



Chapela, 2 de septiembre de 2015.

COMUNICACIÓN DE HECHO RELEVANTE

Muy Señores Nuestros:

PESCANOVA, S.A., de conformidad con lo previsto en el artículo 82 de la Ley del Mercado de Valores, por medio de la presente, comunica el siguiente:

HECHO RELEVANTE

Como continuación al hecho relevante número 227905 publicado en el día de ayer, relativo a la propuesta fundamentada de acuerdo formulada por 103 accionistas titulares del 6.3% del capital social de Pescanova en relación al punto 3º del orden del día de la Junta General Extraordinaria de Accionistas que está previsto se celebre el próximo día 28 de septiembre de 2015, en primera convocatoria, a las 12:00 horas, en el domicilio social de la Sociedad, Rúa José Fernández López, s/n, Chapela-Redondela (Pontevedra), el Consejo de Administración hace público un informe complementario sobre dicha propuesta, así como los dictámenes emitidos por los catedráticos de Derecho mercantil Doña Juana Pulgar Ezquerro y D. Juan Sánchez – Calero Guilarte, que fueron encargados por el Consejo de Administración con el fin de valorar la propuesta alternativa formulada en su día por el propio Consejo en relación con el el referido punto 3º del orden del día y que finalmente desistió de presentar.

En Anexo se adjuntan los citados documentos que también serán accesibles en la página Web de la Sociedad www.pescanova.com .

Atentamente,

Fdo. César Mata Moretón

Consejero y Secretario del Consejo de Administración.

**INFORME COMPLEMENTARIO SOBRE LA PROPUESTA ALTERNATIVA DE
AUTORIZACIÓN DE LA AMPLIACIÓN DE CAPITAL EN NUEVA PESCANOVA,
S.L.U. PRESENTADA POR UN GRUPO DE ACCIONISTAS DE PESCANOVA,
S.A.**

Con fecha 2 de septiembre, un grupo de más de 100 accionistas tenedor del 6,3% del capital ha ejercido el derecho previsto en el artículo 519.3 de la Ley de Sociedades de Capital, al presentar una propuesta alternativa al acuerdo de autorización de la ampliación de capital en Nueva Pescanova, S.L.U. ("NPVA") propuesta por el consejo en cumplimiento de lo previsto en los convenios de las filiales (punto 3º del orden del día).

La mencionada propuesta fue difundida por Pescanova por medio de un Hecho Relevante a la CNMV con fecha 1 de septiembre, siendo sus términos los siguientes:

- Se modifica el tramo A) destinado a las entidades aseguradoras, que pasa a ser de una cuarta parte del inicial, es decir 3.500.000 Euros.
- Se modifica el tramo B) destinado a los acreedores, que pasa a ser de una cuarta parte del inicial, es decir, 4.500.000 Euros para el tramo B)a), y de 1.750.000 Euros para el tramo B)b).
- Se elimina el tramo C) destinado a los accionistas de Pescanova, S.A.

Mediante esta reducción de las aportaciones requeridas a los acreedores, Pescanova pasaría a tener el 19,99% de NPVA, en vez del 4,99% previsto inicialmente en los convenios de acreedores.

La propuesta se fundamenta en el hecho de que los fondos propios que PVA aportará a NPVA en virtud de la segunda segregación serán más de 100 millones de euros que no estaban previstos en los convenios, tal y como se señala en el punto 3) del informe de los administradores, y que en consecuencia se puede reducir la ampliación de capital destinada a las entidades aseguradoras y a los acreedores en unos 30 millones de euros, sin perjudicar el proceso de reestructuración.

Además, estos mismos accionistas se hacen eco del informe de los catedráticos mencionado en el punto 6) del referido informe de administradores, para concluir que esta alternativa no supone la vulneración de ningún aspecto esencial de los convenios.

Este Consejo no puede objetar el planteamiento de los accionistas, puesto que es sustancialmente similar al que hizo en su día, y que se desarrolla en el punto 6) del informe de administradores. No obstante, esta propuesta adolece del mismo defecto que hizo que el Consejo desistiera de presentar la suya a la junta, y es que sin el acuerdo de los acreedores principales, el G7, se podría exponer al grupo a un escenario de

incertidumbre y confrontación impredecible, tal y como se menciona en ese mismo punto anterior.

En consecuencia, este Consejo exhorta a las partes, accionistas y G7, a alcanzar un acuerdo por el cual se apruebe la ampliación bien según el texto de la propuesta del Consejo, o bien según el texto de la propuesta de los accionistas, respetando en todo caso la integridad del grupo PVA y sin promover en ningún caso medidas por parte de unos y otros que pudieran plantear un riesgo de liquidación.

Con objeto de facilitar el debate entre las partes, el Consejo hará públicos inmediatamente los dictámenes de los catedráticos, y solicitará a éstos una actualización en relación con la propuesta de los accionistas, para inmediatamente hacerla pública también.

DICTAMEN

a instancia de

PESCANOVA, S.A.

Sobre

**LA MODIFICACIÓN DEL CONVENIO
Y SU INCUMPLIMIENTO**

SUMARIO

- I. ANTECEDENTES**
- II. CUESTIÓN QUE SE PLANTEA**
- III. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONVENIO CONCURSAL**
- IV. EL CONTENIDO DEL CONVENIO CONCURSAL**
- V. POSICIÓN DE LOS ACREEDORES, SOCIOS Y ADMINISTRADOR SOCIAL EN EL CONVENIO CONCURSAL DE UNA SOCIEDAD DE CAPITAL**
- VI. EL INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO**
 - 1. Marco general de incumplimiento contractual resolutorio: art. 140 LC y especialidades**
 - 2. La interpretación restrictiva del incumplimiento del convenio concursal ex art. 140 LC**
 - 2.1 Argumentos legales**
 - 2.2 La interpretación jurisprudencial restrictiva del incumplimiento del convenio concursal ex art. 140 LC**
 - 2.3 Interpretación de política jurídica del incumplimiento del convenio ex art. 140 LC**
- VII. LA MODIFICACIÓN DEL CONVENIO**
- VIII. LA ALTERACIÓN SUBJETIVA DE LA COMPOSICIÓN DE SOCIOS EN NUEVA PESCANOVA, S.L. Y EL RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE NO CONLLEVA INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO CONCURSAL**
- IX. CONCLUSIONES**

I. ANTECEDENTES

- El Juzgado Mercantil nº 1 de Pontevedra declaró el concurso de Pescanova por Auto de 25 de abril de 2013.

- Pescanova presentó propuesta de convenio el 3 de marzo de 2014.

- El 28 de abril de 2014 Pescanova, determinadas filiales y las principales entidades financieras acreedoras suscribieron un contrato relativo a la propuesta de convenio ("el Contrato").

- El Convenio de Pescanova fue aprobado por Sentencia de 23 de mayo de 2014.

- Determinadas sociedades controladas por Pescanova (conjuntamente, las "Filiales") fueron declaradas en concurso por el Juzgado Mercantil nº 1 de Pontevedra entre los meses de julio y noviembre de 2014¹.

- El 18 de marzo de 2015 determinadas entidades financieras que son las principales acreedoras de Pescanova (el "G-7") presentaron propuestas de convenio en los concursos de las Filiales (las "Propuestas de Convenio").

- El 19 de marzo de 2015 las Filiales presentaron su propuesta de convenio, en términos prácticamente coincidentes².

¹ Nos remitimos a los Hechos Relevantes en los que se comunica por Pescanova la declaración de concurso de Bajamar Séptima S.A., Pescanova Alimentación S.A., Frigidis S.A. y Frivipesca Chapela S.A. (18 de julio de 2014), Fricatamar S.L., Frinova S.A., Insuiña S.L., Pescafina Bacalao S.A. y Pescafresca S.A. (5 de septiembre de 2014) y Novapesca Trading S.L. (6 de noviembre de 2014).

² Como explica Pescanova en el Hecho Relevante de esa misma fecha, "Las Propuestas de Convenio coinciden prácticamente en todos sus extremos con las propuestas de convenio que en los mismos procedimientos han sido presentadas por las entidades acreedores integrantes del denominado G-7, tanto en el importe de las quitas y esperas como en la previsión de la realización por Pescanova de las modificaciones estructurales y de la posterior ampliación de capital que se contemplaron en el convenio de esta última y en el Contrato. No obstante, las Filiales han optado por

- El 26 de marzo de 2015, el Juzgado dictó Providencia por la que requirió a las concursadas y a los acreedores para que subsanaran defectos formales observados en la Propuestas de Convenio, en virtud de lo establecido en el art. 114.3 LC, defectos que quedaron subsanados³.

- El día 11 de junio de 2015 el Juzgado dictó sentencias por las que aprobó las Propuestas de Convenio que habían sido presentadas por las entidades del G-7, en los concursos de las Filiales (los "Convenios").

- El 12 de junio de 2015, Pescanova publica como Hecho Relevante una carta dirigida a los accionistas en la que se refiere al contenido de los Convenios de las Filiales y a la intención del Consejo de negociar con el G-7 algunos aspectos de las operaciones societarias que están previstas en los mismos.

II. CUESTIÓN QUE SE PLANTEA

- El convenio de Pescanova prevé la necesidad de reestructurar la deuda de las filiales en los términos de su Anexo 4. En este Anexo se refieren determinadas modificaciones estructurales y también una ampliación de capital.

- El Contrato de 28 de abril concreta los términos en los que se presentarán las propuestas de convenio en las filiales, y también los de la ampliación de capital.

incorporar a las Propuestas de Convenio alguna cautela adicional en relación con el plazo para la realización de estas operaciones societarias y con la posibilidad de que éstas no puedan realizarse por cuestiones ajenas a su voluntad en los términos estrictos en que se han previsto, con el único fin de evitar que cualquier hipotética desviación en estas cuestiones pueda acabar considerándose un incumplimiento del convenio y conducir a la liquidación de la Sociedad".

³ "Cláusulas V y VI en su integridad: contenido ajeno al propio del convenio (art. 100 LC), imposición de obligaciones a los acreedores sin que conste el consentimiento de todos ellos (art. 125.2 LC), predeterminación de cuándo el juez habrá de entender o no incumplido el convenio (arts. 139 y 140 LC)".

- Los Convenios regulan con detalle las modificaciones estructurales y la ampliación de capital y establecen expresamente que su no ejecución en el plazo previsto determinará el incumplimiento de los Convenios.
- Por su parte, el Consejo considera que la propuesta a la Junta General de Accionistas de Pescanova de las operaciones societarias antes referidas (en particular, de la ampliación de capital), en los términos propuestos por el G-7, presenta un riesgo elevado de rechazo. Por esta razón, ha planteado al G-7 retocar el planteamiento inicial en algunos aspectos, que hagan la ampliación de capital más atractiva para los accionistas.
- Los términos en los que la propuesta que el Consejo ha trasladado al G-7 difiere del planteamiento de los Convenios resultan de la carta publicada como Hecho Relevante el 12 de junio de 2015. En resumen, las principales diferencias son dos: i) la participación en Nueva Pescanova S.L. inicialmente prevista para los accionistas de Pescanova, mediante el desembolso de 7,32 millones de euros y hasta un 15% del capital, sería atribuida a Pescanova, sin desembolso alguno y ii) se introduciría un derecho de adquisición preferente a favor de Pescanova en los estatutos de Nueva Pescanova.
- El Consejo de Administración solicita un Dictamen a fin de conocer si la eventual ejecución de las modificaciones estructurales y ampliación de capital en los términos que resultan de su Carta de 12 de junio de 2015, en la medida en que se entienda que se desvían de lo previsto en los Convenios, conllevaría un riesgo de que el Juzgado de lo Mercantil pudiera declarar en su día el incumplimiento de los Convenios por esta causa.

III. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONVENIO CONCURSAL

El convenio concursal constituye un acuerdo entre el deudor y sus acreedores, que persigue en un modo directo y prioritario la satisfacción de los derechos de crédito de los acreedores, condicionado a la aprobación judicial (homologación) que es determinante de la eficacia del convenio (art. 133.1 LC).

Un tema previo que necesariamente ha de abordarse, en orden a delimitar el contenido del convenio concursal y en conexión con éste los eventuales supuestos de su incumplimiento, es el relativo a su naturaleza jurídica, dado que ello determinara en gran medida su contenido, así como su incumplimiento.

La naturaleza jurídica del convenio concursal ha suscitado tradicionalmente, no sólo en nuestro Derecho sino también en otros ordenamientos de Derecho Comparado, una importante controversia doctrinal, derivada fundamentalmente de la circunstancia de que el convenio, al insertarse en un procedimiento concursal de carácter judicial, aún debiendo ser **aceptado** por los acreedores, ha de ser también **aprobado** por el juez (homologación judicial).

En este sentido, la doctrina se ha debatido entre las **tesis procesalistas y contractualistas**, en función de la consideración del convenio como procedimiento judicial o contrato, distinguiéndose, así mismo, posturas que han reconducido la naturaleza del convenio a concepciones intermedias o eclécticas (vid, con argumentaciones sostenibles no obstante las sucesivas reformas de que ha sido objeto la Ley Concursal 22/2003, Pulgar Ezquerro "Comentario al art. 100 LC", en AAVV Comentarios a la legislación concursal. Tomo I. Madrid 2004, págs. 971-981).

Quienes han sostenido las tesis procesalistas, de manera minoritaria en nuestro Derecho, han entendido que el convenio es más un procedimiento que un contrato restando relevancia al acuerdo entre deudor y acreedores y resaltando la intervención judicial por la que se aprueba el convenio, en la que -según esta interpretación- encontraría su fundamento último el vínculo que se establece entre deudor y acreedores.

Esta interpretación, por tanto, concibe el convenio como institución de Derecho Público, que tendría como fin la administración pública de los intereses privados de los acreedores en el cobro, consecuentemente con lo cual el juez se perfila como órgano del estado que impondría a la minoría de los acreedores, mediante auto aprobatorio del convenio, la voluntad de la mayoría.

Sin embargo, ha de resaltarse que las tesis procesalistas seguidas principalmente en Derecho Alemán e Italiano, en los que se faculta al juez para pronunciarse en sede de aprobación del convenio, no sólo sobre su legalidad sino también sobre su oportunidad y conveniencia, no han podido sostenerse tradicionalmente en nuestro Derecho, en el que no se ha encomendado al juez la referida valoración sobre la oportunidad o conveniencia del convenio y aún menos en el ámbito de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio (en adelante, LC) tras las últimas reformas de que ha sido objeto.

Las tesis contractualistas de impronta privatista, mayoritariamente sostenidas por nuestra doctrina, conciben el convenio como institución de Derecho Privado, destacándose el carácter meramente formal del control de legalidad que tiene la intervención judicial en el convenio, derivando de la ley y no de la aprobación judicial el sometimiento de la minoría de acreedores a lo aceptado por la mayoría.

Resulta acertada esta concepción eminentemente privatista y contractualista del convenio, con lo que ello conlleva, esto es, la consideración de la propuesta como oferta de contrato y acuerdo mayoritario de acreedores, pero siempre que, aproximándonos a corrientes doctrinales eclécticas o intermedias, aceptemos que nos hallamos ante un contrato "sui generis". En efecto, el convenio se inserta, como se ha adelantado, en un procedimiento concursal de carácter judicial y de ahí la intervención del juez homologando y su imposición a la minoría (capacidad de arrastre del convenio) en clara superación del principio de relatividad contractual (art. 1.257 Cc), que en principio habría conllevado vinculación al convenio tan solo de los acreedores que lo hubieran aceptado (res inter alias). Pero no son estas las únicas especialidades que se suscitan en el convenio concursal como "contrato sui generis", sino que se introducen en la Ley Concursal

22/2003 también otras **especialidades**, respecto del marco general de obligaciones y contratos que se manifestarán en diversos ámbitos y en particular en materia de incumplimiento.

Esta naturaleza contractual del convenio concursal ha resultado precisamente potenciada en las últimas reformas acometidas en la LC 22/2003, y en particular en el Real Decreto-Ley 11/2014, posteriormente convalidado por la Ley 9/2015, que ha incidido en un modo particular en el régimen jurídico del convenio concursal, intentando aproximar su regulación a la de los acuerdos de refinanciación, como se sabe de naturaleza estrictamente contractual. En este marco, la naturaleza del convenio debe analizarse en paralelo, de un lado, con el criterio de aprobación por el juez del convenio, y de otro, con el contenido del convenio, que se flexibiliza tras la referida reforma sobre la base del principio de autonomía de la voluntad de las partes (art. 1.255 Cc).

En este sentido, sigue sin encomendarse al juez, como ha venido siendo tradicional en nuestro Derecho, la realización de un juicio de oportunidad en su aprobación, limitándose ex art. 127 LC a efectuar un control de legalidad del convenio, frente a lo que, como se ha adelantado, acontece en otros modelos de Derecho Comparado, como el Alemán o el Italiano, en que también se encomienda dicho juicio de oportunidad al juez.

Así, en el art. 131.1 LC sólo se recoge como causa de rechazo de oficio por el juez del convenio aceptado por los acreedores, la apreciación de que aquél no obtuvo las adhesiones suficientes, no fue aceptado en junta o se produjo la infracción de alguna de las normas que la Ley Concursal establece sobre el contenido y la forma del convenio, así como sobre el contenido de las adhesiones en la propuesta anticipada de convenio y sobre la constitución de la junta o su celebración.

En lo que se refiere al contenido del convenio, si las iniciales limitaciones al contenido de éste contenidas en la LC 22/2003, con la intención de "moralizarlo", parecían potenciar la vertiente pública de éste, sin embargo, la flexibilización y liberalización del contenido del convenio, en lo que se refiere al contenido de las quitas y/o esperas que se introducen sobre la base del referido Real Decreto Ley 11/2014, hoy Ley 9/2015, así como la ampliación de las posibilidades de que

las partes introduzcan otros contenidos del convenio distintos a los modos de arreglo del pasivo, potencian la vertiente contractual del convenio sobre la base de la autonomía de la voluntad ex art. 1.255 Cc, como analizaremos a continuación.

