una obligación de resultado sino de mera actividad y de previsión razonable en aras de que el adquirente estime previamente los recursos que serán necesarios para cumplir el compromiso⁸³.

Las ofertas presentadas junto a la información que hubiera sido requerida al deudor o al oferente deberán de ser publicadas en el portal de liquidaciones del RPC el mismo día de la publicación del auto de la declaración del concurso en la sección primera del RPC.

Posteriormente el auto de declaración del concurso contendrá el mandato judicial por el que se conceden 15 días para que los acreedores que se personen formulen las observaciones pertinentes sobre la propuesta presentada o para que se puedan presentar ofertas alternativas. Asimismo el administrador concursal tendrá el mismo plazo de 15 días para emitir un informe de evaluación de la oferta presentada en la solicitud de declaración de concurso, salvo que se trate de una propuesta alternativa presentada en ese plazo de 15 días, la cual requerirá que el informe sea emitido en un plazo de 5 días desde su presentación. También cabe la posibilidad conforme el apartado tres de este artículo de que la propuesta sea presentada por los trabajadores interesados en la sucesión de la empresa mediante la conformación de una sociedad cooperativa, laboral o participada.

⁸¹ CARLES, J., cit., versión online.

⁸² RUBIO VICENTE, P.J., cit., pág. 6.

⁸³ ALONSO HERNÁNDEZ, Á., “La compraventa de negocios en crisis según la reforma: planes de reestructuración liquidativos vs *prepack*”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 58, 2022, pág. 152.

La posibilidad de presentar ulteriores ofertas presenta una ventaja a la vez que un inconveniente. Por un lado, la presentación de posteriores ofertas consigue desincentivar que alguien intente ser el primero (el riesgo de *stalking horse*), pero los plazos tan cortos para la presentación de nuevas ofertas dificultará su presentación en la práctica salvo que los oferentes hubieran participado activamente en la búsqueda de ofertas previo al concurso y tengan información necesaria para poder presentar la oferta en los plazos estipulados⁸⁴.

Destaca asimismo la referencia que hace el artículo a que la oferta provenga de acreedor o tercero ya que si la oferta proviniese de persona especialmente relacionada no quedaría liberada de la deuda concursal o contra la masa al imposibilitarlo el art. 224.2 TRLC⁸⁵.

Con respecto al contenido del informe del administrador concursal, éste debe valorar las propuestas atendiendo al interés del concurso y debe informar de los efectos que pueda tener la propuesta en la masa activa y pasiva como resultado de la resolución de los contratos como consecuencia de la ejecución de la enajenación de la unidad productiva.

Tras la emisión de los informes del administrador concursal si se han presentado varias propuestas el juez concederá un plazo de 3 días a los oferentes para si lo consideran adecuado mejorar las ofertas que hubieran presentado. Durante los tres días siguientes a la finalización de este plazo el juez debe aprobar la propuesta que fuera más ventajosa para el interés del concurso. En caso de que los trabajadores finalmente hubieran presentado una propuesta que iguale o supere a las demás propuestas presentadas el juez le otorgará prioridad siempre que sea lo mejor para el concurso teniendo en cuenta la continuidad de la empresa, la unidad productiva y los puestos de trabajo entre otros criterios.

Hay que tener en cuenta además que, al aprobar la venta de la unidad productiva, se produce a efectos laborales y de seguridad social una sucesión de empresa conforme al art. 221 TRLC, la cual deberá ser declarada por el juez. Añade posteriormente el art. 222 TRLC que esta subrogación se realizará sin el consentimiento de la parte adquiriente, pues estos contratos son vitales para garantizar la viabilidad de la empresa.

⁸⁴ ALONSO HERNÁNDEZ, Á., RUBIO SANZ, J., cit., pág. 2.

⁸⁵ ALONSO HERNÁNDEZ, Á., “La compraventa ...”, cit., pág. 151.

No obstante hay que recordar que la subrogación sólo acontecerá cuando sea dictada por el juez del concurso a fin de evitar ulteriores reclamaciones de acreedores contra el adquirente tal y como acontece en la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso – Administrativo), núm. 3844/2022, de 29 de junio de 2022, pues tal y como recoge el FJ 4º el plan de liquidación por el que se procedió a la venta de la unidad productiva estipulaba que no había una sucesión además de excluir la subrogación del acreedor demandado⁸⁶.

Se puede apreciar que el criterio relevante para la elección de la oferta es el interés del concurso, para lo cual se debe acudir al art. 219 TRLC para la concreción de la oferta más ventajosa, el cual estipula que en caso de subasta el juez acordará la adjudicación a la oferta que no difiera en más del 15% de la oferta superior cuando se aprecie que garantiza en mayor medida la continuidad de la empresa o de la unidad productiva y los puestos de trabajo. También son aplicables las reglas sobre la subrogación del adquirente del art. 222 TRLC y la reducción del perímetro de la sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social⁸⁷.

