

AL JUZGADO DE LO MERCANTIL N° 1 DE PONTEVEDRA

D^a. XIANA PEREZ VAZQUEZ, Procuradora de los Tribunales y de **PESCANOVA, S.A.** (“**PESCANOVA**”), conforme tengo acreditado en el procedimiento de referencia, ante el Juzgado comparezco y, como mejor proceda en Derecho, DIGO:

1º.- Que en fecha 26 de abril de 2013 se nos ha dado traslado del Auto de declaración de concurso de mi mandante, de fecha 25 de abril que, entre otros pronunciamientos, acuerda la suspensión de las facultades de administración y disposición del Consejo de Administración de Pescanova.

2º.- Que, considerando dicho pronunciamiento gravemente lesivo para los intereses de Pescanova, por medio del presente escrito formulo, en tiempo y forma, RECURSO DE REPOSICIÓN, al amparo de lo dispuesto en el artículo 197.3 de la Ley Concursal (“LC”) en relación con los artículos 451 y siguientes de la LEC, con base en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO

PRELIMINAR.- EXPOSICIÓN SUCINTA DE LOS MOTIVOS DEL PRESENTE RECURSO

1. La resolución recurrida, al disponer la aplicación a PESCANOVA, del régimen de suspensión de facultades de administración y disposición de sus administradores, infringe el artículo 40, en sus apartados 1 y 3, de la Ley Concursal (“LC”), dicho sea con todo el respeto al Juzgado y en estrictos términos de defensa, en cuanto que:
 - (a) **La resolución no valora adecuadamente las gravísimas consecuencias que resultarán de la drástica decisión de suspender las facultades de administración y disposición de los actuales administradores de PESCANOVA**, encomendando a la CNMV la imposible tarea de gestionar, a través de un consultor (dicho sea con el mayor respeto a la entidad pública y a Deloitte, designado, al parecer, por la primera), un grupo de la dimensión y complejidad de PESCANOVA; tarea que exige la posesión no ya solo de conocimientos especializados sino de una experiencia cualificada y un perfecto dominio de los detalles de la estructura, actividad y negocio del Grupo, que no

son accesibles en modo alguno a los designados, en el breve plazo que sería necesario para que la gestión de la concursada no quede desastrosamente interrumpida.

- (b) **La decisión interferirá, en consecuencia, en la continuidad de la actividad empresarial de PESCANOVA**, haciendo imposible su viabilidad y, en definitiva, la aprobación de un convenio, abocándola a la segura liquidación (con gravísimo quebranto de los intereses de los acreedores, accionistas y trabajadores de la sociedad).
- (c) La resolución recurrida es, por ello, gravemente lesiva para la Sociedad, para sus acreedores, accionistas y trabajadores y para la propia administración concursal designada (la CNMV), que asumirá la inabordable responsabilidad moral y jurídica de asegurar la protección de los intereses afectados, mediante la continuidad de la actividad de la concursada y de su grupo.
- (d) Las circunstancias esgrimidas en el auto recurrido para fundar la decisión no han sido debidamente valoradas por el Juzgado al que tenemos el honor de dirigirnos.
- (e) Las circunstancias reseñadas en el auto recurrido como fundamento de la decisión no son indicadores de riesgo, en el sentido prevenido en el artículo 40.3 de la LC,

2. El desarrollo de los anteriores fundamentos se hará en tres Motivos, que guardan la siguiente estructura:

- (a) En el Motivo Primero se expondrá el régimen de los artículos 40.1 y 40.3 de la LC que se denuncia infringido.
- (b) En el Motivo Segundo nos referiremos a los devastadores efectos que la decisión adoptada tendrá en la continuidad del negocio de la compañía (par. 2, (a), (b) y (c)), alegando como infringido el párrafo 1º del art. 43 de la LC y nuestro derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24.1 de la Constitución, que se concreta, en el caso en el derecho del concursado obtener una respuesta judicial coherente con el principio de conservación de la empresa, a nuestra solicitud de concurso “voluntario”.
- (c) En el Motivo Tercero justificamos nuestra alegación de que el Juzgado no ha valorado adecuadamente las circunstancias que fundan su decisión, y también que tales circunstancias no son indicativas de riesgo, en el sentido del artículo 40.3 de la LC.

PROCESALES.- IMPUGNABILIDAD DE LA RESOLUCIÓN Y LEGITIMACIÓN DE PESCANOVA

3. Conforme a lo dispuesto en el artículo 197.3 LC, el auto de 25 de abril de 2013 es susceptible de ser recurrido en reposición, tal y como se especifica expresamente en el pie del mismo.
4. A efectos de lo prevenido en el artículo 452 de la LEC, se señala que el Auto recurrido infringe el artículo 40 LC. Adicionalmente, nos remitimos a nuestras posteriores alegaciones de fondo, sin perjuicio de que se ha de tener presente que la jurisprudencia ha venido indicando que la reposición puede interponerse por motivos de forma o de fondo, de manera que en el caso de que se impugnara por motivos de fondo era inútil citar el precepto procesal, entendiéndose que no había obligación de citar normas procesales que no habían sido vulneradas (STC 162/1990, de 22 de octubre [RTC 1990, 162]); en este sentido, la jurisprudencia ha reiterado que la cita de un precepto constitucional, como es el art. 24 CE (RCL 1978, 2836) referido a la tutela efectiva, es suficiente para fundamentar cualquier recurso en cuanto se alega indefensión (vid. Jurisprudencia ATS 10 abril 2003 [RJ 2003, 3855]).
5. La legitimación de esta parte para recurrir el citado Auto viene establecida en el artículo 48.3 LC que, recordemos, establece que, con independencia de cuál sean los efectos del concurso sobre el deudor, sus administradores continuarán con la representación de la entidad dentro del concurso.
6. En relación con el plazo, son aplicables los artículos 20.4 y 197.2 de la LC, en relación con el 452 de la LEC.

PRIMERO.- SOBRE LA ERRÓNEA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 40 LC POR LA RESOLUCIÓN RECURRIDA

1. Consideraciones previas sobre el régimen de limitación de facultades de administración y disposición del deudor concursado que establece el artículo 40 de la Ley Concursal

7. El auto recurrido se fundamenta en la regla especial contenida en el apartado 3 del artículo 40 de la Ley Concursal, que (como excepción a las reglas generales formuladas en los anteriores apartados del mismo precepto) faculta al Juez para acordar el régimen de suspensión en caso de concurso voluntario, disponiendo que “*deberá motivarse el acuerdo señalando los riesgos que se pretenden evitar y las ventajas que se quieran obtener.*”

8. La doctrina ha destacado que la limitación de las facultades patrimoniales del deudor que el artículo 40 LC en sus distintas reglas formula *se orienta exclusivamente a la protección de los intereses de los acreedores*¹. Como señala Bercovitz², las limitaciones en las facultades de administrar y disponer del concursado constituyen un mecanismo al servicio de la mejor gestión posible del patrimonio del concursado (art. 43), así como de la mayor satisfacción posible de los acreedores.
9. Por contra, **el régimen de limitación de facultades no tiene carácter punitivo: en ningún caso la aplicación del artículo 40 LC pretende sancionar al concursado**³. Así lo confirma, inequívocamente, la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, al señalar, de un lado, que la Ley suprime los efectos que tienen un carácter represivo de la insolvencia y, de otro, que la inhabilitación se reserva en la Ley para los casos de calificación del concurso como culpable; precisando, en esta línea, que la intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer *tiene, pues, como único fin conservar el patrimonio del deudor insolvente para pagar a sus acreedores*; esto es, asegurar el resultado de un procedimiento que persigue la satisfacción de los acreedores mediante la celebración de un convenio o la liquidación de la masa activa y el reparto del producto entre ellos de acuerdo con el orden legal de distribución. Así se deduce también claramente de la circunstancia de que la intervención y la suspensión se configuren no como limitaciones personales al concursado, sino como limitaciones que recae sobre sus bienes y que le afectan únicamente en cuanto titular de los mismos⁴.
10. La **intervención** es el régimen de limitación que constituye la regla general en el concurso voluntario (art. 40.1 LC). Se trata, como se ha señalado doctrinalmente, de un régimen que *beneficia tanto al deudor como a los acreedores*⁵: al deudor *porque aumenta las posibilidades de que el concurso termine sin liquidación. A los acreedores, porque evitar la liquidación es también de su máximo interés*: la liquidación del patrimonio de la concursada, mediante la ineficiente y gravosa venta de sus activos en el seno del procedimiento concursal (*piecemeal sale*) conduce a una completa destrucción del valor de empresa en funcionamiento (*ongoing concern value*), como la experiencia sobre los procedimientos concursales liquidativos en España ha puesto de manifiesto con toda

¹ A. Martínez Flores, en «Comentario de la Ley Concursal», Rojo-Beltran, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pág. 777. En el mismo sentido: Cordón Moreno, F.: «Comentarios a la Ley Concursal», Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 494.

² Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: «Comentarios a la Ley Concursal», Volumen I, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 360.

³ Martínez, ob. cit., ibidem.

⁴ Martínez, ob. cit., ibidem.

⁵ Martínez, ob. cit., ibidem.

contundencia. Por ello, se asume pacíficamente que será conveniente acordar el régimen de intervención, y no otro, cuando la continuación de la actividad que venía ejerciendo el concursado parezca necesaria o conveniente para incrementar el grado de satisfacción de los acreedores y esa continuación parezca imposible o difícil si la colaboración constante del deudor (p. ej. por tratarse de una actividad muy cualificada que difícilmente podrá ser realizada por otra persona), como es justamente el caso que nos ocupa.

