

LA IMPERIOSA NECESIDAD DE ADOPTAR MEDIDAS LABORALES EN TIEMPOS DE “PRE-PACK” CONCURSAL

El “pre-pack” es el tema de moda en los foros de derecho concursal.

Mucho se ha escrito en las últimas semanas sobre esta figura, que a día de hoy no se encuentra recogida en nuestro ordenamiento jurídico, pero que posiblemente llegue a estarlo en los próximos meses con motivo de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas.

Y todo ello con motivo de la publicación el pasado 20 de enero, por parte de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona, -siempre pioneros en este tipo de iniciativas concursales-, de unas directrices para la tramitación de esta figura procedente del derecho comparado, teniendo una gran acogida en la comunidad concursal.

¿Qué es el “pre-pack” concursal?

Para quienes no hayan oído hablar de ello, el “pre-pack” es un mecanismo que tiene por objeto la **preparación**, durante una fase previa al concurso, de la venta de una empresa que está en dificultades, o de parte de ella, permitiendo la rápida reactivación de las partes viables de la misma una vez sea declarada en concurso, evitando el cese abrupto de las actividades y preservando el valor de dicha empresa y los puestos de trabajo.

Estas actuaciones preparatorias están supervisadas por un Administrador Silente (futuro Administrador Concursal), que garantizará, mediante la emisión de un informe final, que el proceso se lleve a cabo con plenas garantías de publicidad, transparencia y libre concurrencia.

Con todo ello se busca anticipar a la fase concursal la preparación de este tipo de operaciones que, en la práctica, están fracasando en los Juzgados Mercantiles a causa de los tiempos que requiere la tramitación ordinaria de un concurso, incompatibles, o cuasi incompatibles, con el mantenimiento de la actividad de cualquier empresa.

La previsible avalancha de procedimientos concursales que se espera para los próximos meses hace necesario dotar a nuestro sistema de procedimientos ágiles y eficientes, como podría llegar a serlo el “pre-pack”, que permitan, en la medida de lo posible, salvar el máximo número de empresas -y, por lo tanto, de empleos-, de una muerte, lenta y agónica, en el tedioso proceso concursal.

Por lo que la gran acogida que han tenido las directrices publicadas por los Jueces de lo Mercantil de Barcelona está merecidamente justificada.

Duración del “pre-pack” concursal.

Procedimentalmente, el “pre-pack” concursal se iniciaría con la comunicación, por parte de una empresa que se encuentre en situación de insolvencia actual o inminente al Juzgado Mercantil competente para la declaración del concurso propio, de la voluntad de preparar operaciones de venta de activos, delimitando el perímetro de la/s unidad/es productiva/s cuya venta se pretende, que puede coincidir con toda o parte de la empresa.

Esta comunicación tendría cabida al amparo del art. 583 del Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR), y se aprovecharía para indicar qué ejecuciones se siguen contra el patrimonio del deudor, y cuáles de ellas recaen sobre bienes o derechos que se consideren necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial.

Arbitrarlo a través de este precepto permitiría al deudor obtener un valioso plazo de **tres meses**, durante el cual los acreedores no podrán iniciar acciones judiciales o extrajudiciales contra los bienes y derechos que se integren en su patrimonio. Y, además, conllevaría la suspensión de las ejecuciones que ya estuvieran iniciadas.

A excepción, como no, de los acreedores de derecho público y aquellos que ostenten una garantía real sobre un bien que no sea necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor.

En la práctica, estos tres meses se convertirán en cuatro, al añadirse el mes hábil siguiente que tiene el deudor para solicitar la declaración de concurso. Tiempo durante el cual la empresa en dificultades puede preparar la venta de la unidad productiva bajo

la supervisión de un Administrador Silente nombrado por el Juez del futuro concurso de acreedores que se declare.

La venta de la unidad productiva tras el “pre-pack” concursal.

Una vez finalizada la fase de “pre-pack”, la empresa en dificultades, siguiendo lo dispuesto en el art. 530 del TRLC, presentará escrito de solicitud de concurso acompañado de un Plan de Liquidación que contenga la propuesta de venta de la unidad productiva, al cual se adjuntará el informe del Administrador Silente.

En el propio Auto de declaración de concurso se dará traslado a las partes de dicha propuesta de venta para alegaciones. Posteriormente, se emplazará al Administrador Concursal (anterior Administrador Silente) para que presente informe sobre el Plan de Liquidación y, al día siguiente, el Juez del concurso dictara Auto aprobando o denegando las operaciones de venta propuestas.

