

REGLAS PARA LA PREPARACIÓN Y VENTA DE UNIDADES PRODUCTIVAS EN SEDE CONCURSAL

Los procesos de venta de unidades productivas en sede concursal han sido tradicionalmente una de las vías más eficaces para la recuperación del valor para los acreedores frente a la liquidación fragmentada o por lotes, para el mantenimiento del empleo y, en definitiva, del tejido industrial en nuestro país.

El legislador nacional, siendo consciente de las bondades de esta vía, ha venido adaptando continuamente la legislación concursal siguiendo las prácticas y experiencias de los Juzgados Mercantiles y de los resultados positivos obtenidos en esta materia. Ejemplo de ello fue la reforma del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, que introdujo por primera vez especialidades en materia de transmisión de unidades productivas. Y, más recientemente, la reforma de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre que ha positivizado la práctica judicial de admisión del procedimiento del pre-pack concursal.

Paralelamente, la prioridad de una verdadera integración financiera y económica en la Unión Europea ha llevado el 7 de diciembre de 2022 al Parlamento Europeo y al Consejo a proponer una Directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia, con el fin de promover la convergencia de elementos específicos de las normas de insolvencia de los Estados miembros y crear normas comunes, facilitando así la inversión transfronteriza.

El título IV de esta propuesta de Directiva recoge un conjunto de normas comunes sobre los procedimientos de pre-pack, así como una serie de salvaguardias para garantizar que se llegue a los compradores potenciales y que se logre el mejor valor de mercado posible como resultado de un proceso de preparación y de venta competitivo, transparente y equitativo.

Los Juzgado Mercantiles de Barcelona, en línea con la tradición precursora en esta materia, exponemos a continuación unas reglas generales para la venta de unidades productivas en sede concursal así como unas reglas especiales que han de servir de guía para el procedimiento de tramitación del pre-pack concursal. Todo ello, a falta de regulación legal expresa, siguiendo el espíritu de la referida propuesta de Directiva de armonización, y mientras no se produzca su aprobación y transposición.

Reglas generales para la venta de unidades productivas

1. Vías de tramitación de la venta de unidades productivas: compatibilidad e incompatibilidades.

1.1 Se podrá escoger entre las diferentes vías de tramitación habilitadas en la normativa concursal para la transmisión de unidades productivas o parte de ellas:

- dentro de un plan de reestructuración (art. 614 TRLC);
- dentro de un plan de continuidad en microempresas (art. 694 bis TRLC);
- mediante solicitud de nombramiento de experto supervisor para venta preempaquetada (arts. 224 ter a 224 septies TRLC);
- mediante oferta vinculante de transmisión de unidad productiva presentada con la solicitud de concurso (art. 224 bis TRLC);
- declarado el concurso, en la fase común (arts. 215 a 224 TRLC), convenio o liquidación.

1.2 La elección de la vía de preparación de la venta de las unidades productivas o de parte de ella mediante solicitud de nombramiento de experto supervisor será incompatible con la vía de solicitud de declaración de concurso con oferta vinculante, siempre que dicha preparación sea competitiva, transparente, justa y cumpla con la normativa concursal y las presentes reglas generales y especiales.

1.3 El nombramiento de experto supervisor para la preparación de una venta preempaquetada será compatible y combinable con la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores (arts. 585 y siguientes TRLC), en especial cuando el deudor esté siguiendo un proceso dual para explorar una posible venta de unidad productiva y en paralelo un posible plan de reestructuración, sin que exista a priori visibilidad acerca de cuál será en última instancia la solución elegida.

2. Compromiso formal de continuar o reiniciar la actividad.

2.1 Cualquiera que sea la vía de tramitación de la venta de las unidades productivas o de parte de ellas, el licitador o adquirente deberá asumir la obligación de continuar o de reiniciar la actividad con la unidad o unidades productivas por un mínimo de dos años, adjuntando un documento de compromiso a tales efectos. El incumplimiento de este compromiso dará lugar a que cualquier afectado pueda reclamar al adquirente la indemnización de los daños y perjuicios causados.

2.2 Las acciones judiciales de daños y perjuicios derivadas del incumplimiento de este compromiso y que afecten exclusivamente a la masa activa del concurso serán competencia del juez del concurso.

3. Acreditación del interés superior de los acreedores.

Cualquiera que sea la vía de tramitación de la venta de las unidades productivas o de parte de ellas, el administrador concursal o el experto supervisor deberá razonar que de esta forma se cumple con el interés superior de los acreedores frente a una liquidación fragmentada.

