

IV. Administración de Justicia

JUZGADOS DE LO MERCANTIL

33468 BARCELONA

El Juzgado Mercantil 5 Barcelona, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley Concursal (LC), anuncia:

Que en el incidente número 496/2013, del concurso voluntario 408/13, en fecha 7 de agosto de 2013, se ha dictado sentencia cuyo tenor literal es el siguiente

Sentencia núm. 118/2013

Barcelona, a 7 de agosto de 2013.

Vistos por mí, Daniel Irigoyen Fujiwara, Magistrado del Juzgado Mercantil nº 5 de Barcelona los presentes autos de incidente concursal de impugnación del auto de homologación del acuerdo de refinanciación siendo partes de un lado Barna Stell S.A. y demás sociedades que integran el Grupo Celsa representados por el Procurador Carlos Montero Reiter y asistidos por los letrados Jaime Cano Ruiz y Ezequiel Miranda Jiménez-Rico y de otra Liberbank, S.A., Natixis, S.A. Sucursal en España, ING Belgium, S.A. Sucursal en España, BNP Paribas Sucursal en España y The Royal Bank Of Scotland PLC representados por el Procurador Carles Badía Martínez y asistidos por el Letrado Andrés Mochales Blasco resultan los siguientes

Antecedentes de Hecho

1.- El día 19 de junio de 2013 tuvo entrada en este Juzgado Mercantil solicitud de homologación de acuerdo de refinanciación al amparo de la DA4LC por parte de Barna Stell S.A. y demás empresas que conforman el grupo Celsa.

2.- Por decreto de 20 de junio se admitió a trámite la solicitud y el 28 de junio se dictó auto cuya parte dispositiva es:

1.-Acuerdo la homologación de los Acuerdos de refinanciación suscritos por El Grupo Celsa tal y como se ha definido en el encabezamiento con una gran mayoría de entidades financieras y recogidos en las escrituras públicas números 2.928 y 2.929 otorgadas ante Notario de Madrid D. José Miguel García Lombardía el día 5 de junio de 2013 (documentos 14 y 15).

2.- Acuerdo la extensión de los efectos de la espera pactada en el acuerdo de refinanciación a las entidades financieras disidentes en cuanto no constituye para ellas un sacrificio desproporcionado.

En consecuencia, los créditos que se encuentran sujetos al Contrato Jumbo Original deben satisfacerse con arreglo al calendario de amortización convenido en el Contrato Jumbo, extensión que afecta a las entidades financieras no firmantes Natixis, Royal Bank of Scotland, ING, BNP, Ibercaja, Liberbank, Kutxabank y Grupo Caja 3; y los créditos que se encuentran sujetos al Contrato Marco Original deben satisfacerse en la fecha de vencimiento final convenida en el Contrato Marco, esto es, el 7 de junio de 2018, extensión que afecta a las entidades financieras no firmantes Liberbank, Kutxabank y Caja España de Inversiones.

En dicha extensión que se decreta judicialmente se acuerde la equiparación de las cláusulas de amortización anticipada obligatoria parcial y total a los solos efectos de que el crédito que ostentan las Entidades Disidentes se amortice en los mismos plazos y forma que el crédito de las entidades que han suscrito los

Acuerdos de Refinanciación.

3.- Asimismo, se acuerda la paralización de las ejecuciones promovidas o que pudieran instarse por las entidades financieras acreedoras contra el refinanciado durante el plazo máximo de tres años.

4.- En todo caso, las entidades financieras acreedoras, afectadas por la homologación, mantendrán sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores y avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación del acuerdo de refinanciación ni los efectos de la homologación en perjuicio de aquellos (DA4 LC ap.5).

5.- Acordada la homologación, el deudor no puede solicitar otra en el plazo de 1 año (DA4 LC ap.7).

