

Actualidad Profesional

Por Pilar López Barrau, abogada especializada en Derecho concursal y doctoranda en Derecho de la empresa y de mercado.

Pre-pack concursal versus Guía de buenas prácticas para la venta de la unidad productiva

La pandemia provocada por el coronavirus COVID 19, además de provocar una de las mayores crisis sanitaria vivida a nivel mundial, ha venido a “extorsionar” el mercado, erigiéndose en una amenaza grave de destrucción de nuestro tejido empresarial. El 97% del tejido empresarial español lo representa la pequeña y mediana empresa (PYME), quien ha venido sufriendo el azote de las medidas adoptadas para la gestión de la crisis sanitaria, con continuas restricciones de actividad que impiden, en muchos casos, desarrollarla en condiciones de viabilidad.

Hace ya casi un año desde que se declarara el estado de alarma en nuestro país para afrontar la situación de emergencia sanitaria provocada por el SARS COV 2. Desde dicha fecha, hemos asistido al dictado de una sucesión de medidas aprobadas para promover que el deudor lograra reestructurar su deuda sin necesidad de acudir al concurso de acreedores: Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo; Real Decreto Ley 15/2020 de 21 de abril; Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril; Ley 3/2020, de 18 de septiembre o Real Decreto Ley 34/2020, de 17 de noviembre. Entre las medidas aprobadas destacan las encaminadas a suspender la obligación del deudor

de solicitar la declaración de concurso hallándose en situación de insolvencia; o las que permiten presentar propuestas de modificación del convenio o del acuerdo de refinanciación ya aprobado. En los próximos días, 14 de marzo, expirará la moratoria concursal y ya parece anunciarse una nueva moratoria en estos días.

Según el Instituto Nacional de Estadística, durante el año 2020, aún con las precitadas medidas, se declararon en nuestro país cuatro mil noventa y siete (4907) concursos de acreedores. En la Comunidad de Madrid se declararon ochocientos dieciocho (818) concursos y en la Comunidad Catalana mil ciento diez (1110) concursos.

La reacción de los agentes que intervienen en el Derecho Concursal no se ha hecho esperar y con la clara intención de salvar al mayor número de empresas que se encuentran en una situación de insolvencia actual o inminente, abordan un apartado olvidado en las medidas adoptadas por el Estado, el de la venta de la unidad productiva, asumiendo con ello el desafío de agilizar la tramitación de la misma para atemperarla al escenario actual.

El encaje de las medidas propuesta para agilizar la venta de la unidad productiva difiere en dos de los grandes escenarios geográficos de praxis del Derecho Concursal, Madrid y Barcelona. Y ello, aun inspirándose ambos en los modelos de Holanda e Inglaterra conocidos como *pre-pack administrator* o *silent trustee*.

El Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, en colaboración con el Colegio de Economistas, Colegio de Registradores, Ilustre Colegio Central de Titulados Mercantiles, así como con la Unión Interprofesional de la Comunidad de Madrid y con la estimada colaboración de los Jueces de lo Mercantil de Madrid, han redactado una guía de buenas prácticas de la venta de la unidad productiva, si bien, encajándola en el escenario de los artículos 530 y 215 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (TRLR). Se estima que no estando contemplada en la legislación actual la figura del experto independiente, no podría trasladarse en puridad los sistemas conocidos de *pre-pack* administrativo a un escenario pre-concursal del artículo 583 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

En la Guía de las buenas prácticas para la venta de la unidad productiva se desarrolla un decálogo de pautas económicas y procesales para la organización de la venta de la unidad productiva en el escenario de solicitud de concurso de acreedores con presentación de plan de liquidación, contemplando también la posibilidad de venta en un momento posterior.

En aquellos supuestos de solicitud de declaración de concurso con propuesta de plan de liquidación y oferta vinculante de compra de la unidad productiva, se aconseja destacarlo en el encabezado de la solicitud, indicándose en el mismo la urgencia del asunto. A los documentos habituales que ya han de acompañar a la solicitud

de declaración de concurso (arts. 6 y 7 del TRLR), se aconseja adjuntar los recogidos en esta guía, relativos a la delimitación y definición del perímetro de la unidad productiva; y ello, a fin de facilitar tanto la confianza en ese proceso de selección previo de la oferta, como de facilitar la labor de la Administración Concursal a la hora de emitir su informe de valoración.

Localizado el Juzgado de lo Mercantil en el que ha recaído la solicitud de declaración de concurso, se aconseja presentar sin dilación en el mismo, dos juegos de copias de la solicitud.

Los Juzgados de lo Mercantil de Madrid se comprometen a declarar el concurso con apertura de la liquidación y formación de pieza separada para la aprobación de la oferta vinculante de la unidad productiva, en el plazo de los dos días a contar desde la dación de cuenta.

En la pieza separada de venta de la unidad productiva se emplazará a la Administración Concursal, acreedores y representante de los trabajadores, por diez días, a fin de que emita su informe de valoración en el primer caso, y a fin de que aleguen lo que a su derecho convenga en el segundo.