IV. EL CONTENIDO DEL CONVENIO CONCURSAL

La aprobación de la LC 22/2003 supuso la introducción en nuestro Derecho, tradicionalmente caracterizado por la absoluta libertad de las partes en la determinación del contenido del convenio, de limitaciones y prohibiciones "ex lege" a dicho contenido, reguladas en los arts. 100 y 102 LC, lo que parecía potenciar la vertiente pública del convenio en detrimento de su vertiente privada/contractual. En este ámbito, limitándose la autonomía de la libertad de las partes en la determinación del contenido del convenio, se establecían unos **contenidos obligatorios** que en todo caso deberían concurrir en el convenio concursal, consistentes en modos de arreglo del pasivo (quitas y/o esperas), pues el convenio persigue como finalidad esencial la satisfacción de los acreedores (finalidad solutoria), **contenidos posibles** y **contenidos prohibidos** (prohibición de contenidos liquidativos) (vid Pulgar Ezquerro "Comentario al art. 100 LC", en AAVV Comentarios a la Ley Concursal, op. cit., págs. 982 y ss.)

Pues bien, tras la última reforma introducida en el régimen del convenio concursal ex Real Decreto-Ley 11/2014, hoy Ley 9/2015, los contenidos prohibidos de carácter liquidativo en el convenio se mantienen, pero **se flexibilizan los modos de arreglo del pasivo y se amplían las posibilidades de contenidos posibles o alternativos.**

Así, respecto del contenido obligatorio del convenio, que en todo caso ha de concurrir, relativo a los modos de arreglo del pasivo consistentes en quitas y/o esperas, se han eliminado del art. 100.1 LC los límites a las quitas (mitad del importe de cada uno de los créditos) y a las esperas (cinco años), habiéndose suprimido, consecuentemente, del art 100.1.II LC la posibilidad concebida en un modo excepcional de que, a solicitud de parte, pudiera autorizarse

motivadamente por el juez del concurso la superación de tales límites cuando se tratase de empresas de especial relevancia para la economía, siempre que ello fuera contemplado en el plan de viabilidad.

Así mismo, junto al contenido obligatorio y esencial, que en todo caso ha de concurrir en el convenio concursal, relativo a modos de arreglo del pasivo, se amplían las posibilidades de que el convenio contenga proposiciones alternativas de las que se excluye a los acreedores públicos. Dentro de estos contenidos alternativos y posibles, se contemplaban en la inicial redacción de la LC 22/2003, en su art. 100 LC transmisión de unidades productivas (convenio con asunción), cesión de bienes, capitalizaciones de deuda y modificaciones estructurales.

A través de la incorporación al convenio concursal de contenidos distintos a los modos de arreglo del pasivo (quitas y/o esperas), el convenio adquiere una **vertiente de reestructuración**, en particular cuando se contemplan capitalizaciones de deuda o modificaciones estructurales, que sin embargo **no es consustancial ni esencial al convenio**, lo que será de gran importancia, como se analizará en sede de incumplimiento del convenio.

En efecto, aun cuando en nuestro Derecho carecemos de una declaración programática sobre los fines del concurso, de la Exposición de Motivos de la LC 22/2003 se desprende que al concurso se le asigna, en primer término, una **función solutoria de satisfacción de los acreedores, prevalentemente por vías conservativas a través del convenio, siendo no obstante dicha conservación instrumental de la función básica solutoria respecto de los acreedores**. Ello no obstante las últimas reformas de que ha sido objeto la LC 22/2003 y que, aún cuando han potenciado una dimensión de reestructuración del concurso en general y en particular del convenio, no han alterado la prioridad en este marco de la satisfacción de los acreedores.

Pues bien, respecto de estos contenidos alternativos y posibles del convenio, tras la reforma introducida en virtud de la LC 22/2003 en el Real Decreto-Ley 11/2014, se ha ampliado el elenco de supuestos de conversión de deuda, aludiéndose ya no sólo a la conversión en acciones,

participaciones o cuotas sociales o créditos participativos, sino también a la conversión en obligaciones convertibles, créditos subordinados, préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas a la deuda original.

Así mismo, se han introducido previsiones en relación con el régimen de las sociedades de capital, para facilitar los acuerdos de ampliación de capital necesarios para la capitalización de créditos. En este sentido, se exigen las mayorías ex arts. 198 y 201.1 LSC y no las mayorías reforzadas ex arts. 199 y 201.2 LSC, considerándose "ex lege" a los efectos del art. 301.1 LSC los pasivos líquidos y exigibles.

En lo que se refiere a las modificaciones estructurales que permiten dotar al convenio de una vertiente de reestructuración empresarial (fusión, escisión, segregación, cesión global de activo y pasivo) y no solo de arreglo del pasivo, sigue contemplándose su posibilidad como contenido del convenio de reestructuración empresarial ex arts. 100.3 y 190.2 LC. Con ello, se permite vía convenio modificar la estructura organizativa de empresas societarias, más allá de las simples modificaciones estatutarias, afectando a la estructura patrimonial o personal de la sociedad, pudiendo ello determinar el cambio del tipo social inicialmente elegido (transformación), la integración de unas sociedades en otras (fusión) o la división (segregación o escisión) o la cesión global de activo y pasivo.

Como se analizará más adelante, la inclusión de las modificaciones estructurales como contenido del convenio, conlleva la necesidad de adopción por los socios que no son parte del convenio, de acuerdos sociales conectados a éstas, habiéndose cuestionado el "iter temporal" en que deberían "encajar" dichos acuerdos en relación a la aprobación judicial del convenio. No obstante, es hoy cuestión pacífica y resuelta por la jurisprudencia que no debe anteceder a la aprobación judicial del convenio la adopción del acuerdo por los socios reunidos en junta, sin que ello suponga el carácter condicionado del convenio no permitido en la Ley Concursal (art. 101 LC), incidiendo la eventual falta de adopción, en su caso, por los socios del acuerdo social, no tanto en sede de eficacia del convenio concursal, cuanto en sede de ejecución o cumplimiento

de éste, como resaltó la Audiencia Provincial de Madrid en Auto de 12 de marzo de 2010. En este marco, sin embargo, es importante resaltar que, como se analizará continuación, son diversos los modos en que las referidas modificaciones estructurales podrían insertarse en el marco de un convenio concursal.

V. POSICIÓN DE LOS ACREEDORES, SOCIOS Y ADMINISTRADOR SOCIAL EN EL CONVENIO CONCURSAL DE UNA SOCIEDAD DE CAPITAL

El convenio, como se ha adelantado, es un acuerdo entre el deudor y sus acreedores sobre los modos de arreglo del pasivo inserto en un procedimiento concursal que se declara cuando el deudor se encuentra en insolvencia actual o inminente (art. 2 LC).

Por tanto, **partes del convenio concursal son tan solo el deudor y los acreedores**, no siendo considerados a estos efectos, en nuestro modelo, los socios una categoría de acreedores, como acontece en modelos como el alemán.

En supuestos en que el deudor sea una sociedad de capital, desde el momento en que la regular constitución de ésta conlleva el nacimiento de un nuevo ente dotado de personalidad jurídica propia e independiente de la de sus socios (art. 33 LSC), el deudor es la sociedad no sus socios que, por tanto y al no ser considerados en nuestro modelo una categoría de acreedores, no tienen que aceptar el contenido del convenio, **siendo el administrador social, en su posición de representante orgánico de la sociedad, quien negociará directamente con los acreedores el contenido del convenio** y el legitimado ex art. 3 LC no sólo para presentar sino también para **decidir** sobre la solicitud del concurso de acreedores.

Esta "relegación" a un segundo plano de los socios, en el marco de un convenio concursal, conectaría en los tipos societarios capitalistas con el interés social sobre cuya determinación se han ensayado **concepciones privatistas** focalizadas en el interés de los socios, con las

dificultades que conllevar reconducir éstos a una categoría unitaria, pero que desde concepciones institucionalistas -en una evolución vinculada en gran medida al marco de responsabilidad social corporativa- conecta también, sobre todo cuando nos encontramos en el marco de sociedades cotizadas, con otros intereses de "stakeholders" y, entre éstos, los de los acreedores.

En este marco, **el interés social**, aun siendo único, cambia en su apreciación en función de que ello se contextualice **en el marco de una situación económica de bonanza empresarial o de insolvencia**.

En un marco de bonanza, el interés de los socios aparece en un primer plano, pero, sin embargo, **en un contexto de insolvencia, lo prioritario pasan a ser los intereses de los acreedores**, quedando en un segundo plano los intereses de los socios, conectando en este ámbito ese primer o segundo plano con un corto o largo plazo.

Se deriva de ello, por tanto, que, **en situaciones de insolvencia, la defensa del interés social como interés de los socios exige a "corto plazo" la defensa de los intereses de los acreedores, lo que a "largo plazo" supondrá la creación de valor para los socios**. En este marco, pensemos que si el equity es cero, los socios no tendrían derecho a corto plazo ni siquiera a su cuota de liquidación, pues, como es sabido, en el art. 395.1.b LSC se antepone a la satisfacción de los socios la de los acreedores, no percibiendo éstos su cuota de liquidación si los acreedores no pueden ser satisfechos en su totalidad. Sin embargo, si esos acreedores a corto plazo son satisfechos y la sociedad consigue reestructurarse, ello repercutiría a largo plazo en la posición de los socios, que resultaría maximizada, aspecto éste en el que, como se analizará más adelante, resultarán relevantes las condiciones en que se proyecte dicha reestructuración.

Ello explicaría que, en nuestro modelo, los socios no intervengan en modo alguno en la aceptación del convenio, resultando sus intereses a "corto plazo" relegados a un segundo plano respecto de los acreedores.

Ahora bien, lo que sucede es que en aquellos supuestos en que, como se ha analizado, se insertan en el convenio otros elementos que coadyuvan no sólo a la satisfacción del pasivo sino, aún más, a la reestructuración de la empresa (p.e. capitalizaciones de deuda, aumentos de capital o modificaciones estructurales), requiriendo estos contenidos la adopción de acuerdos de los socios reunidos en junta, se presenta una **estructura triangular: deudor, acreedores y socios**, que en ocasiones conecta con el cumplimiento del convenio concursal y en cuyo marco los socios pueden maximizar o mejorar su posición a largo plazo y ello sin perjudicar la posición de los acreedores regulada en los modos de arreglo del pasivo contenidos en el convenio concursal.

En efecto, en estos supuestos es preciso que los socios reunidos en junta, aun cuando no acepten el convenio, intervengan, dado que son los únicos competentes para adoptar los acuerdos sociales base de la adopción de esas medidas societarias de reestructuración, lo que puede incidir no tanto en la perfección del convenio concursal, que lo es desde que coinciden la voluntad de deudor y acreedores, cuanto, en ocasiones, en su ejecución o cumplimiento, como se ha adelantado.

Y es que son diversos los modos y vías a través de las que las medidas societarias de reestructuración, esto es, las modificaciones estructurales, capitalizaciones de deuda o aumentos de capital, podrían insertarse en el marco del convenio concursal, siendo también distinta la posición que podrían ocupar los socios en lo relativo a la adopción de los acuerdos sociales base de las modificaciones estructurales.

De un lado, la **modificación estructural podría formar parte integrante del convenio concursal con un carácter vinculante**, dependiendo el cumplimiento del contenido esencial del convenio, esto es, los modos de arreglo del pasivo del cumplimiento, a su vez, de la modificación estructural (p.e. la sociedad resultante de la modificación estructural sería la que asumiría los pagos con las quitas y/o esperas acordadas).

En este caso, el convenio concursal y la modificación estructural resultarían inescindiblemente unidos, dependiendo el contenido del convenio de la modificación estructural, incidiendo, como se analizará, en la no adopción de los acuerdos sociales exigidos con vistas a la modificación estructural en sede de ejecución y cumplimiento del convenio.

Frente a ello, cabría que la **modificación estructural formase parte del contenido del convenio, pero sin carácter vinculante**, "anunciándose" tan solo que ello acontecerá pero sin vincular a ésta el cumplimiento de los modos de arreglo del pasivo (p.e., se anuncia a los acreedores que en un futuro más o menos próximo la sociedad se va a fusionar con otra o va a segregar parte de sus activos, pero no siendo la sociedad resultante de estas modificaciones estructurales la que asumirá el cumplimiento de las obligaciones). En estos supuestos, el proceso concursal de tramitación del convenio y el societario se tramitarían en paralelo, no afectando al cumplimiento del convenio que finalmente se realice la modificación estructural (vid SJM nº 8 de Madrid, de 17 de junio de 2014, entendiendo que en ese supuesto la modificación estructural no formaba parte del contenido vinculante del convenio y, por tanto, diferenciándose de supuestos en que sí podría formar parte de ese contenido vinculante).

Así mismo, los socios pueden ocupar una distinta posición en el marco de una capitalización de deuda o una modificación estructural prevista en el convenio concursal.

En efecto, la propuesta de convenio será presentada por la sociedad concursada y preparada por los administradores sociales, no siendo preciso que incluya ni siquiera un borrador de proyecto de fusión, escisión o capitalización, bastando con que se expongan los aspectos fundamentales de la modificación estructural o de la capitalización y el compromiso de la sociedad concursada, a través de sus órganos correspondientes, de realizar las actuaciones necesarias para alcanzar una modificación estructural.

En este marco, no obstante, a veces puede incluirse expresamente el deber de los administradores de las sociedades concursadas de presentar el proyecto común de fusión, para su depósito en el Registro Mercantil, o puede acompañarse del compromiso de los socios de estas compañías o al menos de los socios de control, de adoptar los correspondientes acuerdos

en junta general, dentro de un plazo determinado. **En estos supuestos, los socios -que no son parte del convenio- estarían actuando como terceros, obligándose como compromitentes a adoptar los acuerdos sociales que constituyen la base de las modificaciones estructurales, derivando de ello una obligación precontractual que, en supuestos de incumplimiento, daría lugar a una obligación de indemnización de daños y perjuicios si finalmente los acuerdos sociales no fueran adoptados.**

En estos supuestos, los socios deberían firmar la propuesta de convenio, dado que nos hallaríamos ante un supuesto de compromisos de terceros regulado en el art. 99.1.II LC.

Frente a ello, en supuestos en que los socios no se hubieran comprometido como terceros en el marco del convenio y, por tanto, no hubieran firmado el convenio como terceros compromitentes, no vendrían ni siquiera obligados a indemnización de daños y perjuicios si los acuerdos sociales base de las modificaciones estructurales no se adoptasen.

VI. EL INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO

Y llegamos así al tema esencial de este Dictamen, que se centra en el incumplimiento del convenio concursal y sus consecuencias.

1. Marco general de incumplimiento contractual resolutorio: art. 140 LC y especialidades

Partiendo de la naturaleza contractual del convenio concursal, al que hemos conceptualizado como "contrato sui generis", que se rige por normas especiales contenidas en la Ley Concursal (arts. 98 y ss LC), en este ámbito, como se ha adelantado, en ocasiones se excepciona el marco general de obligaciones y contratos en diversos ámbitos y en particular en materia de incumplimientos resolutorios, resultando sin embargo aplicable, en lo no previsto expresamente,

el referido marco general de obligaciones y contratos en general y en particular en materia de incumplimiento.

Estas especialidades del convenio como contrato se manifiestan, como hemos adelantado en sede de aprobación judicial del convenio y superación de un principio básico contractual, como es el principio de relatividad (art. 1.257 Cc), pero también en relación a la eficacia del convenio y en conexión con el régimen de incumplimiento del convenio.

En relación a la eficacia del convenio, conforme se dispone en el art. 133 LC, ésta comienza no desde el momento en que concurre la aceptación del deudor y acreedores con las mayorías legalmente exigidas, sino desde la fecha de la sentencia que lo apruebe, salvo si el juez, por razón del contenido del convenio, acordase de oficio o a instancia de parte retrasar esa eficacia a la fecha en que la aprobación alcance firmeza.

En lo que se refiere al régimen de incumplimiento del convenio, éste se contiene en el art. 140 LC, en su redacción tras el Real Decreto-Ley 11/2014, hoy Ley 9/2015, conforme al cual en su apartado 4 se establece: *"la declaración de incumplimiento supondrá la resolución de éste y la desaparición de los efectos sobre los créditos a que se refiere el art. 136 LC"*, pudiendo solicitar del juez la declaración de incumplimiento cualquier acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte (art. 140.1 LC), conllevando la resolución judicial firme de incumplimiento del convenio la apertura de oficio de la liquidación (art. 143.1.5º LC).

Se alude y conecta al incumplimiento del convenio tras la referida reforma introducida por el Real Decreto-Ley 11/2014 su **"resolución"**, sustituyéndose así acertadamente la tradicional referencia en nuestro Derecho a su **"rescisión"**. Se sitúa así, acertadamente, **la tutela de los acreedores, que conlleva la declaración judicial de incumplimiento en el ámbito del régimen de resolución de los contratos**, conectado al incumplimiento de las obligaciones, frente al término "rescisión" conectado más bien al ámbito de la ineficacia funcional de los contratos, que nada tienen que ver con su incumplimiento (arts. 1.290-1.299 Cc).

Sin embargo, nos hallamos ante una resolución del convenio como contrato conectada a su incumplimiento que presenta especialidades respecto del régimen general de la resolución contractual. Estas especialidades se explican, como se ha adelantado, por constituir el convenio una institución de Derecho Concursal, conectando las especialidades en materia de incumplimiento con las causas de conclusión del concurso de acreedores, en cuyo marco se inserta el convenio, y en particular con la "pervivencia" y subsistencia, aunque sólo sea en estado "latente" del procedimiento, en tanto en cuanto el convenio se cumpla (art. 176.1.2º LC), **determinando por tanto la conclusión del concurso no tanto la aprobación judicial del convenio cuanto la declaración judicial firme de cumplimiento del convenio.**

Esto explica como especialidad, de un lado, que las partes no pueden disponer ni elegir sobre la base de la autonomía de la voluntad (art. 1.255 Cc) de los distintos "remedios" de la teoría general frente al incumplimiento, **no pudiendo las partes elegir entre el cumplimiento del convenio o su resolución, como se prevé en el ámbito contractual en el art. 1.124 Cc.** En este sentido, viene predeterminada "ex lege" la consecuencia vinculada a dicho incumplimiento, que no es sino la apertura de la fase de liquidación del concurso en protección de los acreedores, sin que sea materia disponible para las partes la elección de las consecuencias vinculadas al incumplimiento.

Así, se conecta en todo caso al incumplimiento del convenio la **conversión de la fase de convenio en liquidación**, de un lado, de oficio en virtud de la resolución judicial firme de incumplimiento del convenio (art. 143.1.5º LC), lo que no se produce si los acreedores no ejercen su facultad de solicitar la declaración de incumplimiento del convenio.