6.- Publíquese la presente resolución, mediante anuncio que se insertará en el Boletín Oficial del Estado y Tablón de Anuncios de este Juzgado, cuya resolución podrán impugnar en el plazo de quince días siguientes a la publicación, los acreedores afectados por la homologación que no hubiesen prestado su consentimiento.

3.- El 17 de julio Liberbank S.A., Natixis S.A., Sucursal en España, Ing Belgium, S.A. Sucursal en España, Bnp Paribas Sucursal en España y The Royal Bank of Scotland PLC de conformidad con la DA4.4 LC impugnaron parcialmente el auto de 28 de junio solicitando que:

(i) se deje constancia que no se oponen a la homologación acordada por el Juzgado del acuerdo de refinanciación entre Barna Steel, S.A. y otras sociedades de su grupo y las entidades financieras acreedores.

(ii) que se revoque el pronunciamiento 2 del auto de homologación sustituyéndolo por otro en que se les extienda los efectos de la espera máxima que no podrá superar los tres años.

4.- La providencia de 18 de julio dio traslado de la impugnación por 10 días a las partes del acuerdo de refinanciación para que puedan oponerse a la impugnación. Asimismo acordó que habida cuenta del carácter urgente para resolver se facultó al Procurador de Barna Steel para proceder al traslado de la impugnación planteada al resto de acreedores. La diligencia posterior de 24 de julio las tuvo por emplazadas.

Estos pronunciamientos fueron recurridos en reposición por los impugnantes y tras la tramitación de rigor se desestimaron los recursos por Decreto de 1 de agosto y Auto de 2 de agosto porque no se apreció gravamen ex. Art. 448.1 LEC.

5.- El auto de 23 de julio acordó habilitar el mes de agosto por aplicación del art. 131 LEC y al no haber recurso alguno los impugnantes solicitaron la incoación del incidente de nulidad de actuaciones porque, en resumen, dicha resolución vulnera el 24 CE en su manifestación de juez ordinario predeterminado por la ley y juez imparcial así como el deber de motivar las resoluciones.

La providencia de hoy, 7 de agosto, no admitió a trámite el incidente de nulidad de actuaciones porque, en síntesis, ha podido denunciarse infracción de Derechos Fundamentales antes de recaer resolución que ponga fin al proceso (art. 228 LEC).

6.- El día 29 de julio Barna Steel y demás sociedades que conforman el grupo Celsa se opusieron a la impugnación y, transcurrido el plazo de 10 días conferido ex art. 194.3 LC, se dictó auto el 7 de agosto que rechazó la celebración de visita al calificar las pruebas solicitadas (requerimiento documental a Barna Steel y testimonial del experto independiente) de impertinentes e inútiles dejando los autos conclusos para que el juez dicte sentencia sin más trámite (art. 194.4 LC).

Fundamentos de Derecho

Primero.- Las partes y la impugnación.

1.-Natixis S.A., Ing Beligium S.A., Bnp Paribas, The Royal Bank of Scotland PLC y Liberbank S.A., impugnaron de forma parcial el auto de homologación del acuerdo de refinanciación del grupo Celsa a fin de que se rectifique el pronunciamiento relativo a la extensión de los efectos de la espera para que, en lugar de 5 años, quede fijado en el plazo máximo de tres años tal y como estable como máximo la DA4LC.

2.- Barna Steel S.A. y otras que integran el denominado grupo Celsa se opusieron a la impugnación porque no es cierto que la DA4LC limite la extensión de la espera a tres años. Argumenta, como razonó el auto impugnado, que el plazo máximo de tres años contemplado en la DA4LC se refiere a la paralización de las ejecuciones promovidas por las entidades financieras.

Segundo.- Previo. Denuncia de infracción de Derechos Fundamentales del art. 24 CE.

3.-Natixis S.A., Ing Beligium S.A., Bnp Paribas, The Royal Bank of Scotland PLC y Liberbank S.A., denunciaron que se les ha vulnerado su derecho fundamental del 24 CE en sus manifestaciones de juez ordinario predeterminado por la ley y juez imparcial, así como el deber de motivar las resoluciones.