En el supuesto de emitirse informe de valoración de la Administración Concursal con reservas, salvedades o con propuesta de modificación, de ella se dará traslado por cinco días, al deudor, oferente y acreedores a fin de que aleguen lo que a su derecho convenga sobre las modificaciones, salvedades o reservas.

Recibido el informe de la Administración Concursal, así como el consentimiento del acreedor privilegiado especial con derecho a ejecución separada y de los legales representantes de los trabajadores, el juez del concurso dictará Auto autorizando o denegando la operación. El Auto que acuerde la operación será irrecurrible,

ex artículos 216.4 en relación con el artículo 422, siendo recurrible en reposición, si fuera desestimatorio ex artículo 518 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

Los jueces de lo mercantil de Barcelona dan un paso más en el fomento de medidas para agilizar la venta de la unidad productiva, encajándola también en un escenario previo al de la declaración de concurso de acreedores, como una medida más de reestructuración preventiva, en el marco del artículo 583 del Texto Refundido de la Ley Concursal. A diferencia de Madrid, estiman que la figura del experto independiente, administrador en materia de reestructuración, futura Administración Concursal, tiene cabida en nuestra legislación actual, siendo nombrado por el juez competente del futuro concurso.

La realización de operaciones sobre los activos de una empresa en funcionamiento en crisis, por parte del deudor, en un escenario previo a la solicitud de declaración de concurso, con la supervisión de ese experto independiente que habrá de reunir los requisitos previstos en nuestro Texto Refundido de la Ley Concursal para ser nombrado Administración Concursal, se enmarca en el espíritu y finalidad de la Directiva de la Unión Europea 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva. Así, los jueces de lo mercantil de Barcelona, ante la falta de una regulación expresa legal de trasposición de la Directiva de reestructuración preventiva, establecen unas directrices básicas para la venta de la unidad productiva en el mismo escrito de comunicación de apertura de negociaciones del deudor con sus acreedores o en un escrito posterior, dentro de los tres meses siguientes a dicha comunicación.

La comunicación de inicio de operaciones de venta de la unidad productiva irá acompañada de dos documentos: justificante de haber cumplimentado

el formulario previsto en el portal de Canal Empresa de la Dirección General de Industria de la Generalitat de Cataluña para publicitar los datos esenciales de las unidades de negocio o activos en situación de crisis; y la relación de asociaciones representativas, sectoriales y territoriales, fondos financieros o industriales, inversores con los que el deudor haya contactado o vaya a contactar en la búsqueda de ofertantes en la adquisición de la venta que se está preparando.

El experto independiente nombrado, futuro Administrador Concursal, llegado el caso, deberá supervisar esa labor preparatoria de búsqueda de oferentes, vigilando se de la publicidad correcta, culminando dicha labor mediante la emisión de un informe final de la gestión realizada y en particular, sobre las operaciones de venta propuestas, del que se dará traslado al deudor, representante legal de los trabajadores, acreedores más relevantes (privilegiados y públicos en todo caso) y al juzgado.

En el proceso de preparación de operaciones de venta y búsqueda de los oferentes, deberán respetarse, en la medida que fueren aplicables, las reglas establecidas por el Texto Refundido de la Ley Concursal para la enajenación de unidades productivas, si bien adaptadas a la fase pre-concursal; así como también las reglas básicas para la venta de unidades productivas en el procedimiento concursal actualizadas por ellos mismos.

En el supuesto de que se obtenga acuerdo para la venta de la unidad productiva podrá homologarse ante el Juzgado que conoció de la comunicación previa de anuncio de gestiones para la venta de la unidad productiva y no habiéndose declarado el concurso, los honorarios del experto independiente se asumirán por quien solicitó su nombramiento.

En el caso de solicitarse el concurso, con dicha solicitud se acompañará el informe de gestión del experto independiente, a fin de obtener la autorización de venta por la vía del artículo 530 del Texto Refundido de la Ley Concursal. De esta manera, en el mismo Auto de declaración de concurso deberá darse traslado a los acreedores o cualquier interesado de la propuesta, a fin de que puedan realizar alegaciones en el plazo de los diez días siguientes a la publicación en el Registro Público Concursal de la declaración de concurso con propuesta de venta de la unidad productiva. Finalizado el plazo para alegaciones, la Administración Concursal emitirá informe sobre el plan de liquidación y al día siguiente, el Juez emitirá Auto autorizando o denegando las operaciones de venta, previéndose el mismo sistema de recurso ya expuesto, de permitir tan sólo recurso de reposición contra el Auto desestimatorio.

Los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona dicen ya haber aplicado con éxito el pre-pack en algunas mercantiles, permitiéndose con ello rescatar de la insolvencia y de la destrucción de empleo a varias empresas.

La respuesta de los Jueces de lo Mercantil de Barcelona es una respuesta rápida a una situación excepcional que va más allá de una simple crisis económica, que llega a ser estructural. Habremos de esperar a ver la trasposición de la Directiva de la Unión Europea 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva en nuestro país, prevista como fecha límite para el día 16 de julio de 2021, salvo solicitud de prórroga, para comprobar si entre los mecanismos de reestructuración preventiva se pueden incluir el pre-pack como una herramienta más al servicios de los deudores.