4. Partes estrechamente relacionadas con el deudor en el proceso de venta.

4.1. A los efectos de aplicar e interpretar las previsiones del art. 224.2 TRLC y 224 septies TRLC, se admitirán y se valorarán las ofertas de adquisición de las unidades productivas o de parte de ellas por las partes estrechamente vinculadas deudor o bien por personas jurídicas respecto de las que dichas partes se encuentren también estrechamente vinculadas, siempre que se cumplan todas las condiciones siguientes:

- a) revelar oportunamente al administrador concursal o el experto supervisor y al tribunal su relación con el deudor;
- b) que las demás partes interesadas en el proceso de venta reciban información adecuada sobre la existencia de partes estrechamente relacionadas con el deudor y su relación con éste;
- c) que las partes no estrechamente relacionadas con el deudor dispongan de tiempo suficiente para presentar una oferta.

4.2 El incumplimiento del deber de información a que se refiere la letra a) del apartado anterior, conllevará la aplicación automática de las previsiones del art. 224.2 TRLC, independientemente de que la oferta en cuestión haya sido presentada por una parte estrechamente vinculada con el deudor o bien por una persona jurídica respecto de la que dicha parte se encuentre también estrechamente vinculada.

5. Publicidad y confidencialidad.

5.1 Cualquiera que sea la vía de tramitación de la venta de las unidades productivas o de parte de ellas, el administrador concursal o el experto supervisor dará al mismo la publicidad necesaria a fin de garantizar la mayor concurrencia de licitadores y obtener el mejor valor de mercado posible. Para ello, podrá remitir al portal de liquidaciones concursales del Registro público concursal y a cualquier otro canal o portal, cuanta información resulte necesaria para facilitar la enajenación del conjunto de los establecimientos y explotaciones o unidades productivas.

5.2 La publicidad necesaria en estos procedimientos no deberá perjudicar en ningún caso el valor de las unidades productivas en funcionamiento, siendo responsabilidad del administrador concursal o del experto supervisor la identificación y selección de aquellos datos o informaciones que deban ser reservadas o confidenciales. En caso de que exista riesgo fundado de que la publicidad pueda resultar perjudicial, de forma excepcional y motivada, podrá evitarse la publicidad formal, pero deberá entonces garantizarse la competitividad del

proceso a través de su apertura a los potenciales interesados, a quienes se contactará de forma proactiva, selectiva y demostrable.

5.3 El administrador concursal o el experto supervisor podrá facilitar a los posibles licitadores interesados el acceso a datos o informaciones reservadas o confidenciales, mediante la formalización previa de un compromiso de confidencialidad.

6. Derechos de adquisición preferentes.

En el procedimiento de preparación y venta de unidades productivas no se concederán ni tampoco admitirán derechos preferentes de licitadores, sin perjuicio de que éstos sean invitados y puedan participar en el procedimiento competitivo y formular sus ofertas.

7. Derechos de propiedad industrial e intelectual.

El deudor y el experto procurarán que la configuración y enajenación de la unidad productiva no dependan de la resolución judicial en interés del concurso de contratos de licencia de derechos de propiedad industrial o intelectual. En cualquier caso, en el supuesto de que de cualquier modo se prevea la afectación de los licenciatarios bajo este tipo de contratos, el experto procurará que el deudor negocie con tales licenciatarios del mismo modo que con los trabajadores o con los acreedores privilegiados.

8. Control de concentraciones.

En caso de que alguno de los postores precise, para poder adquirir la unidad productiva, obtener la autorización de las Autoridades de Competencia por razón de la normativa en materia de control de concentraciones, su oferta podrá no tenerse en consideración a la hora de elegir al mejor postor, en especial cuando la demora en la obtención de dicha autorización y la probabilidad de que la misma pudiera ser rechazada impliquen un riesgo relevante para el buen fin de la unidad productiva y para la recuperación de los acreedores.

9. Recursos.

Cualquiera que sea la vía de tramitación de la venta de las unidades productivas o de parte de ellas, contra el auto que autorice la venta de las unidades productivas o de parte de ellas, no cabrá recurso alguno.

Reglas especiales para el procedimiento de pre-pack concursal

1. Del experto supervisor: nombramiento, duración, estatuto, funciones y retribución.

1.1. El nombramiento de experto supervisor deberá ser realizado por medio de auto por el juez y recaerá en la persona que, reuniendo las condiciones para ser administrador concursal, hubiera sido propuesto en su solicitud por el deudor. En caso de que no sea propuesto por el deudor, será designado por el juez competente conforme a los criterios establecidos para la administración concursal en la normativa concursal.

