

La venta de unidad productiva mediante pre-pack concursal: régimen español y portugués

 https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao_empresas/parte06_5

ROBERTO RIVAS URBINA*

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto el tratamiento de la enajenación de la unidad productiva en sede concursal. En España, la Ley 16/2022, de 5 de septiembre de reforma del texto refundido de la Ley Concursal (LRTRLC), ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico, por primera vez, la técnica del pre-pack. Así, nuestro país intenta situarse a la vanguardia en materia de reestructuraciones. Para ello, se llevará a cabo un breve estudio y análisis del régimen español y portugués en esta materia. Sin duda, una adecuada regulación repercutirá en el mantenimiento del tejido empresarial, en un contexto post-pandémico y de crisis económica.

Palabras Clave: procedimiento pre-pack; reestructuración; insolvencia; procedimientos especiales; deudor; acreedor

Abstract: This work is aimed to analyse the productive unit sales regime in an insolvency scenario. In Spain, the recently approved “Law 16/2022, September 5th, on the Reform of the consolidated Text of the Insolvency Law” has introduced pre-pack sales in our legal framework for the first time. Thus, our country aims to be considered as a vanguardist arena in restructuring field.

To this end, a brief study and analysis of the Spanish and Portuguese regimes in this area will be carried out. Undoubtedly, an adequate regulation of these sort of operations could contribute to the maintenance of business network, in a difficult post-pandemic and economic crisis context.

* Becario SEDI.

Keywords: pre-pack administration; restructuring; insolvency; special procedures; creditor; debtor

Sumario: I. Concepto, orígenes y nociones generales del pre-pack. II. Inicios regulatorios: protocolos de tramitación en España. III. Regulación en la ley 16/2022, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal. IV. Breves nociones sobre los mecanismos de reestructuración en el Derecho portugués. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Concepto, Orígenes y Nociones Generales del Pre-Pack Concursal

El procedimiento de “empaquetado previo”¹ o pre-pack concursal consiste en una herramienta preconcursal mediante la cual se lleva a cabo el nombramiento de un experto independiente de manera previa a la solicitud de concurso.

Este profesional especializado, denominado comúnmente *silent administrator* o *insolvency practitioner*², tiene como tarea, en algunas legislaciones europeas como la española u holandesa, recabar las ofertas de los potenciales adquirentes de una o varias unidades productivas para su posterior enajenación, presentado su oferta de adquisición en sede judicial, junto a la solicitud de concurso.

Sin embargo, existen otras concepciones de la herramienta pre-pack, donde este instrumento no siempre supone la venta de la unidad productiva, sino que se aplican herramientas preventivas bajo la supervisión del juzgado e incluso la adopción de planes de reorganización, como la prevista en la legislación estadounidense, para que la compañía pueda hacer frente a la situación de *distress* y, de esta forma, conseguir la viabilidad y continuación del negocio, sin necesidad de llevar a cabo la venta de la unidad productiva para la posterior explotación de la actividad económica³.

¹ Así se define por el AUTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL n.º 10 de Barcelona, de 29 de julio de 2020.

² Jordi IBIZA GIMENO, «El pre-pack administration español y su progreso. Breve valoración», *Diario La Ley* 9604 (2020) 1-12.

³ En este sentido, como destaca Bo XIE, *Comparative Insolvency Law: The Pre-pack Approach in Corporate Rescue*, Cheltenham – MA: Edward Elgar, 2016. El procedimiento pre-pack en Francia presenta grandes similitudes con la reorganización pre-pack del Chapter 11 estadounidense.

Así, el pre-pack administration constituye “un procedimiento híbrido que combina aspectos informales como la flexibilidad, agilidad, confidencialidad, bajo coste económico, con aquellos existentes en los procedimientos formales de insolvencia⁴.”

Los principales objetivos que persigue esta operación son (i) la evitación del deterioro de la empresa por el transcurso del tiempo en sede judicial y por el estigma concursal (ii) la maximización del valor ofertado mediante la concurrencia de potenciales adquirentes y, así, la satisfacción de los acreedores (iii) el mantenimiento del tejido empresarial y, como consecuencia, de los puestos de trabajo⁵.

