

# PRE-PACK CONCURSAL Y DERECHO COMPARADO

## *Bankruptcy Prepack and Comparative Law*

César Giló Gómez  
Profesor Asociado  
Universidad de Salamanca

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(2\)-2021pp111-121](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(2)-2021pp111-121)

Recibido: 11.10.2021

Aceptado: 13.12.2021

### **Resumen**

La importancia del mecanismo denominado como Pre-Pack y su incipiente utilización en nuestro país convierte en esencial dirigir nuestra mirada hacia aquellos países que ya cuentan con una cierta tradición en la materia para poder así anticipar los efectos que se espera que produzca la utilización de este mecanismo por parte de los actores de la insolvencia en España. En este sentido, mientras que los países anglosajones como Reino Unido o Estados Unidos cuentan con un mayor bagaje en la materia, los países continentales están adaptando en los últimos tiempos sus sistemas de insolvencia hacia esta nueva corriente respecto a la que sólo puede tenerse claro una cosa: ha llegado para quedarse.

### **Palabras claves**

Deudor, acreedores, unidad productiva, negociación, venta, Tribunal.

### **Abstract**

The importance of the mechanism referred to as Pre-Pack and its incipient use in our country makes it essential to direct our gaze towards those countries that already have a certain tradition in the field in order to be able to anticipate the effects that are expected to produce the use of this mechanism by the insolvency agents in Spain. In this sense, while the Anglo-Saxon countries such as the United Kingdom or the

United States have a greater background in the matter, The continental countries are recently adapting their insolvency systems to this new trend for which one thing can only be clear: it is here to stay.

***Keywords***

Debtor, creditors, production unit, negotiation, sale, Court.

---

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. ORIGEN DEL MECANISMO PRE-PACK. III. EL PRE-PACK EN REINO UNIDO. IV. EL PRE-PACK EN HOLANDA. V. EL PRE-PACK EN ESTADOS UNIDOS. VI. EL PRE-PACK EN FRANCIA. VII. EL PRE-PACK EN ALEMANIA. VIII. EL PRE-PACK EN LA DIRECTIVA (UE) 2019/1023. IX. CONCLUSIONES. X. BIBLIOGRAFÍA.

---

## I. INTRODUCCIÓN

La introducción judicial en nuestro país del mecanismo de venta anticipada de la unidad productiva denominado Pre-Pack ha supuesto una auténtica revolución doctrinal ante las posibilidades y esperanzas depositadas en un procedimiento del cual se espera que suponga una importante solución para la avalancha de procedimientos concursales que se avecinan, una vez finalice la prórroga de la moratoria concursal vigente hasta el próximo 31 de diciembre de 2021.

Conocemos las directrices y protocolos establecidos en España para la adaptación de este mecanismo, pero, ¿cómo se articula este procedimiento en los países con tradición que ya llevan tiempo con él establecido?

Ésta y otras preguntas pretenden ser respondidas en este estudio.

## II. ORIGEN DEL MECANISMO PRE-PACK

El Pre-Pack es un concepto anglosajón que procede de la expresión inglesa «pre-packaged insolvency sale» que significa literalmente: venta concursal preempaquetada y que viene a identificar aquel procedimiento que busca la venta de los bienes del deudor cuya declaración de concurso es inminente, con carácter previo a la propia declaración del mismo.

Con ello se pretende conseguir dos objetivos: en primer lugar evitar que la imagen negativa asociada a toda declaración de concurso recaiga sobre los activos del deudor, reduciendo tanto su valor como las posibilidades de su venta. En segundo lugar, la venta anticipada de los bienes busca impedir que la propia tramitación del concurso suponga una depreciación de los mismos provocada por el efecto del paso del tiempo hasta que el procedimiento concursal finalice.

Como puede deducirse de su terminología, el Pre-Pack tiene su raíz en la cultura anglosajona, pudiéndose traducir literalmente como un «pre-paquete» o más concretamente como «insolvencia preempaquetada», haciendo alusión a la venta conjunta de bienes o en «paquete», que en España identificamos como unidad productiva.

