

¿Son los *pre-packs* procedimientos concursales a efectos del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia?

La Propuesta de Directiva de armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia regula los *pre-packs* y, al hacerlo, genera algunos interrogantes sobre el funcionamiento de las normas de Derecho internacional privado en relación con ellos.

ELISA TORRALBA MENDIOLA

Profesora titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. Los *pre-packs* en la propuesta de directiva en materia de insolvencia

La Propuesta de Directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia (COM/2022/702 final) recoge una serie de disposiciones sobre los *pre-packs* destinadas a armonizar esta figura en todos los Estados miembros. Hoy por hoy, algunas legislaciones, como la española, se ocupan de este instrumento, mientras que en otros Estados su regulación es de base jurisprudencial.

La propuesta define el *pre-pack* como «un 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 éste» (art. 2p) y, tras ello, divide en dos fases el procedimiento. La primera, la *fase de preparación*, tiene por objeto encontrar un comprador adecuado para la empresa del deudor o para parte de ella, mientras que la segunda, la *fase de liquidación*, se refiere a la aprobación

y ejecución de la venta de la empresa del deudor (o de parte de ella) y a la distribución de los ingresos entre los acreedores (art. 19). Así, la propuesta regula un procedimiento «formal» —en la medida en que requiere supervisión judicial—, que no se limita a controlar la adecuación de la venta, sino que, además, «el órgano jurisdiccional competente en el procedimiento de *pre-pack* tendrá competencia exclusiva en las cuestiones relativas al alcance y los efectos de la venta de la empresa del deudor o de una parte de la misma en el marco del procedimiento de *pre-pack* sobre las deudas y los pasivos a que se refiere el artículo 28» (art. 21).

La fase de preparación se inicia con el nombramiento por parte del órgano jurisdiccional y a petición del deudor de un supervisor que deberá documentar cada fase del proceso de venta e informar acerca de ellas; justificar por qué considera que el proceso de venta es competitivo, transparente y equitativo y cumple las normas del mercado; recomendar al mejor licitador como adquirente del *pre-pack*,

fase de preparación se podrán suspender las ejecuciones singulares cuando el deudor se encuentre en una situación de insolvencia inminente o sea insolvente de conformidad con el Derecho nacional, de acuerdo con los artículos 6 y 7 de la Directiva (UE) 2019/1023, cuando ello facilite el desarrollo fluido y eficaz del procedimiento de *pre-pack* (art. 23). El supervisor será oído antes de la decisión sobre la suspensión de las ejecuciones singulares.

En la fase de liquidación, el órgano jurisdiccional autorizará, en su caso, la venta de la empresa del deudor o de parte de ella y, caso de no hacerlo, continuará con el procedimiento de insolvencia. El adquirente adquiere la empresa libre de deudas y pasivos, a menos que consienta expresamente en asumir las deudas y los pasivos de la empresa.

Junto con las reglas anteriores, la propuesta contiene reglas destinadas a establecer los criterios para seleccionar la mejor oferta (art. 30); prevé la exigencia de responsabilidad civil del supervisor y del

administrador concursal (art. 31); establece caute-
las en el caso de
que partes estre-
chamente vin-
culadas al deu-
dor adquieran la
empresa (art. 32)
y medidas

para maximizar el valor de la empresa del deudor mediante el establecimiento de reglas que faciliten la obtención de financiación provisional, la exclusión de la posibilidad de conceder derechos preferentes a los licitadores o el establecimiento de límites a la compensación de los créditos de un acreedor garantizado

Que la fase preparatoria de los pre-packs se excluya del RPI bis genera dudas sobre los criterios de competencia y reconocimiento que deben serles aplicados

de conformidad con el artículo 30, e indicar si considera que la mejor oferta no constituye una violación manifiesta del criterio de la prueba del interés superior de los acreedores. En la fase de preparación, no obstante, el deudor mantiene el control sobre sus activos y sobre la gestión diaria de la empresa (art. 22). En esta

que realiza una oferta (art. 33). Además, se incluyen algunas disposiciones destinadas a la protección de los intereses de los acreedores (derecho a ser oídos antes de la autorización o la ejecución de la venta, liberación de las garantías en el *pre-pack* con arreglo a los mismos requisitos que se aplicarían en los procedimientos de liquidación, en ambos casos con la posibilidad de ciertas excepciones (art. 34) y la repercusión que puedan tener en el *pre-pack* los procedimientos relativos al Derecho en materia de competencia (art. 35).

2. Sobre la consideración de los *pre-packs* como procedimientos concursales a efectos del RPI *bis*

La propuesta de directiva pretende llevar a cabo una armonización material y no es su objetivo regular las cuestiones de Derecho internacional privado que estos procedimientos pueden suscitar. No obstante, su redacción actual sí plantea algunas dudas en ese ámbito. Una de ellas, la de su posible inclusión en el Reglamento 848/2015, sobre procedimientos de insolvencia (RPI *bis*), tiene importantes repercusiones, puesto que, de incluirse en él, se les aplicarían las reglas de competencia judicial, Derecho aplicable y reconocimiento recogidas en aquel texto, mientras que, en caso contrario, cabría plantear la posible aplicación de las normas generales, entre ellas, el Reglamento Bruselas I *bis*, o de las normas de Derecho interno.