La herramienta preconcursal del pre-pack encuentra su origen en la normativa del Reino Unido, mediante la *Enterprise Act* en 2002⁶. El sistema británico ha tenido como particularidad la posibilidad del nombramiento del *insolvency practitioner* por parte de los administradores sociales, lo cual ha sido objeto de numerosas críticas ante los casos de adquisición de la unidad productiva por parte de personas especialmente relacionadas⁷.

Asimismo, la jurisprudencia de los Países Bajos adoptó este mecanismo, conocido como fase de preparación silenciosa, mediante la solicitud judicial de nombramiento del *silent trustee*, quien se convertirá en administración concursal (AC), previa autorización del juez encargado del nombramiento, suponiendo la principal diferencia en relación con el sistema británico⁸.

Por su parte, la legislación estadounidense comprende diversas vías semejantes al pre-pack, bien mediante los procedimientos

⁴ Aurelio GURREA-MARTÍNEZ, «The rise of pre-packs as a restructuring tool: theory, evidence and policy», *Singapore Management University – School of Law*, Singapore: Singapore Management University, 1 (2021) 5.

⁵ En definitiva, se persigue cumplir con el principio de conservación citado en la Exposición de Motivos del TRLC y en la TRLC.

⁶ ENTERPRISE ACT de 7 de noviembre 2002 – Reino Unido, disponible en: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/40/contents>>.

⁷ De esta forma, la falta de transparencia y de control del procedimiento y el hecho de que los adquirentes finales sean personas especialmente relacionadas con la concursada han sido los principales aspectos negativos del sistema británico. En este sentido, Teresa GRAHAM, *Graham Review into Pre-pack administration*, act. 2014, [consult. 1 mayo 2022], 1-95, disponible en <<https://www.gov.uk/government/publications/graham-review-into-pre-pack-administration>>.

⁸ César GILO GÓMEZ, «Pre-pack concursal y el Derecho Comparado», *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto* 6 (2021) 115-116.

Out-of-court, bien mediante los *Pre-packaged cases*⁹, adoptando una posición ecléctica en relación con la intervención judicial, en comparación con el sistema normativo británico y holandés¹⁰.

Por último, y como consecuencia de la pandemia del COVID-19, otros países como Bélgica han modificado temporalmente su normativa concursal, con el fin de introducir el pre-pack, mediante el nombramiento judicial del “administrador judicial” o mediante la aceptación judicial del experto propuesto por la concursada¹¹.

En definitiva, cada vez más países europeos y extracomunitarios se están sumando a la adopción del pre-pack en su sistema normativo, dado los beneficios de agilidad y menor coste que presenta la operación¹².

II. Inicios Regulatorios: Protocolos de Tramitación

La carencia de un régimen jurídico en la normativa concursal española dedicada expresamente a la enajenación de la unidad productiva y del pre-pack ha supuesto, en los últimos años, la falta de pragmatismo de esta operación en el tráfico jurídico. En consecuencia, la tasa de éxito de recuperación de empresas en España ha sido históricamente baja, como demuestra el hecho de que la mayor parte de las empresas acaben en liquidación¹³.

⁹ A título de mención, se encuentran incorporados dentro de los *Pre-packaged cases*, los siguientes procedimientos: *Single-track pre-pack*; *dual-track pre-pack* y *partial pre-pack*.

¹⁰ En el sistema holandés el *silent trustee*, lleva a cabo las negociaciones sobre la enajenación de la unidad productiva, previa al concurso, para su posterior conversión en AC.

¹¹ El régimen jurídico del pre-pack belga fue adoptado temporalmente, el 26 de marzo de 2021, mediante la reforma de su Ley de Insolvencias en un contexto de crisis pandémica. Vid. ALLEN & OVERY, “New Belgian insolvency legislation in 2021”, *Allen & Overy*, act. 2021, [consult. 2 mayo 2022], disponible en <https://www.allenovery.com/global//media/allenovery/2_documents/news_and_insights/publications/2021/03/belgium_insolvency_amendment_pre-pack.pdf>.

