

## «Hablemos de viabilidad empresarial en los tiempos que corren; hablemos del Pre-Pack concursal»

**Ignacio Esmorís**

Abogado ONTIER

Diario La Ley, Nº 9809, Sección Tribuna, 12 de Marzo de 2021, Wolters Kluwer

### ÍNDICE

Normativa comentada

Comentarios



Antes de nada, demos una serie de datos para ponernos en antecedentes.

Según expertos del Registro de Auditores Judiciales y Forenses (RAJ) consultados por el Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España (ICJE), en el año 2019 el 90% de los concursos de acreedores acabó en liquidación. O, pudiendo dar otra lectura a dicho dato, del 100% de las empresas que entraron en 2019 en concurso de acreedores, únicamente no fueron a liquidación el 10% de las mismas.

Con esta situación, es obligado preguntarse el motivo o la razón de semejante estadística.

Dejando de lado varias otras hipótesis y datos, no hay duda que nuestra normativa concursal, si bien desde el origen se erigió como medio para lograr dos objetivos concretos: la viabilidad de la empresas en estado de insolvencia, y la satisfacción de los acreedores (además, por supuesto, de todos los beneficios de evitar el cierre y liquidación de un negocio), finalmente ha demostrado no estar dotada de los mejores mecanismos para lograr tales objetivos.

En este sentido, determinadas medidas de reestructuración, como la venta de unidades productivas (venta de la totalidad del negocio, o parte del mismo), se acaban frustrando por el transcurso de tiempo que tiene lugar por culpa de los plazos y formalidades exigidas en nuestra normativa concursal, que acaban dilatando el proceso hasta un punto en el que la valoración de la compañía y sus activos acaba reduciéndose y, por tanto, no siendo rentable.

Todo ello supone un problema, no solo para España, sino para otros países de la Unión Europea, los cuales viven situaciones similares a la nuestra.

Es por ello que el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europa dictó la Directiva (UE) 2019/1023, de 20 de junio de 2019 (LA LEY 11089/2019), 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 (LA LEY 10613/2017), a la que nos podemos referir también como la Directiva sobre reestructuración e insolvencia.

Esta Directiva se hace eco de los problemas generados en distintos países de la Unión derivados del cierre y liquidación de empresas, y se erige como medio para, y entre otras cuestiones:

1. Permitir a «los deudores en dificultades financieras continuar su actividad empresarial, en su totalidad o en parte, modificando la composición, las condiciones o la estructura del activo y del pasivo o de cualquier

otra parte de su estructura de capital —en su caso mediante la venta de activos o de parte de la empresa o, cuando así lo prevea el Derecho nacional, de la empresa en su conjunto— así como realizando cambios operativos.»;

**2.** Permitir, «ante todo, la reestructuración efectiva de los deudores en un momento temprano y evitar la insolvencia, limitando así la liquidación innecesaria de empresas viables»; y

**3.** Evitar «la pérdida de puestos de trabajo y de conocimientos y competencias y maximizar el valor total para los acreedores —en comparación con lo que habrían recibido en caso de liquidación de los activos de la empresa o en caso de aplicarse la mejor solución alternativa en ausencia de un plan de reestructuración—, así como para los propietarios y para la economía en su conjunto.»

Para lograr tales fines, la Directiva introduce una serie de novedades, como la obligación de los Estados miembros de cerciorarse de que los deudores tengan acceso a un marco de reestructuración preventiva que les permita reestructurar su deuda y evitar su insolvencia, garantizando su viabilidad y, con ellos, el mantenimiento del empleo y de la actividad empresarial.

En este contexto, y en lo que aquí interesa, la Directiva introduce la figura del «administrador en materia de reestructuración», el cual sería nombrado antes de la declaración de concurso, y cuyo cometido sería ayudar al deudor a tratar de reestructurar su deuda.

Sin duda, tal medida es un paso adelante ya que, hasta la fecha, nuestra legislación concursal facultaba al deudor que se encontrara en estado de insolvencia actual o inminente para comunicar al juzgado que había iniciado negociaciones con sus acreedores, sin darle más apoyo. En tal escenario, si el deudor se veía abocado a solicitar el concurso de acreedores porque sus negociaciones no habían sido satisfactorias o porque, pese a ser satisfactorias, las negociaciones requerían de más tiempo, la normativa concursal sometía el resto del proceso a las fases y plazos por ella marcados, y al examen de la administración concursal tanto de las «tripas» del deudor, como de cualquier operación que se pretendía llevar a cabo.

Dicho lo anterior, debe también indicarse que si bien se esperaba que la Directiva, cuyo plazo de transposición para los Estados Miembros finaliza el próximo día 17 de julio de 2021 (sin tener en cuenta la prórroga máxima de un año para los Estados miembros que tuvieran dificultades al transponerla) fuera efectivamente transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico a través del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (LA LEY 6274/2020) (TRLR), finalmente en España deberemos esperar a adaptar nuestra normativa concursal a la Directiva.

Los Juzgados Mercantiles de Barcelona han dictado una serie de directrices para el procedimiento de tramitación del llamado « Pre-Pack concursal »

No obstante lo anterior, y he aquí el sumun del presente artículo, los Juzgados Mercantiles de Barcelona, tomando como ejemplo otros países de nuestro entorno, como Holanda o Reino Unido, han dictado una serie de directrices para el procedimiento de tramitación del llamado «Pre-Pack concursal».