De otro, a instancia de parte, imponiendo el art. 142.2 LC al deudor un deber específico de solicitud de conversión de la fase de convenio en liquidación, cuando conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél.

En todo caso de conversión de la fase de convenio en liquidación, se formará necesariamente la sección de calificación, lo que en teoría debería disuadir al deudor del incumplimiento del convenio, salvo en supuestos en que éste fuera por su contenido gravoso (quita superior a un tercio o espera superior a tres años) y ex art. 167.1 2º párrafo LC, ya estuviera abierta la sección de calificación. No obstante, la intervención temprana del deudor solicitando dicha conversión de fases del concurso por imposibilidad de cumplimiento del convenio, si bien no evitaría la apertura de la sección de calificación, sí podría evitar la operatividad de la presunción "iuris tantum" de concurso culpable ex art. 164.2.3º LC.

Por efecto de la resolución del convenio concursal, los créditos afectados por el convenio vuelven al estado anterior al de la aprobación judicial, en lo que respecta a las quitas y/o esperas, perdiendo el convenio su eficacia novatoria ex art. 136 LC, pero **no desaparecen dichos efectos de quita y/o espera respecto de los créditos que ya fueron íntegramente satisfechos conforme a lo previsto en el convenio**, no teniendo por tanto eficacia retroactiva la resolución del convenio como contrato, lo que constituye otra especialidad respecto del marco general de incumplimientos resolutorios.

A sensu contrario, no desaparecen, no obstante el incumplimiento, los efectos derivados de cualquier otro contenido vinculado al convenio (p.e., acuerdos de enajenación de activo, capitalizaciones ...), lo que, como se analizará, será relevante en relación a la determinación del ámbito material del incumplimiento determinante de la "resolución" del convenio y la apertura de la liquidación.

Y hasta aquí las especialidades expresamente previstas en la Ley Concursal 22/2003, respecto de la resolución del convenio por incumplimiento.

Nada se establece, sin embargo, en el art. 140 LC sobre que deba entenderse por incumplimiento del convenio, en lo que se refiere a la entidad, del incumplimiento y contenido del convenio sobre el que habría de recaer, así como respecto de la autoría o su imputabilidad.

Las opciones interpretativas que al respecto se presentan como posibles, serían, de un lado, entender que esta falta de precisión equivale a que en el ámbito del convenio no se aplicaría la teoría general sobre incumplimiento resolutorio y todo alejamiento en el cumplimiento de obligaciones esenciales o no, en grado total o parcial, respecto de las condiciones inicialmente previstas en el convenio, conllevaría su incumplimiento y la conversión de la fase de convenio en liquidación si media declaración judicial de incumplimiento a solicitud de cualquier acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte.

De otro lado, entender -y a esta posición nos adscribimos- que en lo no regulado en el art. 140 LC, operaría el marco general de incumplimiento contractual resolutorio dada la naturaleza contractual del convenio y la falta de previsión expresa al respecto. En efecto, habiendo establecido expresamente el legislador concursal especialidades en los ámbitos señalados con anterioridad, cabe deducir a sensu contrario que en los ámbitos en que no se establecen dichas especialidades operaría el marco general de incumplimientos contractuales resolutorios.

En este marco, como es sabido, se distinguen **incumplimientos esenciales y sólo a éstos, cuando revisten cierta entidad, se vincula la resolución contractual.**

En efecto, la facultad resolutoria contractual que se encuentra regulada en el art. 1.124 LC y cuyo fundamento se sitúa en la interdependencia de las obligaciones recíprocas, debe referirse a **la obligación considerada como principal, lo que conecta con la finalidad perseguida con el contrato, no pudiendo prosperar la resolución cuando lo incumplido son obligaciones de tipo accesorio o complementarias**, que no constituyen el objeto principal de la relación y cuyo incumplimiento puede dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios, pero no constituye "per se" un incumplimiento resolutorio (vid, por todos, Díez Picazo en "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo II. Las relaciones obligatorias", Madrid 1993, págs. 710-711).

Así mismo, el "incumplimiento resolutorio" exige que dicho **incumplimiento de la obligación principal sea grave** (Jordano Barea), lo que ha sido acogido por el Tribunal Supremo (STS 15 abril 1981), reconduciéndose por otro sector doctrinal esta "gravedad" a la necesidad de que el incumplimiento sea total y no un simple incumplimiento parcial o "cumplimiento defectuoso", de modo que la inexecución de una mínima parte de la prestación o defectos de poca entidad no deberían dar lugar a la resolución del contrato, sobre la base del principio de equidad y buena fe (Díez Picazo, op. cit., págs. 711-712).

En el fondo, la idea **que subyace a esta doble exigencia de vinculación de la resolución a las obligaciones esenciales y a los incumplimientos de cierta entidad o gravedad es la "excepcionalidad" del remedio resolutorio, sobre la base del principio de equidad a que responde el art. 1.124 Cc, que conlleva un respeto a la conservación de los contratos lícitos y válidamente celebrados**, en la medida en que éstos continúen siendo útiles todavía para alcanzar los fines propuestos por las partes. Dicho principio general de conservación del contrato, que conlleva una tendencia al mantenimiento del vínculo contractual, sería consecuencia del **deber de fidelidad que informa el principio fundamental de la contratación, conforme al cual "pacta sunt servanda"**.

Por ello, sólo resulta justificada la resolución del vínculo contractual en aquellos casos en que se patentice una falta a las obligaciones contractuales que revista cierta gravedad y el incumplimiento recaiga sobre obligaciones esenciales, pudiendo propiciar otra interpretación eventuales ejercicios abusivos de la referida facultad resolutoria por incumplimiento contractual.

La aplicación de la teoría general sobre incumplimientos resolutorios y la opción consiguiente por una interpretación restrictiva del incumplimiento del convenio concursal, no sólo sobre la base del referido principio de conservación de los contratos, sino también sobre la base del principio de conservación de la empresa y dados los graves efectos que "ex lege" se conectan en el art. 143.1.5º de la LC a éste, puede fundarse en argumentos legales, jurisprudenciales y de política jurídica conectados en particular a las últimas reformas de que ha sido objeto la LC 22/2003.

2. La interpretación restrictiva del incumplimiento del convenio concursal ex art. 140 LC

2.1 Argumentos legales

Si bien no puede desprenderse del tenor literal del art. 140 LC que a cualquier incumplimiento del convenio se vincula su resolución y apertura de la liquidación, dado que **se alude al incumplimiento del convenio y no a "todo incumplimiento del convenio"**, sin embargo si parece derivarse que sólo se vincula a incumplimientos esenciales, entendiendo por tales los vinculados a los modos de arreglo del pasivo, si el art. 140 LC se pone en conexión con los art. 142 y 136 LC. En particular, con los supuestos en que constituye un deber para el deudor solicitar la liquidación cuando durante la vigencia del convenio conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos (art. 142.2), así como con el cese de los efectos novatorios conectados al convenio (art. 136 LC) y la facultad de los acreedores para solicitar la declaración judicial de incumplimiento ex art. 140.1 LC.

En efecto, que el legislador parte de que sólo quitas y esperas, esto es, modos de arreglo del pasivo constituyen contenido esencial del convenio y sólo respecto de este contenido acontecería el incumplimiento de aquél, dando lugar a la conversión de la fase de convenio en liquidación, se deriva de los siguientes argumentos:

- En primer lugar, el significado y alcance del incumplimiento del convenio parece deducirse de la previsión contenida en el art. 140.1 LC, en relación a la legitimación del acreedor para solicitar la declaración judicial de incumplimiento del convenio concursal.

En efecto, se exige al acreedor, para que esté legitimado activamente para dicha solicitud, que **se haya visto directamente "afectado" por este incumplimiento**. De ello se deriva que la causa del incumplimiento relevante a los efectos del art. 140.1 LC se sitúa en el impago y/o mora respecto de la quita y/o espera acordada respecto de la satisfacción acordada de los créditos, y no respecto de otras obligaciones "accesorias" que puede conllevar el convenio concursal, y que no afectarían directamente a los acreedores.

- De otro lado, en el art. 140.4 LC se conecta a la resolución del convenio por incumplimiento "**la desaparición de los efectos sobre los créditos**" y sólo sobre los **créditos que habían quedado afectados por el contenido del convenio** y que "vuelven" al estado anterior al de la aprobación judicial, en lo que se refiere a los efectos sobre las quitas y/o esperas por remisión expresa del legislador a los efectos a los que se refiere el art. 136 LC. No obstante, no desaparecen los efectos sobre aquellos créditos que fueron ya íntegramente satisfechos, conforme a lo previsto en el convenio, sin perjuicio de la posibilidad de impugnación del pago que tiene la administración concursal. A sensu contrario, por tanto, ha de entenderse que no desaparecen los efectos de cualquier otro acuerdo que pudo haberse incluido en el convenio (p.e., acuerdos de reestructuración tipo capitalizaciones o aumentos de capital, enajenaciones). De ello parece derivarse que no se aplican a estos contenidos distintos a las quitas y/o esperas las consecuencias que concursalmente se anudan al incumplimiento del convenio vía resolución, porque no se consideran estas cláusulas parte esencial del convenio.

Por tanto, del art. 140.4 LC y la exclusiva desaparición de los efectos de los créditos a la que se hace referencia en dicho precepto, se deriva, de un lado, que se parte de que contenido esencial del convenio sólo son quitas y/o esperas, de otro lado, que sólo sobre el incumplimiento de ese contenido esencial se proyectan los efectos de la resolución del convenio como contrato.

- Finalmente, en el art. 142.2 LC, al regularse los supuestos en que el deudor, durante la vigencia del convenio, debe solicitar la liquidación por conocimiento de la imposibilidad de cumplimiento se alude a la "*imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél*" y no a la imposibilidad de cumplir otras obligaciones distintas a los pagos.

2.2 La interpretación jurisprudencial restrictiva del incumplimiento del convenio concursal ex art. 140 LC

Esta interpretación restrictiva del incumplimiento del convenio a los efectos del art. 140 LC ha sido precisamente la sostenida por los jueces de lo mercantil y las audiencias en sus resoluciones, exigiendo, en orden a la aplicación de dicho precepto, que el **incumplimiento lo sea respecto de obligaciones esenciales reconducibles sólo a los modos de arreglo del pasivo y revista cierta entidad o gravedad**. Ello fundamentándose, de un lado en el **principio de conservación del convenio concursal** que no constituye sino una manifestación del principio general de **conservación de los contratos**, y de otro en el **principio de conservación de empresas**.

En este ámbito se debe citar, en primer lugar, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4ª, de 11 de marzo de 2009 (La Ley 63145/2009), seguida posteriormente por las de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 11 de julio de 2011 (La Ley 170765/2011) y de 7 de enero de 2014 (La Ley 34024/2014).

En este marco, es particularmente gráfico y elocuente el considerando cuarto, párrafo 9º de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4ª, de 11 de marzo de 2009, a la que antes se ha hecho referencia, en el que se entiende que:

"Es excesivo que una mera alteración de las previsiones del convenio produzca una consecuencia tan grave como puede ser su rescisión⁴. Hay que valorar los hechos acontecidos a fin de que se evalúe si se ha producido un verdadero y propio incumplimiento de las obligaciones asumidas por el deudor en relación a la satisfacción del interés perseguido por un acreedor con la aprobación del convenio, desestimándose como incumplimientos aspectos accesorios".

⁴ Obsérvese que la alusión a la "rescisión" y no a la "resolución" del convenio concursal se explica por ser anterior la SAP de Las Palmas a la reforma de la Ley Concursal, en virtud del Real Decreto-Ley 11/2014, que modificó la redacción del art. 140 LC, sustituyendo acertadamente, por las razones que se han analizado, la referencia a la "rescisión" por la "resolución"

Y se añade: "A la hora de resolver sobre dicho incumplimiento, no parece congruente con el principio de conservación de empresa sobre la base de cual se incentiva en la Ley Concursal el convenio frente a la liquidación, que **cualquier incumplimiento no esencial y accesorio dé lugar a una consecuencia tan grave como la que el art. 140 LC anuda a la "rescisión" del convenio**".

2.3 Interpretación de política jurídica del incumplimiento del convenio ex art. 140 LC

La interpretación restrictiva del incumplimiento del convenio concursal a los efectos del art. 140 LC, encontraría, además, una fundamentación de política jurídica, en conexión con los fines perseguidos por el convenio en el marco del concurso de acreedores, así como en conexión con las últimas reformas acometidas en la Ley Concursal, que introducen "vías de escape" a la liquidación como efecto inescindiblemente unido, en todo caso, al incumplimiento del convenio concursal.

Como se ha señalado con anterioridad, el fin esencial y prioritario del convenio concursal es la satisfacción de los créditos de los acreedores, que se antepone a otros fines de reestructuración que parecen haberse encomendado progresivamente al convenio concursal en las últimas reformas de la Ley Concursal 22/2003, en un proceso de aproximación a los acuerdos preconcursales de refinanciación.

Desde esta perspectiva, a su vez, la resolución del convenio concursal como contrato ex art. 140 LC, con las particularidades y especialidades respecto del régimen general de incumplimientos resolutorios ex art. 1.124 Cc, que han sido analizadas, constituye un medio de tutela y protección de los acreedores en la referida satisfacción de sus créditos, que pueden ejercer su facultad de solicitar la declaración judicial de incumplimiento del convenio. Ello conlleva "ex lege" y sin posibilidad de otra elección por las partes, la apertura de la liquidación, lo que, como se ha analizado, se explica dada la inserción del convenio concursal como contrato en el marco de un procedimiento judicial concursal y sus causas de conclusión. En este sentido, como se ha adelantado, en el art 176.1.2º LC se sitúa no tanto en la aceptación por los acreedores y

aprobación judicial del convenio concursal la causa de conclusión del concurso, cuanto en el auto judicial firme que declare el cumplimiento del convenio, lo que determina que, en supuestos en que dicho convenio no se cumpla, la fase de convenio se convierta en fase de liquidación, como medio de protección y satisfacción de los acreedores.

Ahora bien, sostener que sobre la base de cualquier incumplimiento, con independencia de su entidad y obligaciones sobre las que recaiga operaría ex art. 140 LC, la resolución del convenio como contrato y la correlativa apertura de la liquidación, **no puede entenderse que en todo caso "coadyuve" a una mejor satisfacción de los acreedores.**

En efecto, el convenio conlleva una solución negociada y acordada sobre los modos de arreglo del pasivo que permite la conservación y mantenimiento de la actividad de la empresa y sobre todo el mantenimiento del sector terciario inmaterial (know how, signos de propiedad industrial, patentes ...), lo que puede maximizar el valor de los activos e incrementar las posibilidades de los acreedores de ver satisfechos sus créditos.

Frente a ello, la liquidación, si opera disgregando los activos, incide negativamente en la valoración patrimonial de la empresa, eliminando ese fondo de comercio o "avviamento" que subyace a su actividad y que, en el marco del convenio concursal, podría ser mantenido en beneficio de los acreedores, que, insistimos, verían incrementadas las posibilidades de satisfacción de sus créditos. De otro lado, la apertura de la liquidación conlleva la operatividad de la clasificación de los créditos, con los consiguientes efectos en el orden de pago, lo que, excepción hecha de acreedores con privilegio especial (hipotecarios, prendarios ...) puede disminuir las posibilidades de satisfacción de los acreedores ordinarios y, sobre todo, de los subordinados, que resultarían postergados en la satisfacción de sus créditos (art. 158 LC).

De otro lado, la apertura de la sección de calificación, conectada en todo caso a la apertura de la liquidación que podría conllevar la depuración de responsabilidades del deudor y personas afectadas por la sentencia de calificación (cómplices ...), con los consiguientes "mecanismos de completamiento" de la masa activa del deudor, no conllevaría un plus de protección en aquellos supuestos en que, por hallarnos ante un convenio de los considerados gravosos (art. 167.1 LC),

frecuentes en el contexto de crisis económica, en el que todavía estamos inmersos, dicha sección ya se hubiera abierto.

Precisamente así parece haberlo entendido el legislador en las últimas reformas de la LC 22/2003, y en particular en el Real Decreto-Ley 11/2014, posteriormente convalidado por la Ley 9/2015, en el que, como se analizará a continuación, se han introducido "vías de escape" a la liquidación como efecto inexorablemente unido al incumplimiento y resolución del convenio concursal.

VII. LA MODIFICACIÓN DEL CONVENIO

Con anterioridad a la mencionada reforma introducida en la Ley Concursal 22/2003 en virtud del Real Decreto-Ley 11/2014, hoy Ley 9/2015, no se contenían en dicho texto legal mecanismos de modificación del convenio que permitieran eludir la liquidación anudada al incumplimiento, frente a lo que se contemplaba, acertadamente, en otros proyectos de reforma de nuestro Derecho Concursal, y en particular en el art. 240 ALC de 1983, en el que se regulaban mecanismos de modificación del convenio concursal, habiendo sido además este tema objeto de recomendación en el ámbito de Naciones Unidas (A/CN.9 / WG.V / WP.61.p.39.A / CN.9 / WG.V / WP.63 / Add. 12, p 18,19).

En virtud de dicha reforma, sin embargo, se ha introducido en virtud de la DT. 3ª del Real Decreto-Ley 11/2014, el comúnmente denominado "**Reconvenio**" en los siguientes términos "*En caso de incumplimiento en los dos años siguientes a la entrada en vigor de esta Ley, el deudor o los acreedores que representen al menos el 30% del pasivo total existente al tiempo del incumplimiento, calculado conforme al texto definitivo del informe de la administración concursal, podrán solicitar la modificación del convenio con aplicación de las medidas introducidas por esta Ley. La solicitud deberá acompañarse de una propuesta de modificación, así como de un plan de viabilidad. Mientras se encuentre en trámite una modificación del convenio, conforme a esta*

disposición, ningún acreedor podrá instar la declaración de incumplimiento, en lo términos de los artículos 140 y 142 de la Ley Concursal. Asimismo, iniciado este procedimiento de modificación, quedarían en suspensión las declaraciones de incumplimiento previamente solicitadas".