### III. EL PRE-PACK EN REINO UNIDO

Como veremos a continuación, aunque el origen del Pre-Pack no reside en el Reino Unido, el desarrollo legislativo de esta materia en el país británico ha sido muy importante.

El origen del Pre-Pack en Reino Unido debe remontarse a la Ley de Emprendimiento del año 2002, anterior a nuestra anterior normativa concursal, la cual ya preveía la posibilidad de que sean los administradores sociales de la empresa (y no el Juzgado) los que eligiesen un administrador concursal —«insolvency practitioner»— para que negociara la venta de la unidad productiva<sup>1</sup>. La práctica judicial permite la venta de mencionada unidad productiva en una serie de sencillas y poco formalistas fases donde el propio administrador concursal es el designado para actuar en el procedimiento judicial donde automáticamente se vende la unidad productiva, siendo habitual que la venta se produzca a personas especialmente relacionadas con el deudor, sin que exista una oposición a la venta por parte de los acreedores privilegiados<sup>2</sup>.

El *Statement of Insolvency Practice, 16*, contempla la figura del *pre-pack sales* para definir el acuerdo en virtud del cual la totalidad o parte del negocio de una empresa se negocia con un comprador antes del nombramiento de un administrador, siendo el administrador el que efectúa la venta una vez nombrado.

El precio obtenido en la venta se distribuye entre los acreedores privilegiados y en el caso de existir sobrante, se pasa a los acreedores no privilegiados.

Es precisamente esa flexibilidad y ese menor control judicial lo que en gran parte diferencia al procedimiento del Reino Unido del resto de procedimientos de Pre-Pack, girando las críticas respecto al hecho de que no exista control alguno que impida que el adquirente de la unidad productiva sea una persona especialmente relacionada con el deudor<sup>3</sup>. De igual forma, la

---

<sup>1</sup> Nos encontramos ante un profesional experto que supervisa el procedimiento de venta de la unidad productiva. Una vez se declara el concurso, se convierte en el administrador concursal y es en el seno del mismo donde emite su opinión de cara a que el Juzgado tome una decisión con toda la información posible.

<sup>2</sup> La razón reside en que precisamente las personas más cercanas al deudor son aquellas que más información tienen sobre la unidad productiva y las que pueden ofrecer un precio real respecto a la misma, ya que poseen una información de la que carecen el resto de posibles oferentes.

<sup>3</sup> De hecho, ha surgido el término «phoenixing» para identificar aquella práctica que consiste en la venta del negocio por parte de sus directores a otras empresas de su propiedad y a un precio inferior al de mercado, manteniendo de esta forma el control de la empresa pero sin asumir las deudas. Incluso, aunque la venta no se produzca a una empresa controlada por los directores, el hecho de que el comprador tenga algún tipo de vínculo con el deudor, le proporcionará el acceso a una mayor información, que puede ocasionar que no se maximice el precio de venta al no existir competencia en la compra.

relación del administrador concursal que interviene en esta fase extrajudicial con el deudor y con los acreedores privilegiados es muy estrecha al haber sido nombrado por éstos, lo que suscita cierto recelo por la sospecha de falta de independencia.

Finalmente, la falta de publicidad y control judicial sobre las negociaciones de venta del negocio es otro de los puntos de fricción del procedimiento británico, lo que ha conllevado la intervención del gobierno británico para tratar de incorporar mejoras que conviertan el sistema más independiente y más garantista<sup>4</sup>.

#### IV. EL PRE-PACK EN HOLANDA

El procedimiento holandés guarda semejanzas con el establecido en Reino Unido, diferenciándose ambos por la figura del «silent trustee», un administrador concursal solicitado por el deudor y con la aprobación del Juzgado, para que se encargue de la fase preparatoria de la venta del conjunto de sus activos. La totalidad de esta fase es llevada a cabo con la participación de este «administrador concursal» quien se convierte en definitivo una vez se produce la apertura del procedimiento concursal, siendo el profesional que mejor preparado se encuentra para poder culminar la venta de los bienes de forma inmediata a la declaración de la insolvencia por medio del Pre-Pack, informando al Juzgado de todos aquellos datos económicos necesarios para poder culminar la operación.