¹² Para un análisis de derecho comparado, Jacqueline INGRAM / Ryan CATTLE, *The Art of the Prepack*, Londres: Global Restructuring Review, 2020, 1-160, disponible en <<https://globalrestructuringreview.com/guide/the-art-of-the-pre-pack/edition-2>>.

¹³ Según el informe «Temas Candentes de los Procesos Concursales», emitido por PriceWaterhouseCoopers, más del 95% de las empresas concursadas en

En líneas generales, hasta el momento, los procedimientos pre-pack se han llevado a cabo por la vía del artículo 583 del Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR), mediante la Comunicación de la apertura de negociaciones al juzgado, para la posterior “Solicitud de concurso con presentación de plan de liquidación” prevista en el artículo 530 del mismo cuerpo legal. Así, con la presentación de la oferta vinculante o *binding offer* junto con el correspondiente informe de la AC, el juez declara el concurso, acordando de forma inmediata la fase de liquidación. Finalmente, y previa resolución de las alegaciones de los acreedores, el juez declara mediante auto la aprobación de dicho plan de liquidación.

No obstante esta forma de proceder, ante la ausencia de positivización legal del pre-pack, los Juzgados de lo Mercantil de diferentes provincias españolas han venido adoptando los conocidos Protocolos de Tramitación de Pre-pack Administration, con la finalidad de dar respuesta a las numerosas solicitudes de las concursadas¹⁴.

Así, el pasado año, el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid aconsejó la regulación y adopción a nuestro sistema normativo del mecanismo pre-pack a través de la Guía de Buenas Prácticas de para la Venta de Unidad Productivas¹⁵.

No obstante, cabe mencionar que el Protocolo Pre-pack de Barcelona, supuso el punto de partida en el ámbito de los Protocolos de Tramitación Pre-pack, elaborado por los Jueces de lo Mercantil de Barcelona para la sistematización y tratamiento de esta operación¹⁶. Como establecen las propias directrices para la tramitación, el pre-pack queda

España finalizan su liquidación, disponible en <<https://www.pwc.es/es/publicaciones/financiero-seguros/assets/temas-candentes-procesos-concursales.pdf>>, concretamente p. 6 y 29.

¹⁴ Con la Ley Concursal de 22/2003, mediante el artículo 5 bis, algunos Autos aceptaban las solicitudes de las concursadas para el nombramiento de un experto independiente como medida cautelar. Así, AUTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL n.º 10 de Barcelona, de 29 de julio de 2020.

¹⁵ Guía de Buenas Prácticas para la Enajenación de Unidades Productivas en Procesos Concursales, Jueces de lo Mercantil, Ilustre Colegio de Abogados e Ilustre Colegio de Economistas de Madrid, 2021, disponible en <<https://web.icam.es/wp-content/uploads/2021/04/BUENAS-PRACTICAS-FINAL.pdf>>.

¹⁶ Protocolo Pre-pack concursal: directrices para el procedimiento de tramitación, de los Juzgados Mercantiles de Barcelona, de 20 de enero de 2021.

enmarcado dentro de los objetivos de la Directiva 2019/1023, sobre reestructuración e insolvencia¹⁷.

En líneas generales, el Protocolo de Barcelona estableció la vía de solicitud al juzgado de la designación del experto independiente, así como el contenido de esta. Por otra parte, se establecen las diferentes fases, tanto preliminar como judicial del pre-pack.

En términos similares, los Jueces de lo Mercantil de las Islas Baleares adoptaron su propio Protocolo de tramitación, siguiendo como modelo el Protocolo de Barcelona¹⁸.

Por último, otros Juzgados de lo Mercantil han adoptado el pre-pack como medida cautelar para la designación del experto independiente, quien supervisaría el proceso de enajenación de la unidad productiva¹⁹.

Así, con las diferentes adopciones de los Protocolos de Tramitación, quedó de manifiesto la necesidad de la inserción del pre-pack en la normativa concursal española.

III. Regulación en la Ley 16/2022, de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal

La transposición de la Directiva europea 2019/1023, sobre reestructuraciones e insolvencia por el legislador español se ha plasmado en la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido

¹⁷ DIRECTIVA (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). Un estudio monográfico sobre la misma puede encontrarse en Carlos GÓMEZ ASENSIO, *Los acuerdos de reestructuración en la Directiva (UE) 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva*, Cizur Menor: Aranzadi, 2019, 241.