Nos hallamos, por tanto, en el ámbito del denominado "Reconvenio", ante una **modificación convencionalmente acordada** por el deudor con sus acreedores, con vistas a evitar no tanto el incumplimiento del convenio, que ya se habría producido y constituiría presupuesto indispensable para que opere el reconvenio, cuanto **para evitar la liquidación vinculada inexorablemente en el art. 140 LC al incumplimiento del convenio.**

Se trata de una modificación que habría de ser aceptada por los acreedores y, posteriormente, objeto de homologación judicial, que coexiste con el deber del deudor de solicitar la liquidación cuando conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél ex art. 142.2 LC, de donde ha de entenderse que dicho conocimiento por parte del deudor le legitimaría para solicitar la modificación del convenio, enervando en este caso la solicitud de modificación el deber del deudor de solicitud de la liquidación (vid sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, Sección 4, de 19 de junio de 2015, sobre aceptación y extensión del denominado "Reconvenio").

A la referida posibilidad legamente prevista de modificación del convenio, se podría además añadir por vía interpretativa a nuestro entender y sin previsión legal expresa al respecto, la posibilidad de alcanzar una **modificación también acordada entre el deudor y sus acreedores, pero no con todos ellos, como en el caso del denominado reconvenio, sino sólo y exclusivamente con una categoría de éstos**, los titulares de pasivo financiero, sobre la base de una aplicación en sede de convenio de las previsiones contenidas en la DA 4ª LC respecto de acuerdos preconcursales de refinanciación.

Sin embargo, en relación al convenio homologado judicialmente, que constituye el objeto del presente Dictamen, lo que se plantea no es una modificación encuadrable en el ámbito del referido "reconvenio" ex DT 3ª Real Decreto-Ley 11/2014, de un lado, porque el convenio no se

ha incumplido en lo relativo a los modos acordados de arreglo del pasivo, ni el deudor tiene conocimiento durante la vigencia del convenio de la referida imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación contemplada en el art. 142.2 LC.

De otro lado, porque no se trataría de una modificación acordada con los acreedores, ni, en general ex DT 3ª, ni con una categoría de éstos, los acreedores titulares de pasivo financiero invocando el régimen de la DA 4ª LC, sino de una iniciativa unilateral por la sociedad deudora, Pescanova, S.A., que el Consejo podría trasladar a los socios en la próxima Junta de Accionistas que se celebrará en septiembre de 2015. Esta propuesta no incidiría en el contenido esencial del convenio, esto es, quitas y/o esperas, manteniendo sus compromisos la sociedad en los términos inicialmente planteados, sino en el contenido de reestructuración del convenio concursal, respecto de la deuda de las filiales, en lo que se refiere a la alteración subjetiva de la composición de socios en Nueva Pescanova, S.L. y al reconocimiento de un derecho de adquisición preferente para esta entidad, aspectos éstos en los que la decisión, conforme a la normativa societaria, la tienen en todo caso los socios reunidos en junta y no los acreedores.

Dicha modificación unilateral no sólo sería posible sino que, además, como se analizará a continuación, resultaría justificada sobre la base de la consideración de que el convenio, si bien a corto plazo se centra en la satisfacción de los acreedores, a largo plazo busca mejorar y maximizar la posición de los socios, previa satisfacción de los acreedores, persiguiendo precisamente las modificaciones que se proponen dicha maximización, sin detrimento de los intereses de los acreedores en el cobro en las condiciones de arreglo del pasivo inicialmente pactadas, no siendo por tanto necesario el consentimiento de los acreedores porque las modificaciones en modo alguno inciden en los modos de arreglo del pasivo.

VIII. LA ALTERACIÓN SUBJETIVA DE LA COMPOSICIÓN DE SOCIOS EN NUEVA PESCANOVA, S.L. Y EL RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE NO CONLLEVA INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO CONCURSAL

Con arreglo a lo analizado, podemos sostener que los términos en los que la propuesta que el Consejo ha trasladado al G-7 difiere, respecto de las operaciones de reestructuración de la deuda de las filiales, contenidas en el convenio homologado judicialmente (modificaciones estructurales y ampliación de capital), no conllevarían el incumplimiento del convenio a los efectos del art. 140 LC y, por tanto, no conllevarían su resolución ni la conversión de la fase de convenio en fase de liquidación que se "anuda" a dicho incumplimiento.

Pero antes de apoyar esta afirmación en argumentos jurídicos, conviene resaltar que en todo caso dicho eventual incumplimiento no se produciría en un modo automático, sino que **requeriría en todo caso solicitud de declaración judicial de incumplimiento del convenio por cualquier acreedor que se haya visto directamente "afectado" por este incumplimiento**, conectando dicha "afectación", como se ha analizado, con los modos de arreglo del pasivo quitas y/o esperas, estando legitimados ex art. 140.1 LC sólo los acreedores afectados por un impago o mora respecto de la quita y/o espera.

Ello no concurre en modo alguno respecto de ningún acreedor del convenio que estamos analizando, dado que las modificaciones que se proponen no "afectan" a los modos de arreglo del pasivo, sino a las condiciones en que se adoptarán las medidas de reestructuración de la deuda de las filiales contenidas en el convenio, por lo que "ab initio" carecerían los acreedores de la legitimación exigida en el art. 140.1 LC para solicitar la declaración judicial de incumplimiento del convenio, sin la cual no se produciría jurídicamente el incumplimiento ni operaría la conversión de la fase de convenio a liquidación conectada "ex lege" a éste.

De otro lado, ha de resaltarse que son escasos los incentivos que para los acreedores conllevaría la solicitud de declaración judicial de incumplimiento. En efecto, como se ha analizado, ello puede conllevar la postergación de los acreedores subordinados (art. 158 LC), no

concurriendo en el supuesto que estamos analizando el incentivo que conllevaría la sección de calificación vinculada a la conversión de la fase de convenio en liquidación y posible operatividad de mecanismos de depuración de responsabilidad y completamiento de la masa activa del deudor, dado que el patrimonio de los antiguos administradores ya se encuentra expuesto a distintas acciones judiciales.

Tras estas premisas, que las modificaciones que ha propuesto el Consejo en el contenido de reestructuración del convenio antes señalado, no conllevarían su incumplimiento a los efectos del art. 140 LC se apoyaría en los siguientes argumentos jurídicos, que se desprenden de lo analizado con anterioridad en el presente Dictamen:

- Las modificaciones propuestas no recaen sobre el contenido esencial del convenio concursal al que se vincula la operatividad del art. 140 LC, sobre la base de la teoría general sobre incumplimientos resolutorios aplicable en este marco, al no contenerse en dicho precepto especialidad al respecto. En efecto, este contenido esencial, conforme a la interpretación conjunta que se ha propuesto del art. 140 LC, en conexión con el art. 142.2 y 136 LC, conecta con los modos de arreglo del pasivo (quitas y/o esperas) que en modo alguno son objeto de modificación en la propuesta del Consejo, no sufriendo estos créditos perjuicio ni demora alguna en virtud de las modificaciones que se proponen.
- Las modificaciones recaen sobre el contenido de reestructuración del convenio concursal respecto de la deuda de las filiales, que se centra, de un lado, en modificaciones estructurales y, de otro, en una ampliación de capital. Así, la propuesta del Consejo difiere de lo inicialmente planteado en dos extremos:
 - La participación en Nueva Pescanova, S.L. inicialmente prevista para los accionistas de Pescanova, mediante desembolso de 7,32 millones de euros y hasta un 15% del capital, sería atribuida a Pescanova sin desembolso alguno. Ello conlleva, por tanto, una alteración subjetiva de la composición de socios de Nueva Pescanova, S.L., resultante de la modificación estructural acordada.

- Se introduce un derecho de adquisición preferente, inicialmente no contemplado en el convenio, a favor de Pescanova, en los Estatutos de Nueva Pescanova, S.L.

- Ambas modificaciones inciden en aspectos relativos al contenido de reestructuración del convenio concursal, respecto de la deuda de las filiales, que, conforme a la interpretación propuesta en el presente Dictamen, constituyen contenidos accesorios del convenio a los efectos del art. 140 LC. El efecto resolutorio sólo operaría respecto de contenidos esenciales (quitas y/o esperas) e incumplimientos de éstos de cierta gravedad, no conllevando por tanto dichas modificaciones incumplimiento del convenio, ni la consiguiente conversión de la fase de convenio en liquidación.

- En este sentido, ha de resaltarse que no operaría la previsión contenida en el convenio, en el sentido de que la no ejecución de la modificación estructural o la ampliación de capital conllevaría el incumplimiento del convenio concursal, pues el régimen contenido en el art. 140 LC, como se ha analizado, no es disponible por las partes y, conforme a la interpretación propuesta, ésta conecta con el incumplimiento de las obligaciones esenciales del convenio relativas sólo a modos de arreglo del pasivo (quitas y/o esperas) y no a otros contenidos de reestructuración del convenio concursal.

- Las modificaciones propuestas, por tanto, no afectan a los acreedores, que seguirán teniendo acceso a un 80,01% del capital de Nueva Pescanova. Tan sólo persiguen mejorar, en el marco del contenido de reestructuración, la posición a largo plazo de los socios en la sociedad reestructurada, Nueva Pescanova, S.L., finalidad que, como se ha analizado, se asigna al convenio concursal cuando tiene contenidos de reestructuración, sin que ello se realice en detrimento de la prioridad a corto plazo del convenio en la satisfacción de los acreedores, pudiendo fundarse en las últimas reformas de la Ley Concursal algunas de las modificaciones propuestas por el Consejo y en particular el propuesto derecho de adquisición preferente.

- En efecto, como se sabe, en virtud de la reforma introducida en la Ley Concursal por el Real Decreto-Ley 11/2014, hoy Ley 9/2015, se ha perseguido incentivar en sede preconcursal, en el marco de acuerdos de refinanciación homologados ex art. 71 bis y DA 4ª LC (acuerdos homologados de refinanciación) y acuerdos extrajudiciales de pagos, la capitalización de deuda o conversión de deuda en capital, que, como se sabe, conlleva un aumento de capital por compensación de créditos ex art. 301 LC.
- Para ello, se ha introducido en el art. 165.2 LC una presunción "iuris tantum" de concurso culpable en aquellos supuestos en que los socios o administradores se hubieran negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles, y ello hubiera frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación de los señalados o de un acuerdo extrajudicial de pagos.
- Pues bien, en el segundo párrafo del referido artículo 165.2 LC, se establece que, para que la negativa a su aprobación determine la culpabilidad del concurso, el acuerdo propuesto deberá reconocer a favor de los socios del deudor **un derecho de adquisición preferente** sobre las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores a resultas de la capitalización o emisión propuesta en caso de enajenación ulterior de los mismos, admitiéndose tan sólo la exclusión en el acuerdo propuesto de dicho derecho de adquisición preferente en las transmisiones realizadas por el acreedor a una sociedad de su mismo grupo o a cualquier entidad que tenga por objeto la tenencia y administración de participaciones en el capital de otras entidades, con tal de que sea de su grupo o esté participada por el acreedor.
- El fundamento de este derecho de adquisición preferente, -sin analizar en este lugar, por exceder del objeto del presente Dictamen, el empleo por el redactor de la norma del término "adquisición preferente" y no "suscripción preferente"- conecta con un tema de "Governance" y una adecuada composición entre el interés en la reestructuración a corto plazo, como vía de satisfacción de los acreedores, y a largo plazo como vía de satisfacción también de los socios, que, tras dicha reestructuración, entre otros

aspectos, recobrarían su condición de acreedores por su cuota de liquidación, que en una sociedad insolvente, como se ha analizado, sería inexistente al anteponerse la satisfacción de los acreedores a la de los socios (art. 395.1.b LSC).

- En efecto, se persigue evitar que "sin causa razonable" los socios o administradores se nieguen a capitalizar, pero la sanción a ello, que residiría en la presunción "iuris tantum" de calificación culpable del concurso, sólo opera si en supuestos de enajenación ulterior se garantiza a los socios un derecho de adquisición preferente sobre acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores que les permita retomar el control de la sociedad reestructurada.

- Ello es precisamente lo que se persigue en última instancia a través de la propuesta del Consejo: un derecho de adquisición preferente a favor de Pescanova en los Estatutos de la reestructurada Nueva Pescanova, S.L., **que en modo alguno afecta a la participación que el consorcio de acreedores tendrá en Nueva Pescanova, S.L., que seguirá siendo la misma.**

- En lo que se refiere a la modificación estructural prevista, parece adscribirse a lo que hemos analizado en este Dictamen como "modificación estructural que forma parte del convenio concursal con carácter vinculante". Esta modificación estructural no se ve alterada en modo alguno por efecto de las modificaciones que se proponen por el Consejo, dejando al margen el estudio de lo que en los antecedentes remitidos se ha calificado como "cauteladas adicionales" en relación con el plazo para la realización de estas operaciones societarias y la posibilidad de que éstas pudieran no realizarse por cuestiones ajenas a su voluntad.

- En este ámbito, ha de destacarse que ha sido interpretado jurisprudencialmente, también en un modo restrictivo, el incumplimiento del convenio en estos supuestos, limitándose a que la modificación estructural no llegara a completarse, en el sentido de que no se aprobara en junta o no se inscribiera, lo que no acontece en el presente supuesto, no

siendo subsumible en ese ámbito la alteración subjetiva de la composición de socios en Nueva Pescanova, S.L. que se propone.

- Estas modificaciones, en el sentido indicado en el contenido de reestructuración del convenio concursal, propuestas por el Consejo, pueden ser acordadas unilateralmente por Pescanova, dado que, como hemos analizado, no nos hallamos en el ámbito del "reconvenio" que conlleva una modificación del convenio negociada entre deudor y acreedores y objeto de nueva homologación judicial previsto en la DT 3ª del Real Decreto-Ley 11/2014, hoy Ley 9/2015, al no encontramos ante un convenio incumplido en lo relativo a los modos de arreglo del pasivo, que sería el único incumplimiento relevante a los efectos de dicha disposición transitoria, en concordancia con la interpretación propuesta del art. 140 LC, al que alude la propia disposición transitoria referida.

- Tampoco nos hallaríamos en el supuesto del art. 142.2 LC, determinante del deber del deudor de solicitar la liquidación por "*conocimiento de la imposibilidad de cumplimiento de los pagos comprometidos*", dado que ese contenido esencial del convenio se puede cumplir conforme a lo inicialmente pactado, afectando, como se ha señalado, las modificaciones propuestas al contenido "accesorio" de reestructuración del convenio.

- Por último, los términos en los que la propuesta del Consejo difiere respecto de las operaciones societarias de reestructuración no conllevarían para los socios o para el administrador social una obligación de indemnización de daños y perjuicios, dado que, como parece desprenderse de los antecedentes facilitados, no se incluyó expresamente en el convenio el compromiso de los socios en un amplio sentido, ni de los socios de control de adoptar los correspondientes acuerdos en junta general en un plazo determinado.

IX. CONCLUSIONES

- El convenio concursal constituye un acuerdo entre el deudor y sus acreedores sobre los modos de arreglo del pasivo (quitas y/o esperas) que persigue prioritariamente la satisfacción de los derechos de los acreedores en el cobro de sus créditos, constituyendo éste el contenido esencial del convenio al que, no obstante, pueden también incorporarse contenidos de reestructuración societaria (modificaciones estructurales, aumentos de capital, ...) que constituyen contenidos accesorios respecto del contenido esencial del convenio (modos de arreglo del pasivo).

- El convenio concursal es un "contrato sui generis" regulado en la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, objeto de sucesivas reformas posteriores, al que se aplica fuera del ámbito de las especialidades expresamente previstas en dicha Ley, el marco de principios generales en materia de obligaciones y contratos.

- El carácter "sui generis" del convenio como contrato se manifiesta no sólo en relación a su contenido (arts. 100 y 102 LC), intervención del juez (homologación judicial ex art. 127 LC) y en conexión con ello, capacidad de arrastre y superación del principio de relatividad contractual (arts. 124-125 LC), sino también en relación con la eficacia (art. 133.1 LC) e incumplimiento del convenio (art. 140 LC).

- Las especialidades expresamente previstas en la LC 22/2003 en materia de incumplimiento del convenio, que conlleva la resolución de este como contrato, se justifican sobre la base de la inserción del convenio en un procedimiento judicial concursal que sólo concluye con la declaración judicial firme de cumplimiento (art. 176.1.2º LC) y se centran, de un lado, en la predeterminación "ex lege" de la consecuencia vinculada a dicho incumplimiento (liquidación), sin que las partes puedan elegir entre cumplimiento o resolución ex art. 1.124 Cc; y de otro, entre la no eficacia retroactiva de la resolución,

manteniéndose los efectos de la quita y/o espera del convenio respecto de los créditos que fueron íntegramente satisfechos conforme al convenio.

- Nada se prevé en el art. 140 LC, sin embargo, sobre que deba entenderse por incumplimiento del convenio, en lo relativo al contenido del convenio sobre el que aquél debe recaer, su entidad, gravedad, autoría o imputabilidad, aplicándose en este ámbito la teoría general en materia de incumplimientos resolutorios.

- La teoría general en materia de incumplimiento resolutorio exige que aquél se refiera a obligaciones principales, lo que conecta con la finalidad y causa económica del contrato, debiendo además ser el incumplimiento de la obligación principal grave, lo que es aplicable en el ámbito del art. 140 LC.

- Por tanto, en el marco del art. 140 LC, sólo los incumplimientos de obligaciones esenciales con cierta entidad pueden fundar ex art. 140 LC una solicitud de declaración de incumplimiento del convenio, que en todo caso deberá ser solicitada por cualquier acreedor que se haya visto directamente "afectado" por ese incumplimiento, esto es, en lo que se refiere a quitas y/o esperas.

- No resultaría acorde con el fin encomendado al convenio concursal, ni con el principio de conservación de los contratos y de la empresa que cualquier incumplimiento no esencial, y por tanto accesorio, dé lugar a un efecto tan grave como la resolución del convenio como contrato que "ex lege" conlleva la conversión de la fase de convenio en liquidación.

- De un análisis conjunto del art. 140 con los arts. 136 y 142.2 LC, se desprende que las obligaciones principales del convenio sólo y exclusivamente son las relativas a los modos de arreglo del pasivo (quitas y/o esperas) y sólo el incumplimiento de éstas que revista

cierta entidad o gravedad determina el incumplimiento del convenio, al que se conecta ex art. 140 LC la conversión de la fase de convenio en liquidación.