Si el experto supervisor propuesto por el deudor no fuera idóneo conforme a dichos criterios o si hubiera acreedores que manifiestan su oposición al mismo, el juez del concurso podrá requerir al deudor que presente una terna de candidatos a supervisores, entre los que se escogerá al designado.

1.2 En su solicitud el deudor deberá expresar la duración previsible del encargo del experto supervisor. No obstante, antes de expirar el plazo del mandato, el deudor podrá solicitar al juez las prórrogas que considere necesarias, siempre que exista causa justificada y sin que ello le exima del deber de solicitar el concurso cuando concurran los requisitos legales para ello.

1.3 El nombramiento del experto supervisor será comunicado por el juzgado al designado por el medio más rápido. Dentro de los dos días siguientes a la recepción de la comunicación, el experto deberá comparecer ante el juzgado para aceptar o rechazar el cargo. El experto deberá estar inscrito en la lista o registro correspondiente para poder ser nombrado administrador concursal, y consentirá asimismo de forma expresa al aceptar el cargo que el nombramiento como experto le corra turno como administrador concursal (independientemente de que exista o no concurso posterior y/o enajenación de unidad productiva).

1.4 El experto supervisor quedará sometido a un régimen de responsabilidad equivalente al del administrador concursal para responder de posibles daños que pudiera causar, en el ejercicio de las funciones propias del cargo en esta fase preparatoria, a los acreedores y a cualesquiera otros afectados. A tal fin, al aceptar el cargo, deberá presentar copia de la póliza de seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente.

1.5 El experto supervisor será también el administrador concursal, una vez declarado el concurso, en su caso, salvo causa justificada y siempre que resulte compatible con el sistema en vigor para la designación de administración concursal.

1.6 Hasta el momento de la declaración de concurso, el experto supervisor deberá respetar siempre, y sin injerencias, las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio, sin perjuicio de las advertencias no vinculantes que pueda realizar el experto al deudor en caso de que estime que éste no está llevando a cabo de forma idónea el proceso competitivo para la selección del mejor postor por la unidad productiva.

1.7 El carácter reservado del auto de nombramiento de experto supervisor para el procedimiento de pre-pack concursal no impedirá la exhibición del mismo frente a terceros

para acreditar la delegación judicial así como para el desarrollo y pleno ejercicio de las funciones encomendadas.

1.8 La principal función del experto será la de supervisar, advertir al deudor en caso de resultar necesario y, en última instancia, informar acerca de si el licitador que el deudor presente como adquirente es realmente el mejor disponible en el mercado después del proceso competitivo llevado a cabo. Además, en el auto de nombramiento se podrán especificar, entre otras, las siguientes funciones:

a) asistir y supervisar al deudor en la preparación de las operaciones de venta preparadas.

b) familiarizarse con el negocio.

c) informar a los acreedores del proceso, participando, en su caso, en las negociaciones, especialmente, en caso de resultar afectados por la enajenación, con los acreedores privilegiados y públicos, así como con los representantes de los trabajadores.

d) verificar y supervisar la regularidad, publicidad o apertura y transparencia en la preparación de operaciones sobre los activos de la empresa, especialmente garantizando la igualdad de acceso a la misma información y oportunidades entre los potenciales interesados o postores y la justa competencia, respetando los estándares habituales de mercado en procesos de enajenación de empresas.

e) emitir un dictamen final de la gestión realizada y, en particular, de la medida en que el proceso competitivo para la enajenación de la unidad productiva se ha conducido por el deudor de forma idónea para poder considerar que la oferta de adquisición propuesta por el deudor se corresponde razonablemente con la mejor disponible en el mercado.

f) emitir una declaración específica acerca de si la mejor oferta obtenida cumple con el interés superior de los acreedores frente a una liquidación fragmentada.

Con carácter general, el experto deberá limitarse a supervisar el proceso competitivo puesto en marcha por el deudor y/o sus asesores, sin llevar a cabo dicho proceso de forma directa, a fin de poder cumplir con su función supervisora esencial de forma independiente y sin conflictos de interés. De forma excepcional, en especial en el supuesto de pequeñas empresas o microempresas, el experto podrá encargarse asimismo de llevar a cabo directamente el proceso competitivo y no solo de supervisarlos, con las prevenciones establecidas en el apartado 1.10.