Sorprende la denuncia cuando la impugnación solicita expresamente que se deje constancia que los impugnantes no se oponen a la homologación acordada por el Juzgado del acuerdo de refinanciación y que en lugar de la extensión de los efectos de la espera pactada de 5 años se acuerde que lo sea por tres años.

3.1.- Falta de motivación del auto de 23 de julio que habilitó el mes de agosto de conformidad con el art. 131 LEC.

El auto referido acordó que la causa era urgente.

No hay duda de esta apreciación por la dimensión del asunto litigioso a la vista de los datos obrantes en el procedimiento y que conocidos por los impugnantes no han sido contradichos:

(i) El grupo Celsa factura 4.700 millones de euros anuales, de los cuales 2.700 millones de euros se facturan en España.

(ii) Por volumen de ventas es la 22ª empresa de España.

(iii) Desde el año 2000 ha invertido más de 2.000 millones de euros, de los cuales 1.450 corresponden a inmovilizado en España.

(iv) El Grupo proporciona empleo directo a 7.300 trabajadores y genera empleo indirecto a casi 18.000 personas.

(v) El grupo supone en torno al 0,3 % del PIB de España y el 1.8 % del PIB industrial y el 0.9 % de las exportaciones totales de España

(vi) El grupo es el primer productor siderúrgico de España y el segundo fabricante de productos largos de Europa.

(vii) En Cataluña da empleo directo a más de 2.200 personas y genera empleo indirecto de más de 8.800 y constituye por facturación la quinta empresa industrial.

(viii) Con la petición efectuada al amparo de la DA4LC se trata de obtener la homologación de un acuerdo de refinanciación por importe de 2.300 millones de euros que posibilite la viabilidad en el corto y mediano plazo del Grupo.

A la vista de los datos anteriores, de dimensiones colosales, puestos de manifiesto en el procedimiento y conocidos por los impugnantes que denuncian la infracción del art.24 en relación con el 120 CE, la existencia de causa urgente es manifiesta sin mayores explicaciones ni justificaciones y exige que se habilite el mes de agosto ex art.131 LEC. De hecho, ni siquiera era necesaria la habilitación expresa a la vista del art. 131.3 LEC.

La denuncia de falta de motivación y por ende que se le ha vulnerado un derecho fundamental del art. 24 CE se rechaza.

3.2.- La parte impugnante sostiene que esta sentencia "habría de dictarse, en circunstancias ordinarias, a partir del 1 de septiembre de 2013, esto es, por el nuevo Magistrado que se hiciera cargo de los asuntos" de este Juzgado Mercantil por el cese de quien suscribe el día 1 de septiembre. En aplicación estricta de las normas procesales no tendría jurisdicción y competencia para resolver este asunto y "Debe rechazarse así la actitud del Juez especial o excepcional que "se apropia" del asunto que en condiciones ordinarias naturales no le hubiera correspondido decidir" (p.8)

Asimismo, denuncia que se le ha infringido el art. 24.2 CE en su modalidad del derecho al juez imparcial a la vista de los vicios del procedimiento en que se ha iniciado "para preservar a toda costa la jurisdicción y competencia para dictar sentencia, en aras de poder defender su propia resolución previa" (p9)