- La interpretación restrictiva del art. 140 LC a los efectos del incumplimiento del convenio es sostenida también por la jurisprudencia de los jueces de lo mercantil y audiencias especializadas [SAP Las Palmas, Sección 4ª, de 11 de marzo de 2009 (La Ley 63145/2009), SAP Valencia, Sección 9ª de 11 de julio de 2011 (La Ley 170765/2011) y de 7 de enero de 2014 (La Ley 34024/2014)].
- El contenido de reestructuración que eventualmente pueda integrar el convenio concursal constituye contenido accesorio del convenio, cuyo incumplimiento no conlleva incumplimiento del convenio, salvo en aquellos supuestos en que el cumplimiento del contenido esencial del convenio (quitas y/o esperas) dependa del cumplimiento, a su vez, de la modificación estructural (vid SJM nº 8 de Madrid, de 17 de junio de 2014).
- Los términos en que la propuesta del Consejo al G-7 difiere respecto de las operaciones societarias de reestructuración de la deuda de las filiales, contenidas en el convenio (modificaciones estructurales y ampliación de capital), relativos a la alteración subjetiva de la composición de socios en Nueva Pescanova, S.L. y el reconocimiento de un derecho de adquisición preferente, no inciden en el contenido esencial del convenio, no sufriendo la satisfacción de los créditos por efecto de éstas perjuicio ni demora alguna.
- Así mismo, las modificaciones no afectan a las operaciones de modificación estructural previstas, que no se ven alteradas.

- Las modificaciones propuestas por el Consejo persiguen, sin detrimento de los acreedores, que mantienen intacta su participación en Nueva Pescanova, "mejorar" la posición a largo plazo de los socios en la sociedad reestructurada, lo que también constituye una finalidad asignada al convenio concursal.

- En lo que se refiere al derecho de adquisición preferente, la propuesta del Consejo está en línea con las últimas reformas introducidas en la Ley Concursal, que, con el fin de propiciar capitalizaciones de deuda en sede preconcursal, en el marco de acuerdos de refinanciación ex DA 4ª LC y art. 71 bis LC, vinculan como sanción a la negativa "sin causa razonable" de la capitalización por los socios, la presunción "iuris tantum" de concurso culpable ex art. 165.2 LC, condicionada en todo caso al reconocimiento a favor de los socios del deudor de un derecho de adquisición preferente sobre las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores a resultas de la capitalización o emisión propuesta en caso de enajenación ulterior de los mismos.

- Las modificaciones propuestas por el Consejo pueden ser introducidas unilateralmente por Pescanova, S.A., dado que no nos encontramos en el ámbito del denominado "reconvenio" ex DT 3ª Real Decreto-Ley 11/2004, que exige que haya acaecido el incumplimiento y la modificación sea convencionalmente acordada por deudor y acreedores, y posteriormente homologada por el juez.

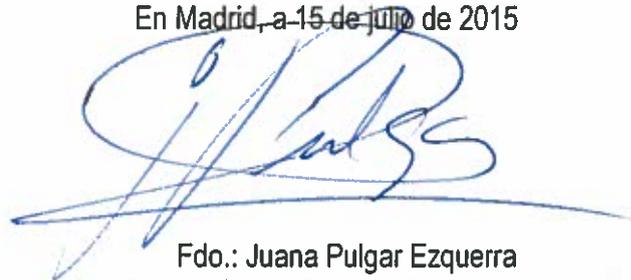
- Tampoco nos hallamos en el ámbito de la obligación del deudor ex art. 142.2 LC de solicitud de liquidación "*por conocimiento de la imposibilidad de cumplimiento de los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél*", pues estos pagos, reiteramos, no se ven en modo alguno afectados por las modificaciones propuestas.

Juana Pulgar Ezquerra
Catedrático de Derecho Mercantil

- Por tanto, las modificaciones que el Consejo ha considerado respecto del contenido de reestructuración del convenio no conllevarían su incumplimiento a los efectos del art. 140 LC y, por tanto, no supondrían la conversión de la fase de convenio en liquidación, prevista en el art. 143.1.5º LC.

Éste es mi dictamen, que someto a otro parecer mejor fundado en Derecho.

En Madrid, a 15 de julio de 2015



Fdo.: Juana Pulgar Ezquerra
Catedrático de Derecho Mercantil

ESTUDIO JURIDICO SANCHEZ CALERO
ABOGADOS

DICTAMEN

Emitido por

PROF. DR. JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE
CATEDRÁTICO DE DERECHO MERCANTIL

A petición del

CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE PESCANOVA, S.A.

Sobre: “Significado y alcance del
incumplimiento del convenio concursal”

MADRID, JULIO 2015

SUMARIO:

ANTECEDENTES	3
CONSULTA	5
DICTAMEN	5
I. PRELIMINAR	5
A) La ampliación de capital prevista en los Convenios	5
B) La Propuesta del consejo de administración de PESCANOVA	8
C) Delimitación de la problemática jurídica estudiada	10
II. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONVENIO Y APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA DOCTRINA DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS	11
A) El convenio como negocio jurídico	11
B) La interpretación restrictiva de la doctrina del incumplimiento de los contratos	13
III. EL INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO CONCURSAL: SIGNIFICADO Y ALCANCE	15
A) La necesaria interpretación restrictiva del incumplimiento del convenio concursal	15
B) Delimitación del incumplimiento del convenio: causas y alcance	18
a) <i>Alcance cualitativo del incumplimiento: obligaciones incumplidas y acreedores "afectados"</i>	18
a.1.) <i>Obligaciones esenciales del convenio: contenido esencial y contenido facultativo del convenio (art. 100 LC)</i>	19
a.2.) <i>La "afectación" del acreedor instante del incumplimiento (art. 140.1 LC)</i>	21
b) <i>Delimitación "cuantitativa" del incumplimiento (gravedad o entidad)</i>	23
IV. VALORACIÓN DE LA COMPATIBILIDAD DE LA PROPUESTA CON LOS CONVENIOS Y SU CUMPLIMIENTO	26
A) La asunción por PESCANOVA del 19,99% del capital en NUEVA PESCANOVA no implica un incumplimiento de los Convenios	26
B) El derecho de adquisición preferente en NUEVA PESCANOVA	29
CONCLUSIONES	30

ANTECEDENTES

- (a) El Juzgado Mercantil nº 1 de Pontevedra declaró el concurso de PESCANOVA, S.A. (en adelante, "PESCANOVA") por Auto de 25 de abril de 2013.
- (b) PESCANOVA presentó propuesta de convenio el 3 de marzo de 2014.
- (c) El 28 de abril de 2014 PESCANOVA, determinadas filiales y las principales entidades financieras acreedoras suscribieron un contrato relativo a la propuesta de convenio ("el Contrato"). El Contrato de 28 de abril concreta los términos en los que se presentarán las propuestas de convenio en las filiales, y también los de la ampliación de capital.
- (d) El Convenio de PESCANOVA fue aprobado por Sentencia de 23 de mayo de 2014. El convenio prevé la necesidad de reestructurar la deuda de las filiales en los términos de su Anexo 4.
- (e) En Convenio, en su Anexo 2 se refiere a determinadas operaciones societarias: en concreto, tres de ellas son modificaciones estructurales (una fusión por absorción y dos segregaciones) y también una ampliación de capital de NUEVA PESCANOVA, S.L. (en adelante, "NUEVA PESCANOVA").
- (f) Determinadas sociedades controladas por PESCANOVA (conjuntamente, las "Filiales") fueron declaradas en concurso por el Juzgado Mercantil nº 1 de Pontevedra entre los meses de julio y noviembre de 2014¹.
- (g) El 18 de marzo de 2015 determinadas entidades financieras que son las principales acreedoras de PESCANOVA (el "G-7") presentaron Propuestas de Convenio en los concursos de las Filiales (las "Propuestas de Convenio")².

¹ Nos remitimos a los hechos relevantes en los que se comunica por PESCANOVA la declaración de concurso de BAJAMAR SÉPTIMA S.A., PESCANOVA ALIMENTACIÓN S.A., FRIGODIS S.A. y FRIVIPESCA CHAPELA S.A. (18 de julio de 2014), FRICATAMAR S.L., FRINOVA S.A., INSUIÑA S.L., PESCAFINA BACALAO S.A. y PESCAFRESCA S.A. (5 de septiembre de 2014) y NOVAPESCA TRADING S.L. (6 de noviembre de 2014).

- (h) El 19 de marzo de 2015 las Filiales presentaron su Propuesta de Convenio, en términos prácticamente coincidentes con la propuesta realizada por determinadas entidades financieras mencionada en el apartado anterior³.
- (i) El 26 de marzo de 2015, el Juzgado dictó Providencia por la que requirió a las concursadas y a los acreedores para que subsanaran defectos formales observados en las Propuestas de Convenio, en virtud de lo establecido en el artículo 114.3 de la Ley Concursal (LC), defectos que quedaron subsanados⁴.
- (j) El día 11 de junio de 2015 el Juzgado dictó sentencias por las que aprobó las Propuestas de Convenio que habían sido presentadas por las entidades del G-7, en los concursos de las Filiales (los "Convenios").
- (k) Los Convenios regulan con detalle las modificaciones estructurales y la ampliación de capital y establecen expresamente que su no ejecución en el plazo previsto determinará el incumplimiento de los Convenios.
- (l) El 12 de junio de 2015, PESCANOVA publica como hecho relevante una carta dirigida a los accionistas conteniendo una propuesta ("la Propuesta") en la que se refiere al contenido de los Convenios de las Filiales y a la intención del Consejo de negociar con el G-7 algunos aspectos de las operaciones societarias que están previstas en los mismos.

² En la elaboración de este dictamen hemos dispuesto de la propuesta presentada en relación con el concurso de FRIGODIS, S.A.

³ Como explica PESCANOVA en el hecho relevante de esa misma fecha, "*Las Propuestas de Convenio coinciden prácticamente en todos sus extremos con las propuestas de convenio que en los mismos procedimientos han sido presentadas por las entidades acreedores integrantes del denominado G-7, tanto en el importe de las quitas y esperas como en la previsión de la realización por Pescanova de las modificaciones estructurales y de la posterior ampliación de capital que se contemplaron en el convenio de esta última y en el Contrato. No obstante, las Filiales han optado por incorporar a las Propuestas de Convenio alguna cautela adicional en relación con el plazo para la realización de estas operaciones societarias y con la posibilidad de que éstas no puedan realizarse por cuestiones ajenas a su voluntad en los términos estrictos en que se han previsto, con el único fin de evitar que cualquier hipotética desviación en estas cuestiones pueda acabar considerándose un incumplimiento del convenio y conducir a la liquidación de la Sociedad*".

⁴ "*Cláusulas V y VI en su integridad: contenido ajeno al propio del convenio (art. 100 LC), imposición de obligaciones a los acreedores sin que conste el consentimiento de todos ellos (art. 125.2 LC), predeterminación de cuándo el juez habrá de entender o no incumplido el convenio (arts. 139 y 140 LC)*".

CONSULTA

El consejo de administración considera que la Propuesta a la Junta General de Accionistas de PESCANOVA de las operaciones societarias antes referidas (en particular, de la ampliación de capital de NUEVA PESCANOVA)⁵, en los términos propuestos por el G-7, presenta un riesgo elevado de rechazo. Por esta razón, ha planteado al G-7 retocar el planteamiento inicial en algunos aspectos, que hagan la propuesta más atractiva para los accionistas.

Los términos en los que la Propuesta del consejo de administración difiere del planteamiento de los Convenios resultan de la carta publicada como hecho relevante el 12 de junio de 2015. En resumen, las principales diferencias son dos: i) la participación en NUEVA PESCANOVA inicialmente prevista para los accionistas de PESCANOVA, mediante el desembolso de 7,32 millones de euros y hasta un 15% del capital, sería atribuida a PESCANOVA, sin desembolso alguno y ii) se introduciría un derecho de adquisición preferente a favor de PESCANOVA en los estatutos de NUEVA PESCANOVA.

El consejo de administración de PESCANOVA solicita un dictamen a fin de conocer si la ejecución de las operaciones societarias en los términos que resultan de su carta de 12 de junio de 2015, en la medida en que se entienda que se desvían de lo previsto en los Convenios, conllevaría un riesgo de que el Juzgado de lo Mercantil pudiera declarar en su día el incumplimiento de los Convenios por esta causa.

DICTAMEN

-I-

PRELIMINAR

A) La ampliación de capital prevista en los Convenios

1. El Convenio de PESCANOVA tiene una estructura en la que cabe distinguir:

⁵ Queda a salvo el estudio específico de lo que se ha referido como “cauteladas adicionales” en relación con el plazo para la realización de estas operaciones societarias y con la posibilidad de que éstas no puedan realizarse por cuestiones ajenas a su voluntad en los términos estrictos en que se han previsto.

- (i) Las estipulaciones relativas al pago a los acreedores, con las quitas y esperas referidas (Estipulación II, “*Propuestas del Convenio*”).
 - (ii) Las estipulaciones relativas a las modificaciones estructurales, con la fusión y las segregaciones (Estipulación I, “*Modificaciones Estructurales*”).
 - (iii) Las estipulaciones relativas a la financiación futura (Anexo 1) y la ampliación de capital (Anexo 2 –que desarrolla las modificaciones estructurales–).
2. En el Convenio de PESCANOVA (Anexo 2) se prevé una ampliación de capital en la sociedad NUEVA PESCANOVA. Esta ampliación sería consecuencia de la realización de aportaciones dinerarias del Consorcio (“*por importe de 12.500.000 euros*”), compensación de créditos de acreedores (“*por importe de hasta 25.000.000*”), aportaciones dinerarias de los actuales accionistas de PESCANOVA (“*por importe de hasta 25.000.000 euros*”) y capitalización de comisiones devengadas (“*en su caso*”). De estas operaciones resulta una composición subjetiva de NUEVA PESCANOVA en la que se indican las participaciones de cada grupo de socios con carácter “*orientativo*” (se dice expresamente que “*los porcentajes de participación son orientativos, dependerán de la efectiva suscripción de la ampliación de capital planteada*”)⁶.
3. Los Convenios de las Filiales de PESCANOVA⁷ prevén en la primera de sus “*Estipulaciones*” una serie de “*operaciones societarias*”, entre las que se encuentra (letra d) el aumento de capital en virtud del cual:

“Nueva Pescanova ofrecerá nuevas participaciones sociales, que podrán ser suscritas por las Entidades Aseguradoras, por los acreedores que sean titulares de posiciones acreedoras bajo la Deuda Reestructurada, por los accionistas de Pescanova y por la propia Pescanova en los términos que se indican a continuación (el Aumento de Capital):

⁶ Esta operación de ampliación de capital si fue objeto de un mayor detalle y desarrollo en el contrato relativo a la propuesta de convenio de acreedores de PESCANOVA, firmado el 28 de abril de 2014. En este caso si constaba la ampliación de capital entre sus cláusulas. Concretamente, en la 5ª (“*términos de las operaciones societarias*”) se recoge en los mismos términos que luego se suscriben en los convenios de las filiales.

⁷ Se toma como referencia la Propuesta de Convenio planteada por distintas entidades de crédito, en relación con FRIGODIS, S.A.

(i) mediante aportaciones dinerarias de las Entidades Aseguradoras, en la proporción que libremente determinen de común acuerdo, por importe de 14 millones de euros, accediendo con ello al 28,72% del capital social de Nueva Pescanova resultante tras el Aumento de Capital (...).

(ii) mediante capitalización parcial de la Deuda Reestructurada, por importe de 18 millones de euros, por parte de los acreedores de Nueva Pescanova que así lo deseen, en proporción a su participación en la Deuda Reestructurada, accediendo con ello tales acreedores al 36,92% del capital social de Nueva Pescanova resultante tras el Aumento de Capital (...).

(iii) mediante aportaciones dinerarias de los acreedores titulares de la Deuda Reestructurada que así lo deseen, en proporción a su participación en la misma, por importe de 7 millones de euros, accediendo con ello tales acreedores al 14,37% del capital social de Nueva Pescanova resultante tras el Aumento de Capital (...).

(iv) mediante aportaciones dinerarias de los accionistas de Pescanova que así lo deseen, en proporción a su participación en el capital social de ésta al tiempo del Aumento de Capital, por importe de 7,32 millones de euros, accediendo con ello los accionistas de Pescanova al 15% del capital social de Nueva Pescanova resultante tras el Aumento de Capital (...).

(v) mediante la capitalización de los créditos resultantes de la comisión por importe de 2,44 millones de euros reconocida a Pescanova en virtud de la Oferta de Financiación, accediendo ésta con ello al 4,99% del capital social resultante tras el Aumento de Capital.

En caso de que los tramos del Aumento de Capital referidos en los apartados (i) a (iv) anteriores quedasen total o parcialmente incompletos por no haberse desembolsado íntegramente dentro del plazo fijado al efecto, el capital de Nueva Pescanova quedará aumentado en las cantidades desembolsadas aumentando el porcentaje de participación en el capital social de Nueva Pescanova de los restantes socios de ésta, el importe de la comisión se reducirá automáticamente en el importe necesario para que la participación de Pescanova en el capital social de Nueva Pescanova no sea superior en ningún caso al 4,99%.

En caso de que la reducción de la comisión no sea suficiente para garantizar que la participación de Pescanova en Nueva

Pescanova no es superior al 4,99%, la parte no desembolsada de los tramos del Aumento de Capital referidos en los apartados (i) a (iv) anteriores se ofrecerá a las Entidades Aseguradoras, que podrán suscribirla en la misma proporción acordada según el apartado (i), en la medida en que ello sea necesario para asegurar que la participación de Pescanova en Nueva Pescanova no es superior al 4,99%”.

B) La Propuesta del consejo de administración de PESCANOVA

4. La Propuesta planteada formalmente al denominado G7 (que agrupa a los principales acreedores concursales de carácter financiero) recoge una serie de iniciativas. De entre ellas, se solicita valoración específica de si las iniciativas referidas en la carta publicada como hecho relevante el 12 de junio de 2015, constituyen o no un supuesto de incumplimiento del Convenio. Tales iniciativas se plasman en la Propuesta de la forma siguiente:

“5º. Y el Consejo considera que esa mejora objetiva, ese mayor valor de Pescanova, debe tener consecuencias en los términos del aumento de capital que ha de acometerse en Nueva Pescanova. De ahí que el Consejo haya propuesto al G7 que el tramo del aumento de capital de Nueva Pescanova reservado a los accionistas de Pescanova (hasta un 15%, que éstos habrían de desembolsar mediante aportaciones dinerarias por un importe conjunto de 7.32 millones de euros) sea atribuido a la propia Pescanova en contraprestación al mayor valor de ésta a día de hoy, sin necesidad por tanto de ninguna aportación de capital adicional. Ello unido al tramo del 4,99% ya previsto en los convenios, llevaría a Pescanova a obtener una participación en Nueva Pescanova del 19,99% de manera que el conjunto de acreedores concursales seguiría manteniendo un absoluto dominio y control, superior al 80%, sobre Nueva Pescanova, sin alteración alguna respecto de lo previsto en dichos convenios.

