



GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS PARA EL NOMBRAMIENTO DE EXPERTO EN FASE PRECONCURSAL (“PREPACK”)



ILUSTRE COLEGIO
DE LA ABOGACÍA
DE MADRID

RvJ
REGISTRO DE AUDITORES
JUDICIALES Y FORENSES
AUDITORES
INSTITUTO DE CENSORES JURADOS
DE CUENTAS DE ESPAÑA



Colegio de
Economistas
de Madrid



ÍNDICE

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS, DE CARÁCTER ORIENTATIVO Y NO VINCULANTE, PARA EL NOMBRAMIENTO DE EXPERTO EN FASE PRECONCURSAL (“prepack”)

3 1. INTRODUCCIÓN

3 2. TRAMITE PROCESAL

3 3. NOMBRAMIENTO DEL EXPERTO

3 4. DURACIÓN DEL CARGO

3 5. FUNCIONES

3 6. RETRIBUCIÓN

3.7 DEBER DE SOLICITAR CONCURSO

3.8. SOLICITUD DE CONCURSO CON OFERTA DE COMPRA DE LA UNIDAD PRODUCTIVA TRAS UN “PREPACK”

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS, DE CARÁCTER ORIENTATIVO Y NO VINCULANTE, PARA EL NOMBRAMIENTO DE EXPERTO EN FASE PRECONCURSAL ("prepack")

**Aprobada por los magistrados/as de los juzgados
mercantiles de Madrid,
en junta de 21 de febrero de 2023.**

1. INTRODUCCIÓN

Desde el año 2003, el legislador español ha venido apostando por las empresas viables, fomentando los acuerdos entre el deudor y sus acreedores, mediante convenios de quitas y esperas.

Sin embargo, como más del 90% de las empresas declaradas en concurso acababan en liquidación, la venta de la unidad productiva se presentaba como la solución idónea para una mayor satisfacción de los acreedores, salvar tejido empresarial y conservar puestos de trabajo.

Aunque la venta de la unidad productiva en concurso ha dado resultados positivos a lo largo de estos años, no es menos cierto que el precio obtenido no siempre ha sido elevado, lo que podría achacarse a múltiples factores. Sin ánimo de ser exhaustivos:

1. Cuando una empresa entra en concurso, su valor se reduce drásticamente.
2. Las empresas suelen venir al concurso tarde, con un fondo de comercio reducido, con anuncios de resolución de contratos, etc.
3. Muchas concursadas no pueden asumir los costes derivados de la operación de compraventa por falta de tesorería.
4. La demora en la tramitación de los procedimientos concursales.
5. Por último, aunque no por ello menos importante, para las empresas proveedoras de servicios para las administraciones públicas, la declaración de concurso puede comportar la pérdida de su calificación subjetiva y la imposibilidad de volver a licitar.

En esas circunstancias, la administración concursal se veía obligada a iniciar un proceso de venta urgente, repercutiendo negativamente en la búsqueda de potenciales inversores y en una rebaja del precio.

El Legislador, consciente de esta problemática, introdujo en su día, el ex art. 191 ter de la LC, luego numerado como art. 530 TRLC, según la redacción dada por el RDL 1/2020, de 5 de mayo y actualmente como art. 224 bis, en la redacción dada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, consistente en la posibilidad que tiene el deudor de presentar con su solicitud de concurso una oferta de compra en firme de la unidad productiva, con el objetivo de que, tras un breve plazo de audiencia a las partes, se pueda aprobar la operación, pudiendo esa compañía volver a operar en el mercado con normalidad, con el consiguiente beneficio para la economía en general.

A pesar de la bondad que inspiró la inclusión de ese procedimiento de liquidación exprés de la unidad productiva, no dio los resultados esperados, por los recelos

y suspicacias que despertaba en los distintos operadores jurídicos que interveníamos en el proceso concursal:

Primero, al propio juez, al desconocer cómo se había hecho esa búsqueda de inversores de forma previa al concurso, al no haber ningún control judicial sobre ese proceso de venta ni la designa de ningún experto que certificara que el precio obtenido era ajustado a valor de mercado y que era de interés para el concurso;

Segundo, a la administración concursal, quien se veía obligada a evaluar la empresa y la oferta económica, en 10 días desde la aceptación del cargo, plazo que, en ocasiones, resultaba manifiestamente insuficiente pues con suma frecuencia, no disponía siquiera de la documentación necesaria para poder informar. Por ello, era habitual que la administración concursal no informara negativamente pero sí interesara la apertura de un procedimiento concursal, en sede concursal con el consiguiente perjuicio para el deudor que, a lo mejor, había realizado un esfuerzo económico importante para conseguir a ese postor.