11. Se ha apuntado también⁶ que la intervención contribuye a evitar ***el fracaso del concurso y la ruinosa liquidación de los activos de la empresa concursada porque el conocimiento del deudor será mayor que el de las personas que fueran a sustituirle***, con el consiguiente ahorro de tiempo y de dinero que pudiera exigir la familiarización de la administración concursal con la actividad que venía desarrollando el deudor. Sobre todo cuando la actividad desarrollada por el deudor es compleja y altamente especializada (circunstancia que concurre, sin la menor duda, en el caso de autos)⁷.
12. Además, se añade⁸ que como las funciones encomendadas a la administración concursal será normalmente menores en caso de intervención, **la retribución que haya de satisfacerse con cargo a la masa podrá ser también menor lo que redundará en beneficio de los acreedores concursales**.
13. En definitiva, la decisión judicial sobre qué régimen de limitación de facultades de administración y disposición del deudor ha de regir **en cada caso debe efectuar una ponderada valoración de las distintas alternativas que puedan presentarse para la satisfacción de los acreedores**, y valorar circunstancias tales como que el deudor que solicita su propio concurso presente al mismo tiempo una propuesta anticipada de convenio en la que se proponga una quita inferior a un tercio de los créditos⁹ o manifieste su valoración favorable a la viabilidad de la empresa¹⁰ (porque en tal caso el juez tendrá en cuenta que la sustitución del deudor puede ser un obstáculo para alcanzar el convenio o para su cumplimiento, cuando el convenio sería quizá más favorable para los acreedores que la liquidación del patrimonio del deudor).

⁶ Martínez, ob. cit., ibidem.

⁷ Colino Mediavilla, J.L. “Comentarios a la Ley Concursal”, dirigidos por Pulgar Ezquerra, J., Alonso Ureba, A., Alonso Ledesma, C. y Alcovber Garau, G., Tomo I, Madrid, 2004, 598, que se refiere al conocimiento del deudor de su patrimonio y su capacidad de gestionarlo.

⁸ Martínez, ob. cit., ibidem.

⁹ Martínez, ob. cit., ibidem.

¹⁰ Colino Mediavilla, ob. Cit., pág. 599.

2. La plasmación de los anteriores principios y consideraciones en la aplicación judicial de la Ley Concursal

14. La práctica judicial se ha hecho eco de las anteriores opiniones doctrinales.
15. Como señala Moreno Serrano¹¹, el margen de discrecionalidad que se le ofrece al Juez para modificar, fundadamente, la correlación entre concurso voluntario-intervención y concurso necesario-suspensión *se justifica en la idea de propiciarle un instrumento jurídico que le permita adoptar en cada momento la medida que mejor se adecúe, a su entender, para la consecución de los objetivos de conservación o de liquidación a los que vaya dirigido el concreto procedimiento concursal.*
16. El anterior autor apunta también *la absoluta excepcionalidad de la alteración de la correlación entre concurso voluntario y régimen de intervención*¹².
17. Como ha dicho el AJMER núm. 3 de Barcelona de 30 de diciembre de 2004 (JUR 2006, 299856):

"cualquier modificación de los órganos de dirección, representación y gestión de una sociedad mercantil declarada en concurso genera cierta inquietud y abre un periodo de tiempo durante el "traspaso de poderes" que puede afectar a la gestión cotidiana de la sociedad. Evidentemente la ley concursal apuesta porque la declaración de concurso no interfieran la actividad empresarial de la concursada, ni los administradores del concurso ni el juzgado puede interferir -en principio -en el normal desarrollo de las decisiones de los órganos societarios y de sus accionistas, ni pueden alterar el jugo de mayorías y minorías que deben presidir el funcionamiento de una entidad jurídica."

18. Un elemento de hecho que presentan algunas resoluciones judiciales que analiza el autor citado, como causa de ruptura de la correlación concurso necesario-régimen de suspensión, se refiere a la *naturaleza de la actividad desempeñada por la sociedad concursada*. Así, el AJMER núm. 5 de Madrid de 11 de enero de 2007 (La Ley 6/2007) (11) (concurso de Air Madrid) *consideró la complejidad del negocio aéreo como uno de los motivos para declarar aplicable el régimen de intervención, pese a que el concurso era necesario*. La misma circunstancia (la especialidad y complejidad del negocio de la concursada) tuvo en cuenta el AJMER núm. 1 de Las Palmas de 5 de noviembre de 2004 (concurso de la U. D.

¹¹ Moreno Serrano, Enrique: «La aplicación del art. 40 lc en la jurisprudencia (la intervención o suspensión de las facultades patrimoniales del órgano de administración de las sociedades de capital en concurso)», Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, N° 8, Sección Comunicaciones, Primer semestre de 2008, pág. 33, Editorial LA LEY

¹² Moreno Serrano, ob. cit.: «El análisis de las Resoluciones judiciales analizadas para este trabajo anticipa una primera conclusión relevante: son excepcionales los casos en los que nuestros Tribunales se han apartado de las reglas de correlación.

Las Palmas, S.A.D.) para disociar el binomio concurso necesario-suspensión: *«La actividad de la entidad concursada, dada su naturaleza fundamentalmente deportiva, centrada, además, en un deporte altamente profesionalizado como es el fútbol, presenta una serie de especialidades y peculiaridades que exceden de las habituales en otras empresas y sociedades mercantiles».*

3. Conclusiones que resultan de la anterior exposición del régimen del art. 40.3 LC

19. De las consideraciones hasta ahora efectuadas resultan de manera evidente varias conclusiones:
- (a) que ciertamente el juez puede acordar la inversión de los regímenes delimitación, acordando la suspensión en caso de concurso voluntario o la mera intervención en caso de concurso necesario, pero tal disposición tiene carácter excepcional ("*no obstante lo dispuesto en los apartados anteriores*");
 - (b) que la medida excepcional de aplicación del régimen de suspensión en un supuesto de concurso voluntario debe ser motivada, *valorando los riesgos de la medida adoptada y las ventajas que con la misma pretenden obtenerse* («deberá motivarse el acuerdo señalando los riesgos que se pretenden evitar y las ventajas que se pretenden obtener»),
 - (c) que la decisión judicial sobre el régimen de limitación de las facultades patrimoniales del deudor tiene como único fin conservar el patrimonio del deudor insolvente para pagar a sus acreedores, finalidad primaria del concurso de acreedores, atendiendo en lo posible, y en cuanto sea compatible con el anterior objetivo, la protección de otros intereses legítimos (accionistas, trabajadores)
 - (d) *que la decisión judicial no puede tener nunca la función de sancionar al concursado*, por la evidente razón de que en la Ley Concursal existen otros mecanismos para la represión de las conductas del concursado no ajustadas a la ley, *cuya aplicación requiere el conocimiento completo de los hechos y antecedentes del concurso*, que nunca podría tener el juez a partir de la mera consideración de los documentos presentados con la solicitud de concurso, y
 - (e) que el régimen de intervención favorece la continuidad de las actividades del deudor y *aumenta las posibilidades de que el concurso termine sin liquidación*, porque usualmente es el deudor el que está en mejor posición para tomar las decisiones que demanda la continuidad de la actividad de la compañía, sobre todo cuando se trata de una actividad especializada; todo lo cual resulta de importancia especialmente crítica

cuando la satisfacción de los derechos de los acreedores y de los demás interesados en el concurso (singularmente, los trabajadores) demanda imperiosamente esa continuidad.

4. Aplicación al caso de las anteriores consideraciones: el auto infringe el régimen del artículo 40 LC al adoptar una decisión errónea y gravemente lesiva para los intereses del concurso

20. Aplicando las consideraciones generales anteriores al caso de autos, resulta que **la resolución recurrida es errónea y gravemente lesiva para los intereses del concurso de PESCANOVA**, sea dicho lo anterior con el máximo respeto al Juzgado y en estrictos términos de defensa, y ello por las razones siguientes (que aquí sintetizamos y que serán objeto de desarrollo en los apartados posteriores de este recurso):

(d) En primer lugar, y de manera esencial, porque, si el artículo 40. 3 de la Ley Concursal ordena tener en cuenta, en la determinación del régimen de limitación de facultades del deudor, *«los riesgos que se pretendan evitar y las ventajas que se quieran obtener»*, el Juzgado ***no ha tomado en consideración el gravísimo riesgo de interrupción en la continuidad del negocio de la compañía y la consiguiente imposibilidad de asegurar la viabilidad de PESCANOVA mediante un convenio con sus acreedores***, evitando la posibilidad de una liquidación que sería ruinoso para todos los intereses afectados (los de los acreedores y los trabajadores de la concursada, y también los de los accionistas).

La decisión del juzgado, al apartar de forma inmediata a los actuales administradores de PESCANOVA del ejercicio de las facultades de administración y disposición, ha dejado ya descabezada a la matriz de un vasto y complejo grupo de sociedades multinacional, con presencia en los cinco continentes, lo que agrava aún más si cabe la complejidad de su gestión y toma de decisiones, y que exige una actividad y un conocimiento altamente especializado, dejando en suspenso su gestión ordinaria (interrumpiendo, en realidad, dicha gestión), **sin quizá ponderar debidamente las deletéreas e irreversibles consecuencias que puede ocasionar esta decisión.**

(e) En segundo lugar, los elementos de riesgo apuntados en el auto ni son circunstancias relevantes en la aplicación del artículo 40 de la LC ni han sido debidamente valoradas por el Juzgado (nuevamente, dicho sea en términos de defensa y con el debido respeto).