Por tanto se puede vislumbrar el interés del concurso como criterio interpretativo esencial en el derecho concursal y que toma consciencia de todas las partes involucradas en el procedimiento concursal y su jerarquía de intereses particulares⁸⁸. Para entender este criterio esencial es necesario entender el derecho concursal como una rama del derecho que tiene una especial función reactiva (frente a los conflictos que surgen en el tráfico económico) y teleológica (para la resolución de tales conflictos).

Tras la elección de la oferta de adquisición de la unidad productiva, el apartado siete determina que si ésta estuviera sujeta al cumplimiento de ciertas condiciones suspensivas como la autorización por parte de entidades de competencia o supervisoras o el desarrollo de modificaciones estructurales la administración concursal y el concursado deberán llevar a cabo las actuaciones necesarias para la correcta ejecución de la adquisición de la unidad productiva.

⁸⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso – Administrativo), núm. 3844/2022, de 29 de junio de 2022, FJº 4. Fecha de última consulta: 18 de enero de 2023.

⁸⁷ RUBIO VICENTE, P.J., cit., pág. 8.

⁸⁸ TIRADO MARTÍ, I., “Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal” (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)”, *Anuario de derecho civil*, núm. 62 (3), 2009, págs. 1104 - 1105.

Del mismo modo el juez puede exigir al adjudicatario la prestación de caución o garantía suficiente de consumación de la adquisición si las condiciones suspensivas establecidas se cumplieran en el plazo máximo fijado en la oferta vinculante. La otra opción que ofrece el artículo es el resarcimiento de los gastos o costes incurridos por el concurso.

Por último, la transmisión estará sujeta a las demás reglas establecidas en el TRLC sobre transmisiones de unidades productivas.

A modo de ejemplo este artículo es la base del proceso de venta del negocio de Abengoa, en el cual se aprecia una oferta inicial de Urbas y posteriores ofertas competidoras de Sinclair y RCP o Ultramar y otros ofertantes para unidades de negocio más específicas⁸⁹.

Debido al carácter reciente de esta reforma pocas son las resoluciones judiciales que hablen sobre este procedimiento. No obstante ya se ha empezado a aplicar este procedimiento tal y como se aprecia en el auto del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla (Sección 3ª) 1911/2022⁹⁰.

Este auto acepta en primer lugar la solicitud de declaración de concurso presentada de manera conexa por Abengoa y sus distintas filiales tras la subsanación de los defectos que fueron detectados en la solicitud previamente presentada. Tras la declaración del concurso se procede a nombrar a un administrador concursal de manera conjunta para las distintas entidades afectadas por el concurso, pero sin ceder las competencias administrativas al tratarse de un concurso voluntario. No obstante, el apartado de interés para el presente Trabajo es el fundamento jurídico 6º por el que se estudia la oferta vinculante presentada para la adquisición de unidades productivas, determinándose no obstante la necesidad de delimitar adecuadamente por parte del deudor la unidad o unidades productivas que quedan afectadas por la oferta⁹¹. Asimismo se estipula la publicación de la oferta en el portal de liquidaciones del RPC e impone al

⁸⁹ CARLES, J., cit., versión online.

⁹⁰ Auto del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla (Sección 3ª) núm. 1911/2022, de 10 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:JMSE:2022:1911A). Fecha de última consulta: 17 de enero de 2023.

⁹¹ Auto del Juzgado de lo Mercantil ..., cit., FJº 6.

administrador concursal la elaboración de un informe por el que se determina la adecuación de la oferta presentada⁹².

2. NOMBRAMIENTO DEL EXPERTO PARA RECABAR OFERTAS DURANTE LA FASE PRECONCURSAL DE LOS ARTS. 224 *TER-SEPTIES* TRLC

Tal y como se explica *ad supra* la separación realizada en las subsecciones 3º y 4º permite discernir por un lado la solicitud de declaración del concurso con oferta vinculante de acreedor y por otro lado un procedimiento en fase preconcursal mediante el nombramiento de un experto independiente para la recopilación de ofertas de la unidad productiva que finalizará en fase concursal. Por tanto, el verdadero *prepack* concursal se va a regular en la legislación española en los artículos 224 *ter* a *septies* del TRLC, optando por una regulación más cercana a la solución ofrecida por los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona pero a su vez siendo coherente con las garantías del TJUE establecidas en el asunto C-237/20 (Federatie Nederlandse Vakbeweging) que eran respetadas por la Guía de Buenas Prácticas de los Juzgados de lo Mercantil de Madrid⁹³.