Según tiene derecho el TC el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, reconociendo en el apartado 2 del art. 24 de la constitución española, comprende la composición del órgano judicial, que ha de venir determinada por ley, debiendo seguirse en cada caso concreto el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente. (SSTC 69/2001, de 17 de marzo, FJ 9; 37/2003, de 25 de febrero, FJ 4; y 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 7). Eso sí, ni puede confundirse el contenido del derecho al juez predeterminado por la ley con el derecho a que las normas sobre distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales se interpreten en un determinado sentido (entre muchas, SSTC 238/1998, de 15 de diciembre, FJ 3; 49/1999, de 5 de abril, FJ 2; y 183/1999, de 11 de octubre, FJ2), ni tampoco la falta de notificación de sustitución del magistrado ponente configura una irregularidad procesal relevante desde el punto de vista del derecho al juez predeterminado por la ley, salvo que esté incurrido en causa de recusación (STC 116/2006, de 24 de abril, FJ 2). Con esta segunda garantía se trata de proteger indirectamente la independencia e imparcialidad del juez, requisitos ambos necesarios para proteger el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (por ejemplo, SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 2; 183/1999, de 11 de

octubre, FJ 2; y 162/2000, de 12 de junio, FJ 2).

La denuncia de infringirse el juez ordinario predeterminado por la Ley es infundada porque no se pone en duda que sea efectivamente Magistrado titular del JM5 BCN y que me corresponde el conocimiento del asunto litigioso conforme las normas de reparto vigentes. Es más, según la DA4LC, lo natural y no lo extraordinario es que la impugnación del auto de homologación sea resuelta por el mismo Juez que lo dictó.

Obviamente, la circunstancia de mi cese como Juez en ejercicio por pasar a régimen de excedencia voluntaria a partir del 1 de septiembre no me priva de cumplir hasta el final con mis obligaciones profesionales de ejercer la potestad jurisdiccional juzgado y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117 CE).

En cuanto a la queja de vulnerarse el derecho a un juez imparcial no se ha planteado recusación de este juzgado y la premisa de la que se parte-vicios del procedimiento- ha sido desestimada por auto de 2 de agosto. Desde otra perspectiva, no hay circunstancias extraordinarias o especiales como las referidas en la jurisprudencia constitucional para amparar al recurrente, sino sencillamente una causa urgente que ha determinado la habilitación del mes de agosto para su resolución por parte del Juez natural competente según la DA4LC y normas de competencia y de reparto vigentes.

La denuncia de haberse infringido a los impugnantes un derecho fundamental se rechaza.

Tercero.- Aclaratorio y delimitación del objeto a resolver.

4.- Las entidades impugnantes solicitan que

(i) se deje constancia que no se oponen a la homologación acordada por el Juzgado del acuerdo de refinanciación entre Barna Steel S.A. y otras sociedades de su grupo y las entidades financieras acreedores.

(ii) que se revoque el pronunciamiento 2 del auto de homologación sustituyéndolo por otro en que se les extienda los efectos de la espera máxima que no podrá superar los tres años.

5.- Queda claro de la petición del escrito de impugnación parcial de Natixis y otros que no discuten que sea válida la homologación judicial del acuerdo de refinanciación y la extensión de los efectos de la espera pactada. A la vista de lo anterior, no tiene sentido entonces que los impugnantes aleguen que son acreedores cuyos créditos están dotados de garantía real porque en tal caso no se les podría extender los efectos de la espera pactada ni por cinco ni por tres años al prohibirlo expresamente la DA4.1 LC. En consecuencia, no hay correspondencia entre la alegaciones y la petición que efectúan.

6.- En efecto, las entidades financieras disidentes critican que el auto de 28 de junio al razonar que las garantías reales serían "colectivas" y no "individuales" les califique de acreedores sin garantía real "a los efectos de la DA4LC".

Barna Steel y otros reconocen que en este punto no existía jurisprudencia previa y que el auto es completamente innovador en este aspecto (p.14) pero afirman que el Auto recurrido ha aplicado acertadamente la DA4LC.

Como es de ver de la petición resultante de la impugnación parcial al auto de

28 de junio, los impugnantes solicitan que el plazo máximo de espera que se les imponga sea el máximo que contempla la DA4LC de tres años y no de cinco como hace el auto impugnado.