¹⁸ PLENO DE LA SALA DE GOBIERNO DE TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS ISLAS BALEARES de 5 de mayo de 2021, por el que se adopta el Protocolo Pre-Pack Concursal Baleares, disponible en <<https://aempi.es/wp-content/uploads/2021/05/PROTOCOLO-PRE-PACK-BALEARES.pdf>>.

Para un mayor análisis, vid. Gustavo MARTÍN MARTÍN, «A propósito del protocolo pre-pack de los Juzgados de lo Mercantil de Palma de Mallorca», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 2 (2021) 550.

¹⁹ AUTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL n.º 2 de Málaga, de 15 de febrero de 2021 (FD: II y IV).

de la Ley Concursal (TRLR)²⁰, mediante la positivización de un régimen jurídico dedicado al procedimiento pre-pack. Así, el prelegislador ha insertado esta operación en el artículo 224 *bis*, como “Solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas”.

En primer lugar, la TRLR establece como presupuestos objetivos a esta operación, la insolvencia inminente y la actual, además de la probabilidad de insolvencia, en la previsión objetiva en la que el deudor no podrá cumplir con sus obligaciones en caso de no alcanzar un plan de reestructuración²¹.

Las principales implicaciones legales del régimen propuesto residen en las cuestiones relativas al nombramiento del experto independiente y su estatuto jurídico, los demás efectos propios de la adquisición y transmisión de unidades productivas²².

Como se ha señalado, el artículo 224 *bis* establece la facultad del deudor para solicitar la declaración del concurso junto a una oferta de adquisición de una o varias unidades productivas, que será, en todo caso, escrita y vinculante.

Destaca la exigencia de continuidad o reinicio de la actividad económica por un plazo mínimo de 3 años, estableciéndose la posibilidad de reclamar una indemnización por parte de los afectados ante su incumplimiento.

²⁰ Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), disponible en <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-14580>.

²¹ Artículo 584.2 de la TRLR. En términos similares, otros sistemas jurídicos como el francés, su pre-pack administration o *mandat ad hoc* no exige que el deudor se encuentre en estado de insolvencia. César GILO GÓMEZ, *Pre-pack concursal y el Derecho Comparado*, 117.

²² Así, el artículo 224 *bis* ap. 7 remite al régimen general de enajenación de unidad productivas. Esto es, la subrogación en los contratos, con las especialidades propias de la cesión de contratos administrativos, licencias y autorizaciones administrativas y contratos laborales y deudas con la Seguridad Social.

Si bien, este mandato puede suponer un desincentivo para potenciales adquirentes, consideramos que la finalidad del legislador es acertada. Y ello, porque supone un mayor compromiso en el momento de ofertar por la unidad, así como una mejor selección del futuro adquirente, dado que se escogerá a quien presente un mejor plan de negocio y una mayor solvencia económica²³.

Por otra parte, se advierte la posibilidad de que, en un plazo de 15 días, se presenten propuestas alternativas, con la posterior emisión de informes por parte la AC. Conviene señalar el breve plazo de 5 días que se establece para la presentación del informe de evaluación. Si bien la acotación de plazos es una muestra de la agilidad propia del pre-pack, la tarea de elaboración de informes en este plazo puede ser especialmente ardua en caso de concurrencia de varias propuestas vinculantes alternativas.

Posteriormente a este informe, se concederá a los ofertantes un plazo de 3 días para la mejora, en su caso, de la propuesta inicial, quedando a criterio del juez la aprobación de la mejor oferta en atención al concurso. Esta facultad de mejora tiene como objetivo la maximización del precio de la unidad productiva, para la mayor satisfacción de los acreedores.

Por último, en el mismo precepto se establece obligación de publicar la oferta vinculante en el portal de liquidaciones concursales de forma simultánea a la solicitud del concurso, con objeto poder presentar propuestas alternativas a la oferta inicial²⁴.