Esta comprensión del *prepack* vendrá confirmada por el artículo 19 de la Propuesta al afirmar que los Estados Miembros deben garantizar la existencia de procedimientos de *prepack* que contengan una fase preparatoria y una liquidatoria. Asimismo el art. 22 de la Propuesta estipula que la fase preparatoria deberá contar con un supervisor que deberá ser seleccionado por el órgano jurisdiccional. Igualmente los Juzgados de lo Mercantil de Sevilla en su Acuerdo al afirmar que en el caso de que el deudor presente solicitud de declaración de concurso con oferta de adquisición de unidad productiva conforme a los arts. 224 *ter-septies* TRLC se verá sujeto al trámite de autorización judicial del art. 518 TRLC y no se seguirá el trámite del art. 224 bis TRLC⁹⁴.

Tras la comprensión de la división realizada por el legislador en el TRLC y ulteriormente confirmada por la Propuesta, las fases que son necesarias para una adecuada ejecución del *prepack* concursal son las siguientes: solicitud de nombramiento

⁹³ CARLES, J., cit., versión online.

⁹⁴ Acuerdo del Juzgado ..., cit., pág. 2.

de un experto independiente que recabe las ofertas de adquisición de las unidades productivas, el ulterior nombramiento del experto independiente, el deber de solicitar el concurso en el cual el experto se convertirá en el administrador concursal, la presentación de las ofertas y finalmente la ejecución de la operación.

En primer lugar el art. 224 *ter* TRLC recoge que en caso de insolvencia actual, inminente o probabilidad de insolvencia el deudor podrá solicitar al juzgado que fuera competente para la declaración del concurso el nombramiento de un experto independiente para recabar las ofertas de terceros para la adquisición al contado de una o varias unidades productivas. Además se deberán de cumplir con los requisitos de publicidad, contradicción y posibilidad de mejora sucesiva siguiendo un sistema equivalente al previsto en el art. 224 bis TRLC⁹⁵.

La Nueva Guía de Buenas Prácticas elaborada por los Juzgados de lo Mercantil de Madrid afirma que nada debe impedir la posibilidad de compatibilizar la comunicación de apertura de negociaciones de los arts. 585 y ss. TRLC o el art. 690 TRLC en el caso de microempresas con la de nombramiento del experto independiente sobre todo cuando se exploren paralelamente el plan de reestructuración y la venta de la unidad productiva⁹⁶.

Tras la presentación de la solicitud el juez deberá nombrar al experto independiente siempre que cumpla las condiciones impuestas al experto en reestructuraciones o al administrador concursal y se tuviera la aceptación expresa del experto. En la resolución por la que se oficialice el nombramiento el juez deberá determinar la duración del encargo y la retribución en atención al valor de las unidades productivas. Cabe añadir que la retribución puede quedar total o parcialmente condicionada al resultado. Asimismo para garantizar la confidencialidad propia del procedimiento del *prepack* concursal la resolución por la que se nombre al experto independiente tendrá carácter reservado.

A continuación el TRLC recuerda en el art. 224 *quinquies* TRLC la obligación del deudor de solicitar la declaración del concurso en los dos meses siguientes a la fecha en la que supo o debió de conocer el estado de insolvencia actual. La declaración de concurso será realizada por el juez que hubiera nombrado al experto independiente,

⁹⁵ Acuerdo del Juzgado ..., cit., pág. 3.

⁹⁶ Guía de Buenas Prácticas para el nombramiento de experto en fase preconcursal ..., cit., pág. 8.

ratificando o revocando en el auto de declaración del concurso el nombramiento del experto independiente (arts. 224 *sexties* apartados 1 y 2 TRLC). A su vez la retribución que ya hubiera recibido el administrador concursal como experto independiente se considerará crédito contra la masa.

Finalmente el art. 224 *septies* TRLC prohíbe que la oferta sea realizada por alguien que actúe por cuenta del deudor, añadiendo *posteriormente* que el oferente debe asumir la obligación de continuar o reiniciar la actividad de la unidad productiva por un periodo mínimo de dos años, imponiéndose en caso contrario el derecho de los afectados a solicitar una indemnización de daños y perjuicios.

A modo de conclusión, la regulación ofrecida por el TRLC ha conseguido solventar y eliminar las discrepancias entre los Juzgados de lo Mercantil en la aplicación del *prepack* concursal además de cumplir con la debida transposición de la Directiva de Reestructuraciones. Esta regulación también es esencial en el paso a un modelo uniforme y armonizado de *prepack* concursal que fije unas bases homogéneas tanto a nivel nacional como comunitario. No obstante la técnica legislativa utilizada puede generar dudas en su comprensión y correcta aplicación, por lo que como se verá a continuación va a ser necesario la publicación de una nueva Directiva (actualmente en la fase de Propuesta) que termine de armonizar ciertos conceptos del derecho de insolvencia.