1.9 En su solicitud el deudor podrá presentar al juez la remuneración pactada con el experto supervisor propuesto así como los plazos de devengo. En su defecto, la retribución del experto será propuesta por éste con arreglo a las normas del Arancel, en cantidad correspondiente a los honorarios de la fase de liquidación, calculada según el número de meses en que efectivamente desarrolle las funciones atribuidas.

1.10 En caso de que el experto no solo supervise sino que también lleve a cabo de forma directa el proceso competitivo, entonces tendrá derecho a unos **honorarios de éxito** si el precio que se obtiene del resultado final del proceso es superior al estimado al inicio del

mismo, calculados conforme a los usos y costumbres del sector. En cualquier caso, la proporción de dicha prima de éxito deberá ser “de minimis” con respecto a la retribución total, a fin de que la mera existencia de dicha prima no sea susceptible de ocasionar un conflicto de interés en el experto a la hora de desempeñar su función principal de supervisión. Esta prima de éxito o su cálculo deberá indicarse en la solicitud por el deudor, si la retribución es pactada, o por el experto al proponer su remuneración conforme a Arancel.

1.11 En el auto de nombramiento del experto supervisor o, en su caso, en resolución posterior, se fijarán y aprobarán por el juez la remuneración procedente, los plazos de devengo y los honorarios de éxito.

1.12 En caso de que posteriormente el experto sea designado administrador concursal, dicha cantidad se detraerá de la retribución resultante.

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

2. Trámite procesal, principios y garantías.

2.1 El proceso de preparación de venta de las unidades productivas o de parte de ellas, deberá ser competitivo, transparente, justo y cumplir con la normativa concursal y las presentes reglas generales y especiales.

2.2 El proceso de preparación terminará con la emisión por parte del experto supervisor de un dictamen final que, contendrá, en particular, una valoración imparcial e independiente en relación a los siguientes extremos:

a) Si la publicidad del proceso ha sido suficiente para garantizar la máxima participación de todos los interesados, acompañándose, en su caso, medios de prueba.

b) Si la información suministrada a todos los interesados durante el proceso se ha realizado en términos que han garantizado la igualdad de oportunidades, acompañándose, en su caso, medios de prueba.

c) Si, a consecuencia de lo anterior, ha quedado garantizada la libre y justa competencia entre los interesados.

d) Si el precio final ofrecido para la adquisición preparada del activo en cuestión es razonable atendidas las circunstancias concretas.

e) Que la mejor oferta obtenida cumple con el interés superior de los acreedores frente a una liquidación fragmentada.

f) Informe acerca de si el licitador propuesto por el deudor como adquirente es el mejor disponible en el mercado.

2.3 Con la solicitud de declaración de concurso, el deudor deberá acompañar el dictamen del experto supervisor y, si hubiera sido positiva, la oferta del adquirente. Todos estos documentos serán accesibles para el Juzgado y para las partes interesadas.

2.4 En el auto de declaración de concurso, o en resolución inmediatamente posterior, el juez abrirá el trámite de autorización judicial del art. 518 TRLC, **sin que se admitan nuevas ofertas**, y dará audiencia previa por un plazo no inferior a 3 ni superior a 10 días a las partes para alegaciones, en especial, a los acreedores con privilegio especial y a los legales representantes de los trabajadores, si los hubiera.

2.5 El juez del concurso no autorizará la venta cuando no quede garantizado que el proceso de venta llevado a cabo durante la fase de preparación ha sido competitivo, transparente, justo y ha cumplido con normativa concursal y las presentes reglas generales y especiales. En ese caso, el juez podrá ordenar la continuación por el procedimiento previsto en el art. 224 bis TRLC.

2.6 A los efectos de la sucesión laboral de empresa, en el proceso de preparación de venta de unidades productivas o de parte de ellas, se seguirán los criterios establecidos en la STJUE de 28 de abril de 2022.

3. Financiación interina.

3.1 Durante todo el proceso competitivo y hasta el momento de la autorización y adjudicación de la venta de la unidad productiva, el supervisor experto podrá asistir al deudor en la adopción de las medidas necesarias para obtener financiación interina al menor coste posible.

3.2 Preferentemente, esta financiación interina podrá ser concedida por los posibles licitadores, pudiendo ser a prorrata y pudiendo garantizarse su devolución a cuenta del precio que haya de pagar el que resulte ganador (p.ej. vía prenda sobre el precio de venta).

3.3 La financiación interina será deducible del precio a desembolsar en virtud de la oferta adjudicada, cuando sea aportada por licitadores interesados.

3.4 El tratamiento de la financiación interina será, en todo caso, el previsto por la normativa concursal.