21. Nos referiremos a ambas cuestiones, por el orden en que han sido enunciadas.

SEGUNDO.- SOBRE LA GRAVÍSIMA PERTURBACIÓN QUE EN LA CONTINUIDAD DEL NEGOCIO DE PESCANOVA Y EN LA POSIBILIDAD DE LOGRAR UNA SOLUCIÓN DE CONVENIO EN EL CONCURSO PUEDE CAUSAR EL MANTENIMIENTO DE LA DECISIÓN RECURRIDA

1. **La gravísima consecuencia de la decisión adoptada: la ruptura de la continuidad de la gestión de la compañía**
22. Como antes quedó señalado, **el error principal de la resolución recurrida, dicho sea con el máximo respeto y en términos estrictos de defensa radica en no haber valorado adecuadamente las gravísimas consecuencias dimanantes de la drástica decisión de apartar a los administradores de la sociedad** el ejercicio de sus funciones, dejando descabezado un grupo de la complejidad de PESCANOVA, poniendo en situación de serio riesgo su continuidad y la posibilidad de asegurar la viabilidad del grupo sobre la base de la aprobación de un convenio con sus acreedores.
23. Hemos de recordar aquí que conforme a la exposición de motivos de la LC :

"La ley limita los efectos de la declaración de concurso, reduciéndolos, con un sentido funcional, a aquellos que benefician la normal tramitación del procedimiento y, en la medida en que ésta lo exija, confiriendo al juez la potestad de graduarlos y de adecuarlos a las circunstancias concretas de cada caso"
24. Pudiendo leer igualmente en dicha Exposición de Motivos:

"La finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado puede cumplirse a través de un convenio, a cuya propuesta se acompañará un plan de viabilidad. Aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede ser instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no sólo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses"
25. Este principio "conservativo" se positiviza en el art. 43.1 LC y resulta, consiguientemente, un núcleo esencial del conjunto normativo, del que derivan para el concursado, como es lógico, un conjunto de obligaciones, pero también un conjunto de derechos que integran en el caso su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, dentro del que, sin duda, consideramos se incluye el evitar que una decisión judicial, aun cuando cumpla formalmente con los requisitos de motivación exigibles –sobre los cuales no resulta oportuno tratar en este motivo– propicie de forma ineludible la absoluta parálisis de todo el grupo empresarial PESCANOVA. Eso es precisamente lo que queremos evitar y hacer ver al Juzgado.
26. **La complejidad de la empresa** - con abundantes ramificaciones internaciones, tal y como a SS^a consta -y las inherentes especialidades técnicas en materia de eficaz gestión que ello

implica, deben hacer ver la absoluta inconveniencia, dicho sea con los debidos respetos, de que se haya adoptado la medida de suspensión del órgano de administración que recurrimos.

27. Efectivamente, tal y como podemos leer en el auto del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 3 de diciembre de 2004:

"Evidentemente la Ley concursal apuesta porque la declaración de concurso no interfiera en la actividad empresarial de la concursada, ni los administradores del concurso ni el juzgado puede interferir - en principio - en el normal desarrollo de las decisiones de los órganos societarios y de sus accionistas, ni pueden alterar el juego de mayorías y minorías que deben presidir el funcionamiento de una entidad jurídica"

28. **Ese “principio” de “no interferencia” se ha alterado en el caso** –insistimos que no es objeto de este motivo cuestionar en detalle la motivación que ha llevado a ello– pero sí, insistimos, poner de manifiesto lo que se nos aparecen como evidentes e indeseable consecuencias: **la parálisis, la desorganización, la pérdida de valor, la desintegración, el caos y, en definitiva el perjuicio para la empresa, y como tal, para sus trabajadores y sus acreedores.**

29. Podemos citar en la misma línea el auto del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Bilbao, de 22 de enero de 2007, conforme al cual:

"La regla, y la excepción, en punto a conservación de las facultades de administración de los concursados se basa en su funcionalidad, de cara al principio de continuidad empresarial, y en la presunción de las posibilidades convencionales, que se entienden por indicios mayores en el concurso voluntario respecto del necesario."

30. La decisión del Juzgado en absoluto se nos presenta como “funcional” en orden a propiciar el mencionado principio de “continuidad empresarial”: **aboca a la concursada prácticamente a una segura liquidación, con gravísimo daño de todos los intereses afectados, por lo que dejamos solicitada su reconsideración**, puesto que solo en el marco de una situación de mera intervención, con el consiguiente establecimiento de unas coordenadas de legal y leal colaboración y coordinación con la Administración Concursal, podrá garantizarse la continuidad de la empresa, que, en otro casos se verá abocada a una situación de deriva, cuyo indeseable e indefectible resultado es fácil predecir.

31. **En este punto, es necesario reiterar que la continuidad del negocio de Pescanova es absolutamente crítica para asegurar la preservación de los derechos de sus acreedores, accionistas y trabajadores.** Si, en general, como hemos señalado en el motivo primero del presente recurso, la liquidación del patrimonio de la concursada, mediante la ineficiente y

gravosa venta de sus activos en el seno del procedimiento concursal (*piecemeal sale*) conduce a una la completa destrucción del valor de empresa en funcionamiento (*ongoing concern value*), y es una forma ineficiente de asignación del valor de la empresa concursada a los distintos interesados, en el caso de PESCANOVA esto es particularmente aplicable.

2. La decisión adoptada es negativa para la propia Sociedad y sus filiales

32. Seguramente se habrá hecho el Juzgado cabal conocimiento de la estructura y envergadura del grupo empresarial, de que el ámbito de sustitución del órgano de gobierno afecta a la concursada y a todas y cada una de las filiales en donde es Pescanova administradora única o tiene control.
33. No habrá que repetir lo que ya consta en la memoria, pero no parece ocioso recordar aquí que ***PESCANOVA es un grupo de una extraordinaria complejidad que desarrolla una actividad altamente especializada.*** Basta leer algunos detalles de esa Memoria:
 - (a) PESCANOVA y sus filiales integran el primer grupo pesquero a nivel europeo y se encuentra entre los 10 mayores grupos del sector a nivel mundial.
 - (b) PESCANOVA es la cabecera de un grupo formado por más de 160 empresas, en todo el mundo, entre sociedades que dependen directamente y en su totalidad, filiales y empresas subsidiarias, sociedades participadas y uniones estratégicas.
 - (c) Está presente en más de 25 países, en los 5 continentes.
 - (d) La Compañía cuenta con más de 90 barcos, cerca de 50 instalaciones de acuicultura, más de 30 plantas de procesamiento, procesa más de 70 especies marinas, vende con 16 marcas comerciales propias.
 - (e) En el momento actual, el grupo emplea a más de 10.000 personas a nivel mundial y más de 1.500 en Galicia.
34. **Un Grupo de esta enorme dimensión y complejidad demanda la adopción de decisiones diarias, altamente especializadas, que exigen un conocimiento largamente experimentado del negocio** (de los productos, de los precios, de las flotas y su actividad, del trato con las autoridades y socios de los lejanos países en los que opera).
35. En tal situación, y situados en la grave responsabilidad moral y jurídica de asegurar la supervivencia de la compañía y la continuidad de su negocio,

¿Se pretende realmente que una compañía de servicios, financieros, legales, de auditoría y consultoría, gestione y administre la crisis de una gran empresa, el día a día, de las actividades pesqueras, acuícolas, de transformación, comercialización o distribución?

¿Pretende el Juzgado dar confianza a los clientes sobre que van a recibir, en tiempo y forma sus pedidos, con la sustitución del órgano de gobierno por una consultora (una extraordinaria consultora, por cierto)?

¿Pretende el Juzgado que las decisiones empresariales, estratégicas, de negocio, de comercio, las adopte Deloitte por mandato exclusivo de un órgano administrativo regulador?

¿Que gestione y negocie, en exclusiva, con las entidades financieras los acuerdos que se hayan de alcanzar para la continuidad de la actividad empresarial de las filiales?

¿Qué plasme y argumente la situación, el estado de cosas en que son posibles los desarrollos empresariales, sus necesidades, sus fundamentos?

36. En la misma línea, **¿de verdad se estima posible la preparación de un plan de viabilidad, por una administración concursal integrada por un consultor/auditor, bajo el mandato de la CNMV?** ¿Quién y bajo qué hipótesis, y con qué conocimiento de la compañía y su negocio, se encargará de elaborar el plan? ¿Qué acreedores y accionistas se comprometerán en esas condiciones con el plan, en el improbable caso de que pudiera ser formulado? Nuevamente llegamos a la constatación de la misma realidad: la de que la decisión recurrida aboca a la compañía a su liquidación.

3. La decisión es negativa para la administración concursal

37. Suponemos que la propia administración concursal comulgará con nuestros criterios y le propondrá nuestra misma solicitud. No puede haber administración concursal inmediata o mediata (nos referimos a la propia CNMV) que pueda desear o asumir la responsabilidad que les atribuye; una cuestión es que la crisis tratada en sede de un procedimiento concursal sea absolutamente vigilada, controlada, tutelada por la administración concursal, e incluso, si esta observare falta de colaboración, de diligencia, de ayuda, malas prácticas, le pida la sustitución; pero otra cuestión bien distinta, es que prima facie, inaudita parte, incapacite al órgano de gobierno, privándole de la gestión, y le sustituya por una compañía consultora, que estamos seguros preferirá tener al órgano al frente de las actividades, comerciales, operativas, al frente de su personal, de sus clientes y proveedores; pues una cuestión es la crisis financiera y otra bien distinta es la crisis vital, la operativa, la de persistencia del negocio, única solución para salir de aquella y que ha de pasar, por el conocimiento, la experiencia y las relaciones, del órgano de gobierno, con proveedores, clientes, compañías

filiales, ejecutivos, que quien vaya a iniciarse como nuevo administrador no tiene, y precisará, sin duda alguna.