Así, de estar sujetos al RPI *bis*, la competencia para intervenir en estos procedimientos debería atribuirse únicamente a las autoridades del Estado miembro del centro de intereses principales del deudor o, en su caso, de aquel en el que posea un establecimiento. Estos tribunales aplicarán su propia ley con las excepciones previs-

tas en los artículos 5 a 15 de dicho reglamento y sus decisiones serán reconocidas en los demás Estados miembros sin posibilidad de oponerse a ello más que por razones de orden público (art. 33 RPI *bis*). La ejecución se llevará a cabo de acuerdo con lo previsto en el Reglamento Bruselas I *bis* (art. 32 RPI *bis*).

En la situación actual, el encaje del *pre-pack* en el RPI *bis* depende, por un lado, de su acomodo en la regla general de su artículo 1 y, por otro, de su inclusión en el anexo A de dicho texto legal. Hoy por hoy, España no ha notificado los *pre-packs* como procedimientos concursales, y su adecuación a la definición del artículo 1 puede resultar dudosa en lo que se refiere a la primera fase del procedimiento, destinada fundamentalmente a la búsqueda de compradores y que suele desarrollarse de manera confidencial.

Por otra parte, la propuesta de directiva proporciona un principio de respuesta en su artículo 20 (titulado «Relación con otros actos jurídicos de la Unión») que establece que «la fase de liquidación a que se refiere el artículo 19, apartado 1, se considerará un procedimiento de insolvencia tal como se define en el artículo 2, punto 4, del Reglamento (UE) 2015/848. Los supervisores a que se refiere el artículo 22 pueden considerarse administradores concursales tal como se definen en el artículo 2, punto 5, del Reglamento (UE) 2015/848. [...]».

De este modo, la voluntad del legislador, de mantenerse el texto en su redacción actual, es la inclusión en el RPI *bis* de la fase de liquidación de los *pre-packs*, lo que no parece dejar en manos de los Estados miembros la posibilidad de comunicarlos o no a efectos de su inclusión en

el anexo A. Una lectura *sensu contrario* de la disposición señalada conduce a la conclusión de que no es, a cambio, procedimiento concursal la fase de preparación. Ello podría, a su vez, significar que no lo es en ningún caso o, como alternativa, que se deja en manos de los Estados miembros su inclusión o no en el RPI *bis*. Salvo si todos los Estados miembros optaran por su inclusión, cualquiera de las dos posibilidades conduce a la divergencia de las soluciones adoptadas en relación con esta fase preparatoria en lo que se refiere a las cuestiones de Derecho internacional privado.

Las razones que llevan al legislador a hacer esa distinción en la propuesta de directiva pueden explicarse por el carácter habitualmente confidencial de esta primera fase, pero, desde un punto de vista lógico, resulta difícil separar la fase preparatoria y las acciones que en ella se pueden producir de la de liquidación. La continuidad —de producirse ambas— entre una y otra es innegable, como demuestra, por ejemplo, el hecho de que el supervisor vaya a ser luego administrador concursal y que el juez pase a ser juez del concurso.

Esa continuidad parece conducir a la lógica de que la competencia para intervenir en la fase preparatoria deba determinarse en aplicación del RPI *bis* porque sólo así aseguraremos que, convertido este tribunal en el del concurso, el criterio com-

petencial para conocer de la fase de liquidación se cumple. Del mismo modo, la conversión del supervisor en administrador concursal y los requisitos que debe cumplir desde el comienzo en previsión de esa circunstancia corroboran este razonamiento.

Desde la perspectiva del reconocimiento, que la fase preparatoria se excluya del ámbito de aplicación del RPI *bis* impide a aquélla beneficiarse del sistema automático previsto en éste. Es cierto que la mayor parte de las actuaciones de esa fase preparatoria no requerirán reconocimiento fuera del Estado en el que se adoptan, pero no cabe descartar que éste sea necesario cuando, por ejemplo, se adopte una moratoria y un acreedor disidente pretenda una ejecución separada de su crédito en un Estado miembro distinto.

No parece probable en esta situación la aplicación del Reglamento Bruselas I *bis*, en ausencia de un procedimiento contencioso, lo que conduce a la aplicación de los ordenamientos internos. Llegados a éstos, se hará necesario de nuevo calificar el instituto para determinar si aplican a ese reconocimiento sus normas concursales o las generales. En cualquier caso, las vías de eficacia serán previsiblemente más gravosas y, en todo caso, la falta de respuesta uniforme conducirá a resultados menos previsibles.