La autorización judicial de venta dependerá de la información que suministre el administrador concursal respecto a las operaciones llevadas a cabo en la fase preparatoria.

Destacamos del sistema holandés la figura de «experto en reestructuraciones», el cual es nombrado con autorización judicial y cuya retribución se establece judicialmente —sin acudir a ningún arancel— siendo abonada por el deudor si ha sido éste quien lo ha propuesto o por los acreedores en el caso de que la iniciativa haya partido de éstos.

Este procedimiento se diferencia del procedimiento inglés en que es el Juzgado el que designa definitivamente al futuro administrador concursal

---

<sup>4</sup> El Gobierno de Reino Unido ha abordado reformas que mejoren el sistema, introduciendo garantías de transparencia y publicidad. Destacamos en este sentido el «*Graham Review into Pre-Pack Administration*» de 16 de junio de 2014. Las principales medidas fueron dos: Crear una lista de profesionales independientes y con experiencia para verificar la conveniencia del Pre-Pack y completar un «informe de viabilidad» exponiendo la forma en la que comprador operará en el mercado al menos durante doce meses a partir de la fecha de la revisión, indicando qué hará el comprador de manera diferente a la empresa insolvente para evitar incurrir adicionalmente en insolvencia.

que debe supervisar la negociación y que posteriormente será aprobada en el seno del procedimiento concursal a través de Pre-Pack, misma previsión que desea implantarse en nuestro país.

## V. EL PRE-PACK EN ESTADOS UNIDOS

Uno de los sistemas concursales más prácticos del mundo es sin lugar a dudas el régimen norteamericano establecido en su famoso *Chapter Eleven* del *Title Eleven* del *United States Code*. Pero antes de acudir al procedimiento formal del *Chapter Eleven*, existe un mecanismo previo como parte de las alternativas extrajudiciales que es el conocido como *Pre-Packaged Plan*.

La denominación del *Pre-packaged Plan* procede del vocabulario propio de las comidas rápidas norteamericanas preparadas con anticipación a la venta y busca identificar aquellas negociaciones que se producen con carácter previo al comienzo del proceso judicial, siendo este país donde se utilizó por primera vez el mecanismo del Pre-Pack para las situaciones de insolvencia.

Nos encontramos ante un acuerdo que alcanza el deudor con financiadores y con algunos acreedores pero que necesita ser aprobado judicialmente para asegurar la aceptación del resto de interesados que no han participado en la fase de negociaciones. Por esta razón, las empresas, antes de acudir al procedimiento concursal, buscan tener todos los apoyos necesarios para asegurar que el Pre-Pack sale adelante<sup>5</sup>.

En este caso, existen distintas fórmulas de materializar el Pre-Pack: bien en una negociación del deudor con sus acreedores antes de acudir al *Chapter Eleven* para contar con los votos favorables para que la venta sea realizable, o bien mediante la presentación de un *Chapter Eleven* para alcanzar en el seno del procedimiento judicial el voto favorable de los acreedores para conseguir la venta.

Debe destacarse que se encuentran legitimados tanto el deudor como los acreedores para formular un plan de reorganización de la empresa que debe tener los suficientes apoyos como para ser aprobado.

Una de las principales ventajas del *Pre-Packaged Plan* es su menor duración comparado con el proceso del *Chapter Eleven*, estimándose que la venta a través del *Pre-Pack* puede materializarse entre 1 y 4 meses mientras que el proceso ordinario por medio del *Chapter Eleven* puede durar entre dos y tres años, además de tener gastos mayores que en el Pre-Pack. En todo caso, la

---

<sup>5</sup> Los estudios revelan que las empresas que acuden al *prepackaged plan* tienen un perfil similar: empresas pequeñas económicamente viables, con problemas de liquidez inmediata, con deuda a corto plazo y con buena coordinación con sus acreedores.

principal fortaleza del Pre-Pack norteamericano es el ahorro de tiempo, más que el ahorro económico<sup>6</sup>.