4. La decisión es negativa para los acreedores

38. El objetivo principal del procedimiento concursal no ha de ser otro que la satisfacción de los créditos a los acreedores, para ello marca la ley dos caminos, el convenio o la liquidación; para convenir hemos de evidenciar nuestra capacidad de repago y para lograrlo, solo hay un camino, el mantenimiento de la actividad, el desarrollo de los negocios del grupo, que persistan en mantenerse de tal modo que se pueda hacer frente a las obligaciones, que por el momento quedan en suspenso.
39. Pues bien, para que ello suceda nos parece imprescindible que la concursada y por ende su grupo, tenga un órgano de gobierno empresarial operativo, no una prestigiosa consultora, a la que flaco favor se la hace, convirtiéndola seguramente en la primera piedra de lo que entendemos se aboca a un procedimiento de liquidación, que dañará más a los acreedores. Denuncia ésta que formulamos con la mayor honestidad, solicitándole reflexión y contraste tanto con la administración concursal mediata como con la inmediata. Podremos pagar más y mejor a nuestro acreedores con una gestión empresarial que consultiva, entendemos que esta decisión puede llevar a la compañía y su grupo a la liquidación, lo que perjudicará a los acreedores presentes y futuros, encarnados principalmente por 10.000 puestos de trabajo directo.

5. Consideración final

40. En definitiva, respetuosamente consideramos que **la decisión sobre el régimen de limitación de facultades de la concursada debiera atenerse a la consideración de los intereses en juego en este momento** (que no son otros que el buen fin del concurso y la satisfacción de los acreedores), **prescindiendo de ahora de cualquier tentación de “sancionar” los hechos a que se refiere el auto recurrido** (hechos a los cuales nos referiremos en el posterior motivo de este recurso), que no tendría encaje en este momento procesal (par. 9 supra).
41. Repárese en que **además la “sanción” sumaria que el Juzgado ha impuesto, acordando nada menos que la suspensión de las facultades de administración y disposición de los consejeros de una sociedad cotizada, no tendría seguramente encaje ni siquiera en las severas disposiciones del régimen de supervisión de las sociedades cotizadas, contenido en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.**

42. La prudencia invita, pues, a que el órgano de gobierno se mantenga, se reponga, que trabaje en común con la administración concursal en sistema de intervención y a partir de ahí, una vez ésta observe el devenir habrá de decidir, pero no ahora.
43. Por otra parte, no puede perder de vista el Juzgado que su legítima preocupación por los hechos aludidos en la decisión recurrida (la no formulación de cuentas, la falta de informe de auditoría etc) **va a quedar en todo caso cumplidamente satisfecha por el hecho de que el control y la transparencia de la actuación de los administradores de la Sociedad están más que asegurados**, teniendo en cuenta que la compañía no solo se encuentra sometida a la supervisión de la CNMV sino que, como se verá en el apartado posterior, ha designado voluntariamente a un auditor forense para que examine los documentos y registro de la sociedad, determinando su situación e informado de sus conclusiones a los administradores y a la CNMV. Por tanto, el control y transparencia de la compañía están más que asegurados.
44. En méritos de lo antedicho, invocando como infringidos el párrafo 1º del art. 43 de la LC y nuestro derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24.1 de la Constitución, que se concreta, en el caso en el "derecho" del concursado obtener una respuesta judicial coherente con el principio de conservación de la empresa, a nuestra solicitud de concurso "voluntario".

TERCERO.- LOS MOTIVOS ESGRIMIDOS EN EL AUTO RECURRIDO NO JUSTIFICARÍAN LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN EXCEPCIONAL DEL ARTÍCULO 40.3 LC

45. La aplicación por el Juzgado del artículo 40.3 LC se funda en las circunstancias que a continuación se reseñan, que el Juzgado valora como “*evidentes riesgos para el concurso declarado*” que impedirían la aplicación del régimen de intervención (Fundamento de Derecho Séptimo):
- (a) El hecho de que el órgano de administración de la Compañía no haya formulado, dentro del plazo legal, las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012, y tampoco haya presentado ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CMNV) los estados financieros intermedios correspondientes al segundo semestre del ejercicio 2012;
 - (b) La existencia de diferencias, que el Auto califica como *relevantes*, entre los datos recogidos en la solicitud de declaración de concurso voluntario y los que, posteriormente, se consignaron en el escrito de subsanación que esta parte presentó a requerimiento del Juzgado;

- (c) El hecho de que el Auto considere erróneamente, dicho sea con el mayor de los respetos, que el cargo del Presidente del Consejo de Administración ha caducado por el transcurso del plazo de nombramiento; y
 - (d) La decisión de solicitar el concurso voluntario no fue adoptada por unanimidad, sino por mayoría, de lo que el Auto colige que (aun habiéndose adoptado la solicitud del concurso cumpliendo la legalidad) existen discrepancias en el seno del órgano de administración de la Compañía.
46. Sin embargo, ninguno de los anteriores motivos justificaría la declaración del régimen de suspensión, como seguidamente razonaremos.

1. La no formulación de las cuentas anuales del ejercicio 2012

1.1. Consideraciones generales

47. El Juzgado sostiene, en primer y destacado lugar, que el mantenimiento de las facultades patrimoniales del deudor entraña evidentes riesgos para el concurso por el hecho de que el órgano de administración haya incumplido el deber de formulación de las cuentas anuales del ejercicio 2012, en el plazo indicado en el artículo 253.1 de la Ley de Sociedades de Capital (“LSC”), lo que, a su entendimiento, constituye una de las funciones esenciales del órgano de administración.
48. Frente a dicho pronunciamiento, lo primero que debemos señalar es que, tal y como se expuso en el escrito de subsanación de 24 de abril de 2013, ***la no formulación de estas cuentas fue una decisión consciente, responsable y por completo justificada y razonada, del Consejo de Administración de Pescanova***. No había alternativa razonable a esta decisión.
49. En resumen, y como se explicará en posteriores párrafos:
- (a) Los administradores de Pescanova decidieron no formular cuentas, en la sesión prevista para ello (el 27 de febrero de 2013) a pesar de que BDO, auditor de la Sociedad, había entregado un borrador de informe sin salvedades, en atención a que, a juzgar por los hechos discutidos en esa sesión del Consejo, se plantearon incertidumbres sobre la aplicación del principio esencial de empresa en funcionamiento. Como consecuencia de ello, el Consejo: (i) decidió no formular las cuentas (puesto que la información recogida en ellas no hubiera reflejado la imagen fiel del patrimonio y situación de la sociedad), (ii) comunicó la decisión y su fundamento a la CNMV, mediante comunicación de hecho relevante, y (iii) presentó al Juzgado comunicación de inicio de negociaciones con sus acreedores.

- (b) Con posterioridad, el Consejo de Administración de la compañía no pudo, antes de la solicitud que inicia este procedimiento concursal, formular cuentas, puesto que no dispone de borrador de informe de auditoría (requisito sin el cual en la práctica de las sociedades cotizadas no es posible la formulación). En tal situación, la Sociedad ha acordado: (i) la designación voluntaria de auditor forense, para que examine su situación patrimonial y financiera, y (ii) solicitar en su día la prórroga el plazo de formulación, al amparo del artículo 46 LC.
50. Por tanto, como puede verse, la decisión de no formular no respondió al capricho arbitrario de los administradores de la Sociedad. Antes bien, era la única decisión posible, a la vista de las excepcionales circunstancias. Además, tal decisión fue acompañada de las resoluciones necesarias para proteger los intereses sociales.

1.2. La decisión de no formular cuentas

51. Así, el 27 de febrero de 2013 se celebró el Consejo de Administración de la Compañía para aprobar la formulación de las cuentas anuales, tras haber recibido una comunicación de los auditores de la compañía (BDO), en la que se señalaba que no habían encontrado incidencias significativas en la auditoría que habían hecho de las mismas.
52. Sin embargo, en esa sesión el Consejo de Administración constató que, pese a que BDO nada había advertido, existían serias incertidumbres sobre la posibilidad de mantener el principio contable de gestión continuada (*going concern*), en virtud de las circunstancias a que se refería su comunicación de hecho relevante de fecha 28 de febrero (**Documento n° 2**). En tal situación, el Consejo consideró que la decisión más adecuada era la de no formular las cuentas anuales del ejercicio 2012.
53. Así, como consta en el Acta de dicha sesión del consejo (**Documento n° 1**) se acordó literalmente:

Formulación de las Cuentas Anuales de Pescanova, S.A. y de su Grupo Consolidado correspondiente al ejercicio 2012

Se procede al análisis de un borrador de Cuentas Consolidadas del ejercicio 2012, explicándose las principales magnitudes del Balance y de la Cuenta de Explotación, y resumiéndose los datos contenidos en la Memoria y en el Informe de Gestión.

Se reseña que las Cuentas recogen al amparo de la NIF 25, parte de los activos del negocio del salmón, concretamente Acuinova Chile, S.A. como activos para la venta.