Por tanto, los impugnantes realizan más bien una digresión cuando consideran que siendo acreedores con créditos dotados con garantía real la homologación del acuerdo de refinanciación del Grupo Celsa no les debería afectar. No puede haber otra conclusión: con la impugnación parcial están afirmando su condición de acreedores financieros a quienes se les pueda extender los efectos de la espera, esto es, que no son acreedores reales en los términos de la DA4LC.

La digresión sería propiamente una alegación en el caso de que defendiera su condición de acreedor con crédito dotado de garantía real para que inmune a la extensión de los efectos de la espera pactada en el acuerdo de refinanciación -5 años- se les acordara judicialmente una paralización de sus ejecuciones por plazo máximo de tres años, pero este razonamiento que daría sentido a lo dicho en relación con la petición efectuada por los impugnantes no resulta del escrito de impugnación. Si así fuera, los impugnantes estarían forzados a reconocer la bondad de la interpretación que se realiza en el auto de 28 de junio de diferenciar entre "espera pactada" y "paralización de ejecuciones". Al contrario, para fundamentar su petición los impugnantes expresa y terminantemente consideran que espera y paralización de ejecuciones son dos perspectivas, sustantiva y procesal, de un mismo fenómeno jurídico, y que el plazo de 3 años contemplado por la DA4LC es el máximo que el auto de 28 de junio impugnado puede acordar judicialmente en la extensión de los efectos de la espera a los acreedores financieros disidentes cuyos créditos no están dotados de garantía real.

7.- En cualquier caso, reitero los razonamientos del auto impugnado (Razonamiento quinto p.18) para negarles las condición de acreedores reales y por tanto por la homologación cabe extenderles los efectos de la espera pactada.

"18.-Una última pregunta que suscita este caso es si los acreedores disidentes titulan créditos que estén dotados de garantía real porque si así fuera no se les impondría la espera pactada en el acuerdo de refinanciación.

La DA4LC cuando prohíbe extender la espera a los acreedores cuyos créditos estén dotados de garantía real tienen la inteligencia de que se protege a aquel acreedor que en cualquier situación tiene la facultad de enajenar la garantía para cobrar preferente y exclusivamente su crédito, independientemente de cualesquiera otros derechos.

Es conocido el AJM2 BCN de 10 de abril de 2013 que extiende la espera pactada a los disidentes a pesar de que sus créditos estén dotados de garantía real porque, además de otras razones de índole práctica y circunstancias concurrentes (como el porcentaje de adhesión, el discreto plazo de espera pactada -unos meses- . . . etc.), aplica analógicamente el art. 56.2 LC "que permite la suspensión de las ejecuciones hipotecarias en marcha cuando los bienes están afectos a la actividad del deudor". Es decir, se proyecta a este momento preconcursal el imposible inicio o continuación de una ejecución de garantía real en una situación de concurso del deudor por recaer sobre un bien afecto/necesario para la continuidad de la actividad empresarial. Como no podría ejecutar en concurso, dadas las circunstancias, no tiene sentido permitirles ejecutar en este momento preconcursal cuando la finalidad del acuerdo de refinanciación es evitar precisamente evitar el concurso.

En el caso del Grupo Celsa, no es necesario acudir a este criterio porque no hay acreedores cuyos créditos estén dotados de garantía real en el sentido de la DA4LC. Se constata que los acreedores del Contrato Jumbo Original excluyeron de forma expresa, clara y rotunda, la posibilidad de que uno de ellos pudiera ejecutar individualmente las garantías reales, aún en aquellos casos en que, con arreglo al Contrato, pueden resolver individualmente el contrato respecto de su participación. O dicho de otra manera, lo que resulta de las obligaciones contractuales es que los acreedores disidentes si bien en un sentido lato puede defenderse que tienen sus créditos dotados de garantía real, lo cierto es que individualmente considerados no la tienen.