A diferencia del sistema inglés, el Pre-Pack estadounidense no busca la maximización del beneficio de los acreedores, sino el mantenimiento de la actividad de la empresa incluso aunque el precio de lo obtenido sea inferior a lo que supondría liquidar sus bienes de forma independiente. De igual forma, el sistema norteamericano tiene una mayor intervención judicial que el británico.

La principal crítica que recibe el mecanismo implantado en los Estados Unidos es que se tiene la sospecha de que el administrador encargado de efectuar la venta, por su especial relación tanto con el equipo directivo de la empresa como con los principales acreedores de la misma, favorece los intereses de éstos antes de los de otro tipo de acreedores más débiles, los cuales prácticamente desconocen las negociaciones efectuadas y por tanto si el precio de la venta ha sido el mayor posible, dada la ausencia de publicidad de la negociación. En este sentido, los deudores suelen mantener un importante control en este tipo de ventas, lo que puede conllevar el perjuicio de algunos acreedores.

## VI. EL PRE-PACK EN FRANCIA

El sistema francés siempre ha contenido un espíritu de preservación de los negocios en situación de crisis en su legislación de insolvencia, la cual se encuentra inserta en el Libro IV del Código de Comercio de 1985.

Desde 2005 cuenta con el sistema de «*sauvegarde*», que es el procedimiento de insolvencia propiamente dicho. Sin embargo, con carácter previo a mencionado procedimiento, el ordenamiento francés dispone del «*mandat ad hoc*», un procedimiento previo a la insolvencia que ni siquiera requiere que el deudor deba encontrarse en insolvencia —no debe estar ya en esta situación— sino que se acude a este procedimiento cuando empiezan a surgir las primeras dificultades. De igual forma, se dispone del «*conciliation*», procedimiento confidencial que se inicia con una solicitud por parte del deudor al Juzgado, el cual designará a un conciliador que buscará un acuerdo que posibilite al deudor continuar con su negocio.

---

<sup>6</sup> Coincidimos con la profesora JACQUET YESTE en que la figura norteamericana del Pre-Pack tiene una naturaleza híbrida entre el convenio preconcursal y el convenio concursal, combinando los bajos costes, sobre todo los indirectos, de una reorganización extrajudicial y los beneficios de una reorganización judicial. *Vid.* JACQUET YESTE, T., «Contribución a la caracterización de la propuesta anticipada de convenio», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 4, Sección Varia, Primer semestre de 2006, Editorial LA LEY, pág. 227.

Cuando se acude al «*sauvegarde*» es porque la empresa se encuentra ante dificultades que no puede superar. Una vez solicitado, se designa un administrador judicial que supervisa la operación.

En 2014 se creó la «*sauvegarde accélérée*» reservada a un deudor que no esté en suspensión de pagos y que busca, como su propio nombre indica, una salida rápida de la situación. En este procedimiento, los acreedores votan la propuesta que ya conocen del sistema de conciliación anterior.

La principal crítica al sistema francés, es que, a pesar de la evidente mejora del sistema de anticipación, la propia idiosincrasia de la sociedad francesa y la tradicional naturaleza sancionadora del derecho de insolvencia francés, produce que las empresas miren con recelo este mecanismo<sup>7</sup>.

## VII. EL PRE-PACK EN ALEMANIA

La tradición del derecho alemán no ha sido apostar por sistemas que permitiesen salvar empresas, centrándose en la correcta tutela de los derechos de los acreedores. Sin embargo, a partir del año 2011 se buscó facilitar la reorganización de empresas, creando un escudo protector para las mismas denominado «*schutzschirmverfahren*».

Esta reforma incluyó la figura del administrador de la insolvencia, que puede intervenir en una etapa más temprana denominada insolvencia preliminar o en la posterior etapa de insolvencia, sin que el hecho de haber intervenido previamente le perjudique.

Para poder acceder a este sistema de escudo protector el deudor tiene que solicitarlo al Tribunal, probando que tiene posibilidad de reestructurarse. El Tribunal designará a un supervisor provisional encargado de controlar a la administración del deudor.

El escudo protector alemán —Pre Pack alemán— busca aumentar las posibilidades de lograr la reestructuración temprana de la empresa sin que los administradores pierdan el control de la misma. Anticipándose a la apertura del procedimiento judicial, se permite que nada más abrirse el mismo, los acreedores puedan votar el plan de venta.