VI. LA PROPUESTA DE 7 DE DICIEMBRE DE 2022: LA CUMBRE DE LA UNIDAD Y ARMONÍA EN EL *PREPACK* CONCURSAL EN ESPAÑA Y EN LA UNIÓN EUROPEA.

A pesar de la novedad legislativa introducida en primer lugar por la Directiva de Reestructuraciones y posteriormente el TRLC, la figura del *prepack* concursal requiere de una mayor especificación para garantizar su aplicación homogénea y uniforme en el ordenamiento jurídico español y en el de los demás ordenamientos de los países miembros de la Unión Europea.

Tal loable objetivo junto a la armonización de determinados conceptos del derecho de insolvencia y la unificación del mercado de capitales en la Unión Europea llevó a la publicación el 7 de diciembre de 2022 de la Propuesta de Directiva⁹⁷.

Esta Propuesta recoge en su artículo 1 la necesidad de establecer normas comunes sobre una pluralidad de conceptos a fin de garantizar la uniformidad del derecho de insolvencia dentro de la Unión Europea, dentro de los cuales se encuentra el procedimiento de *prepack*, el cual es definido en el art. 2 apartado p) como “*procedimiento de liquidación acelerado que permite la venta de la empresa del deudor, total o parcialmente, como empresa en funcionamiento al mejor licitador, con vistas a la liquidación de los activos del deudor como resultado de la insolvencia constatada de este*”⁹⁸.

La Propuesta se divide en tres bloques los cuales buscan la recuperación de activos del patrimonio concursal, la eficiencia de los procedimientos y la justa distribución de valor entre los acreedores⁹⁹. En el primer bloque temático se enmarca el Título IV denominado “*Procedimientos de Pre-pack*” que busca ofrecer a los Estados miembros una regulación detallada y uniforme a fin de alcanzar los objetivos mencionados *ad supra*. Por tanto, mientras que la Directiva de Reestructuraciones ha conseguido introducir en el ordenamiento jurídico español la figura del *prepack* concursal dentro del TRLC y así salir de la regulación protocolaria a la que se había llegado, la Propuesta refuerza esta regulación legislativa no sólo a nivel nacional sino también en los procedimientos transfronterizos comunitarios y en la legislación interna de los demás Estados Miembros de la Unión Europea.

Este Título a su vez se divide en cuatro capítulos, los cuales profundizan en distintos aspectos de la figura del *prepack* concursal: disposiciones generales (arts. 19-21 Propuesta), fase de preparación (arts. 22-24 Propuesta), fase de liquidación (art. 25-

⁹⁷ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia, 2022, pág. 1

⁹⁸ Propuesta ..., cit., pág. 40.

⁹⁹ Cuatrecasas, “Nueva propuesta de Directiva sobre insolvencia, Comienza la tramitación de una Directiva que armonizará nuevos aspectos del derecho concursal”, *Área de Conocimiento e Innovación*, 2023 (disponible en <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/art/nueva-propuesta-directiva-insolvencia>; última consulta 6/02/2023).

29 Propuesta) y disposiciones aplicables a ambas fases del procedimiento de *prepack* (arts. 30-35 Propuesta).

Asimismo las salvaguardias introducidas se han configurado de modo que los Estados miembros pueden elegir entre asegurar la competitividad, transparencia y justicia del proceso durante la fase preparatoria o realizar una rápida subasta pública durante la fase liquidatoria, de tal modo que si se opta por mayor exigibilidad en la fase preparatoria se deberá garantizar un procedimiento competitivo, transparente y equitativo; pero si se opta por la subasta pública se deberán ofrecer incentivos a los licitadores iniciales que sean proporcionales y que no disuadan a otros potenciales interesados¹⁰⁰.

1. DISPOSICIONES GENERALES

Este capítulo comienza imponiendo a los Estados miembros la obligación de garantizar un procedimiento de *prepack* compuesto por una fase de preparación y una fase de liquidación. A su vez se determina que los Estados miembros deberán cumplir las futuras disposiciones del presente Título y aplicar las disposiciones nacionales de derecho concursal que sean compatibles con el derecho de la Unión Europea, por lo que estaría remitiendo a la Directiva de Reestructuraciones que debería estar ya transpuesta en los ordenamientos jurídicos de los países miembros de la Unión Europea.

Por otro lado el órgano jurisdiccional competente tendrá una competencia exclusiva respecto al alcance y efectos que pueda tener la venta de la unidad productiva sobre las deudas y los pasivos del deudor.