El Presidente del Comité de Auditoría informa de la reunión mantenida con los auditores de la sociedad, en la que se revisó el borrador de Cuentas anuales.

Manifiesta que todavía no han terminado los procedimientos, y que sujeto a su terminación, en principio, esperaban poder emitir un informe limpio.

Se informa que la sociedad pidió el aplazamiento por 90 días de una cuota de 15 millones de euros de un préstamo sindicado de nominal importe de 150 millones de euros, con vistas a negociar un Forward Start Facility.

También se explica que se han mantenido y se siguen manteniendo negociaciones con diversos interesados a través de Larrain Vial, para la venta de Acuino Chile, que ayudarían a resolver los problemas de tesorería.

Se acuerda por lo tanto, proseguir las negociaciones para la venta del negocio del salmón, expresamente de la sociedad Acuino Chile, S.A. ratificándose así el acuerdo adoptado por el Consejo de Administración de fecha 23 de Noviembre de 2012, y facultando al Presidente del Consejo de Administración ampliamente para la ejecución del citado acuerdo en las condiciones previamente acordadas de entre 7 y 8 USD toneladas HOG, así como para conferir los apoderamientos que estime convenientes o necesarios para la efectividad del mandato que se le confiere.

Por parte del Consejero D. José Carceller, se da lectura a una carta relativa a la formulación de las Cuentas Anuales del ejercicio 2012, carta que queda unida como anexo a la presente acta.

Ante la incertidumbre de poder afirmar el principio contable de gestión continuada (el going concern) en relación a los hechos posteriores al cierre de las cuentas anuales de 2012 se acuerda dejar sobre la mesa y, de momento, no formular las referidas cuentas anuales.

Ante esas mismas incertidumbres y ante una posible insolvencia inminente de la sociedad, se adopta por unanimidad el acuerdo de realizar el próximo viernes ante el Juzgado Mercantil de Pontevedra la comunicación de inicio de las negociaciones previstas en el artículo 5 bis de la ley concursal

54. De hecho, y mediante comunicación de Hecho Relevante de 4 de abril de 2013, el Consejo de Administración comunicó a la CMNV, ***la decisión de la compañía de contratar con carácter inmediato un auditor forense, elegido entre las principales firmas de auditoría, para revisar los estados financieros del ejercicio 2012.*** Prueba evidente de que con la decisión de retrasar la formulación de las cuentas anuales el interés del Consejo de Administración de la Compañía únicamente pretendía, en un claro ejercicio, debemos insistir de responsabilidad, que éstas fueran formuladas, una vez que se hubiera constatado cuál era la realidad de los estados financieros de PESCANOVA.
55. No debe tampoco pasar por desapercibido que el plazo legal para la formulación de estas cuentas anuales finalizó el 30 de marzo de 2013, es decir, ***tan sólo quince días antes de que esta parte solicitara la declaración de concurso, en la que, recordemos, se solicitaba, al amparo de lo prevenido en el artículo 40.6 LC,*** la autorización de la administración concursal para no formular las cuentas anuales del ejercicio 2012 hasta que transcurra un

mes desde que tenga lugar la presentación del informe de la administración concursal. Por lo tanto, la actuación del Consejo de Administración de la Compañía estaría además amparada expresamente en la LC.

56. Pero es que, a mayor abundamiento, y en contra de lo sostenido por el Auto recurrido, *la falta de formulación de estas cuentas nunca podría ser calificado per se como grave incumplimiento*. Ello porque, a tenor de lo previsto en el artículo 236 LSC, únicamente podría tener tal calificación si con esta actuación se hubiera producido un daño a la sociedad, a sus socios o acreedores. Y en este caso solo cabe sostener justamente lo contrario, la posposición de esta formulación de cuentas tiene como fin salvaguardar los intereses de la sociedad, de sus socios y, por ende, de sus acreedores.
57. De hecho, la situación actual de insolvencia de la Compañía no tiene ninguna relación con la falta de formulación de las cuentas anuales, sino con la imposibilidad de atender los pagos corrientes de la Sociedad, como consecuencia de la restricción del crédito bancario por la grave crisis financiera que atraviesa el país, como consta en la Memoria acompañada a la solicitud de concurso.
58. En definitiva, la falta de formulación de las cuentas anuales no puede considerarse en el presente supuesto como una situación de riesgo que justifique la aplicación de la facultad excepcional del artículo 40.3 LC. Antes bien, con esta medida se ha pretendido salvaguardar el interés del concurso para que las cuentas anuales puedan ser debidamente auditadas de manera que éstas reflejen la situación actual de la Compañía. Lo anterior se justifica mediante los siguientes documentos:

Documento número 1: integrado por (i) carta remitida por BDO informando de que había concluido el procedimiento de auditoría de las cuentas individuales y consolidadas, quedando pendiente, tan solo, alguna documentación no significativa para el cierre de la auditoría, y acompañando el borrador de informe sin reservas ni salvedades.

(ii) Acta de 27 de febrero del Consejo de Administración adoptando la decisión de no formular las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012.

Documento número 2: Comunicación de Hecho relevante de fecha 28 de febrero de 2013 a la CNMV.

Documento número 3: Comunicación a la CNMV informando de la presentación de la comunicación del 5 Bis.

Documentos números 4: Comunicación de 12 de marzo de 2013 informando a la CNMV de discrepancias entre la contabilidad y las cifras de deuda bancaria.

Documento número 5: Comunicación de Hecho Relevante a la CNMV de 4 de abril de 2013, en donde consta las decisiones adoptadas por el Consejo de Administración de la Compañía de solicitar la declaración de concurso y la revocación de BDO.

59. **Por lo demás, es esencial considerar aquí que las cuentas anuales de las filiales sí han sido formuladas.**

2. Sobre la auditoría de estas cuentas anuales

60. En relación con este punto, el Auto señala que las cuentas anuales de la Compañía se encuentran sin auditar porque no se ha finalizado por completo la preceptiva auditoría, añadiendo que se ha solicitado judicialmente la revocación de la designación del auditor BDO.
61. Sobre los motivos que han obligado a la Compañía a adoptar estas decisiones y a encargar a una entidad auditora de primer nivel la auditoría de las cuentas anuales del ejercicio del 2012, nos remitimos a lo expuesto en el apartado anterior.
62. De hecho, debe señalarse que la decisión del Consejo de Administración de la Compañía de no formular cuentas en la situación presente, sin que los consejeros dispongan de un borrador de informe de auditoría sin salvedades, una vez corregidos los errores detectados, es irreprochable. Como sin duda conoce el Juzgado al que tenemos el honor de dirigirme, la práctica unánime en todas las sociedades cotizadas consiste en formular las cuentas anuales, una vez que el auditor de cuentas haya realizado la labor de verificación de las mismas, emitiendo un borrador de informe en el que conste su corrección.
63. Menos aún puede tenerse en cuenta como circunstancia relevante, a los efectos de la aplicación del artículo 40.3 de la LC, la decisión de la Sociedad de formular demanda de revocación judicial del auditor. Para la debida valoración de esta decisión, deben tenerse en cuenta varias circunstancias, que se ponen de manifiesto en la solicitud de revocación:
- (a) Que el auditor habría venido emitiendo informe favorable en relación con los estados contables de la compañía y su grupo, en los ejercicios anteriores, con perfecto conocimiento de los criterios seguidos en la consolidación de la deuda (cuestión a la que posteriormente hemos de referirnos);
 - (b) que el auditor no había detectado la contingencia relacionada con la aplicación del principio de empresa en funcionamiento, que los administradores detectan en la sesión del Consejo de administración celebrado el 27 de febrero de 2013, siendo así que el auditor había adelantado el borrador de informe de auditoría sin salvedades el día anterior, en un informe dirigido al Comité de auditoría de la compañía;

- (c) que el auditor tampoco había detectado la contingencia relacionada con la posible consolidación defectuosa de la deuda del grupo, advertida por la sociedad en la comunicación de hecho relevante remitida el 12 de marzo de 2013.
64. En las circunstancias indicadas, la compañía considera que el auditor carece de la independencia necesaria para seguir desempeñando sus funciones, por cuanto es evidente que el interés primario de BDO será el de salvaguardar su responsabilidad por no haber detectado las incertidumbres relacionadas con la continuidad de la compañía y por la conformidad con los criterios que la sociedad había venido aplicando en la consolidación de la deuda del grupo en sus estados consolidados, antes que la de desempeñar adecuadamente sus funciones de supervisión y vigilancia de dichos estados contables.
65. La valoración del anterior debate jurídico entendemos que carece manifiestamente de conexión con las cuestiones que tienen relevancia a los efectos de la aplicación del régimen del artículo 40, a las que nos hemos referido en extensión en el apartado primero del presente recurso.
66. Para la acreditación de las anteriores circunstancias, se acompañan los **Documentos número 1 a 5 anteriores.**

3. Los estados financieros intermedios del segundo semestre de 2012

67. Igualmente, el auto recurrido señala que Pescanova ha incumplido su obligación de presentar los estados financieros intermedios correspondientes al segundo semestre de 2012 ante la CNMV, tal y como dispone el art. 35 de la Ley del Mercado de Valores (“LMV”).
68. Sin embargo, lo cierto es que la compañía, una vez recopilada la totalidad de la documentación solicitada por la CNMV en sus comunicaciones de fecha 1, 12 y 15 de marzo así como el de 5 de abril de 2013, dio oportuna respuesta a los antedichos requerimientos de información. En ese sentido, PESCANOVA, el día 15 de abril de 2013 remitió una comunicación en la que se aportaba la documentación requerida, entre la que se encontraba el balance de situación individual y consolidado bajo el criterio de fair value para el mejor reflejo de la imagen fiel de la sociedad y su grupo a 31 de diciembre de 2012, así como el detalle de la deuda total de la sociedad y su grupo. Se acompaña como **Documentos números 6** los requerimiento practicados por la CNMV y como **Documento número 7** la contestación dada por PESCANOVA.
69. Esta cuestión tiene estrecha conexión con la decisión de no formular cuentas anuales (adoptada por su Consejo de Administración el 27 de febrero de 2013) y con la comunicación posterior de la compañía de hecho relevante de 12 de marzo de 2013, en la

que manifestó haber detectado determinadas contingencias que afectaban a la deuda del grupo. Es evidente que esas circunstancias, juntamente con el hecho de haber comunicado el 28 de febrero de 2013 el inicio de negociaciones con sus acreedores para acordar una propuesta visita de convenio o refinanciar la deuda de la compañía, y la posterior presentación de la solicitud de concurso, no sólo afectaban a la posibilidad de formulación de cuentas sino también al balance semestral que deba ser remitido a la CNMV en cumplimiento de las normas que rigen la actuación de las sociedades cotizadas.