En lo relativo al nombramiento del experto independiente, los artículos 224 *ter* y siguientes contemplan la posibilidad de que el deudor solicite su nombramiento para recabar ofertas de potenciales adquirentes de la unidad, esto es, el pre-pack.

Mediante el nombramiento, el juez deberá precisar la duración del cargo, así como su retribución, que puede estar condicionada de forma

²³ Sin embargo, esta exigencia puede ser excesiva en sede de PEME, suponiendo un mayor grado de dificultad, si cabe, para la recuperación de las pymes.

²⁴ De esta forma, la *TRLR*, en su Disposición adicional segunda, prevé la creación de una plataforma electrónica de liquidación de bienes, es decir, un “portal público electrónico para la venta de los activos de las empresas en liquidación, que incluirá un catálogo integrado por los bienes que vayan siendo añadidos a través de comunicación por los deudores o por los administradores concursales tras la apertura de un procedimiento especial de liquidación.”

total o parcial en función del resultado²⁵. Con ello, se pretende conseguir una mayor eficiencia y agilidad por parte del experto independiente. Sin embargo, en la TRLC no se han establecido los criterios para establecer su carácter total o parcial, por lo que, ha de entenderse que debe ser en atención al interés del concurso, si bien esta concepción resulta, cuando menos, indefinida.

Igualmente, dada la condición voluntaria de la aceptación por parte de este profesional, la inseguridad del carácter de la retribución puede propiciar la pasividad en la aceptación.

En cuanto a los requisitos subjetivos que debe cumplir el experto independiente, en líneas generales, se posibilita que sea una persona física o jurídica, que cumpla las condiciones técnicas para ser experto en reestructuración o AC. Esto último debe conjugarse con la posibilidad de que el juez que designa al experto ratifique su posterior conversión en AC.

Finalmente, el nombramiento del experto es reservado, dada la necesidad de confidencialidad de la operación para que la unidad productiva no se vea afectada por una posible devaluación como consecuencia del estigma concursal²⁶. Si bien, esta cuestión debe ponerse en relación con los principios de transparencia y publicidad, que adoptarán un mayor protagonismo con la creación del portal de liquidaciones concursales mencionado.

Otra de las novedades de la TRLC, es la introducción del Procedimiento Especial para Microempresas (PEME), establecido en el Libro Tercero, en concreto en los artículos 685 y siguientes. Mediante este procedimiento se pretende atajar la problemática tasa de recuperación de las pymes y, de esta forma, cumplir con el mandato impuesto por la Directiva 2019/1023²⁷.

²⁵ Artículo 224 *quater* ap. 2 de la TRLC.

²⁶ Así, un alto grado de discreción y confidencialidad proporcionará indudables beneficios, en vista de la transcendencia que presenta la imagen de la empresa o unidad productiva en concurso. En este sentido, Ascensión GALLEGO CÓRCOLOES, «El prepack y la venta anticipada de unidades productivas en Derecho español: Modelos Comparados», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 4 (2021) 290.

²⁷ En este sentido, la Directiva 2019/1023, en su Considerando 17 establece: “Con el fin de ayudar a estos deudores a reestructurarse a bajo coste, deben elaborarse, a escala nacional, unas listas exhaustivas de control de los planes de reestructuración que estén adaptadas a las necesidades de las pymes y que puedan consultarse en línea.”

Así, el artículo 710.2 de la TRLC establece la posibilidad de llevar a cabo el pre-pack en esta sede. Sin embargo, el régimen jurídico en el PEME en relación con la operación de pre-pack es difuso y poco concluyente, dada la falta de un articulado concreto. A estos efectos, el articulado se remite de forma genérica a la aplicación del régimen establecido en los artículos 224 *bis* a 224 *quater*.

La falta de concreción y adaptación del procedimiento pre-pack al deudor microempresario puede suponer un alto grado de exigencia para este, como son el conocimiento del procedimiento pre-pack; la capacidad económica para hacer frente al pago del experto independiente (y, en su caso, posterior AC); las restricciones a personas especialmente relacionadas en el ámbito de la microempresa y, por último, la asunción del adquirente de la unidad productiva del compromiso de continuidad de la actividad económica por un plazo de 3 años²⁸.