2. FASE DE PREPARACIÓN

Esta fase tiene como objetivo encontrar al comprador adecuado para la adquisición de la unidad productiva del deudor a la vez que garantizar el derecho del deudor a contar con un supervisor cuyo nombramiento iniciará la misma etapa. Entre las funciones que debe realizar se encuentran la documentación de las distintas etapas del

¹⁰⁰ FLORES SEGURA, M., “La propuesta de directiva para armonizar ciertos aspectos del Derecho de la insolvencia”, en MARTÍNEZ FLÓREZ, A., y VAQUERIZO ALONSO, A., (Dir.), *La adaptación al Derecho Europeo de la empresa: los nuevos retos del derecho de sociedades y de los mercados de capitales*, Madrid, 2023, pág. 11.

proceso de venta, justificar que la venta sea competitiva, transparente y equitativa, recomendar la mejor oferta para la liquidación y garantizar que esta oferta cumpla el criterio de interés superior de los acreedores. Estas funciones deberán ser realizadas por escrito y remitidas a las demás partes participantes en la etapa de preparación.

Asimismo, la Propuesta termina con la discusión doctrinal de la equiparación entre administración concursal y el supervisor (o experto independiente o experto en reestructuración) al afirmar que el supervisor deberá cumplir los criterios de admisibilidad correspondientes a los administradores concursales, siendo éstos en la fase de liquidación nombrados administradores concursales. También se delimitan las funciones del supervisor de modo que no afecten las facultades de administración y disposición del deudor, las cuales no se ven afectadas salvo que el ulterior concurso sea un concurso necesario. Con respecto a la remuneración nada se añade pues se reitera que en caso de que no se llegue a la fase de liquidación será el deudor responsable de su abono, mientras que si se produce la fase de liquidación se considerará como gasto administrativo preferente.

Se añade ulteriormente la posibilidad de suspender las ejecuciones singulares conforme los artículos 6 y 7 de la Directiva de Reestructuraciones si el deudor se encuentra en insolvencia actual o inminente si ello es necesario para garantizar la eficacia del procedimiento de *prepack* concursal.

Por último se estipulan en el art. 24 dos principios de obligatoria observación para el proceso de venta. En primer lugar los Estados deberán de garantizar que el proceso de venta debe ser competitivo, equitativo, transparente y debe acatar las normas de mercado que sean aplicables, salvo que se lleve a cabo una subasta pública. En segundo lugar si sólo se presenta una oferta vinculante ésta se considerará que refleja el precio de mercado de la empresa.

3. FASE DE LIQUIDACIÓN

Tras la ratificación del supervisor como administrador concursal éste deberá emitir un dictamen el cual confirmará el cumplimiento de los requisitos de la fase de preparación explicados *ad supra*, pues en caso de incumplimiento de tales requisitos el órgano jurisdiccional deberá continuar con el procedimiento concursal.

El art. 26.2 explica cómo se deberá llevar a cabo el proceso de subasta, el cual comenzará en un plazo de dos semanas desde la apertura de la fase de liquidación y deberá durar en torno a cuatro semanas. La oferta que hubiera sido seleccionada por el supervisor durante la fase de preparación servirá de base para la subasta, otorgando garantías a esta oferta tales como el reembolso de gastos o los costes de ruptura. Estas garantías no deberán de disuadir a otras ofertas y deberán de ser proporcionadas y adecuadas.

A su vez se deberán ceder los contratos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial salvo que el adquirente fuera competidor de las contrapartes del deudor. No obstante el órgano judicial podrá resolver los contratos vigentes siempre que ello beneficie al deudor o contenga obligaciones de servicio público en los que la contraparte sea una autoridad pública y el adquirente no cumpla los requisitos necesarios para la prestación de tales servicios.

Del mismo modo el adquirente obtendrá la unidad productiva del deudor libre de deudas salvo que el adquirente consienta expresamente hacerse cargo de ellas.

Por último las resoluciones contra las operaciones de adjudicación de las unidades productivas sólo tendrán efectos suspensivos cuando el recurrente otorgue garantía adecuada para la cobertura de los posibles daños derivados de la suspensión de la venta, teniendo el órgano jurisdiccional competente la facultad de eximir de esta obligación cuando sea adecuada en atención al caso concreto.

4. DISPOSICIONES APLICABLES PARA LAS FASES DE PREPARACIÓN Y LIQUIDACIÓN

El último capítulo contiene las disposiciones que serán aplicables tanto para la fase preparatoria como la liquidatoria por tanto funcionando como reglas vertebradoras del procedimiento de *prepack* concursal.

En primer lugar para la determinación de la mejor oferta se deberá estar a lo estipulado para la selección de las ofertas competidoras en los procedimientos de liquidación. Asimismo el supervisor (en caso de que no se llegue a la fase de liquidación) y el administrador concursal (en caso de que se llegue a la fase de

liquidación y el supervisor fuera ratificado como administrador concursal) deben ser responsables de los daños derivados del incumplimiento de sus obligaciones.