70. Nuevamente, dicha circunstancia carece de manifiestamente de conexión con las cuestiones que pueden tener relevancia los efectos de la aplicación del artículo 40 LC y en ningún caso la posible comisión o falta de la compañía en relación con las cuestiones antes indicadas (que habrá de ser considerada y valorada por el órgano competente para ello que es la CNMV) puede conllevar como medida de respuesta, a modo de sanción, la suspensión de las facultades del órgano de administración, sino que podría acarrear en su caso, y después de la tramitación del correspondiente expediente, una posible sanción de la CNMV, la cual hasta el momento ni siquiera ha iniciado el expediente sancionador.
71. Y, en cualquier caso (como consta acreditado en la solicitud de concurso y en el posterior escrito de subsanación), PESCANOVA ha mantenido informada a la CNMV sobre los motivos que justifican la no presentación del informe semestral, y ha cumplido con todos los requerimientos y solicitud de información hechos por la CNMV.

4. La existencia de discrepancias entre los datos de la solicitud de concurso y los datos del escrito de subsanación

72. El segundo motivo por el que Auto considera que concurre *ex* artículo 40.3 LC un riesgo para el concurso de no declararse la suspensión de las funciones del Consejo de Administración, es la existencia de discrepancias ente los datos proporcionados en la solicitud de concurso y los datos que constan en la documentación del escrito de subsanación. Estas discrepancias consistirían en:
- (a) La participación del accionista mayoritario en el accionariado de la Concursada;
 - (b) La cifra de pasivo de PESCANOVA.
73. Si bien existieron tales errores materiales en la solicitud de concurso que esta entidad se vio obligada a presentar de manera urgente, ante la imposibilidad de atender sus pagos corrientes, no es menos cierto que tales discrepancia en ningún caso suponen un riesgo para el concurso, ni evidencia en modo alguno que haya habido un ánimo de ocultación del Consejo de Administración, como razonamos a continuación:

4.1. El porcentaje de participación del socio mayoritario

74. Tampoco este error presente relevancia alguna, en el contexto del actual debate.
75. Además, el error material que existió al indicar el porcentaje de accionariado de este accionista (i) no fue intencionado (de hecho fue esta representación quien enseguida enmendó su error señalando el porcentaje correcto en su escrito de subsanación); (ii) no tiene conexión alguna con la actuación del Consejo de Administración (como es sabido el porcentaje de un accionista es relevante a los efectos de celebración y votación en la Junta de Accionistas de la Sociedad, por lo que este error podría tener alguna relevancia si existieran acuerdos impugnados, lo que no es el caso) y (iii), en cualquier supuesto, no puede ser considerado como una causa para entender que existe un riesgo para el concurso (no existe ninguna conexión entre este error material y los eventuales perjuicios para los terceros acreedores que el artículo 40.3 LC pretende proteger).

4.2. El error al señalar la cifra de pasivo de la Concursada.

76. Para entender adecuadamente este error, en su contexto, deben tenerse en cuenta algunos hechos anteriores a la solicitud de concurso.
77. Mediante comunicación de hecho relevante de 12 de marzo de 2013, la compañía notificó a la CNMV que había detectado discrepancias entre la deuda del grupo y la registrada en sus estados contables. A partir de esta comunicación de PESCOVA, la CNMV ha venido formulando requerimientos de información, que han sido contestados debidamente por la compañía. Adicionalmente, en la sesión del Consejo de Administración de 4 abril de 2013, la compañía designó un consultor forense, para que, entre otros extremos, determinase la cifra de endeudamiento del grupo.
78. Sobre este particular, debe tener en cuenta que el problema del endeudamiento del grupo radica en la cuestión contable de la determinación la cifra precisa de deuda de filiales y participadas que debe ser consolidada en los estados financieros consolidados de PESCOVA para la determinación de la deuda consolidada del Grupo. En este sentido, la compañía vino aplicando, con el pleno conocimiento y aquiescencia de su auditor, BDO (cuyos informes de auditoría de pasados ejercicios fueron siempre sin salvedades) ciertos criterios contables, que han sido ahora objeto de revisión, por considerarse probablemente inadecuados. ***Ello ha obligado a un recálculo de la cifra de deuda del Grupo, tarea de extraordinaria complejidad, que hubo de hacerse en los días previos a la solicitud de concurso*** (repárese en que la comunicación del hecho relevante de la compañía, en el que se ponía de manifiesto el desajuste de la cifra contable de endeudamiento, es de fecha 12 de

marzo de 2013, y la solicitud de concurso hubo de presentarse apenas un mes después, el 15 de abril de 2013.

79. Resulta, por ello, perfectamente explicable el error padecido en la solicitud de concurso, que fue inmediata, y voluntariamente, rectificado en el escrito de subsanación (y que no obedece, como es palmario, a ninguna ocultación o falsedad
80. Adicionalmente a lo anterior, la cifra de pasivo comunicada por esta parte asciende hasta casi 3.000 millones de euros, entre pasivo directo, avales y pasivos de otras sociedades del grupo, por lo que sin despreciar que el error que había en la cifra de pasivo señalada inicialmente era de 88 millones de euros, en puridad este error no supone diferencia relevante si se atiende que el pasivo global de la entidad es de 3.000 millones de euros, y que la cifra no comunicada inicialmente no representa ni el 3% del pasivo global.

5. La caducidad del cargo del Presidente del Consejo de Administración

81. El tercer motivo en el que el Juzgado basa su convicción de que existe un riesgo para el concurso tampoco es asumible. En efecto, el Auto recurrido señala que existe un riesgo derivado de que el cargo del actual Presidente habría caducado tras el transcurso del plazo estatutario de 5 años.
82. Frente a tal conclusión, debe recordarse que el artículo 222 de la LSC establece que *el nombramiento de los administradores caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado junta general o haya transcurrido el plazo para la celebración de la junta que ha de resolver sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior.*
83. Por tanto, el transcurso del plazo para el que fue nombrado el consejero no determina *per se* la caducidad del cargo, como erróneamente considera el Auto recurrido.
84. Así, el cargo del Presidente del Consejo de Administración de Pescanova está actualmente vigente ya que, desde la fecha en que se cumplió el plazo para el que fue nombrado (23 de abril de 2013) no se ha celebrado ninguna Junta General, ni ha transcurrido el plazo para la celebración de la Junta General Ordinaria que ha de resolver sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio 2012.
85. Pero es que, a mayor abundamiento, de la caducidad de este cargo no es posible inferir un riesgo para el concurso. Como conoce este Juzgado, el Consejo de Administración es un órgano colegiado (en este caso formado por 13 miembros), siendo el voto de cada uno de los consejeros de igual valor. Por ello, la eventual existencia de una “vacante” en el consejo (incluso si es la de su Presidente), en ningún caso paraliza automáticamente el órgano, ni

puede justificar la suspensión de las facultades de los doce consejeros restantes, cuyos cargos están en vigor en la actualidad.

86. Suspensión que, además, llevaría a la entidad a una situación de ingobernabilidad absoluta y la abocaría a una situación de liquidación, como hemos expuesto anteriormente.