Por ello, consideramos que, *de lege ferenda*, el encaje entre ambos procedimientos debe ser concretado y adaptado a las necesidades de las microempresas mediante un articulado concreto, con el fin de evitar que esta intención positiva del legislador adopte un carácter meramente virtual²⁹.

IV. Breves nociones sobre los mecanismos de reestructuración en el Derecho portugués

El marco normativo del Derecho de la Insolvencia portugués se encuentra recogido fundamentalmente en el *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas* (CIRE), aprobada mediante Decreto Ley núm. 53/2004. Igualmente, diferentes leyes han modificado este Código: entre otras, la Ley 16/2012, de 20 de abril, que aprobó el Procedimiento Especial de Revitalización, la Ley 75/2020, de 27 de noviembre, la cual aprobó, entre otras medidas, el Procedimiento Extraordinario de Viabilización de Empresas. Por último, destaca la Ley 9/2022, de

Para un estudio más detallado del PEME, vid. Ignacio TIRADO MARTÍ, «El procedimiento especial para microempresas. Una consideración inicial», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 3 (2021) 211-253.

²⁸ Artículo 224 *septies* de la TRLC.

²⁹ Para un mayor estudio vid. Roberto RIVAS URBINA, “Enajenación de la unidad productiva en el proyectado procedimiento especial para microempresas”, *Anuario de Derecho Concursal* 56 (2022), (versión electrónica).

11 de enero, que aprueba medidas de apoyo y agilización en los procesos de reestructuración, adapta la legislación portuguesa a la Directiva 2019/1023.

Debe partirse de una premisa relevante: la legislación portuguesa no prevé una regulación para el procedimiento de pre-pack, al menos, entendido en los términos mencionados al inicio de este trabajo.

Sin embargo, en el Derecho portugués existen diferentes procedimientos ante las situaciones de *distress*. Las diferentes vías son: el Procedimiento Especial de Revitalización (PER), con mayor incidencia en relación con el procedimiento pre-pack; el Régimen Extrajudicial de Recuperación de Empresas (RERE), que constituye un conjunto de normas para la aplicación de un procedimiento extrajudicial; el Procedimiento Extraordinario de Viabilización de Empresas (PEVE), que ha sido recientemente aprobado, y supone un procedimiento híbrido, en vista de sus fases judicial y extrajudicial³⁰; por último, el Procedimiento Especial para Acuerdo de Pago (PEAP), a título de mención, ya que únicamente es aplicable a personas físicas y personas jurídicas no mercantiles³¹.

En cuanto al PER, este procedimiento se enmarca en un plan de reestructuración preventivo³² para empresas en situación económica difícil o en insolvencia inminente³³. A los efectos que aquí interesan, la modalidad abreviada (*prearranged*) de “Homologación de acuerdos extrajudiciales de recuperación de empresa” prevista en el artículo 17.º I del CIRE, presenta un mayor grado de compatibilidad con el procedimiento pre-pack.

³⁰ Catarina SERRA, «Medidas extraordinarias para una crisis extraordinaria en el marco de la Ley Portuguesa», *Anuario de Derecho Concursal* 54 (2021), (versión electrónica).

³¹ Artículo 222.º- A ap. 1 del CIRE.

³² Por otra parte, si bien el experto en reestructuración no es idéntico al *silent administrator* o *experto independiente* en la legislación española, los requisitos necesarios para llevar a cabo sus funciones son similares, por lo que deberá atenderse a los diferentes papeles que jugará cada profesional.

³³ Se constituye así una primera diferencia en cuanto a los presupuestos objetivos previstos para la solicitud de concurso con propuesta de adquisición de unidades productivas, puesto que no se contempla la “probabilidad de insolvencia” en la normativa portuguesa. En esta línea, el PER (y el PEVE) también son aplicables a microempresas, en cumplimiento del mandato emitido por la Directiva 2019/1023, y en el mismo sentido que la reciente incorporación del PEME, de la TRLC española.