Tercero, a los acreedores con privilegio especial, quien muchas veces se oponían a la operación justamente por su posible insuficiencia de concurrencia y transparencia, ejercitando así su derecho a vetar la operación de no recibir, con el precio obtenido, la totalidad de la deuda garantizada.

Cuarto y último, a los trabajadores, cuyos representantes, en muchas ocasiones, no habían sido informados de ese proceso de venta ni habían podido negociar con el posible adquirente de la unidad productiva las condiciones laborales.

Esta problemática no era única de nuestro País, sino que también sucedió en otros países de nuestro entorno, como en Países Bajos y en Inglaterra. En esos países, se generó una práctica judicial y profesional favorable a adelantar ese proceso de venta de forma previa al concurso, pudiendo el deudor designar un experto habilitado (“Licensed Insolvency Practitioner”) o solicitar al juez el nombramiento del mismo que pudiera controlar ese proceso de venta, que el

mismo había cumplido con las exigencias debidas de libre concurrencia, transparencia y publicidad de tal manera que, declarado el concurso, ese experto pasara a ser designado administrador concursal por el juez o fuera ratificado por la junta de acreedores como “Creditors meeting”, pudiendo aprobarse la operación de venta con plenas garantías y en un breve plazo de tiempo.

La Ley 16/2022, 5 de septiembre, acoge esa práctica judicial y profesional, de conformidad con la STJUE de 6 de mayo de 2022, introduce, por primera vez, en nuestro ordenamiento jurídico, la figura del “prepacker” o del “experto”, en sus artículos 224 ter a 224 septies TRLC.

Por tanto, desde la entrada en vigor de ésta Ley, la transmisión de la unidad productiva se puede llevar a efecto:

- dentro de un plan de reestructuración (art. 614 TRLC);
- dentro de un plan de continuidad (694 bis TRLC)
- mediante solicitud dirigida al Juzgado Mercantil competente, para el nombramiento de experto que recabe ofertas (“prepacker”) arts 224 ter a 224 septies TRLC-.
- oferta vinculante de transmisión de unidad productiva presentada con la solicitud de concurso (art. 224 bis TRLC). A diferencia del caso anterior, el deudor no ha solicitado el nombramiento judicial de ningún experto independiente en fase preconcursal;
- declarado el concurso, en la fase común (arts. 215 a 224 TRLC), convenio o liquidación.

Todos ellos deben de estar presididos por los principios de publicidad,

transparencia y libre concurrencia.

Esta Guía de Buenas Prácticas no pretende abordar la totalidad de los supuestos de venta de unidad productiva sino únicamente el relativo al proceso de venta de la unidad productiva en fase preconcursal, mediante la designa, a petición del deudor, de un experto que monitorice ese proceso de venta concurrencial (arts. 224 ter a 224 septies TRLC).

La razón de ser es que estamos ante una regulación sumamente parca de ahí que se antoje necesario el unificar ciertos criterios para dotar de garantías al proceso y mejorar la seguridad jurídica, pues, sin duda, ello favorecerá la inversión y repercutirá en un aumento del precio de las ofertas, en beneficio de los acreedores.

Con todo, se trata, lógicamente, de una primera aproximación al texto legal que podrá ser sometida a futuras revisiones, de surgir nuevos escenarios que inicialmente no han sido previstos.

2. TRAMITE PROCESAL

Artículo 224 ter TRLC:

“En caso de probabilidad de insolvencia, de insolvencia inminente o de insolvencia actual, el deudor, sea persona natural o jurídica, cualquiera que sea la actividad a la que se dedique, podrá solicitar del juzgado competente para la declaración de concurso el nombramiento de un experto que recabe ofertas de terceros para la adquisición, con pago al contado, de una o de varias unidades productivas de que sea titular el solicitante, aunque hubieran cesado en la actividad”.

1.- Registro de la solicitud

1. La solicitud del deudor relativa al nombramiento del experto se registrará por la clase aprobada en junta de jueces.

El procurador/a, tan pronto tenga conocimiento del juzgado al que le ha sido turnada la solicitud, deberá dirigirse al mismo y entregar una copia de la solicitud y de los documentos con ella acompañados, con el fin de que, una vez repartida por el decanato, pueda ser tramitada con celeridad.