6. La existencia de opiniones diferentes entre los miembros del consejo de administración a la hora de acordar la presentación del concurso de la Sociedad

87. El último de los motivos por los que el Juzgado considera que se da el supuesto de hecho previsto en el artículo 40.3 LC es porque la solicitud de concurso de la Compañía fue aprobada por la mayoría de los Consejeros y no por todos ellos.
88. De este hecho, el Auto parece entender (aun sin decirlo expresamente) que existe una situación de bloqueo en el Consejo de Administración de la Concursada, como consecuencia de la difícil gobernabilidad de la misma.
89. Basándose en una mera presunción, el Auto considera que debe sancionársele al Consejo de Administración de la Concursada con una medida (la suspensión) prevista por el legislador para los supuestos en que exista un riesgo real y objetivo para la compañía.
90. Por supuesto que en el Consejo de Administración de PESCANOVA, como en el consejo de administración de muchas otras entidades, existen discrepancias entre sus miembros en la adopción de decisiones, pero tales discrepancias no significan que estas entidades sean ingobernables.
91. Una sociedad es ingobernable (o se encuentra en situación de bloqueo) cuando no es posible constituir el Consejo, o su Junta, o llegar acuerdos en temas trascendentales, como sin duda lo es su declaración de concurso. Sin embargo, el hecho de que el Consejo de Administración pueda llegar a acuerdos en temas trascendentales (aunque con la eventual discrepancia de alguno de sus miembros) es un signo de buena gobernabilidad de la misma, y no de lo contrario como erróneamente señala el Auto.
92. Lo que no se puede pretender es que todas las decisiones del Consejo de Administración (y en, particular, las más difíciles de adoptar) cuenten con el respaldo de la totalidad de los miembros del Consejo de Administración. Si asumiéramos esta tesis la práctica totalidad de las entidades de este país serían ingobernables.
93. La decisión de adoptar el concurso por parte del órgano de administración se hizo cumpliendo estrictamente los estatutos de la Compañía y la LSC, por lo que ningún reproche cabe hacer contra esta decisión, ni menos aún suspender en sus funciones a los miembros del

Consejo de Administración por adoptar una difícil decisión, en el momento preciso, de conformidad con lo previsto en los estatutos de la compañía.

94. No alcanza a comprender esta parte por qué esta actuación puede ser calificada como un supuesto de riesgo para el concurso, o inferir de ella que existe una eventual situación de bloqueo (cuando demuestra justamente lo contrario). Ni menos aún la decisión de suspender en sus funciones a un Consejo que es capaz de llegar a acuerdos en situaciones difíciles.
95. De hecho, la decisión de suspender al actual órgano de administración y conceder el gobierno lo que conllevaría es justamente a la situación que pretende evitar el Auto recurrido, es decir, a la ingobernabilidad de la misma y abocaría a la Concursada a una fase de liquidación casi inevitable, por las razones ya expuestas.

7. Crítica general a los fundamentos anteriores

96. La crítica general, y principal, que respetuosamente cabe hacer a los anteriores fundamentos de la decisión del Juzgado, de romper excepcionalmente la correlación entre el carácter voluntario del concurso y el régimen de intervención, con el excepcional desenlace de suspender las facultades de los administradores de la sociedad, con independencia de su mayor o menor fundamento (menor, en nuestra respetuosa opinión, por cuanto bien se trata de circunstancia perfectamente justificadas, en las singulares circunstancias de la sociedad, bien de errores de interpretación de la resolución recurrida), es doble
 - (a) presentan un manifiesto desajuste con los criterios que, conforme a la mejor doctrina, deben orientar la decisión sobre el régimen aplicable a la limitación de las facultades de administración y disposición del deudor (a las que nos hemos referido en el Motivo Primero),
 - (b) están teñidos de un evidente carácter sancionador, que es absolutamente impropio de la naturaleza de la decisión de que se trata, que debe estar orientada exclusivamente a la protección de los intereses de los acreedores (par. 9).
97. En efecto, los administradores de PESCANOVA han solicitado temporáneamente la declaración de concurso, con la máxima diligencia. No han formulado, en su escrito, solicitud de liquidación: antes bien, han declarado, en la solicitud del concurso, su voluntad firme de buscar una solución de continuidad para PESCANOVA, proponiendo un convenio a sus acreedores. No pueden ser acusados de haber irrogado daños al patrimonio social, y ciertamente no hay prueba alguna en los documentos aportados a los autos de conducta que haya resultado lesiva para los intereses patrimoniales del concurso. Han venido informando transparentemente al mercado y a la CNMV, sobre las contingencias detectadas por los

propios administradores, en relación con la continuidad (consejo de 27 de febrero de 2013) o sobre la cifra de deuda consolidada (comunicación de 13 de marzo de 2013). Han procedido voluntariamente a nombrar una empresa forense, para que haga un análisis independiente e imparcial de la situación patrimonial y financiera de la compañía.

98. En tales circunstancias, y teniendo en cuenta los criterios explicados en el Motivo Primero de este recurso, no existe fundamento alguno para adoptar la decisión excepcional de alterar el régimen ordinario de limitación de las facultades patrimoniales del deudor, cuando de concurso voluntario se trata. Y, lo que es, peor, la decisión adoptada tendrá efectos deletéreos en la viabilidad del Grupo, en perjuicio de todos los intereses afectados (como se expone en el anterior Motivo).

CUARTO.- PROCEDENCIA DE LA DESIGNACIÓN DE UN SEGUNDO ADMINISTRADOR CONCURSAL. INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 27.2.3º DE LA LC

99. En la presente motivo se impugna el apartado 7 de la parte dispositiva del auto recurrido, en cuanto en él:
- (a) se dispone que la administración concursal estará integrada por un miembro del personal técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores u otra persona propuesta por esta con la cualificación exigida en el artículo 27.1 LC y, por tanto,
 - (b) indebidamente se prescinde de la designación de un segundo administrador concursal acreedor, titular de créditos ordinarios o con privilegio especial no garantizado entre los que figuren en el primer tercio de mayor importe de la lista presentada, como hubiera sido procedente, conforme lo dispuesto en el ordinal tercero del apartado 2 del artículo 27, por cumplirse en el caso las indicaciones que determinan la calificación del concurso como de especial trascendencia.
100. El Juzgado justifica la decisión en el fundamento de derecho octavo de la resolución recurrida, indicando que la excepción aplicable al régimen general de nombramiento es la prevista en el ordinal primero del artículo 27. 2, y no en el ordinal tercero, *“al ser de forma clara la alternativa específica para el caso, por lo que a pesar de incurrir el deudor en varios de los supuestos previstos en el artículo 27 bis LC para ser considerado concurso de especial trascendencia estos efectos no se procederá al nombramiento de segundo administrador concursal, ordenado para mayor garantía en supuestos distintos de sociedades cotizadas, entidades de crédito aseguradoras, que cuentan con previsión propia.”*

101. La resolución del Juzgado interpreta erróneamente el régimen jurídico aplicable al caso, en el extremo al que se refiere presente motivo, dicho sea en términos de defensa, por las siguientes razones:
102. **El Juzgado asume incorrectamente que las excepciones a la regla general que sobre la composición de la administración concursal contiene el apartado 1 del artículo 27 LC son incompatibles entre sí, cuando no hay ninguna razón para así entenderlo y, por el contrario, de la interpretación literal, sistemática y teleológica de los originales 1º y 3º del apartado 2 del mismo artículo 27 LC se deduce justamente lo contrario.**
103. Efectivamente, el apartado 1 del artículo 27 formula la **regla general** de que la administración concursal estará integrada por un único miembro. El apartado 2 del mismo precepto contiene **varias reglas especiales**, a modo de excepción a lo dispuesto en el apartado 1.
104. **Una de ellas es la formulada en el ordinal 1º del art 27.2 LC**, en la que se indica que en caso de concurso de una entidad emisora de valores o instrumentos derivados que se negocien en un mercado secundario oficial, será nombrado administrador concursal un miembro del personal técnico de la Comisión nacional del mercado de valores u otra persona propuesta por esta con la cualificación del número segundo del apartado anterior.
105. **Otra de ellas, en pie de igualdad con la anterior, es la contenida en el apartado 3º del mismo artículo 27.2 LC, que ordena taxativamente, y sin matiz o excepción alguna, que en caso de concursos ordinarios de especial trascendencia el juez nombrará, además de la administrador concursal previsto en el apartado uno de este artículo, a un administrador concursal acreedor titular de créditos ordinarios o con privilegio general no garantizado entre los que figuran en el primer tercio de mayor importe.**
106. No es discutido en el presente caso, y así lo reconoce la resolución recurrida, que concurren en el presente supuesto varias de las circunstancias indicativas de que el concurso es de especial trascendencia.
107. Como decimos, **el Juzgado entiende erróneamente que las dos reglas especiales son incompatibles entre sí**, de suerte que si opera la prevista en el ordinal 1º (que la sociedad concursada según entidad emisora de valores) no debe entrar en juego la indicada en el ordinal 3º (que se trate de un concurso de especial trascendencia). **Esta interpretación carece del menor fundamento**, dicho sea con el mayor respeto y en estrictos términos de defensa. No tiene base alguna en el precepto. Es más, como señalamos, **el entendimiento natural de la norma, en su sentido literal y sistemático (art 3 Cc), debe ser precisamente el contrario.**

108. En primer lugar, como antes hemos afirmado, **ambas reglas especiales se formulan en pie de igualdad, sin matices ni excepciones, y contienen supuestos distintos, pero no confundibles, aunque sí compatibles**: el concurso puede ser de sociedad cotizada, pero no de especial transcendencia (en cuyo caso entra en juego la regla del ordinal 1º, pero no la del 3º), de especial transcendencia, pero de sociedad no cotizada (se aplica el ordinal 3º, pero no el 1º) o de entidad que reúna ambas condiciones (en cuyo caso, deben aplicarse ambas reglas, la del 1º y la del 3º, puesto que así lo ordena el legislador, y cualquier excepción no tendría cabida en su dicción).
109. La interpretación postulada es la más conforme con sentido y finalidad de ambas reglas especiales que se fundan en consideraciones distintas: la regla 1ª arbitra la presencia de la CNMV en el concurso de la sociedad cotizada por las indudables especialidades a que una entidad de esta naturaleza está sujeta, mientras que la regla 3ª asegura la incorporación de un acreedor a la administración concursal de un procedimiento que tendrá especial impacto para la masa pasiva, por lo que es lógico que los administradores estén presentes en su órgano de representación y tutela de la masa.
110. La interpretación que se fórmula es no solo la más conforme con la consideración literal y sistemática de los preceptos comentados sino también con los precedentes legislativos y con la práctica judicial en la materia que se ha venido siguiendo hasta la fecha.
111. En relación con los precedentes legislativos, la Ley Concursal, antes de la reforma operada por ley 38/2011, de 10 de octubre, establecía una composición plural de la administración concursal en la redacción original del artículo 27.
112. De acuerdo con esas previsiones los concursos de las sociedades cotizadas se han venido ajustando invariablemente al esquema de la administración concursal plural, como resulta de los datos que a continuación se incluyen.