Esta venta, al materializarse ya dentro de un procedimiento concursal, de conformidad con lo prescrito por el art. 224 del TRLC, no llevará aparejada la obligación de pago de los créditos no satisfechos por la empresa concursada. Lo que convierte en sumamente atractiva la compra de una entidad viable económicamente que atraviese dificultades financieras.

Quedan al margen de esta exoneración los supuestos en los que se declare la existencia de sucesión de empresa, en cuyo caso el comprador sí que deberá asumir el pago de los créditos laborales y de Seguridad Social pendientes.

Cierto es que el citado precepto del TRLC, como excepción a lo anterior, prevé la posibilidad de que el Juez de concurso pueda acordar, incluso, la no subrogación de adquirente en todos o parte de los créditos salariales o de indemnizaciones pendientes de pago, que serán asumidos por el Fondo de Garantía Salarial.

Sin embargo, ello no es aplicable en el marco de una operación de transmisión de la unidad productiva que haya tenido lugar en el contexto de un “pre-pack” preparado con anterioridad a la declaración de concurso y ejecutado inmediatamente después.

Así lo ha entendido la Sala Tercera del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 22 de junio de 2017, en la que hace las siguientes consideraciones:

- Una operación de “pre-pack” no tiene por objeto la liquidación de los bienes de la empresa, sino que persigue la continuación de la actividad mediante la salvaguarda del carácter operativo de la empresa o de sus partes viables.
- Una operación de “pre-pack” no se lleva a cabo bajo la supervisión de una autoridad pública, puesto que el Administrador Silente no tiene formalmente ningún poder.
- Una operación de “pre-pack”, por lo tanto, no cumple con todos los requisitos establecidos en el art. 5 de la Directiva 2001/23 y, por lo tanto, no puede suponer una excepción al régimen de protección a los trabajadores regulado en los artículos 3 y 4 de la citada Directiva.
- Una operación de “pre-pack”, consecuentemente, conllevará la subrogación del adquirente en todos los créditos laborales y de Seguridad Social pendientes de pago.

Propuesta laboral para desarrollar conjuntamente con el “pre-pack” concursal.

Así pues, cualquier empresa que desee adquirir una unidad productiva en el marco de una operación de “pre-pack”, debe tener muy en cuenta esta subrogación en los créditos laborales y de Seguridad Social. Cuestión que determinará, en muchos casos, el carácter viable o inviable de la operación.

No podemos obviar que, en la actualidad, la mayoría de las plantillas están artificialmente sobredimensionadas como consecuencia de las prórrogas de los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo, la amenaza de las consecuencias del incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo, y la mal llamada “prohibición de despedir”.

Lo que, sin duda, constituirá un lastre en este tipo de operaciones, pues será difícil encontrar inversores que estén dispuestos a adquirir una unidad productiva subrogándose en una cantidad excesiva de contratos de trabajo y deudas laborales y/o de Seguridad Social.

Por ello entiendo imprescindible, en la mayoría de los casos, compaginar durante la etapa “pre-pack” las actuaciones de preparación de las operaciones de venta (publicidad del proceso, acceso a la información para los interesados, garantía de competencia real, recepción de ofertas, ...), con la adopción de las medidas necesarias de carácter colectivo que permitan adaptar la plantilla de la empresa, o de la unidad productiva que se transmita, a las necesidades reales.

Hacerlo en este momento permitirá a la empresa deudora

- Poner en el mercado una unidad productiva atractiva, apta para generar beneficios desde el primer momento, puesto que los recursos laborales que emplea se corresponden con el volumen de actividad que genera.
- Ofrecer certidumbre, pues cualquier inversor sabrá, antes de hacer la oferta, cuál es el coste laboral que debe asumir. Algo que no podría cuantificar con exactitud si la medida colectiva la tuviera que tomar él.
- Asumir todo el desgaste que conlleva un procedimiento colectivo en términos de imagen, conflictividad laboral, recursos, ..., pudiendo liberar de esa parte, sin duda desagradable, al ofertante.
- Reducir el coste económico de las medidas colectivas, pues, evidentemente, no es lo mismo negociar con una empresa en situación pre concursal que con una empresa saneada. El nivel de sacrificio de los trabajadores probablemente será mayor si la alternativa a la venta de la unidad productiva es la liquidación de la empresa y el Fondo de Garantía Salarial.

En el caso en el que el procedimiento de carácter colectivo finalice con Acuerdo, que puede perfectamente contemplar medidas alternativas al despido como la modificación sustancial de contratos, traslados, suspensiones y reducciones de jornada, jubilaciones anticipadas, ..., éste se acompañaría al escrito de solicitud de concurso.

El Juez del concurso, al mismo tiempo que dicte el Auto de declaración de concurso, aprobará mediante un Auto diferente el Acuerdo alcanzado entre la empresa y la Representación Legal de los Trabajadores (RLT).