NOTA. Si bien no es objeto de la presente Guía, en principio, nada impide compatibilizar la comunicación de apertura de negociaciones de los artículos 585 y siguientes TRLC o, en el caso de microempresas, en el art. 690 TRLC con la solicitud de nombramiento del experto para la venta de la unidad o unidades productivas, máxime cuando, durante aquélla, se explore en paralelo la posibilidad, tanto de un plan de reestructuración, como de una venta de la unidad productiva, a efectos de determinar si es superior el valor de reestructuración o el valor de liquidación. No obstante, esta Guía no se pronuncia acerca de dicha compatibilidad, en la medida en que dependerá de la casuística concurrente en cada caso.

2.- Contenido de la solicitud de nombramiento de experto.

El artículo 224 ter es un precepto sumamente parco, pues se limita a indicar que el deudor que quiera optar al nombramiento del experto, deberá informar de ello al juzgado, sin especificar los requisitos que debe tener esa solicitud.

A nuestro entender, en la medida en que el art. 586 TRLC obliga al deudor que presenta una comunicación para iniciar negociaciones con sus acreedores para

alcanzar un plan de reestructuración de su activo y pasivo, a motivar su petición, entendemos que esa motivación es perfectamente extrapolable al deudor que quiere iniciar un proceso de venta de la unidad productiva en una fase previa al concurso mediante el nombramiento de un experto independiente, al tratarse de otro mecanismo de reestructuración de la deuda, en los términos previstos en la Directiva Comunitaria 2019/1023, del Parlamento Europeo, y del Consejo, de 20 de junio de 2019.

Por este motivo, consideramos que esa solicitud deberá contener, al menos, los siguientes extremos:

- Identificación del deudor (nombre, CIF, domicilio social, órgano de administración etc.)
- Si el deudor está en insolvencia actual, inminente o en probabilidad de insolvencia.
- Las razones que justifican su petición.
- El fundamento de la competencia del juzgado para conocer de la solicitud.
- Rama de la actividad o sector al que se dedica, incluyendo una descripción del negocio.
- Identificación del perímetro de la unidad o unidades productivas a transmitir.
- Si la empresa está en funcionamiento o si ha cesado en su actividad.
- Cifra de negocio
- Número de trabajadores, con indicación de los legales representantes, en su caso.
- Valoración de la unidad o unidades productivas a transmitir, a los efectos de poder elegir al experto independiente que resulte más idóneo atendidas las circunstancias concurrentes y fijar, asimismo, su retribución. A tal efecto, es deseable que el deudor informe del método empleado para alcanzar ese valor.
- Solicitud, por el deudor, de nombramiento de experto independiente y su preferencia/interés por la designación de un experto en reestructuraciones o

administración concursal, debiendo justificar su petición, a fin de dotar al juez de los elementos de juicio necesarios para designar al profesional que resulte más idóneo para el cargo.

- Propuesta de duración de las operaciones de venta (justificación).

Por último, es recomendable también que, con la solicitud de nombramiento de experto, el deudor acompañe los siguientes documentos:

- Memoria Jurídica y Económica.
- Balance de situación.

Los citados documentos no serán necesarios cuando quien solicite el nombramiento del experto que recabe ofertas durante la fase preparatoria de venta sea un MICROEMPRESARIO (art. 690 TRLC y DT 2ª de la Ley 16/2022), o una PYME (art. 682 TRLC), sin perjuicio del deber del deudor de colaborar con el experto designado por el juzgado y de proporcionarle la información que éste le requiera para poder monitorizar el proceso.

3. NOMBRAMIENTO DEL EXPERTO

Artículo 224 quáter:

1. El nombramiento del experto podrá recaer en persona natural o jurídica que reúna las condiciones para ser nombrado experto en reestructuraciones o administrador concursal. La aceptación del nombramiento es voluntaria.

2. En la resolución el juez establecerá la duración del encargo y fijará al experto la retribución que considere procedente atendiendo el valor de la unidad o unidades productivas. El derecho a percibir la retribución podrá estar total o parcialmente en función del resultado.

La resolución por la que se acuerde el nombramiento del experto se mantendrá reservada.