Así, a través de un procedimiento de acuerdo extrajudicial entre deudores y acreedores para la recuperación de la empresa, en un estadio anterior al procedimiento, debiendo aprobarse por el sistema de mayorías requeridas en el CIRE³⁴, se produce su posterior homologación judicial, pudiendo vincular, además, a aquellos acreedores que votaron en contra del acuerdo.

En este sentido, en sede de PER, que implica siempre el nombramiento de un administrador judicial provisional, conjugado con la legitimidad ya atribuida al deudor para presentar el plan de insolvencia, donde, además, es posible introducir como contenido del plan el mantenimiento de la actividad económica de la empresa en titularidad de un tercero, así como el saneamiento de la empresa mediante la transmisión³⁵, pueden ser herramientas viables para garantizar una mayor tasa de éxito en la continuación de la actividad económica, así como la conservación de los puestos de trabajo.

Sin embargo, será cuestión de un estudio detallado a futuro la posible conveniencia de incorporar a la legislación portuguesa a un experto en reestructuración en términos similares a la TRLC, cuestión que podrá ser analizada una vez se obtengan datos empíricos que sostengan la importancia de las funciones que desempeñará este profesional en el ámbito concursal español.

Por lo que respecta al RERE, como se ha dicho, constituye un marco normativo para llevar a cabo las negociaciones extrajudiciales entre acreedores y deudores para un posterior acuerdo. El beneficio patente que presenta este régimen es, efectivamente, su carácter extrajudicial, evitando así los efectos perniciosos de las dilaciones de un proceso judicial y, por otra parte, aliviando la carga de los tribunales³⁶.

Empero, su principal debilidad reside en la no vinculación del acuerdo frente a los acreedores no signatarios del acuerdo, si bien es posible iniciar un PER para la ulterior adopción y homologación judicial de un acuerdo, siempre contando con las mayorías necesarias y, de esta forma, conseguir el efecto *cram-down*³⁷.

³⁴ Artículo 17-F ap.5 a) del CIRE.

³⁵ Artículo 193 ap. 1 y artículo 195 del CIRE.

³⁶ Catarina SERRA, «COVID-19 (III) / A função (alternativa) do RERE como programa extraordinário para o apoio e a reanimação de empresas», *Observatorio Almedina*, act. 2020, [30 abril 2022].

³⁷ GARRIGUES, “Guía de herramientas de reestructuración y procedimientos de insolvencia”, *Garrigues*, act. 2020, [30 abril 2022], disponible en <<https://www.garrigues.es>>.

Por último, en lo relativo, al reciente PEVE, destaca su carácter urgente y prioritario a los demás procedimientos de insolvencia, así como la posibilidad de un único uso para cada deudora³⁸. Como señala la doctrina, el legislador ha realizado simplemente una adaptación de la modalidad de homologación de acuerdos extrajudiciales, calificándola incluso de una nueva modalidad del PER, dada su remisión al régimen jurídico de este³⁹.

En los mismos términos que el PER abreviado, el PEVE es un instrumento de tipo *fast-track-court-approval-procedures*, y pretende homologar el acuerdo suscrito entre la deudora y los acreedores, mediante el otorgamiento de facultad al juez para extender el acuerdo a los acreedores ausentes o contrarios al acuerdo.

Así, en vista de la coincidencia de disposiciones normativas entre el PER y el PEVE en cuanto a procedimiento, el PEVE puede ser altamente compatible con un procedimiento pre-pack. En todo caso, cualquier modificación legislativa deberá ser adaptada a las notas características de este procedimiento. A saber: trámite de urgencia, prioridad, agilidad, facultad de extensión del acuerdo y exención de costes procesales.

Conclusiones

El procedimiento pre-pack es una herramienta asentada en diversas legislaciones europeas e incluso a nivel intercontinental.

Los legisladores de diferentes países han dispuesto mecanismos preconcursales y de reestructuración preventiva para hacer frente al enorme desafío económico que presenta la crisis COVID-19, en atención a la necesaria tarea transpositiva de la Directiva 2019/1023.