En segundo lugar las personas estrechamente vinculadas al deudor podrán adquirir las unidades productivas afectadas por el procedimiento de *prepack* siempre que declaren oportunamente su relación con el deudor, recibiendo las demás partes involucradas la información sobre esta relación y que se conceda a las partes no vinculadas con el deudor tiempo suficiente para la presentación de una oferta. A su vez cuando ésta sea la única oferta presentada se fijarán salvaguardias para garantizar el obligatorio cumplimiento de la prueba de interés superior de los acreedores.

En tercer lugar se establecen medidas para maximizar el valor de la unidad productiva, destacando la adopción de las medidas necesarias para la obtención de financiación provisional si fuera necesaria al menos coste posible, otorgación de prioridad de pago a los proveedores de susodicha financiación y garantías de reembolso. También se obliga a los estados a no conceder derechos preferentes a los licitadores o velar por que los acreedores sólo puedan compensar sus créditos en la oferta que presenten si el valor de los créditos es claramente inferior al valor de mercado de la unidad productiva sujeta al procedimiento de *prepack* concursal.

En cuarto lugar los acreedores o partícipes en la empresa del deudor deberán ser oídos por el órgano jurisdiccional antes de la ejecución de la venta de la unidad productiva salvo a los acreedores o partícipes que no mantengan un interés según el orden de prelación en la liquidación y los acreedores que fueran a verse satisfechos mediante la ejecución del procedimiento de *prepack*. Asimismo no será necesario el consentimiento de los acreedores con garantías sobre activos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial si los acreedores no demuestran que la oferta *prepack* no supera la prueba de interés superior de los acreedores o no hubieran presentado una oferta vinculante alternativa que otorgue una mejor recuperación que la oferta *prepack*. Así pues las ofertas alternativas presentadas por los acreedores con garantías reales deberán tener un importe igual al valor de los créditos garantizados (el denominado *credit-bidding*), pero sin que otorgue a estos acreedores una indebida ventaja en el proceso de licitación, lo cual acontecería si el importe es superior al valor de mercado de la unidad productiva¹⁰¹.

¹⁰¹ FLORES SEGURA, M., “La propuesta de directiva ...”, cit., pág. 17.

Por último se establecen salvaguardias para los procedimientos de *prepack* concursal en los que haya una intervención de las autoridades de competencia, concretamente la posibilidad de presentación de ofertas alternativas, la recepción de información por parte del supervisor de los procedimientos de competencia (pero siempre respetando la confidencialidad propia del procedimiento de *prepack*), o incluso la posibilidad de no tener en cuenta una oferta cuando implique un riesgo de retraso por la intervención de autoridades de competencia, no sea la única oferta existente y el retraso pueda perjudicar a la empresa del deudor.

VII. CONCLUSIÓN. EL *PREPACK* CONCURSAL EN ESPAÑA: DE FIGURA MARGINAL Y FRAGMENTADA A PIEZA FUNDAMENTAL EN EL DERECHO CONCURSAL.

El presente Trabajo cuenta con ciertas limitaciones debidas a la falta de trabajos que traten la cuestión del *prepack* concursal y la Propuesta. Del mismo modo faltan sentencias en las que se aplique la presente herramienta. Los futuros trabajos deberán tener en cuenta la aplicación que finalmente ha tenido el *prepack* concursal en el panorama empresarial español y cómo la actual Propuesta termina convirtiéndose en la Directiva llamada a terminar de unificar y clarificar definitivamente el *prepack* concursal en el ordenamiento jurídico español.

Igualmente debo agradecer la labor de los Juzgados de lo Mercantil ante la inactividad del legislador que ha llevó a la inicial fragmentación en la aplicación del *prepack*. Los Juzgados de lo Mercantil deben no sólo aplicar la ley, también son los agentes encargados de aplicar los instrumentos que, si bien no regulados, respeten el ordenamiento jurídico y que en el caso del derecho concursal permitan salir y evitar la situación de insolvencia.

Este Trabajo se ha estructurado mediante tres pilares: la evolución del derecho concursal hacia una finalidad conservativa, la Directiva de Reestructuraciones como piedra angular del nuevo marco concursal y la pasividad del legislador español que ha llevado a una primera aplicación fragmentada y a una útil pero tardía transposición de la Directiva de Reestructuraciones. Además, la Directiva de Reestructuraciones ha carecido de las herramientas necesarias para garantizar una definitiva uniformidad del

prepack por lo que la Propuesta promete ser la definitiva Directiva que dote al ordenamiento español de esta herramienta desarrollada en su plenitud.

Este Trabajo ha permitido igualmente vislumbrar cómo las enajenaciones de unidades productivas cada vez se acometen antes dentro del procedimiento concursal, pasando de las ventas en fases de liquidación hasta las ventas en fase común o incluso con la posibilidad de llevarlas a cabo a partir del plan de reestructuración. No obstante, el *prepack* ofrece las mejores garantías a las partes involucradas para llevar a cabo la venta de la unidad productiva a la vez que ofrece mayor seguridad jurídica y garantía de éxito gracias a la intervención del experto de reestructuración.