El Pre-Pack concursal se concibe como un proceso preparatorio de operaciones sobre los activos de la compañía, los cuales son autorizados una vez declarado el concurso de acreedores, y que buscan la continuidad de la actividad empresarial, y el mantenimiento de puestos de trabajo.

Para armar este proceso de Pre-Pack, los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona, acogiendo la figura del «administrador en materia de reestructuración» de la Directiva, prevén la posibilidad de que el deudor, bien a la hora de comunicar al Juzgado la apertura de negociaciones con sus acreedores conforme establece el artículo 583 TRLR (LA LEY 6274/2020), bien dentro de los tres meses siguientes a dicha comunicación, ponga en conocimiento las operaciones que está preparando sobre sus activos y solicite el nombramiento de un experto independiente (el «administrador en materia de reestructuración») que, dicho sea de paso, será el que ejerza después como administrador concursal, una vez declarado el concurso.

Una vez nombrado, y como ya apuntamos antes, el experto independiente comenzará a familiarizarse y conocer al deudor desde dentro (desde las «tripas» como antes apuntábamos) y, dentro de sus cometidos, asistirá y supervisará a éste en sus negociaciones y en el proceso de preparación de operaciones, pudiendo dejar constancia de las circunstancias que estime oportunos respecto de la actuación del deudor.

Además, el experto independiente tendrá otras tres funciones: i) informar a los acreedores del proceso, participando en las negociaciones, sobre todo, con los acreedores privilegiados y públicos, y los representantes de los trabajadores; ii) cerciorarse de que el proceso de preparación de operaciones sea transparente, garantizándose su publicidad y la igualdad de los interesados y el mismo trato de estos en el acceso a la información; y iii) por último, emitir un informe final sobre las negociaciones y preparación de operaciones llevadas a cabo, y que será puesto en conocimiento del deudor, el Juzgado competente, los trabajadores y los acreedores más relevantes, y que se pronunciará sobre:

- a) la publicidad del proceso: si ha sido suficiente y ha garantizado un buen acceso y la máxima participación posible;
- b) la información suministrada: si ha garantizado la igualdad de trato y de oportunidades a los interesados;
- c) la competencia del proceso: si ha sido garantizada de manera justa;
- d) el precio final y su razonabilidad;
- e) si han existido anticipos por parte de algún interesado que fuera imprescindibles para mantener la actividad empresarial y su valor;
- f) la previsión de la evolución del valor del activo o activos objeto de operación/operaciones, en el caso de que se declare el concurso y no se formalice la operación u operaciones; y
- g) la propuesta de llevar a cabo una o varias de las ofertas que se hubieran dado en las negociaciones, ya tuvieran como objeto la adquisición de la totalidad de la compañía, de unidades productivas concretas, o de activos en globo; o
- h) si lo anterior no fuera posible, el experto podrá formular propuestas alternativas, o completar las existentes.

Pues bien, con todo este proceso, lo que queda claro es una cosa: con este proceso obtenemos celeridad y evitamos incurrir en plazos y formalidades concursales que, finalmente, pudieran abocar a la inviabilidad empresarial.

Con todo ello, aquellas personas/entidades que hubieran acudido a esta vía y que, por carencia material de tiempo tuvieran que verse obligadas a solicitar el concurso de acreedores, podrán adjuntar a su solicitud el informe del experto o «administrador en materia de reestructuración» y aquellas propuestas finales que hubiera podido obtener.

Así, y tal y como exponen las directrices dictadas por los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona, aquellos deudores que hubieran seguido este camino, obtendrán, dentro del auto de declaración de concurso, un pronunciamiento por el cual el Juzgado deberá por tener por incorporados el informe y las propuestas de viabilidad, y dar traslado por plazo de diez días a los acreedores e interesados. Transcurrido dicho plazo, el Administrador Concursal (que será el mismo que ejerció como «administrador en materia de reestructuración») deberá emitir el informe de liquidación ya previsto en nuestra normativa concursal y, tras ello, el juez, al día siguiente, deberá autorizar o denegar las operaciones preparadas.

En definitiva, el procedimiento recogido en las directrices de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona sobre el *Pre-Pack*, y que recogen parte del contenido de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, son sin ninguna duda una solución para disminuir la trágica estadística a la que hacíamos referencia al comienzo de este artículo y, así, conseguir dar viabilidad a las empresas con problemas y cuya subsistencia está en juego, más aún, en los tiempos en los que corren.

Por tanto, interesémonos y contemos con márgenes de actuación que nuestro ordenamiento jurídico está ya poniendo a nuestra disposición para garantizar la subsistencia de nuestro tejido productivo. Ante escenarios con un futuro incierto, contemos con los conocimientos necesarios y un buen asesoramiento que se inicie en el momento oportuno, y no cuando, por desgracia, ya es tarde.

Todo ello resultará de vital importancia para conseguir el objetivo principal: evitar quiebras, salvar la actividad, los puestos de trabajo y, con todo ello, continuar generando riqueza.