Así, Pons Albentosa¹³ se refiere a los siguientes casos de concursos de sociedades cotizadas, en todos los cuales se procedió a la designación de una administración plural:

¹³ Pons Albentosa (Presidente del REFor-CGEE), “Las sociedades cotizadas y la insolvencia. La solución concursal española”, El Derecho, febrero de 2012

NOMBRE	SECTOR	MERCADO*	FECHA DECLARACIÓN
AMCI Habitat, S.A.	Inmobiliario	Mercado Continuo	15/12/2011
Dogi Internacional Fabrics, S.A.	Textil	Mercado Continuo	03/06/2009
Española de Zinc, S.A.	Minería	Mercado Continuo	02/02/2005
Indo Internacional, S.A.	Bienes de consumo	Mercado Continuo	02/07/2010
Lefa, S.A.	Tratamiento residuos	Mercado Continuo	24/07/2007
Martinsa-Fadesa, S.A.	Construcción	Mercado Continuo	28/07/2008
Nyesa Valores Corporación, S.A.	Construcción	Mercado Continuo	Solicitado el día 01/02/2012

* Aunque se ha indicado el mercado en el que cotizaban estas sociedades, tras la solicitud y posterior declaración de concurso su cotización ha sido suspendida en virtud de lo dispuesto en el artículo 33 de la LMV.

113. Este autorizado autor y práctico del Derecho concursal ha defendido la tesis que aquí se sostiene, sobre la procedencia de la constitución de una administración plural:
114. El Juzgado apela a razones de *no se procederá al nombramiento de segundo administrador concursal, ordenado para mayor garantía*

Las sociedades cotizadas en concursos se encuentran, por naturaleza, dentro de ambas consideraciones de empresas de gran dimensión y de especial trascendencia, lo cual implica que la administración concursal dejará de ser unimembre, la regla general establecida por el artículo 27.1 LC, para dar cabida a los acreedores por adición de un segundo administrador concursal acreedor, con la regla especial de que sea titular de créditos ordinarios o con privilegio general de entre los que figuren en el primer tercio de mayor importe o, alternativamente, y esta es una figura totalmente novedosa para este ejercicio 2012, un administrador concursal designado por la representación legal de los trabajadores, siempre que el conjunto de deudas con los mismos, sin privilegio especial, se sitúen entre el primer tercio de mayor importe (art. 27.2.3º párrafo segundo).

115. Con el mayor respeto al Juzgado, no podemos sino manifestar que la falta de fundamentación del auto objeto de recurso, así como la vulneración del respeto debido al principio de continuidad y, en relación a ello, expresamente y, a todos los efectos, se hace

constar que, al día de hoy, la Empresa se halla en pleno funcionamiento, los barcos faenando por las aguas de todos los continentes, las Fabricas funcionando y los diez mil trabajadores percibiendo sus salarios; no existiendo deuda alguna con Hacienda, ni con la Seguridad Social, constituyendo ello prueba innegable de su viabilidad y buen actuar de los órganos de administración de la misma.

116. Y, ante los irrefutables hechos que, en el presente escrito, se hacen constar, no hemos sino de incidir en que el Auto recurrido al acordar la suspensión de los órganos de administración y conferir a la CNMV la Administración Judicial le confiere a esta más facultades que las que su propia Ley Reguladora en el Art. 102 de la Ley del Mercado de Valores le otorga, dado que la misma solamente le confiere la facultad de suspensión en el supuesto de que se trate de entidades financieras. Esto es, si la propia Ley del Mercado de Valores no le autoriza a la CNMV a acordar la suspensión de los órganos de administración en las entidades mercantiles, innegable es que el Auto objeto de recurso, bajo la única y exclusiva responsabilidad del órgano judicial, contraviene dicha normativa y le confiere dicha facultad.

Por lo que procede, y

SUPlico AL JUZGADO DE LO MERCANTIL: Que teniendo por presentado este escrito se sirva admitirlo, tener por interpuesto **RECURSO DE REPOSICIÓN**

- (a) contra el dispositivo 5 del auto de fecha 25 de abril de 2013, para que tras los correspondientes trámites legales, se deje sin efecto, estableciendo régimen de conservación de facultades por parte del Consejo de Administración de la concursada, con sometimiento a la intervención de la Administración Concursal, y
- (b) contra el dispositivo 7 del mismo auto, para que tras los correspondientes trámites legales, acuerde el nombramiento de un segundo administrador concursal, en los términos prevenidos en el artículo 27.2.3º de la LC.

Por ser de Justicia que pido en Pontevedra, a 29 de abril de 2013.

OTROSI DIGO: Que, por razones de economía procesal y atendida la especial urgencia del caso, interesamos se le conceda traslado inmediato de este escrito a la Administración Concursal, solicitando que lo asuma, con los matices, salvedades o complementos que proceda, en contexto del art. 40.4 LC, como asentimiento de la concursada al cambio a

sistema de intervención, circunstancia que de producirse en tal sentido implicará de suyo el desistimiento del presente recurso de reposición.

Por lo que,

SUPlico AL JUZGADO DE LO MERCANTIL: Se sirva tener por realizada la anterior manifestación, a los efectos jurídico-procesales oportunos.

OTROSÍ DIGO: Que esta parte ha procurado haber cumplido fielmente con todos y cada uno de los requisitos exigidos por la Ley para la validez de los actos procesales, como es su voluntad, si bien manifiesta desde este momento que si por cualquier circunstancia, de la índole que fuere, esta representación hubiera incurrido en algún defecto, ofrece su inmediata subsanación a requerimiento del tribunal, al que tenemos el honor de dirigirnos, y a los efectos de lo dispuesto en el artículo 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo que,

SUPlico AL JUZGADO DE LO MERCANTIL: Se sirva tener por realizada la anterior manifestación, a los efectos jurídico-procesales oportunos.

Por ser de Justicia que reitero en lugar y fecha *ut supra*.

Índice

MOTIVOS DEL RECURSO.....	1
PRELIMINAR.- EXPOSICIÓN SUCINTA DE LOS MOTIVOS DEL PRESENTE RECURSO	1
PROCESALES.- IMPUGNABILIDAD DE LA RESOLUCIÓN Y LEGITIMACIÓN DE PESCANOVA.....	3
PRIMERO.- SOBRE LA ERRÓNEA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 40 LC POR LA RESOLUCIÓN RECURRIDA.....	3
1. Consideraciones previas sobre el régimen de limitación de facultades de administración y disposición del deudor concursado que establece el artículo 40 de la Ley Concursal	3
2. La plasmación de los anteriores principios y consideraciones en la aplicación judicial de la Ley Concursal	6
3. Conclusiones que resultan de la anterior exposición del régimen del art. 40.3 LC.....	7
4. Aplicación al caso de las anteriores consideraciones: el auto infringe el régimen del artículo 40 LC al adoptar una decisión errónea y gravemente lesiva para los intereses del concurso	8
SEGUNDO.- SOBRE LA GRAVÍSIMA PERTURBACIÓN QUE EN LA CONTINUIDAD DEL NEGOCIO DE PESCANOVA Y EN LA POSIBILIDAD DE LOGRAR UNA SOLUCIÓN DE CONVENIO EN EL CONCURSO PUEDE CAUSAR EL MANTENIMIENTO DE LA DECISIÓN RECURRIDA	9
1. La gravísima consecuencia de la decisión adoptada: la ruptura de la continuidad de la gestión de la compañía.....	9
2. La decisión adoptada es negativa para la propia Sociedad y sus filiales.....	11
3. La decisión es negativa para la administración concursal	12
4. La decisión es negativa para los acreedores	13
5. Consideración final	13
TERCERO.- LOS MOTIVOS ESGRIMIDOS EN EL AUTO RECURRIDO NO JUSTIFICARÍAN LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN EXCEPCIONAL DEL ARTÍCULO 40.3 LC	14
1. La no formulación de las cuentas anuales del ejercicio 2012.....	15
1.1. Consideraciones generales	15
1.2. La decisión de no formular cuentas	16
2. Sobre la auditoría de estas cuentas anuales	19
3. Los estados financieros intermedios del segundo semestre de 2012	20
4. La existencia de discrepancias entre los datos de la solicitud de concurso y los datos del escrito de subsanación	21
4.1. El porcentaje de participación del socio mayoritario	22
4.2. El error al señalar la cifra de pasivo de la Concursada.....	22
5. La caducidad del cargo del Presidente del Consejo de Administración.....	23
6. La existencia de opiniones diferentes entre los miembros del consejo de administración a la hora de acordar la presentación del concurso de la Sociedad	24
7. Crítica general a los fundamentos anteriores.....	25
CUARTO.- PROCEDENCIA DE LA DESIGNACIÓN DE UN SEGUNDO ADMINISTRADOR CONCURSAL. INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 27.2.3º DE LA LC	26