Recibida la solicitud, el juez, el mismo día del reparto o en el día hábil siguiente, verificará si la solicitud cumple los requisitos antes indicados.

En caso afirmativo, admitirá a trámite dicha petición mediante auto y procederá al nombramiento del experto independiente, que podrá reunir las condiciones propias de experto en reestructuración (art. 674 TRLC) y/o cumplir con los requisitos para ser designado administración concursal (arts. 57 a 63 TRLC).

De adolecer la solicitud de algún defecto, se le concederá al deudor un plazo único e improrrogable de 3 días para su subsanación.

Si el experto acepta el nombramiento, la persona designada deberá aceptar el cargo en el plazo de 2 días, pudiendo hacerlo inclusive, por medios telemáticos, previa remisión al juzgado, de su seguro de responsabilidad civil o de garantía equivalente en vigor, para responder de los posibles daños que pudiera causar por el ejercicio de las funciones propias del cargo así como una declaración jurada de que no está incurso en ninguna causa de incompatibilidad, de prohibición o de recusación (art. 64, 65, 674 y 675 TRLC). Todo ello, sin perjuicio de su derecho a renunciar al cargo en cualquier momento por justa causa.

En caso de que el experto designado sea una persona jurídica, deberá designar a la persona física que la representará, quien deberá cumplimentar tal declaración jurada por sí y por su representante (art. 63 TRLC).

El deudor deberá facilitar al experto cuanta información y documentación le solicite para el correcto desempeño de su cargo.

A tal efecto, durante ese proceso preconcursal, el experto estará afectado por un

deber de confidencialidad con el deudor, salvo para el ejercicio de las labores propias del cargo, obligación que cesará en el momento de ser nombrado administración concursal.

4. DURACIÓN DEL CARGO

Habida cuenta que el deudor es quien mejor conoce la situación económica y financiera en la que se encuentra la compañía, es aconsejable que informe al juzgado del plazo que prevé para llevar a cabo esas operaciones de preparación de venta de la unidad o unidades productivas.

En todo caso:

- En insolvencia actual: la duración del cargo del experto independiente no podrá ser superior a dos meses, de conformidad con lo dispuesto en el art. 224 quinquies TRLC.
- En insolvencia inminente: la duración del cargo no podrá ser superior a tres meses, prorrogables excepcionalmente por otros dos meses más, por aplicación analógica de lo dispuesto en los Arts. 224 quinquies, 607, 683.3 y 690 TRLC.
- En probabilidad de insolvencia: la duración del cargo no podrá ser superior a tres meses, prorrogables excepcionalmente por otros tres meses más, por aplicación analógica de lo dispuesto en los Arts. 224 quinquies, 607, 683.3 y 690 TRLC.

Tanto en el supuesto de insolvencia inminente como de probabilidad de insolvencia, el deudor que considere que concurre justa causa para prorrogar el plazo para recabar ofertas, lo deberá solicitar de forma motivada al juzgado, antes de finalizar el plazo y con el informe favorable del experto,

Para acceder a esta prórroga, el deudor deberá emitir una declaración responsable que no se encuentra en insolvencia actual.

Finalizado ese proceso, el deudor que se encuentra en estado de insolvencia actual, deberá solicitar concurso de acreedores. En ningún caso, el deber de solicitar el concurso recaerá en el experto.

La declaración de concurso comportará el cese del experto, quien será nombrado entonces (de reunir los requisitos necesarios para ello) administración concursal, salvo que concurra justa causa.

También es posible que el juez, mediante auto motivado y previa audiencia, pueda cesar de forma anticipada al experto por justa causa, por ejemplo, por incompatibilidad sobrevenida para el ejercicio del cargo o por el incumplimiento grave de las obligaciones inherentes a su condición de tal.

5. FUNCIONES

El legislador le encomienda a ese experto “el recabar ofertas”, lo que abarca, a nuestro entender y sin ánimo de ser exhaustivos:

- Asistir al deudor en la preparación de las operaciones de delimitación del perímetro de la unidad productiva.
- Comprobar que el valor de la unidad productiva supera el valor de mercado de los activos individuales integrados dentro del perímetro.
- Conocer y familiarizarse con la actividad y negocio en funcionamiento.
- Verificar y supervisar que el proceso de venta es abierto, objetivo,

concurrente y transparente, pudiendo emitir recomendaciones a tal fin.