De este modo, la venta de la unidad productiva tendrá lugar con la plantilla ajustada y, sobre todo, el coste laboral determinado.

Para el caso en que el procedimiento colectivo finalizase sin acuerdo, de conformidad con el art. 182 del TRLC, el Juez dará plazo de tres días a la RLT para que formule alegaciones y, posteriormente, resolverá. Siempre antes de dictarse el Auto autorizando la venta de la unidad productiva, para tener predeterminado el coste laboral.

No estimo necesario, en ninguno de los casos, recabar informe de la Autoridad Laboral, pues ya tuvo tiempo de intervenir, si deseó hacerlo, en la fase “pre-pack”.

Propongo que la decisión modificativa o extintiva de los contratos tenga lugar dentro del concurso, y no antes, para dotar así de mayor seguridad jurídica al futuro adquirente en el momento de formalizar la adquisición de la unidad productiva.

Modificaciones legales de carácter laboral imprescindibles para hacer viable un “pre-pack” concursal atractivo, que cumpla con su objetivo de “salvar” empresas en los próximos meses.

Nada de lo anterior será posible si se mantiene la vigencia de la “prohibición de despedir” por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción derivadas de la pandemia, especialmente para las empresas que soliciten un “pre-pack” concursal.

Tampoco lo será si no se permite expresamente, aunque sea con carácter excepcional y estrictamente dentro del marco de un procedimiento como el que nos ocupa, fundamentar el Expediente de Regulación de Empleo en las mismas causas que motivaron, en su momento, la aprobación de un Expediente de Regulación Temporal de Empleo.

La probable nulidad con la que los Tribunales sancionarían estas medidas colectivas de reajuste de plantillas impedirá en la práctica que se lleven a cabo por el deudor, lo cual ahuyentará a eventuales compradores que no estarán dispuestos en subrogarse en una carga laboral elevada y, sobre todo, incierta.

Otro tanto sucede con el compromiso de mantenimiento del empleo, la archifamosa Disposición Adicional Sexta del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

La Disposición Final Tercera del Real Decreto Ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo, en su apartado cuarto, indica que no será de aplicación el compromiso de mantenimiento del empleo en aquellas empresas que se encuentren en riesgo de concurso de acreedores en los términos del art. 5.2 de la Ley Concursal (ahora TRLC).

Dicho precepto, en relación con el art. 14 del TRLC, dispone que el deudor se encontrará en situación de insolvencia cuando se den una serie de hechos: declaración administrativa o judicial de insolvencia, existencia de despacho de ejecución o apremio sin que se hayan encontrado bienes, existencia de embargos judiciales que afectan de forma generalizada al deudor, o cualquier otro revelador del citado estado de insolvencia.

Recordemos, sin embargo, que el “pre-pack” concursal, de conformidad con el art. 583 del TRLC, puede presentarse tanto en situación de insolvencia actual como de insolvencia inminente.

Este segundo supuesto quedaría, por lo tanto, fuera de la excepción al compromiso de mantenimiento del empleo. Y, por lo tanto, al operar la subrogación de deudas de Seguridad Social con la venta de la unidad productiva, tanto el deudor como el potencial inversor verían impedida la realización de los ajustes de plantilla necesarios para adecuar los recursos laborales de la empresa a la actividad de estos tiempos, por el miedo a verse sancionados con la devolución de una suma ingente cuantía de dinero.

Las referidas medidas de protección de los trabajadores deberían dejar de tener virtualidad en el seno de un procedimiento como el que nos ocupa pues, de lo contrario, abocaremos a un gran número de empresas a la liquidación, desperdiciando la oportunidad de salvar la parte de las mismas que sea viable económicamente a través de un “pre-pack concursal”.

Sin perjuicio de lo anterior, que resulta irrenunciable, quiero apuntar que el marco previo a la transmisión de una empresa o parte de ella es idóneo para que los operadores jurídicos seamos creativos, y potenciemos medidas de modificación sustancial de los contratos sobre las extinciones, aportando de ese modo nuestro grano de arena en la conservación de empleo.

El “pre-pack” concursal es un mecanismo esperanzador. Pero no podemos desconocer que, para que funcione, precisa de que seamos capaces de ofrecer al mercado un producto atractivo. Y ello, imperiosamente, por razón de la subrogación de obligaciones laborales y de Seguridad Social, pasa por sanear la empresa que se va a ofrecer, y ajustar las plantillas, en número y tipología, a las necesidades actuales del mercado.

Javier Gutiérrez Bernal

Director del Área Laboral y Concursal – MA Abogados Mallorca

J.gutierrez@maabogados.com

+34 97 171 11 65