El *prepack* concursal ha sido una figura fragmentada y residual en el ordenamiento jurídico español dadas las diferencias existentes entre los distintos Juzgados de lo Mercantil, pero la reforma del TRLC ha dotado de cierto grado de uniformidad para garantizar la adecuada aplicabilidad de esta herramienta, lo cual se verá complementada con la jurisprudencia que surgirá derivada de su aplicación, la labor de la doctrina que surgirá al respecto y la Propuesta, todo ello llevando a la definitiva uniformización de esta elemental figura tal y como se ha defendido a lo largo del presente Trabajo.

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

1. LEGISLACIÓN.

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, págs. 1-37.

Propuesta para Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo armonizando ciertos aspectos del derecho de insolvencia, de 7 de diciembre de 2022, págs. 1-73.

Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, págs. 1-209.

2. JURISPRUDENCIA.

Acuerdo del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla núm. 2/2022, de articulación procesal del *prepack* (art. 224 *ter* a 224 *septies*) y la solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas (disponible en: <https://apacsainzdeandino.com/wp-content/uploads/2022/11/ACUERDO-2.22.pdf>).

Fecha de última consulta: 17 de enero de 2023.

Auto del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla (Sección 3º) núm. 1911/2022, de 10 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:JMSE:2022:1911A). Fecha de última consulta: 17 de enero de 2023.

Comunicación del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona (Sección 10º), 1069/2020, de 29 de julio de 2020 (disponible en: https://cdn.website-editor.net/1635930a4aa54906b4039f356a2b5741/files/uploaded/Auto_Juzg.Mtil.N%25C2%25BA10_BCN_Nomb_Exp.Indep_pre-concurso_29-07-2020.pdf). Fecha de última consulta: 15 de noviembre de 2022.

Directrices para el procedimiento de tramitación del pre-pack concursal, de los Juzgados Mercantiles de Barcelona, de 20 de enero de 2021 (disponible en: <https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-noticies/DEFINITIVO-DIRECTRICES-PARA-EL-PROCEDIMIENTO-DE-TRAMITACION-DEL-PRE->

[PACK-CONCURSAL-JJMM-BARCELONA.pdf](#)). Fecha de última consulta 15 de enero de 2023.

Guía de Buenas Prácticas para el nombramiento de experto en fase preconcursal (“prepack”), aprobado por los magistrados/as de los juzgados mercantiles de Madrid, de 21 de febrero de 2023, (disponible en: <https://web.icam.es/wp-content/uploads/2023/02/Guia-Pre-packs-Madrid.pdf>). Fecha de última consulta: 5 de marzo de 2023.

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 (disponible en: <https://web.icam.es/wp-content/uploads/2021/04/BUENAS-PRACTICAS-FINAL.pdf>). Fecha de última consulta: 15 de enero de 2023.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso – Administrativo), núm. 3844/2022, de 29 de junio de 2022 (ECLI:ES:AN:2022:3844). Fecha de última consulta: 18 de enero de 2023.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), asunto C-237/20, de 28 de abril de 2022 (ECLI:EU:C:2022:321). Fecha de última consulta: 28 de diciembre de 2022.

3. OBRAS DOCTRINALES.

ALONSO HERNÁNDEZ, Á., “La compraventa de negocios en crisis según la reforma: planes de reestructuración liquidativos vs *prepack*”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 58, 2022, págs.. 137-158.

ALONSO HERNÁNDEZ, Á.; RUBIO SANZ, J. “Mejoras del pre-pack concursal en la reforma”, *Apuntes de la Reforma Concursal*, Uría Menéndez, 2022, págs. 1-5.

ARGÜELLES MORA, A. “La venta de unidades productivas en sede concursal como vía para la salvaguarda del tejido empresarial en la nueva Ley Concursal. RDL 1/2020”, *Diario La Ley*, núm. 9826, 2021, págs. 1-41.

AZOGRA VEGAS, F., “Enajenación de unidades productivas”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 54, 2020, págs. 39-66.

CABANILLAS, L.G., “Enajenación de unidad productiva: el pre-pack concursal (Comentario al AJM nº7 de Barcelona de 30 de octubre de 2020)”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 1, 2021, págs. 1-18.

CAMPUZANO, A.B., “La configuración de los marcos de reestructuración preventiva en la directiva europea sobre reestructuraciones e insolvencia”, *DECONOMI*, núm. 12, 2021, págs.21-63.

ESCOLÀ BESORA, M.A., “La venta de la unidad productiva en nuestro ordenamiento”, en LLORET VILLOTA, J., MARQUÉS VILALLONGA, J.M., (Coord.), *La venta de la unidad productiva en sede concursal*, Barcelona, 2015, págs. 83-126.