(...)

8º. Y además, al ser Nueva Pescanova una sociedad limitada, fórmula societaria elegida por los propios acreedores, Pescanova tendría por ley ciertos derechos preferentes de adquisición en caso de que cualquier otro socio de Nueva Pescanova decidiera transmitir a terceros sus participaciones y la junta general no lo consintiera. La Propuesta simplemente pretende reforzar estos derechos, reconociendo a Pescanova un derecho de adquisición preferente para las transmisiones que puedan realizar las entidades del G-7 y eventualmente los demás socios”.

5. De este modo, tal y como se apuntaba en la consulta de este dictamen, el porcentaje accionarial a ostentar por PESCANOVA en NUEVA PESCANOVA tras las modificaciones estructurales y la ampliación de capital sería del 19,99%:

“sobre la base de que la aportación patrimonial de Pescanova a Nueva Pescanova no va a ser cero, incluso sin tener en cuenta la quita aprobada en los convenios de las filiales (a diferencia de lo previsto en dichos convenios, que preveían una aportación mediante el devengo de una comisión a favor de Pescanova por importe de 2,4 millones de euros). Quedaría sin efecto en consecuencia el tramo reservado a accionistas de Pescanova por un 15% del capital, con aportación dineraria de 7,32 millones de euros”⁸.

6. La Propuesta contiene una modificación (meramente formal) de la composición subjetiva prevista en los Convenios de los socios de la futura NUEVA PESCANOVA una vez materializado el aumento de capital con el que culminan las denominadas “operaciones societarias” [v. Estipulaciones I. 1 “Descripción de las operaciones societarias” de la Propuesta de Convenio de FRIGODIS, S.A.”⁹, y Anexo 2 del Convenio de PESCANOVA (“Detalle de modificaciones estructurales y operaciones societarias”, apartado e)].
7. Cabe realizar varias precisiones preliminares sobre la Propuesta:

- (i) La composición subjetiva de NUEVA PESCANOVA prevista en el Convenio de PESCANOVA es meramente aproximada u “orientativa” (como señala el propio Anexo 2 del Convenio de PESCANOVA -nota al pie 3-, donde se advierte en relación con el esquema societario diseñado de la futura NUEVA PESCANOVA: “Los porcentajes de participación son orientativos, dependerán de la efectiva suscripción de las ampliaciones de capital planteadas”).
- (ii) La modificación de la composición subjetiva que contiene la Propuesta es de carácter meramente *formal*, que no sustancial. Al ser PESCANOVA la suscriptora del

⁸ Tal y como se señala en los “Principales términos y condiciones de la Propuesta que formula el consejo de administración de Pescanova a las entidades del G-7 relativos a la relación entre PVA y NPVA post modificaciones estructurales y ampliación de capital en NPVA”, dirigidos por el consejo de administración de PESCANOVA al Presidente de la Comisión de Vigilancia de PESCANOVA el 26 de mayo de 2015.

⁹ Presumimos que se trata éste de uno de los Convenios de las filiales de PESCANOVA, aprobado judicialmente e idéntico a los restantes convenios de las otras filiales.

tramo del 15% reservado convencionalmente a sus accionistas, éstos seguirían siendo socios suscriptores de NUEVA PESCANOVA, si bien, de forma indirecta.

- (iii) La finalidad de la modificación contenida en la Propuesta persigue no sólo tener en cuenta la mejora objetiva de PESCANOVA en los términos del aumento de capital que habrá de acometerse en NUEVA PESCANOVA, sino también garantizar el éxito de la operación de ampliación de capital sin obligar a los accionistas de PESCANOVA a mayores sacrificios. Igualmente persigue que NUEVA PESCANOVA tenga una composición subjetiva más acorde con la forma de sociedad limitada que va a adoptar. A juicio del consejo de administración de PESCANOVA, carece de sentido trasladar automáticamente la composición de una sociedad anónima antes cotizada, a una sociedad cerrada y personalista como una sociedad limitada. Observación que ha de compartirse.
- (iv) La Propuesta pretende con ello, no sólo salvaguardar el éxito de la operación de ampliación de capital prevista en los Convenios, sino también cohonestar aquel compromiso con la consecución del interés de su sociedad al que se encuentran vinculados por el esencial deber de lealtad que les impone la Ley de Sociedades de Capital (“LSC”) en el artículo 227.1 LSC.
- (v) Como bien se indica en la Propuesta (apartado 7º):

“si se mantuviese el diseño inicial de los convenios y se diera entrada en su capital al accionariado de Pescanova para asumir el tramo del 15%, aunque acudiera al aumento sólo el 10% de los casi 9.000 accionistas actuales de Pescanova, la operativa de Nueva Pescanova resultaría en la práctica muy compleja, si no ingobernable (...). En resumen, la Propuesta del Consejo, supone que los accionistas de Pescanova pasarían a controlar de forma indirecta un 19,99% de Nueva Pescanova y no un 4,99% como propone el G7”.

C) Delimitación de la problemática jurídica estudiada

- 8. La problemática jurídica planteada consiste en enjuiciar la compatibilidad o no de los convenios aprobados para PESCANOVA y sus filiales con la Propuesta (especialmente, con los términos resaltados anteriormente). Ello exige delimitar el significado y alcance -no expresado de manera adecuada y suficiente por el legislador- del incumplimiento del convenio previsto en el artículo 140 LC. Una vez realizada esta tarea podrá ofrecerse una valoración fundada en Derecho sobre la compatibilidad o no de la Propuesta con los Convenios.

-II-

NATURALEZA JURÍDICA DEL CONVENIO Y APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA DOCTRINA DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS

A) El convenio como negocio jurídico

9. Como ya afirmó el maestro GARRIGUES:

“el convenio es un acuerdo de voluntades entre el deudor y la colectividad de sus acreedores, sancionado por la autoridad judicial que tiene por objeto la satisfacción de los acreedores por un procedimiento diverso de la liquidación en el juicio de quiebra”¹⁰.

Esta noción contractual del convenio puede mantenerse hoy en toda su integridad, pues, es evidente que éste conserva en la LC iguales características a las que del mismo se predicaban en la anterior regulación¹¹.

10. La naturaleza contractual o negocial del convenio se ve confirmada por la propia LC. Por un lado, el apartado VI (párr. 2º) de la Exposición de Motivos de la LC predica expresamente que *“el convenio es la solución normal del concurso (...) a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud”*. Por otro lado, el artículo 129.1 LC, establece una prohibición absoluta de modificación del contenido del convenio por parte del Juez, a la hora de aprobar o rechazar el convenio en el correspondiente incidente concursal de oposición. Ello permite concluir que el Juez no tiene facultades de determinación del contenido del convenio, dada la naturaleza contractual del mismo.

11. La naturaleza esencialmente negocial del convenio (aunque matizada por los aspectos procesales de su regulación) también se ha visto avalada por la doctrina de nuestro más alto Tribunal. Así, la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2011¹² advierte que:

¹⁰ GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, II, 7ª ed., revisada por Sánchez Calero, F., Madrid, 1980, p. 463- 464.

¹¹ Sobre la naturaleza jurídico-negocial del convenio, entre muchos otros: DE LA CUESTA RUTE, J.M., *El convenio concursal*, Madrid, 2004, p. 32 y ss.; GALÁN CORONA, E., “Convenio”, en *Enciclopedia de Derecho Concursal*, tomo I, Cizur Menor, 2012, p.734.

¹² RJ 2012, 434.

“El convenio, en cuanto acuerdo entre deudor y acreedores destinado a regular las relaciones jurídicas que unen a aquél con cada uno de éstos, tiene, según la doctrina, una naturaleza negocial, bien que matizada por importantes particularidades, una de las cuales consiste en necesitar para su validez de la aprobación judicial. Sin embargo, el papel que corresponde al Juez en dicha aprobación no es la de creador de la regla negocial, sino la de controlador de su legalidad. Por ello, puede aprobar el convenio o rechazarlo -o mandar que se repita el trámite que llevó a él, a fin de que se subsanen los defectos de esa índole de que adolezca, pero no modificar su contenido –artículo 109, apartado 2, en relación con el 129, apartados 1, 2 y 3, de la Ley 22/2003–. En definitiva, la necesidad de aprobación judicial no significa que no sean el deudor y los acreedores los legitimados para determinar el contenido de la reglamentación de sus intereses, en que consiste el convenio”.

12. Se puede afirmar por tanto que la naturaleza fundamentalmente jurídico-negocial del convenio es incuestionable¹³, aun cuando presente peculiaridades que le otorguen rasgos propios que se deben, fundamentalmente, a los elementos procesales que conviven con su naturaleza contractual y que impiden, por ejemplo, la solicitud por parte del acreedor de la ejecución forzosa del convenio en caso de incumplimiento.
13. Sin perjuicio del posterior y oportuno tratamiento de las especialidades que la LC introduce respecto del incumplimiento del convenio concursal, cabe señalar que aquellas no obstan a acudir a la doctrina general de contratos como instrumento de necesaria aplicación analógica a los efectos de determinar el alcance del incumplimiento del convenio¹⁴.
14. Nos debemos remitir por tanto a la doctrina de la “resolución” contractual contenida en el artículo 1124 CC. En relación con esto, procede puntualizar que, a pesar de la incorrecta dicción contenida en la redacción inicial del artículo 140.1 LC (que hablaba de “rescisión” del convenio), debe quedar claro que ante el incumplimiento del convenio los legitimados no solicitan su “rescisión”, ni ésta tampoco es uno de los efectos de la declaración de incumplimiento del convenio concursal. Esto es así porque la “rescisión” se reserva en nuestro derecho para supuestos de ineficacia contractual que

¹³ GUTIERREZ GILSANZ, A., *Tutela de los acreedores frente al convenio concursal: oposición, nulidad y declaración de incumplimiento*, Madrid, 2007, p. 251.

¹⁴ VARA DE PAZ, N., “Cumplimiento e incumplimiento del convenio (arts. 137 a 141 de la Ley Concursal)”, en AA.VV *Estudios de Derecho concursal en homenaje a M. Olivencia*, Madrid, 2005, p. 4767; GUTIERREZ GILSANZ, A., *Tutela de los acreedores*, cit. pp. 248-251.

nada tienen que ver con el incumplimiento¹⁵. Además, la declaración de incumplimiento del convenio concursal no supone la ineficacia del convenio. El convenio es eficaz, pero el anormal desenvolvimiento de la relación obligatoria nacida del convenio, que lesiona los intereses de los acreedores, justifica que se les conceda una acción para poner fin a tal relación obligatoria, buscando desvincularse del convenio. Por ello, lo más adecuado es situar este medio de tutela en relación con el régimen de la resolución de los contratos, institución, ésta sí, relacionada con el incumplimiento de las obligaciones (sin desconocerse por ello las especialidades que el régimen específico del convenio introducen en el artículo 140 LC, que podría calificarse, por tener que ver con la tutela de los sujetos afectados por el incumplimiento de obligaciones negociales, como acción “*resolutoria especial*”)¹⁶. Dicho esto, lo cierto es que en los pronunciamientos judiciales se han utilizado tradicionalmente de forma indistinta los términos “*rescisión*” y “*resolución*”¹⁷, por lo que no profundizaremos más en la distinción de ambas categorías dogmáticas.

B) La interpretación restrictiva de la doctrina del incumplimiento de los contratos

15. La doctrina ya consolidada en materia de resolución del contrato en general (cfr. art. 1124 CC) advierte sin fisuras de su necesaria *interpretación restrictiva*. Debe entenderse así que sólo si el incumplimiento afecta a obligaciones fundamentales y tiene cierta entidad, cabría solicitar la declaración de incumplimiento, siempre respetando las exigencias de la buena fe, en consideración a si se cumple o no el fin del negocio¹⁸.
16. Es muy reiterada la jurisprudencia que advierte que para el ejercicio de la acción de resolución otorgada por el artículo 1124 CC “*no basta cualquier incumplimiento*” y que “*el art. 1124 CC ha de ser interpretado no de manera automática, sino en sentido racional, lógico y moral*”¹⁹. Con carácter general, nuestra jurisprudencia ha señalado los siguientes criterios en el tema que ahora nos ocupa:

¹⁵ GUTIERREZ GILSANZ, A., *Tutela de los acreedores*, cit., p. 247.

¹⁶ GUTIÉRREZ GILSANZ, A., *Tutela de los acreedores*, cit., p. 248; GARCÍA VILLAVERDE, R., Voz “Convenio de la quiebra”, en *Enciclopedia Jurídica Civitas*, 1995, p. 1696; VARA DE PAZ, N., “Cumplimiento...”, cit., p. 4774.

¹⁷ Cfr. CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 140”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. R. Bercovitz), I, Madrid, 2004, p. 1513, aludiendo a las SSTS de 26 de noviembre de 1991 y 16 de octubre de 2002.

¹⁸ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, Cizur Menor, 2008, p. 841 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, F., “Incumplimiento”, *Enciclopedia Jurídica Civitas*, 1995, p. 3508, refiriéndose a que el incumplimiento sea “grave”.

¹⁹ Cfr. entre muchas otras, las SSTS de 22 de octubre de 1985 (RJ 1985/4963) y de 22 de marzo de 1993 (RJ 1993/2530).

- (i) El incumplimiento de obligaciones que puede dar lugar a la resolución del contrato ha de revestir cierta gravedad o importancia, pues la regla o principio fundamental es el de conservación de los contratos. Debe tratarse de un incumplimiento que sea grave y esencial:

“reprochable y suficiente para determinar la resolución no lo es cualquiera, sino que ha de tener entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de las partes -Sentencia cuatro de Octubre de mil novecientos ochenta y tres (RJ 1983\5227), hasta el punto de obstar al fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la parte”²⁰.

- (ii) De esta jurisprudencia, como se ha señalado, se desprende que el criterio básicamente perseguido para valorar la gravedad del incumplimiento tiene carácter objetivo: se atiende principalmente al resultado del incumplimiento en la relación contractual objetivamente considerada y a la objetiva importancia del incumplimiento²¹.
- (iii) Con una orientación similar, una línea jurisprudencial requiere que el incumplimiento sea esencial, debiendo tener importancia y entidad económica para impedir la satisfacción económica de las partes; esto es, todo aquel incumplimiento que no permite al contratante obtener aquello que se le debía o no permite alcanzar el fin económico y social del contrato (cfr. entre otras, la STS de 11 de julio de 1991²², reconociendo que se había producido una “alteración del esencial principio de la economía del contrato”).
- (iv) La obligación incumplida que justifica la resolución del contrato ha de ser principal. La inadmisibilidad de la resolución por incumplimiento de obligaciones accesorias constituye una larga y reiterada doctrina jurisprudencial. En este sentido la STS de 10 de mayo de 1989²³ advierte que:

²⁰ Cfr. entre otras, las SSTS de 22 de marzo de 1985 (RJ 1985/11969), de 11 de octubre de 1982 (RJ 1982/5551) y de 4 de octubre de 1983 (RJ 1983/5227).

²¹ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, cit., p. 843.

²² RJ 1991/5345.

²³ RJ 1989/3680.

“el art. 1124 CC ha de ser interpretado no de manera automática, sino en sentido racional, lógico y moral, de forma que no basta una infracción mínima, sino que se requiere que el principio de reciprocidad esté perfectamente caracterizado, y no entra en juego cuando se trata de obligaciones que, estando incorporadas a un contrato unilateral o bilateral, tengan mero carácter accesorio o complementario, con relación a aquellas prestaciones o contraprestaciones que constituyen el objeto principal del contrato”²⁴.

- (v) Se colige de lo dicho que el incumplimiento tiene una dimensión “cualitativa” (ya que debe afectar a una serie de obligaciones que se consideran principales o esenciales y no accesorias), y otra dimensión “cuantitativa” (ya que se exige que tenga una cierta gravedad o relevancia que impida la obtención de la finalidad económica perseguida por las partes en el contrato).

-III-

EL INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO CONCURSAL: SIGNIFICADO Y ALCANCE

A) La necesaria interpretación restrictiva del incumplimiento del convenio concursal

17. La aplicación específica de la doctrina en materia de resolución del contrato en general antes referida, exige entender de manera restrictiva el concepto de incumplimiento. De tal manera que sólo si el incumplimiento del convenio concursal afecta a obligaciones fundamentales y tiene cierta gravedad o entidad, cabría solicitar la declaración de incumplimiento²⁵.
18. Pero no sólo la oportuna aplicación analógica de la doctrina general sobre resolución de los contratos exige esta interpretación restrictiva. Otros argumentos adicionales, apuntados ya por nuestros tribunales y sitios en la propia LC, exigen una interpretación restrictiva de la noción de incumplimiento. A esos argumentos se hace referencia a continuación.

²⁴ En el mismo sentido, las SSTs de 22 de octubre de 1985 (RJ 1985/4963) y de 22 de marzo de 1993 (RJ 1993/2530).

²⁵ VARA DE PAZ, N., “Cumplimiento”, cit., p 4767. Por ello se ha afirmado que “si en esta sede han de regir los presupuestos ordinarios de toda resolución contractual, puede darse el caso que la demanda de incumplimiento se estime, pero que el incumplimiento no se valore como suficientemente sustancial como para dictar la medida de resolución” (CARRASCO, A., “Artículo 140”, cit., p. 1521).