Así, si bien no se recoge el término pre-pack en muchas de estas legislaciones, como la portuguesa, existen otros mecanismos que pueden cumplir la misma finalidad, a pesar de no configurar el mecanismo pre-pack de forma idéntica a otras legislaciones.

garrigues.com/sites/default/files/documents/guia_de_herramientas_de_reestructuracion_y_procedimientos_de_insolvencia_en_espana_portugal_y_latinoamerica.pdf.

³⁸ Artículo 9 ap. 15 del Decreto Ley 75/2020.

³⁹ Miguel Pestana de VASCONCELOS, «O novo processo extraordinário de viabilização de empresas (PEVE)», *Revista General de Insolvências & Reestruturações* 1 (2021) 232.

En España, el instrumento pre-pack ha quedado inserto en la legislación concursal con la reciente aprobación de la TRLC como la “Solicitud de nombramiento de concurso con presentación e oferta de adquisición de una o varias unidades productivas” en relación con la “Solicitud de nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva”, a pesar su deseable concreción en diferentes mencionados, especialmente en el Procedimiento Especial para Microempresas.

En Portugal, por su parte, existen diferentes vías para llevar a cabo planes de recuperación y reestructuración (PER, RERE y PEVE), mostrando, en este sentido, una cierta ventaja respecto a la legislación española. En concreto, el PER ya prevé el nombramiento de un administrador judicial provisional, así como la posibilidad de la enajenación de la unidad productiva e incluso su reorganización mediante el saneamiento por transmisión a una empresa de nueva creación.

En suma, las legislaciones europeas de los Estados Miembros cuentan o no con planes de recuperación y de reestructuración, deberán afrontar una tarea de continua renovación e introducción de nuevos instrumentos preconcursales.

Por ello, el continuo desarrollo del régimen jurídico del pre-pack en aras de conseguir el nivel de popularidad del que goza en legislaciones como la británica y, especialmente la estadounidense, pueden ser claves para la recuperación de un gran porcentaje de empresas en *distress*.

Bibliografía

- GALLEGO CÓRCOLES, Ascensión, «El prepack y la venta anticipada de unidades productivas en Derecho español: Modelos Comparados», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 4 (2021) 283-302.
- GILO GÓMEZ, César, «Pre-pack concursal y el Derecho Comparado», *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto* 6 (2021) 111-121, disponible en <[https://doi.org/10.18543/ed-69\(2\)-2021](https://doi.org/10.18543/ed-69(2)-2021)>, consultado en 29 abril 2022.
- GÓMEZ ASENSIO, Carlos, *Los acuerdos de reestructuración en la Directiva (UE) 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva*, Cizur Menor: Aranzadi, 2019.

- GURREA-MARTÍNEZ, Aurelio, «The rise of pre-packs as a restructuring tool: theory, evidence and policy», *Singapore Management University – School of Law* [en línea], 1 (2021) 1-24, actual. 23 abril 2022, disponible en <<https://ssrn.com/abstract=3920332>>, consultado en 25 abril 2022.
- IBIZA GIMENO, Jordi, «El pre-pack administration español y su progreso. Breve valoración», *Diario La Ley* 9604 (2020) 1-12.
- MARTÍN MARTÍN, Gustavo, «A propósito del protocolo pre-pack de los Juzgados de lo Mercantil de Palma de Mallorca», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 2 (2021) 589-597.
- INGRAM, Jacqueline, CATTLE, Ryan, *The Art of the Prepack*, Londres: Global Restructuring Review, 2020.
- VASCONCELOS, Miguel Pestana de, «O novo processo extraordinário de viabilização de empresas (PEVE)», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 1 (2021) 229-247.
- RIVAS URBINA, Roberto, «Enajenación de la unidad productiva en el proyectado procedimiento especial para microempresas», *Anuario de Derecho Concursal* 56 (2022).
- SERRA, Catarina «Medidas extraordinarias para una crisis extraordinaria en el marco de la Ley Portuguesa», *Anuario de Derecho Concursal* 54 (2021).
- TIRADO MARTÍ, Ignacio, «El procedimiento especial para microempresas. Una consideración inicial», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 3 (2021) 211-253.
- XIE, Bo, *Comparative Insolvency Law: The Pre-pack Approach in Corporate Rescue*, Cheltenham – MA: Edward Elgar, 2016.