- Asistir en la búsqueda y selección de ofertas.
- Para el caso de que dentro de la unidad productiva haya bienes afectos al pago de un privilegio especial, es recomendable que el experto verifique que se ha informado de ese proceso de venta a los acreedores privilegiados (art. 224 TRLC) así como a los representantes legales de los trabajadores (art. 220 TRLC).
- Presentar al Juzgado Mercantil, un informe en el que documente cómo se ha desarrollado ese proceso de venta y cuál ha sido su resultado, indicando, en su caso, la oferta seleccionada y si la misma es acorde al valor de mercado y al interés de los acreedores.
- Emitir cuantos informes le sean requeridos por el Juzgado Mercantil.

La persona jurídica o profesional designada deberá abstenerse de realizar cualquier prestación de servicios, aún sin retribución, distinta a la encomendada por la Resolución que le designe; especialmente aquellas que puedan comprometer su imparcialidad, su objetividad e independencia objetiva y/ subjetiva.

La aceptación de dicho compromiso por parte del experto designado, se asumirá expresamente en el Acta de aceptación del cargo; y su simple infracción dará lugar a incompatibilidad para la designa posterior como administración concursal, en un eventual concurso.

El juzgado que realizó la designa será el competente para resolver las controversias que se pudieran suscitar respecto al desempeño del cargo por parte del experto.

6. RETRIBUCIÓN

Conforme al art. 224 quáter del TRLC, el juez competente para conocer del futuro concurso, en la misma resolución que nombra al experto encargado de recabar ofertas para la venta de una unidad productiva (“UP”¹), fijará su retribución en atención al valor de la UPA. La retribución se podrá hacer depender, en todo o en parte, del resultado final.

El problema al que nos enfrentamos es que la ley no ofrece criterios objetivos para fijar esa retribución, en tanto en cuanto no se apruebe el reglamento de retribuciones del experto y del administrador concursal. Así, el único régimen normativo del que disponemos es el RDL 1860/2004, que regula la retribución de la administración concursal por arancel y por fases del concurso, cuando el art. 224 ter TRLC trata de fijar una retribución “por actuaciones” y “por resultado”.

Esta Guía de Buenas Prácticas trata de establecer unos criterios orientadores para fijar esa retribución, buscando un justo equilibrio entre, por un lado, el objetivo de retribuir adecuadamente el trabajo a realizar por ese profesional, permitiéndole cubrir costes, obtener un margen de beneficio de mercado e incentivándole a conseguir que el proceso de venta tenga un resultado favorable (velando siempre por la continuidad empresarial, por los puestos de trabajo y la satisfacción de los acreedores) y, por otro, que el total de los honorarios de los profesionales que intervienen no supongan una carga excesiva para una compañía que normalmente se encuentra en una situación de dificultades económicas y financieras

RETRIBUCIÓN FIJA

¹ Las menciones que se contienen en esta Guía de la unidad productiva deben entenderse referidas a las unidades productivas (en plural), cuando se incluyan en el proceso de venta varias unidades productivas.

Aceptado el cargo, el experto deberá presentar al Juez, en el plazo de dos días hábiles, una propuesta de retribución fija, que tendrá carácter provisional.

La retribución fija **será la mayor de las cantidades obtenidas** conforme al **CÁLCULO 1** (según tamaño de la UP, atendiendo a los criterios fijados en el TRLC), o al **CÁLCULO 2** (conforme al art. 9.2 del RDL 1860/2004, por aplicación analógica del 704.7 del TRLC).

En ambos casos, los porcentajes previstos para el arancel se aplicarán sobre la masa activa, no así sobre la masa pasiva, por indicación expresa del art. 224 quáter del TRLC.

Los parámetros para fijar la retribución fija atenderán únicamente al valor de la UP que indique el deudor en su solicitud.

CÁLCULO 1: (por tamaño de empresa)

En el Texto Refundido de la Ley Concursal podemos encontrar cuatro tipos de empresas, en función del último balance y cuenta de pérdidas y ganancias, cerrados a fecha de la solicitud o, de no disponer de los mismos, de las cuentas anuales aprobadas del ejercicio anterior ²:

- **P: Microempresa (Art. 685)**
 - Haber empleado, durante el año anterior a la solicitud, una media de menos de 10 trabajadores.
 - Tener un volumen de negocio anual inferior a 700.000 euros o un pasivo inferior a 350.000 euros.