19. En primer lugar, los efectos jurídicos derivados del incumplimiento del convenio previsto en los artículos 140 y ss. LC son muy graves. La declaración de incumplimiento significa: (i) la resolución del convenio, (ii) la desaparición de los efectos sobre los créditos a que se refiere el artículo 136 LC y (iii) la apertura de oficio de la liquidación concursal. Precisamente, la severidad de los efectos jurídicos previstos por el legislador concursal a raíz de la declaración de incumplimiento del artículo 140 LC, ha conducido a que nuestros Tribunales también hayan defendido que aquel precepto deba interpretarse con carácter restrictivo. Así, por ejemplo, la Sentencia (Secc. 1ª) de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 25 de junio de 2012²⁶: «*Por otra parte, la declaración de incumplimiento de convenio, a tenor de las consecuencias que derivan del artículo 140 de la Ley Concursal, debe valorarse con rigor y restrictivamente*».
20. En segundo lugar, el convenio se observa como la solución preferida por el legislador concursal. Para éste, el convenio presenta una especial trascendencia jurídica que necesariamente debe presidir la interpretación de las normas concursales y debe tener reflejo a la hora de la adopción de decisiones por el juez del concurso. Ello obliga a interpretar de forma cautelosa y restrictiva lo que debe entenderse por tal incumplimiento. La preferencia del legislador por la solución convencional es clara. En la misma Exposición de Motivos de la LC (aparatado VI) se señala la preferencia que la Ley otorga al convenio, calificándolo de “*solución normal del concurso*”. De hecho, las últimas reformas legislativas, que afectan directamente al incumplimiento del convenio ponen de manifiesto, una vez más, la preferencia del legislador por la solución convencional. Tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 11/2014 (posteriormente convalidado, con escasas modificaciones, por la Ley 9/2015) además de haberse dotado de una mayor flexibilidad al contenido del convenio (ampliándose los límites de quitas y esperas, entre otras medidas), se prevé la posibilidad de que los convenios de acreedores sujetos al régimen anterior²⁷ puedan, con una serie de condiciones, ser objeto de modificación en caso de incumplimiento durante los dos años siguientes a la entrada en vigor de dicho Real Decreto-Ley 11/2014. Con ello se introduce por tanto un régimen de mayor flexibilidad en relación con el incumplimiento del convenio.

²⁶ JUR 2012/252800.

²⁷ Hipotéticamente, parece que éste sería únicamente el caso del convenio de PESCANOVA, aprobado por sentencia de 23 de mayo de 2014, no el de los convenios de las Filiales que fueron aprobados ya en 2015. Sin embargo, la problemática aquí estudiada no es subsumible, en nuestra opinión, en el ámbito del que se ha denominado “*reconvenio*” previsto en la disposición transitoria 3ª del Real Decreto-Ley 11/2014. Ello se debe a que, por los motivos que se expondrán en el dictamen, no ha acaecido el incumplimiento previsto por la norma y, por lo tanto, no procede abordar ninguna modificación del convenio en los términos previstos por la reforma.

21. Esta preferencia del legislador por la solución convencional ha sido constatada por nuestros Tribunales. Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (secc. 15ª) de 17 de marzo de 2010²⁸ califica el convenio como “*la solución concursal preferida*”. También lo hacen la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Secc. 1ª) de 22 de noviembre de 2013²⁹, que lo califica de “*solución prioritaria y preferida por la Ley Concursal*”.
22. Por último, el principio de conservación de la empresa también exige una interpretación restrictiva del concepto de incumplimiento. Es preciso recordar, en este punto, que es un objetivo confeso de una de las últimas reformas de la LC (la acometida por la Ley 38/2011) el apuntar a la conservación de la empresa como uno de los propósitos esenciales de la Ley. Así, en el Preámbulo I de la Ley 38/2011 se advertía expresamente que “*el deterioro de la situación económica ha acentuado determinados aspectos de la legislación que han resultado disfuncionales y ha puesto de manifiesto el incumplimiento de uno de los propósitos principales de la ley, que es la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado*”, añadiendo en su Preámbulo V, que “*otro de los vectores de la reforma es el que pretende favorecer la solución conservativa del concurso*”.
23. La necesaria interpretación restrictiva del incumplimiento del convenio ha sido reiteradamente confirmada por nuestros Tribunales. Así, entre otras, las Sentencias de la Audiencia Provincial de las Palmas (Secc. 4ª) de 11 de marzo de 2009³⁰, cuya doctrina jurisprudencial ha sido respaldada posteriormente por las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia (Secc. 9ª), de 11 de julio de 2011³¹ y de 7 de enero de 2014³² a las que más adelante se hará cumplida referencia [v. infra. b)].
24. También nuestra doctrina científica mayoritaria ha defendido una interpretación restrictiva del incumplimiento del convenio, resaltando la necesidad de que el incumplimiento sea esencial y no accesorio, dada la gravedad de las consecuencias ligadas a la declaración judicial de incumplimiento³³.

²⁸ JUR 2010/244930.

²⁹ AC 2013/2028.

³⁰ JUR 2009/249681.

³¹ JUR 2011/331121

³² AC 2014/770

³³ TAPIA LÓPEZ, J.M., “El convenio”, en AAVV. *Tratado Judicial de la Insolvencia*, II, Cizur Menor, 2012, p. 480. En sentido similar, entre otros: MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., “Comentario al art.

B) Delimitación del incumplimiento del convenio: causas y alcance

25. No toda infracción del convenio puede traducirse en una declaración de incumplimiento. La interpretación restrictiva del incumplimiento que debe acogerse en el Derecho concursal por los motivos anteriormente expuestos, exige entender que éste se produzca o afecte no sólo a una serie de obligaciones principales o esenciales (alcance “*cualitativo*”), sino también que dicho incumplimiento revista una especial magnitud (alcance “*cuantitativo*”) que permitan calificarlo de incumplimiento de cierta “*entidad o relevancia*”.

a) Alcance cualitativo del incumplimiento: obligaciones incumplidas y acreedores “afectados”

26. La delimitación del alcance “*cualitativo*” del incumplimiento exige distinguir las obligaciones esenciales o fundamentales que contiene el convenio de aquellas meramente accesorias. Únicamente el incumplimiento de aquellas, como nuestra doctrina científica y jurisprudencial ya ha apuntado, resultará causa adecuada para fundar una declaración judicial de incumplimiento del convenio.

27. Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas (Secc. 4ª) de 11 de marzo de 2009³⁴ exige:

“que se valoren en su justa medida los hechos acontecidos a fin de que se evalúe si se ha producido un verdadero y propio incumplimiento de las obligaciones asumidas por el deudor, capaz por sí mismo de motivar la satisfacción del interés perseguido por un acreedor con la aprobación del convenio, desestimándose como incumplimientos aspectos accesorios”.

28. También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Secc. 9ª) de 7 de enero de 2014³⁵ expresamente indica que:

140”, en AA.VV. *Comentarios a la legislación concursal* (dirs. Sánchez-Calero, J., y Guilarte, V.), III, Valladolid, 2004, p. 2527; VARA DE PAZ, N., “Cumplimiento”, *cit.*, p 4767; CARRASCO, A., “Artículo 140”, *cit.*, p. 1521.

³⁴ JUR 2009/249681

³⁵ AC 2014/770

“no parece congruente con el principio de conservación de la empresa (por virtud del cual la LC pretende facilitar dicha conservación a través del convenio del concursado con sus acreedores) el que cualquier incumplimiento no esencial y accesorio de lugar a consecuencia tan grave como la que el art. 140LC anuda a la resolución -mal denominada "rescisión"- del convenio”.

29. Adicionalmente, esta tarea deberá ser cohonestada con la correcta interpretación y aplicación del artículo 140.1 LC, cuya dicción también permitirá delimitar las obligaciones convencionales que pueden constituir o no un incumplimiento, tal y como se razonará [*infra a.2*]).

a.1.) Obligaciones esenciales del convenio: contenido esencial y contenido facultativo del convenio (art. 100 LC)

30. La Ley exige un contenido básico y esencial a todos los convenios en el artículo 100.1 LC, donde se advierte que la propuesta de convenio “*deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas*”. De este modo, en el sistema concursal español los convenios tienen que ser, esencialmente, convenios remisorios (o de quita), convenios dilatorios (o de espera) o convenios mixtos (de quita y espera)³⁶.
31. Siempre que se respete el contenido esencial del convenio referido en el artículo 100.1 LC, los proponentes tienen plena libertad para incluir en la propuesta de convenio las más variadas estipulaciones, sin más límites que las normas generales (art. 1255 CC) y las especiales que contiene la LC (en particular, el art. 100.3), las cuales deben en todo caso ser objeto de interpretación restrictiva³⁷. Al amparo de esa autonomía privada, es posible introducir en las propuestas de convenio los pactos, cláusulas y condiciones que los proponentes tengan por conveniente. La Ley se refiere expresamente a algunos de esos elementos potestativos o facultativos que se pueden adicionar al contenido esencial, como ocurre en el convenio de asunción: “*La propuesta de convenio podrá contener, además de quitas o esperas, proposiciones alternativas o adicionales para todos o algunos de los acreedores o clases de acreedores, con excepción de los acreedores públicos*” (art. 100.2 LC).
32. Desde un punto de vista técnico-jurídico, lo esencial es el contenido remisorio o dilatorio. Es indiferente que esos pactos facultativos sean económicamente las más

³⁶ ROJO, A., “Comentario al artículo 100”, *Comentario a la Ley Concursal*, Cizur Menor, 2004, p. 1870.

³⁷ ROJO, “Comentario al artículo 100”, *cit.*, p. 1881.

importantes, ya que, como se ha dicho correctamente: “*la esencialidad jurídica de la quita, de la espera o de la quita y espera no equivale a esencialidad económica*”³⁸.

33. Por ello puede afirmarse que las únicas obligaciones esenciales en términos estrictamente jurídicos cuyo incumplimiento podría fundar una declaración judicial en este sentido, son aquellas referidas a los pagos y/o dilaciones pactadas respecto de los créditos concursales. Sólo el incumplimiento de obligaciones asumidas por el deudor en el marco de un contenido remisorio o dilatorio podrían, desde una interpretación estricta, justificar una acción de incumplimiento. La doctrina científica mayoritaria avala nuestra afirmación.
34. Como se ha señalado, se incumplirá el convenio sólo cuando se frustre la satisfacción de los acreedores, incumpliendo el acreedor con las obligaciones que ha asumido frente a aquellos: “*el incumplimiento tendrá que haberse producido, precisamente, respecto de la obligación de la que el acreedor es conforme al convenio*”³⁹. También respaldando nuestra interpretación, se ha apuntado que invocar un incumplimiento del convenio sobre la base de la vulneración de alguna de las cláusulas que establezcan prohibiciones o limitaciones del poder de disposición o administración del deudor (previstas en el art. 137 LC) sería “*excesivo*” y podría “*resultar perjudicial*” para los intereses de los mismos acreedores. Sería en tal caso más beneficioso la mera impugnación del acto contrario a dichas medidas, buscando la consiguiente restitución del bien salido de la masa activa del concurso⁴⁰.
35. Sin perjuicio de todo lo anteriormente expuesto, incluso de entenderse –como algún autor ha hecho– que la denuncia del convenio podría basarse en el incumplimiento del denominado contenido alterativo o facultativo, esto es, en caso de que no se atendiesen “*los compromisos que pueda contener en materia de transformación de créditos participativos, operaciones de ampliación o reducción de capital, modificaciones estructurales, etc.*”⁴¹, debería tal incumplimiento revestir un carácter esencial. Quiere ello decir que en estos casos el incumplimiento también debe interpretarse de forma restrictiva y afectar, por tanto, a la obligación esencial asumida en ese contenido facultativo. Así se ha advertido que en estos casos el incumplimiento pasa porque la modificación

³⁸ ROJO, “Comentario al artículo 100”, *cit.*, p. 1882.

³⁹ CARRASCO, A., “Artículo 140”, *cit.*, p. 1519.

⁴⁰ GUTIÉRREZ GILSANZ, A., *Tutela de los acreedores*, *cit.*, p. 256.

⁴¹ RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “Incumplimiento del convenio, responsabilidad y nuevos créditos”, ADCo, nº 27, 2012, p. 228.

estructural “no llegara a completarse”⁴² (o, en su caso, la operación societaria de que se trate). Y aun así, sólo en el caso de que no llegara a completarse la operación societaria, podría entenderse que ello “afecta” a los acreedores en el sentido que exige el artículo 140 LC [*vid. infra. a.2*]), si con ello se incumpliese el plan de pagos (remisorio y/o dilatorio) del convenio, que constituye el “contenido típico” del mismo (*in fine* la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Madrid de 17 de junio de 2014⁴³).

a.2.) La “afectación” del acreedor instante del incumplimiento (art. 140.1 LC)

36. La LC, aunque no se ocupa de definir el incumplimiento del convenio, contiene una norma (art. 140.1) cuya correcta interpretación define el incumplimiento del convenio en el sentido anteriormente expuesto.
37. Del artículo 140.1 LC se deduce una exigencia clara al acreedor a fin de lograr la legitimación activa para solicitar del juez la declaración de incumplimiento: que se haya visto directamente “afectado” por éste: “Cualquier acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte podrá solicitar del juez la declaración de incumplimiento”.
38. Por lo tanto, la condición de acreedor concursal no es suficiente para solicitar la declaración judicial de incumplimiento. Debe tratarse de un acreedor que haya sufrido las consecuencias del incumplimiento, esto es, debe haber sufrido un perjuicio o menoscabo en razón del incumplimiento de la prestación que a él es debida⁴⁴. Es preciso por tanto que al acreedor “le alcance” el incumplimiento⁴⁵ y ello, en el contexto que nos ocupa, exige que el incumplimiento afecte al pago de sus créditos (ya se trate de impago, pago parcial o mora en el cumplimiento). De otro modo, difícilmente podría entenderse que un acreedor se ve “afectado” o perjudicado en razón de la prestación que el deudor le debe.
39. Son abundantes las Sentencias de nuestros Tribunales que respaldan la interpretación que aquí hacemos. Todas ellas observan siempre supuestos de incumplimiento que “afectan” a las obligaciones pecuniarias que el deudor tiene asumidas frente al acreedor

⁴² BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Las modificaciones estructurales y el convenio de acreedores”, AAMN, 2010, p. 179.

⁴³ JUR 2014/177327

⁴⁴ ROJO, A., “Comentario al artículo 140”, *cit.*, p. 2282; TAPIA LÓPEZ, J.M., “El convenio”, *cit.*, p. 478;

⁴⁵ RODRIGUEZ ACHÚTEGUI, E., “Incumplimiento del convenio”, *cit.*, p. 229.

en virtud del convenio y exigen ese “perjuicio” o “menoscabo”⁴⁶ directamente sufrido por el acreedor en su derecho de crédito frente al deudor. Es altamente ilustrativa la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas (secc. 4ª) de 11 de marzo de 2009⁴⁷:

“Pese a que pudiera haberse optado por otra solución, el artículo 140 de la Ley Concursal es extremadamente claro al establecer que está legitimado para ejercer la acción “cualquier acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte”, acción que podrá ejercerse desde que se produzca el incumplimiento y caducará a los 2 meses contados desde la última publicación del auto de cumplimiento a que se refiere el art. 139 LC. De dicho precepto se desprende: 1) Que no puede alegar el incumplimiento que no le afecte cualquier acreedor obligado y sometido al convenio, sólo puede alegarse el incumplimiento por el acreedor concreto al que le afecte. 2) Que el acreedor al que le afecte el incumplimiento puede en todo momento aceptar un cumplimiento tardío de la obligación, cumplimiento defectuoso que la extinguiría (por lo que carecerá de acción para reclamar la resolución si entre la fecha en que se produjo el incumplimiento y la fecha en que pretenda ejercitar la acción ha aceptado un pago extintivo de la deuda). 3) Que el legitimado es el acreedor afectado por el incumplimiento, sin que en modo alguno pueda el Juez declarar el incumplimiento y la resolución de oficio. 4) Que el hecho de que un acreedor inste la declaración de incumplimiento del convenio “en lo que le afecte” en modo alguno impide que los demás acreedores cuyos créditos hayan sido incumplidos ejerzan la misma acción para instar la declaración de incumplimiento del convenio en lo que a ellos les afecte. De modo que pueden plantearse no uno sino múltiples incidentes de incumplimiento del convenio. 5) Que en principio la legitimación pasiva, pese a dirigirse la acción a la resolución de un contrato multilateral, el convenio concursal, se limita al concursado (...)”

40. En sentido similar, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (secc. 4ª) de 23 de enero de 2008⁴⁸:

“En efecto, conforme al art. 140 LC no “todo acreedor” tiene derecho a solicitar del juez del concurso la declaración de incumplimiento sino tan solo el “acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte”. Resulta sorprendente que la actora inste tal declaración de

⁴⁶ Conforme al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua “afectar” supone “Menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente”.

⁴⁷ JUR 2009/249681.

⁴⁸ JUR 2008/124956.

incumplimiento sin especificar qué incumplimiento se ha producido. El simple hecho de que aún no haya cobrado su crédito, y dado que es un crédito privilegiado excluido de la eficacia del convenio, no le autoriza a postular tal declaración cuando el convenio aprobado no afecta a su crédito en ningún modo, en suma, respecto a dicho crédito el convenio no puede resultar incumplido pues a través del mismo la entidad concursada a nada se obliga frente al acreedor privilegiado”.

b) Delimitación “cuantitativa” del incumplimiento (gravedad o entidad)

41. Conforme ya hemos apuntado anteriormente, el incumplimiento del convenio concursal exige no sólo que éste se produzca o afecte a una serie de obligaciones fundamentales (alcance “cualitativo”) referidas a los derechos de crédito que los acreedores tienen frente al deudor, sino también que tales incumplimientos revistan una determinada magnitud (alcance “cuantitativo”) que lo permitan calificar de incumplimiento grave o relevante. Esto es, además de traducirse en el incumplimiento de las obligaciones principales que el deudor ha asumido frente al acreedor instante del incumplimiento, éste debe ser “relevante” o grave; debe tratarse en definitiva de un incumplimiento sustancial. Ello es acorde con el principio de interpretación restrictiva de los casos de incumplimiento y ha sido ratificado de forma reiterada por nuestros tribunales y doctrina científica⁴⁹.
42. La ya citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 11 de marzo de 2009 es especialmente clarificadora y expresiva en su razonamiento, y acepta con carácter general que los cumplimientos defectuosos entre los que podría considerarse en ciertos casos de escasa entidad el retraso en el pago, deban ser debidamente valorados por el juez, siendo necesario que se valoren en su justa medida los hechos acontecidos a fin de que determinar si se ha producido un verdadero incumplimiento de las obligaciones asumidas por el deudor, capaz por sí mismo de motivar la satisfacción del interés perseguido por un acreedor con la aprobación del convenio, desestimándose como incumplimiento aspectos accesorios del mismo:

“a pesar de la literalidad que recoge la disposición, el supuesto de hecho al que alude ha de encerrar un verdadero y propio incumplimiento de las

⁴⁹ También nuestra doctrina entiende que el incumplimiento del convenio “es obvio que no debe serlo cualquier desatención de obligaciones” (VELASCO SAN PEDRO, L.A., “La modificación del convenio”, ADCo, núm. 34, 2015, p. 63 y ss.). En sentido similar, VARA DE PAZ, N., “Cumplimiento e incumplimiento del convenio”, cit., p. 4767; TAPIA LÓPEZ, J.M., “El convenio”, cit., p. 480; MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., “Artículo 140”, cit., p. 2527; SÁNCHEZ PAREDES, M^a L., «Cumplimiento del convenio», Enciclopedia de Derecho Concursal (dirs. Beltrán/García-Cruces), Cizur Menor, 2012, p. 941.

obligaciones asumidas por el deudor, capaz por sí mismo de motivar la insatisfacción del interés perseguido por un acreedor con la aprobación del convenio; será en última instancia el juez el que haya de valorar esta circunstancia, desestimando como incumplimiento aspectos accesorios que hayan podido incorporarse”.

43. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (secc. 9ª) de 7 enero de 2014⁵⁰ advierte:

“Tal y como ya expresábamos en sentencia dictada por esta Sala en rollo 408/11, con fecha de 11 de julio de 2011 (JUR 2011, 331121), la valoración de la cuestión relativa al incumplimiento de convenio, ha de ser valorada con rigor y restrictivamente:

“Como señala la resolución apelada en el Fundamento Jurídico Segundo la declaración de incumplimiento de convenio - a tenor de las consecuencias que derivan del artículo 140 de la Ley Concursal debe valorarse con rigor y restrictivamente. El artículo 140 de la Ley Concursal dispone que cualquier acreedor que lo estime incumplido en lo que le afecte, podrá solicitar del juez la declaración de incumplimiento, provocando la decisión judicial en tal sentido la consecuencia prevenida en el apartado 4 de la norma, que no es otra que la rescisión del convenio y la desaparición de los efectos sobre los créditos a que se refiere el artículo 136 (la extinción en la parte a que alcanza la quita y aplazamiento en su exigibilidad por el tiempo de espera). Las consecuencias prevenidas en la norma han determinado que doctrina y tribunales hagan una interpretación restrictiva del precepto, como resulta de la Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria que dice literalmente:

“El carácter esencial que en el convenio concursal tiene la espera -o la quita- impone que el incumplimiento de los plazos pactados para el cumplimiento de la obligación afectada por la quita o la espera o por el resto de los efectos del convenio debiera ser considerado incumplimiento en todo caso de gravedad o esencial, como acertadamente consideró el Juzgador a quo, más aún cuando como en el caso que nos ocupa se trataba de incumplimiento de la totalidad del crédito -que ni siquiera parcialmente había sido pagado en el momento de presentación de la demanda-. La sentencia recurrida, por tanto, no puede considerarse que haya incurrido en infracción alguna del ordenamiento jurídico ni puede estimarse recurso alguno fundado en esa pretendida infracción, por lo

⁵⁰ AC 2014/770, que cita a su vez como precedente la de 11 de julio de 2011 (JUR 2011/331121) de la misma Sala.

que, de no contemplarse los hechos acaecidos posteriores al dictado de la sentencia de la primera instancia, debería ser íntegramente confirmada. Ello sin perjuicio de que esta Sala acepte con carácter general que los incumplimientos defectuosos (que no incumplimientos), entre los que podría considerarse en ciertos casos de escasa entidad el retraso en el pago, deban ser debidamente valorados por el juez, tal como expone Iván que considera excesivo que una mera alteración de las previsiones del convenio produzca una consecuencia tan grave como puede llegar a ser su rescisión, siendo necesario que se valoren en su justa medida los hechos acontecidos a fin de que se evalúe si se ha producido un verdadero y propio incumplimiento de las obligaciones asumidas por el deudor, capaz por sí mismo de motivar la satisfacción del interés perseguido por un acreedor con la aprobación del convenio, desestimándose como incumplimientos aspectos accesorios (encomendando el autor citado al buen hacer del Juez el discernir lo principal de lo secundario).

Sin que pueda desconocerse, por último, a la hora de resolver sobre dicho incumplimiento que no parece congruente con el principio de conservación de la empresa (por virtud del cual la LC pretende facilitar dicha conservación a través del convenio del concursado con sus acreedores) el que cualquier incumplimiento no esencial y accesorio de lugar a consecuencia tan grave como la que el art. 140LC anuda a la resolución -mal denominada "rescisión"- del convenio".

44. Incluso la que es, salvo error, única Sentencia⁵¹ que dice acoger una interpretación "amplia" del concepto de incumplimiento del convenio, materialmente aplica un concepto estricto de incumplimiento. De ahí que reconozca el incumplimiento porque se incumple la obligación principal (de pago al acreedor) y de forma relevante ("se constata un incumplimiento generalizado, al menos en tres acreedores, del convenio..."), y advierte expresamente que esa "interpretación amplia del concepto incumplimiento" ha de tener "como principio rector la constatación de la imposibilidad o la falta de voluntad de cumplir el deudor lo convenido con los acreedores". De este modo, a la postre, la propia Sentencia acaba acogiendo un concepto estricto de incumplimiento, en tanto en cuanto, exige la insatisfacción de la obligación principal del deudor para con el acreedor concursal: el incumplimiento de la obligación de pago.
45. La gravedad o entidad del incumplimiento del convenio es un principio acogido por todos los ordenamientos comparados. Así en la *Vergleichordnung* alemana de 1935, el artículo 96.7 regulaba la posibilidad de que el tribunal, de oficio, se abstuviera de decidir sobre la apertura de la quiebra si los retrasos en el cumplimiento del convenio

⁵¹ Audiencia Provincial de Zaragoza (secc. 5ª) de 9 de octubre de 2012 (RJ 2013/112488)

fueran “*proporcionalmente insignificantes*”. En el derecho vigente alemán, el artículo 255 de la *Insolvenzordnung* de 1994 establece que la quita y la espera queda sin efecto si hubiera “*retraso grave*” en el cumplimiento del plan de insolvencia, entendiéndose según la Ley como tal que el acreedor hubiera reclamado al deudor el cumplimiento por escrito y hubiera otorgado un plazo de dos semanas como mínimo para cumplir. Algo similar establece el artículo 218.1 a) del Código de la insolvencia portugués de 2004 con respecto al plan de insolvencia. También la *Legge fallimentare* italiana de 1942, tras la reforma de 7 de septiembre de 2007, establece la imposibilidad de resolver el “*concordato preventivo*” si el incumplimiento del mismo fuese de “*escasa importancia*”.

-IV-

VALORACIÓN DE LA COMPATIBILIDAD DE LA PROPUESTA CON LOS CONVENIOS Y SU CUMPLIMIENTO

A) La asunción por PESCANOVA del 19,99% del capital en NUEVA PESCANOVA no implica un incumplimiento de los Convenios

46. De lo que se ha expuesto en anteriores apartados de este dictamen cabe concluir que los cambios propuestos por el consejo de administración de PESCANOVA en su carta publicada como hecho relevante el 12 de junio de 2015, no implica un incumplimiento de los Convenios conforme a lo dispuesto en la LC. Esa conclusión parte de que la modificación (meramente formal, que no sustancial) de la composición subjetiva de la futura NUEVA PESCANOVA S.L. descrita anteriormente no afecta al cumplimiento de ninguna de las obligaciones de contenido remisorio y dilatorio asumidas por el deudor (PESCANOVA) frente a sus acreedores. Ausencia de afectación que también cabe defender con respecto a los Convenios de sus Filiales. En ninguno de los Convenios se vería afectado su contenido básico por la eventual aprobación y ejecución de las medidas propuestas por el consejo de administración. La presentación de la Propuesta no perturba de forma efectiva los derechos que se habían reconocido con anterioridad a todos y cada uno de los acreedores de PESCANOVA. De este modo, ningún acreedor potencialmente instante del incumplimiento podría invocar que se ha visto “*afectado*” por esa Propuesta. No podría hacerlo por faltar el presupuesto previsto en el artículo 140.1 LC.
47. La Propuesta altera el porcentaje de participación que PESCANOVA mantendrá en NUEVA PESCANOVA. Es una alteración sustancial en cuanto pasa del 4,99% al 19,99% del capital de esta última. Sin embargo, esa alteración no tiene transcendencia en lo que significa de atribución de la indicada participación. El diseño inicial contemplaba

que un 15% del capital social se suscribiese, aportaciones dinerarias mediante, por los accionistas de PESCANOVA. Es evidente que se trataba de una Propuesta que implicaba un coste financiero para esos accionistas. El consejo de administración propone que en lugar de una tenencia directa por los accionistas de esa participación, pasen a ser titulares indirectos de la misma asignándosela a la propia PESCANOVA.

48. En este cambio es manifiesto que los intereses patrimoniales y corporativos de los acreedores de PESCANOVA permanecen intocados o, si se prefiere, que no hay una afectación de la posición que se les había reconocido en los Convenios con anterioridad a la Propuesta. Ninguna interpretación del contenido de ésta puede llevar a considerar que hay una alteración en el pago de los créditos reconocidos a los acreedores y cuya satisfacción forma parte del contenido esencial de los Convenios. Ni en su aspecto remisorio, ni en el dilatorio de todos y cada uno de los Convenios se produce modificación alguna.
49. La ausencia de toda afectación para los acreedores en la Propuesta del consejo de administración de PESCANOVA debe confirmarse también a la vista de la estipulación que en los Convenios de las Filiales dispone:

“En caso de que la reducción de la comisión no sea suficiente para garantizar que la participación de Pescanova en Nueva Pescanova no es superior al 4,99%, la parte no desembolsada de los tramos del Aumento de Capital referidos en los apartados (i) a (iv) anteriores se ofrecerá a las Entidades Aseguradoras, que podrán suscribirla en la misma proporción acordada según el apartado (i), en la medida en que ello sea necesario para asegurar que la participación de Pescanova en Nueva Pescanova no es superior al 4,99%”.

50. La simple lectura del pacto transcrito pone de manifiesto su carácter hipotético. El derecho reconocido a las entidades aseguradoras quedaba condicionado a que los tramos de la ampliación de capital reservados a la propia PESCANOVA o a sus accionistas no quedaran completamente suscritos. La Propuesta descarta que esa hipótesis pueda materializarse toda vez que ambos tramos (4,99% y 15%) son objeto de completa adjudicación a PESCANOVA, lo que impide que pueda nacer un eventual derecho de suscripción a favor de las entidades aseguradoras.
51. La Propuesta no implica que el deudor altere ninguna de las obligaciones esenciales (ni siquiera de las accesorias) contraídas frente a los acreedores en relación con la ampliación de capital. Lo relevante para los acreedores es que el 80% del capital de

NUEVA PESCANOVA que se había “reservado” para ellos en el diseño de la ampliación de capital no sufre merma alguna.

52. Los únicos sujetos cuyos intereses se ven efectivamente “afectados” por la Propuesta son los de los accionistas de PESCANOVA. La operación propuesta por el consejo de administración de PESCANOVA y que son precisamente los accionistas quienes tienen que aprobarla supone privar a éstos de un derecho de suscripción de participaciones en NUEVA PESCANOVA, haciendo que sea la propia PESCANOVA la que asuma las participaciones que a sus accionistas estaban destinadas. Es obvio, en todo caso, que nos movemos ya en el ámbito societario y no en el concursal. Los accionistas no son acreedores concursales. La afectación de sus intereses nunca puede invocarse por ellos como causa de incumplimiento de un convenio concursal.
53. A todo lo anterior que descarta un incumplimiento de los Convenios cabe añadir otras consideraciones de alcance más general que avalan, en nuestra opinión, la Propuesta del consejo de administración de PESCANOVA. En primer lugar, desde el punto de vista de la oportunidad. Los cambios en algunos aspectos de operaciones societarias que se contemplan en un convenio concursal son razonables cuando, como sucede en el presente caso, la crisis de un grupo empresarial da lugar a procedimientos concursales de prolongada tramitación, que afectan a muy distintas sociedades y que, tomando en cuenta la propia evolución de la actividad económica y la intención de garantizar su continuidad en las mejores condiciones posibles, justifican que aspectos particulares de una u otra operación den lugar a variaciones sobrevenidas. Los cambios inherentes a esas nuevas propuestas solo pueden entenderse como un supuesto de incumplimiento cuando se produzca una “afectación” en sentido estricto de los intereses de los acreedores. No se produce esa “afectación” cuando las modificaciones propuestas carecen de cualquier incidencia sobre el contenido básico de los Convenios y los intereses de los acreedores y su principal justificación radica en el cambio que durante la tramitación de los concursos se ha podido producir en la solvencia de las sociedades y en sus resultados, dando lugar a una situación mejor de la que inicialmente se pudo contemplar.
54. En segundo término, el consejo de administración de PESCANOVA debe actuar en el marco del cumplimiento de los Convenios pero asumiendo que ha recuperado su plena capacidad y responsabilidad para la dirección del grupo. Si el consejo considera que determinados aspectos de las operaciones societarias deben ser modificados para asegurar su mejor consecución, cuenta con amparo legal para hacerlo, siempre, claro está, que ello no implique un incumplimiento de los Convenios concursales. Especial valoración merece desde este punto de vista la manifiesta buena fe con la que el consejo de administración ha actuado, presentando su Propuesta de forma

transparente y con la adecuada antelación con respecto a la fecha prevista para la celebración de la junta general.

55. En tercer lugar cabe mencionar un argumento decisivo. La Propuesta no afecta la finalidad de los Convenios. Éstos se presentaron y aprobaron con un objetivo incuestionable: contribuir a la continuidad de Pescanova. Ese objetivo pasaba por propuestas típicamente concursales (quita y espera) y por una compleja sucesión de operaciones societarias destinadas a la reestructuración del grupo, cuyas cargas compartían los accionistas y los acreedores. La Propuesta del consejo de administración implica un cambio limitado: afecta únicamente a una de esas operaciones societarias y lo hace sin incidir en los intereses de los acreedores. Pero es, además, un cambio que asegura el buen fin de la ampliación de capital y, en consecuencia, el cumplimiento de ese objetivo fundamental al que apuntan los Convenios.

B) El derecho de adquisición preferente en NUEVA PESCANOVA

56. Otro aspecto de la Propuesta cuya compatibilidad con los Convenios es objeto de consulta es el que aparece concretado en el siguiente párrafo de la Propuesta (y explicado en un posterior apartado de los “*Términos Generales*” que la acompañan):

“8º. Y además, al ser Nueva Pescanova una sociedad limitada, fórmula societaria elegida por los propios acreedores, Pescanova tendría por ley ciertos derechos preferentes de adquisición en caso de que cualquier otro socio de Nueva Pescanova decidiera transmitir a terceros sus participaciones y la junta general no lo consintiera (...)”.

57. El indicado derecho de adquisición preferente no tiene su razón de ser en la Propuesta, ni es un derecho que pretende ostentar PESCANOVA de manera individual y especial. Tal y como explica el consejo de administración de PESCANOVA, ese derecho preferente tiene un fundamento normativo y tutelar los derechos de cualesquiera socios de NUEVA PESCANOVA. Estamos en una consecuencia directa del régimen legal de la sociedad limitada previsto en disposiciones de naturaleza imperativa en cuanto al reconocimiento del derecho de adquisición preferente. Como es conocido, este derecho forma parte de lo que cabría enunciar como principios configuradores del tipo social elegido para NUEVA PESCANOVA. En consecuencia, no se atisba cómo puede llegar a sostenerse que la existencia de tal derecho de adquisición preferente implicaría un incumplimiento de los Convenios.
58. Asimismo, el derecho de adquisición preferente referido se enmarca en la línea marcada por las últimas reformas del legislador concursal en relación con las

capitalizaciones de deuda. De hecho, el artículo 165.2 LC incorpora una presunción (*iuris tantum*) de concurso culpable en relación a los socios del deudor concursado que se hubieran negado “*sin causa razonable*” a aquellas capitalizaciones de deuda. En lógica contraprestación a tan severa presunción, la LC exige un reconocimiento a favor de los socios de un derecho de adquisición preferente sobre las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores como consecuencia de la capitalización de aquellos créditos (o emisión propuesta en caso de enajenación ulterior de los mismos).

CONCLUSIONES

Primera.- La correcta interpretación del significado y alcance del incumplimiento del convenio concursal exige entender que éste se produzca o afecte a una serie de obligaciones principales o esenciales del mismo. Ello significa que sólo el incumplimiento de las obligaciones asumidas en los Convenios que tengan contenido remisivo (quitas) o dilatorio (esperas) podrían “*afectar*” al acreedor, como exige la LC, a los efectos de instar una eventual declaración de incumplimiento.

Además el incumplimiento debe tener carácter sustancial.

Segunda.- La modificación (meramente formal, que no sustancial) de la composición subjetiva de la futura NUEVA PESCANOVA descrita en este dictamen no afecta al cumplimiento de ninguna de las obligaciones de contenido remisivo y dilatorio asumidas por el deudor (PESCANOVA) frente a sus acreedores. Ausencia de afectación que también cabe defender con respecto a los Convenios de sus Filiales.

Tercera.- El contenido facultativo o accesorio de los Convenios tampoco se ha visto alterado sustancialmente con el diseño de la composición subjetiva de la futura NUEVA PESCANOVA que contiene la Propuesta.

Lo relevante para los acreedores es que el 80% del capital de NUEVA PESCANOVA que se había “*reservado*” para ellos en el diseño de la ampliación de capital no sufre merma alguna.

Cuarta.- En tanto ningún acreedor potencialmente instante del incumplimiento podría invocar que se ha visto “*afectado*” por esa Propuesta, faltaría el presupuesto esencial previsto en el artículo 140.1 LC para poder solicitar del juez la declaración de incumplimiento.

Quinta. El reconocimiento estatutario de un derecho de adquisición preferente en favor de PESCANOVA tampoco infringe los Convenios. Se trata de un derecho con fundamento normativo consecuencia directa del régimen legal de la sociedad limitada que, además, se enmarca en la línea marcada por las últimas reformas del legislador concursal en relación con las capitalizaciones de deuda. .

Sexta. Por todo ello, la Propuesta del consejo de administración de PESCANOVA publicada por medio del hecho relevante de 12 de junio de 2015 no implica un incumplimiento de los Convenios aprobados en el concurso de PESCANOVA y en los de sus Filiales.

Este es dictamen que firmo en Madrid, a veinte de julio de dos mil quince.



Prof. Dr. Juan Sánchez-Calero Guilarte