FERRERO DIEZ CANSECO, A., “Del derecho de quiebra al derecho concursal moderno y la Ley de Reestructuración”, *Derecho PUCP*, núm. 47, 1993, págs. 385-436.

FLORES SEGURA, M., “La propuesta de directiva para armonizar ciertos aspectos del Derecho de la insolvencia”, en MARTÍNEZ FLÓREZ, A., y VAQUERIZO ALONSO, A., (Dir.), *La adaptación al Derecho Europeo de la empresa: los nuevos retos del derecho de sociedades y de los mercados de capitales*, Madrid, 2023, págs. 1-25.

GILO GÓMEZ, C., “El “prepack” concursal. Una solución que llega para quedarse”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.6, 2021, págs. 109-120.

GILO GÓMEZ, C., “La venta de la unidad productiva como solución a la insolvencia”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 25, 2021, págs.. 38-49.

GILO GÓMEZ, C., “Pre-pack concursal y derecho comparado”, *Estudios de Deusto*, núm. 69 (2), 2021, págs.. 111-121.

GIL-ROBLES, J.M., “El objeto de la reestructuración: especial referencia a la venta de unidades productivas”, en COHEN, A. (Dir.), *Nuevo marco jurídico de la reestructuración de empresas en España*, Madrid, 2022, págs. 551-674.

GÓMEZ ASENSIO, C. “La directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm.12, 2020, págs. 472-511.

LÓPEZ BARRAU, P., “Pre-pack concursal versus Guía de buenas prácticas para la venta de la unidad productiva”, *Actualidad Profesional, E-DICTUM*, núm. 108, 2021, págs. 1-4.

LÓPEZ FERNÁNDEZ, R., “Hacia la rehabilitación del deudor. antecedentes históricos y evolución del concurso de acreedores”, en CABRERA MERCADO, R. (Dir.), *La mediación civil, mercantil y concursal*, Madrid, 2018, págs. 93-110.

MARTÍNEZ SANZ, F., “Aproximación al experto en reestructuraciones en el Proyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal”, *Revista General de Insolvencias y Reestructuraciones*, núm. 6, 2022, págs. 17-43.

MORENO BUENDÍA, F.J., “Las funciones del derecho concursal: tendencias actuales en el derecho comparado”, *Inciso*, núm. 23 (1), 2021, págs. 1-14.

MUÑOZ PAREDES, A. (Dir.) “Segundo encuentro LA LEY Insolvencia “Pre-pack (Barcelona) vs Guía venta unidades productivas (Madrid)””, *Diario LA LEY Insolvencia*, núm 4, 2021, págs.. 1-6.

PAULUS, C.G.; DAMMANN, R. , *European Preventive Restructuring. Directive (EU) 2019/1023 Article-by- Article Commentary*, Verlag C.H. Beck oHG, 2021.

PEREA GONZÁLEZ, Á. (Coord.), “Diálogos para el futuro judicial XX *Prepack*: ¿El futuro del derecho concursal?”, *Diario La Ley*, núm. 9802, 2021, págs. 1-21.

PULGAR EZQUERRA, J., “El nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación al derecho español”, en MORILLAS JARILLO, M.J. (Dir.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, págs. 253-268.

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, 2022, págs. 1-19.

SEBASTIÁN, R., “La venta de la empresa en el concurso de acreedores”, en SEBASTIÁN, R. (Dir.), *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*, Madrid, 2018, págs. 651- 680.

TIRADO MARTÍ, I., “Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal” (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)”, *Anuario de derecho civil*, núm. 62 (3), 2009, págs. 1104 - 1105.

4. RECURSOS DE INTERNET.

Banco Central Europeo., “Decisiones de Política Monetaria”, *Banco Central Europeo*, 27 de octubre de 2022 (disponible en

<https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2022/html/ecb.mp221027~df1d778b84.es.html>

; última consulta 13/11/2022)

CARLES, J., “*Prepacks* o venta de unidad productiva de negocios en dificultades”,

CARLES / *CUESTA*, 2022 (disponible en

<https://carlescuestaabogados.com/prensa/prepacks-venta-unidad-productiva/>; última

consulta 4/01/2023)

Cuatrecasas, “Nueva propuesta de Directiva sobre insolvencia, Comienza la tramitación de una Directiva que armonizará nuevos aspectos del derecho concursal”, *Área de*

Conocimiento e Innovación, 2023 (disponible en

<https://www.cuatrecasas.com/es/spain/art/nueva-propuesta-directiva-insolvencia>; última

consulta 6/02/2023)

European Law Institute, “Rescue of Business Insolvency Law,” *Instrument of the*

European Law Institute, 2017 (disponible en

[https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/Instrume](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/Instrument_INSOLVENCY.pdf)

[nt INSOLVENCY.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/Instrument_INSOLVENCY.pdf) ; última consulta 7/01/2023).