² Esta clasificación también vendría respaldada por los tipos de concursos que se describen en los artículos 61.3 y 62.3 TRLC para el nombramiento de administración concursal: **P**: Concursos pequeños; **M**: Concursos medianos; **G**: Concursos grandes y **ML**: Concursos transfronterizos.

- **M: Empresas entre P y G (Art. 682 TRLC)**
 - Número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio anterior no sea superior a 49 personas.
 - Volumen de negocios anual o balance general anual no supere los 10.000.000 €.
 - Que no esté incluido en P.

- **G: Empresas entre M y ML**
 - Número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio anterior a partir de 50 personas.
 - Volumen de negocio anual o balance general superior a 10.000.000 euros.

- **ML: cotizadas, multinacionales**
 - Cumpliendo los requisitos de las G, además son entidades cotizadas y/o multinacionales.

CÁLCULO 1.- Tabla de retribución fija:

Tamaño	Importe fijo
P	5.000
M	12.500
G	40.000
ML	100.000

Estos importes se incrementarán anualmente el 1 de enero, desde el 1 de enero de 2024, en función de la evolución que haya experimentado el IPC publicado por el Instituto Nacional de Estadística.

En el caso de que la retribución fija sea la procedente del Cálculo 1, **el abono de los honorarios del experto** deberá realizarse en los cinco días hábiles siguientes a la aceptación del cargo.

Su impago será causa justificada de renuncia del experto al trabajo encomendado.

CÁLCULO 2 (según arancel)

Será la cantidad mensual calculada conforme al art. 9.2 del RDL 1860/2004, que establece una retribución equivalente al 10% de la retribución aprobada en fase común, calculada conforme a los porcentajes del arancel sobre el valor atribuido por el deudor a la UP en su solicitud (como se ha dicho, con exclusión del pasivo), conforme al art. 224 quáter del TRLC.

En el caso de que la retribución fija sea la procedente del cálculo 2, se devengará mensualmente, debiendo el deudor abonar al experto la primera mensualidad dentro de los cinco días hábiles siguientes a la aceptación del cargo y las siguientes cantidades mensuales, a más tardar, en la misma fecha de cada mes sucesivo, durante el tiempo que se haya fijado para la duración del cargo y siempre, con un máximo de seis meses.

Su impago será causa justificada de renuncia del experto al trabajo encomendado.

Declarado el concurso, el crédito devengado y no abonado al experto por la retribución fija será considerado crédito contra la masa.

RETRIBUCIÓN DEFINITIVA

En caso de no prosperar la venta de la UP, la retribución fija adquirirá carácter definitivo.

En caso de prosperar la venta de la UP, una vez que se produzca la transmisión de los activos y pasivos que integren la UP, el experto solicitará al Juzgado la revisión de su retribución, por aplicación de la siguiente Escala, atendiendo al Valor de la UP.

Valor de la UP: *será la suma del desembolso realizado (que se ingresa en metálico en la masa activa del concurso en concepto de precio) y de los pasivos asumidos por el adquirente, ya se trate de créditos concursales o contra la masa, hasta que se produzca la transmisión de la UP. Por el contrario, no se tendrán en cuenta a la hora de calcular esa retribución los pasivos contingentes o implícitos, entendiéndose por tales, por ejemplo, en caso de subrogación de trabajadores por parte del adquirente, el ahorro de créditos para el concurso en concepto de indemnizaciones por despido.*

Valor UP hasta (€)	Importe retribución (€)	Resto de valor UP (hasta €)	Porcentaje aplicable al resto de valor
0,00	0,00	1.000.000,00	10%
1.000.000,00	100.000,00	4.000.000,00	8%
5.000.000,00	420.000,00	5.000.000,00	5%
10.000.000,00	670.000,00	10.000.000,00	2%
20.000.000,00	870.000,00	En adelante	1%

Del importe así calculado se descontará la retribución fija que hubiese percibido el experto.

En definitiva, en caso de éxito, la retribución definitiva del experto será la mayor de estas cantidades: la retribución fija o la que resulte de aplicar la Escala atendiendo al Valor de la UP.

Devengo y abono de la retribución definitiva: la retribución definitiva, que

tendrá naturaleza de crédito contra la masa, se abonará al experto en los cinco días hábiles siguientes a la transmisión de la UP.