A diferencia del Pre-Pack inglés, el alemán tiene una fase de negociación menos privada y con una mayor intervención de los Tribunales gracias al supervisor nombrado. Con ello, se evita el riesgo de que unas partes más fuertes que otras puedan usar su influencia en su beneficio, perjudicando al

---

<sup>7</sup> Vid. en este sentido PÉROCHON, F., «La prevención de las crisis en Derecho Francés», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 15, Sección Derecho Comparado, Segundo semestre de 2011, Editorial Wolters Kluwer, págs. 511-521, quien destaca la mejora clara sobre el papel pero todavía no sobre el terreno.

resto de acreedores, riesgo que sí se materializa en los ordenamientos inglés y norteamericano.

## VIII. EL PRE-PACK EN LA DIRECTIVA (UE) 2019/1023

La implantación del Pre-Pack no sólo en España —actualmente introducido únicamente gracias a la aportación Judicial— sino en el resto de países europeos se prevé que pueda efectuarse por medio de la Directiva (UE) 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva, medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deuda, texto normativo con una importante amplitud, que pretende asumir los problemas suscitados en distintos países de la Unión Europea derivados de la liquidación de empresas y que prevé expresamente la necesidad de anticipar la solución de insolvencia en los ordenamientos jurídicos del resto de estados miembros (artículo 1.1).

Así, la Directiva incluye como novedades la obligación de los Estados miembros de garantizar que los deudores puedan acceder a un marco de reestructuración preventiva que les permita reestructurar su deuda, contempla entre las medidas dirigidas a la «reestructuración» la venta de activos o partes de la empresa así como la venta de la empresa como empresa en funcionamiento (artículo 2.1 de la Directiva)<sup>8</sup>.

En este sentido, el artículo 2.1.12 de la Directiva regula la figura del «administrador en materia de reestructuración» a modo de profesional que participará en esa fase de negociación de cara a elaborar o negociar un plan de reestructuración. Este profesional es nombrado antes de la declaración de concurso y su cometido es ayudar al deudor a tratar de reestructurar su deuda.

Seguidamente, el artículo 4.5 de la Directiva prevé expresamente la posibilidad de que las negociaciones para la reestructuración preventiva se lleven a cabo en un contexto extrajudicial, avalando expresamente de este modo que el acuerdo de venta se produzca extra muros del procedimiento concursal.

Sin embargo, mencionado texto legal no es el primero emanado desde el Consejo de la Unión Europea respecto al que ha sido necesario determinar su compatibilidad con el *Pre-Pack*. Así, en el año 2017, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tuvo que examinar por primera vez desde el punto de vista del Derecho de la Unión, el *Pre-Pack*, a raíz de la petición de decisión prejudicial formulada por el Tribunal de Primera Instancia de los Países

---

<sup>8</sup> El Considerando 2 de la Directiva señala que la reestructuración debe permitir a los deudores en dificultades financieras continuar su actividad empresarial incluso con la venta de la empresa en su conjunto.

Bajos, pronunciamiento que se materializó en la Sentencia dictada por la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en fecha 22 de junio de 2017<sup>9</sup>.

Mencionada resolución versa sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en los supuestos de transmisión de empresas mediante el mecanismo del Pre-Pack.

Acudiendo a las conclusiones efectuadas por el Abogado General —Sr. Paolo Mengozzi—, encontramos como se hace en primer lugar una referencia al término Pre-Pack, dejando claro que se trata de una operación sobre los activos de una empresa en crisis que se prepara antes de la apertura del procedimiento de insolvencia de la mano de un administrador cuyo nombramiento corresponde a un Tribunal en algunas jurisdicciones —salvaguardando de esta forma la existencia de jurisdicciones como en el Reino Unido donde el nombramiento se produce por parte del deudor o de los acreedores—.