El hecho de que la venta de la UP se lleve a cabo una vez declarado el concurso no es óbice para que se devengue la retribución correspondiente al experto, aunque tenga ahora la condición de administración concursal pues retribuye funciones diferentes, sin perjuicio de los límites que luego se indicarán.

Ahora bien, a la hora de aplicar el arancel para calcular los honorarios de la administración concursal, ésta excluirá el valor de los activos de la UP (así como de los pasivos asumidos, en su caso, con la adquisición de la misma), con independencia de la fecha en que se formalice la venta o la transmisión, excluyendo también, en su caso, la tesorería o contrapartida entrante en el concurso por su realización.

Declarado el concurso, todo lo referente a la retribución del experto se tramitará en la sección 2ª del concurso.

CRITERIOS DE MODERACIÓN

La retribución del experto podrá ser moderada por el juez, de oficio o a instancia de parte, en función del resultado obtenido y del trabajo efectivamente desempeñado por el experto, en su condición de tal.

En este sentido, en el supuesto que haya intervenido o intervenga una persona o entidad especializada durante la fase de preparación del proceso de venta anterior a la declaración de concurso, esta circunstancia será objeto de valoración por el juez a la hora de fijar la retribución del experto.

7. DEBER DE SOLICITAR CONCURSO

Artículo 224 quinquies:

El nombramiento del experto no exime al deudor del deber de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual.

Se trata de una obligación legal que sólo impera para el deudor que se encuentra en insolvencia actual (art. 5.1 TRLC), no así para el deudor en insolvencia inminente ni en probabilidad de insolvencia.

A su vez, mientras que el deudor que está en insolvencia inminente tiene la potestad de solicitar concurso, no así el deudor que está en probabilidad de insolvencia, quien tiene vetada esa posibilidad salvo que se trate de microempresas (art. 685 TRLC).

Con la solicitud de concurso, el deudor deberá acompañar, además de los documentos legalmente exigidos, el informe emitido por el experto, sea éste favorable o desfavorable.

8. SOLICITUD DE CONCURSO CON OFERTA DE COMPRA DE LA UNIDAD PRODUCTIVA TRAS UN “PREPACK”

Lo primero que conviene recordar es que el juez del concurso sólo podrá autorizar la operación de venta de la unidad o unidades productivas obtenidas con motivo del “prepack”, en el seno del concurso, pues no es sino entonces, cuando despliega la plena competencia del juez del concurso para la ejecución

universal de los bienes y derechos que integran el patrimonio del deudor, conforme a los arts. 52 y 203 del TRLC. Fuera de ese escenario concursal, si el deudor quiere vender la unidad o unidades productivas a favor de la mejor de las ofertas recibidas, podrá hacerlo, al estar en el pleno ejercicio de sus facultades de administración y disposición. Sin embargo, el adquirente no podría luego apelar a los efectos previstos en los arts. 221 y 224 del TRLC ni del art. 5 de la Directiva Comunitaria 2001/23/CE, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, pues para ello, sería necesario que la operación culmine en el marco de un proceso de insolvencia.

La siguiente duda que se plantea es si, solicitado el concurso, debemos aplicar a la solicitud de concurso con oferta de compra de la UP obtenida con motivo del “prepack”, la tramitación prevista en el art. 224 bis TRLC, siendo la respuesta en sentido negativo siempre que el informe del experto independiente sea favorable a la operación, por ser de interés para el concurso.

Somos conscientes de que el art. 224 bis TRLC se refiere a la solicitud de concurso solicitada con el deudor con venta de unidad productiva, sin distinguir según la misma se haya obtenido con la intervención y asistencia de un experto o no. Ahora bien, entendemos que dicho precepto se refiere únicamente a aquellos supuestos en los que la oferta de compra en firme de la unidad o unidades productivas se ha obtenido por el deudor por sus propios medios, sin la supervisión de un tercero que haya garantizado la transparencia y publicidad del proceso. Por tanto, es, en aquel supuesto de ausencia de supervisión de un tercero, en el que cobra sentido abrir licitación una vez declarado el concurso, habida cuenta que, hasta ese momento, no consta que se haya realizado o, al menos, no con la supervisión judicial ni control de un experto.

Es más, prueba que estamos ante dos instituciones distintas, es que están ubicadas sistemáticamente en distintas secciones. Así, el art. 224 bis TRLC está

ubicada en la subsección 3ª del capítulo III, del Título I y los artículos 225 ter a 224 septies TRLC conforman la subsección 4ª.