El Abogado general destaca el loable objetivo que busca el mecanismo del Pre-Pack al pretender salvar las unidades productivas del deudor que siguen siendo viables económicamente. Sin embargo, puntualiza que la cuestión planteada no se refiere a la admisibilidad en el Derecho de la Unión del Pre-Pack como tal, sino a la interacción entre referido Pre-Pack y la Directiva 2001/23, concluyendo que un procedimiento como el Pre-Pack no puede considerarse como un procedimiento de quiebra o un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y que, pese a desarrollarse parcialmente en el marco de un procedimiento de quiebra, no está comprendido en la excepción prevista en el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 2001/23, por lo que el régimen de protección de los trabajadores previsto en los artículos 3 y 4 de la Directiva es aplicable en caso de transmisión de una empresa por Pre-Pack.

Y es que el hecho de que se transmita la unidad productiva de la empresa mediante Pre-Pack tiene por objeto la continuación de la explotación de la empresa y la maximización en la satisfacción de los créditos de los acreedores sin que ello pueda conllevar la no activación del régimen de protección previsto en la Directiva 2001/23 a favor de los trabajadores.

Destacamos de la resolución el hecho de que se apunte expresamente que la intervención judicial en el marco del procedimiento que da lugar al Pre-pack tiene como consecuencia que el acuerdo de traspaso de la empresa adquiera el valor y la fuerza de una decisión judicial, y no los de un simple acuerdo de carácter contractual, que podría ser modificado o no ejecutado.

<sup>9</sup> Sentencia de 22 de junio de 2017, Smallsteps BV, C-126/16, EU:C:2017:489.

## IX. CONCLUSIONES

El Pre-Pack es un procedimiento nuevo en nuestro país pero con cierta tradición en otros países como Reino Unido, Holanda, Alemania, Francia y sobre todo en Estados Unidos.

En los estados continentales, la figura del administrador concursal designado previamente a la insolvencia es fundamental para culminar con éxito la operación de venta. Al final, el objetivo es contar con un profesional técnico jurídico-económico que supervise la operación y que pueda informar de la misma ante el Juzgado llegado el momento. De esta forma se consigue evitar las rigideces del procedimiento concursal, contando por el contrario con la agilidad propia de la fase extrajudicial, todo ello combinado a su vez con la seguridad jurídica necesaria en una venta de estas características a través de la consiguiente aprobación judicial de la operación.

Por el contrario, los sistemas anglosajones evitan las rigideces propias de los ordenamientos continentales, lo que les permite una mayor agilidad para alcanzar soluciones en la fase extrajudicial, sacrificando en muchas ocasiones los intereses de los pequeños acreedores.

El sistema que se pretende instaurar en España —particularmente el propuesto por los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona—, bebe del sistema inglés y holandés —fundamentalmente de este último—, previendo un mecanismo donde sea nombrado un experto en reestructuraciones extramuros del concurso que pueda preparar la venta en la fase extrajudicial para culminar la misma en la vía judicial, con la consiguiente supervisión de los Tribunales de Justicia.

## X. BIBLIOGRAFÍA

- JACQUET YESTE, T., «Contribución a la caracterización de la propuesta anticipada de convenio», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 4, Sección Varía, Primer semestre de 2006, Editorial LA LEY, pág. 227.
- PÉROCHON, F., «La prevención de las crisis en Derecho Francés», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 15, Sección Derecho Comparado, Segundo semestre de 2011, Editorial Wolters Kluwer, págs. 511-521.

# PRE-PACK CONCURSAL Y DERECHO COMPARADO

*Bankruptcy Prepack and Comparative Law*

César Gilo Gómez  
Profesor Asociado  
Universidad de Salamanca

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(2\)-2021pp111-121](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(2)-2021pp111-121)

## Copyright

*Estudios de Deusto* es una revista de acceso abierto, lo que significa que es de libre acceso en su integridad. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales, sin la previa autorización del editor o el autor, siempre que la obra original sea debidamente citada y cualquier cambio en el original esté claramente indicado

*Estudios de Deusto* is an Open Access journal which means that it is free for full access, reading, search, download, distribution, and lawful reuse in any medium only for non-commercial purposes, without prior permission from the Publisher or the author; provided the original work is properly cited and any changes to the original are clearly indicated.