Asimismo, cada una de ellas presenta sus propias particularidades. Por ejemplo:

Prepack (artículo 224 ter a 224 septies TRLC)	Solicitud con VUP (art. 224 bis TRLC)
El Experto independiente puede tener la condición de experto en reestructuración o AC	Sólo AC.
Retribución: la que fije el juez en función del valor del activo. Es más, ésta se podrá condicionar, en todo o en parte, al “resultado” lo que ratifica la validez del proceso.	Arancel.
1.-Oferta con pago al contado	1.-Nada se dice
2.-Compromiso 2 años de actividad	2.-Compromiso de 3 años.
3.-Insolvencia actual/inminente/probabilidad de Insolvencia	3.-Insolvencia actual o inminente.
4.-¿Portal de liquidaciones concursales del RPC?	4.-Publicidad a través del Portal de liquidaciones concursales del RPC
5.-El adquirente no puede actuar por cuenta del deudor.	5.-Nada se dice.
6.-Adjudicación directa, con reserva.	6.-Licitación por pujas. Varios informes de la AC.
7.- ¿Es aplicable la regla de preferencia del 219?	7.-Regla de preferencia
8. ¿Aplicables arts. 214 y ss TRLC?	8.-Arts. 214 y ss TRLC.

Por tanto, la solicitud de concurso con oferta vinculante obtenida con la intervención del experto se deberá canalizar por la vía del art. 518 del TRLC, lo

que implica que, declarado el concurso, el único trámite procesal que procedería sería la de dar audiencia a las partes para alegaciones (no para nueva licitación), en especial, a los legales representantes de los trabajadores por imperativo del art. 220 TRLC y de los acreedores con privilegio especial (art. 214 y ss TRLC).

Por último, desde la experiencia acumulada durante estos últimos años de vigencia de la ley concursal, se puede afirmar, sin error a equivocarnos, que si los posibles interesados, saben que, declarado el concurso, se les dará la oportunidad de poder licitar, se abstendrán de participar en el proceso concursal previo, para no publicitar las condiciones de su oferta y que sirvan de base a otras (“ofertas liebre”) y poder ofrecer, inclusive, un precio inferior al tratarse de una empresa en concurso y, como tal, con unas necesidades acuciantes de tesorería y de dificultad para conseguir financiación externa.

En conclusión, lo que ha tratado el legislador, a la hora de introducir la figura del “prepack” es anticipar el proceso de venta de la unidad o unidades productivas a un estadio previo al concurso de tal manera que, declarado éste y tras un breve periodo de audiencia, se pueda autorizar la operación, volviendo la compañía a operar con normalidad en el mercado, obteniendo una mayor satisfacción de los acreedores y evitando la destrucción de tejido empresarial y laboral.

Por tanto, a la solicitud de concurso con oferta en firme obtenida por el trámite del art. 224 ter y siguientes, declarado el concurso, se le dará el trámite del art. 518 TRLC si el informe del experto (actual administrador concursal) es favorable a dicha operación, al ser el único legitimado para pedir autorización judicial en tal sentido, conforme al art. 204 y ss del TRLC.

En este caso, se abrirá pieza separada y se dará audiencia previa por un plazo no inferior a 3 ni superior a 10 días a las partes para alegaciones (no para nueva licitación), en especial, a los acreedores con privilegio especial y a los legales representantes de los trabajadores, si los hubiera.

Por el contrario, si el informe del experto independiente es desfavorable a dicha operación, por ejemplo:

- porque la oferta no es acorde al valor de mercado,
- porque el valor que se obtiene con la venta de la UPA es inferior a lo que se obtendría con la venta fragmentada de los activos o
- porque el deudor no ha seguido un proceso concursal, abierto y transparente, desoyendo, a tal efecto, las sugerencias efectuadas por el experto, durante el proceso de búsqueda de interesados.

En estos casos, se inadmitirá directamente la operación pues, conforme al art. 518 TRLC en relación con los arts. 204 y ss del TRLC, el único legitimado para solicitar dicha autorización judicial de venta es la administración concursal (anteriormente, el experto) por lo que, si éste se opone a la petición, carecería el deudor de legitimación activa para promoverla, sin perjuicio de volver a iniciar, en su caso, un proceso concurrente de VUP, en el seno del concurso, con las debidas garantías.