En efecto, resulta que las garantías reales (doc.8 a 12) que tienen los acreedores financieros suscriptores o disidentes para el cobro de sus créditos son colectivas, no individuales, en el sentido que los acreedores los han sindicado de modo que solo pueden ejercitarse colectivamente, previo acuerdo de la Mayoría de las Entidades Prestamistas, (tal como este término viene definido en el propio Contrato Jumbo Original, debiendo entenderse por tal mayoría las entidades financieras que sean titulares de más de dos tercios del importe de la deuda) y no pueden ejercitarse individualmente bajo ninguna circunstancia.

Así es, la actuación por mayoría viene impuesta obligatoriamente en el Contrato (cláusulas 4.3 y 16). La cláusula 21.3 letra b se transcribe por su claridad: "La ejecución de las Garantías por los Prestamistas requerirá el acuerdo favorable de la Mayoría de los Prestamistas. No obstante, queda a salvo el derecho de los Prestamistas que, en los términos previstos en la Cláusula 16.3, hayan procedido a la resolución individual de su participación en el Préstamo, a ejecutar individualmente las Garantías personales (y, a efectos aclaratorios, no las Garantías Reales)." Del mismo tenor, la cláusula 4.4.4 del Contrato Jumbo Original dispone "A efectos aclaratorios, los Prestamistas acuerdan que en ningún caso se podrán ejecutar las Garantías reales sin el consentimiento de la Mayoría de los Prestamistas. Es decir, la resolución parcial acordada individualmente por algún Prestamista no facultaría en ningún caso a dicho Prestamista para ejecutar las Garantías Reales." En el mismo sentido se pactó en las prendas (doc.9 cláusulas 3.1 y 3.2; doc. 10 cláusula 8.2; doc. 11 cláusula 8)

En fin, al acreedor financiero disidente que no tiene esta facultad de realización no puede serle reconocido una inmunidad al acuerdo de refinanciación homologado porque se convendrá fácilmente que si bien nominalmente puede presumir de disfrutar de garantía real en la realidad sin el apoyo de la mayoría de acreedores su posición se asemeja a un acreedor sin garantía real que no a uno dotado de ella.."

8.- Insisto en que queda claro de la petición del escrito de impugnación parcial de Natixis y otros que no se discute que sea válida la homologación judicial del acuerdo de refinanciación y la extensión de los efectos de la espera pactada. Las cuestiones controvertidas se circunscriben en este incidente a resolver si la DA4LC impone un límite de tres años a la extensión judicial acordada y si se produce sacrificio desproporcionado a los disidentes.

9.- La resolución de las diversas cuestiones planteadas lo es con la prevención de que todos estamos de acuerdo en que la redacción de la DA4LC es desafortunada, inconexa y confusa posibilitando distintas interpretaciones y que sea cuál sea será controvertida y por ende opinable. De lege ferenda es necesario que se regule con exhaustividad y claridad el instituto preconcursal de la

refinanciación otorgando la necesaria seguridad jurídica que demandan todos los operadores económicos y jurídicos habida cuenta la grave realidad económica del país.

Cuarto.- Espera y paralización.

10.- Los impugnantes sostienen que la DA4LC sólo autoriza a extender a los disidentes una espera de tres años, independientemente de la pactada.

Argumentan que es un principio esencial de nuestro ordenamiento jurídico el de la relatividad de los contratos ex art. 1257 CC comprensivo de que los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos. Siendo esto así, la DA4LC como norma excepcional a este principio debe ser objeto de interpretación restrictiva. Por tanto, no cualquier espera es extensible a los disidentes sino solamente una limitada por la Ley a tres años. No cabe por tanto una interpretación finalista como realiza el auto impugnado.

Por otra parte, aplicando una interpretación literal la expresión es clara. La conjunción copulativa "que" de la expresión "que no podrá superar los tres años" de la DA4.3 LC determina que la fase antecedente "durante el plazo de espera (...)" quede especificada, restringida temporalmente a esos tres años.

Es más, razonan en otro pasaje de la impugnación, que la interpretación correcta supone que espera y paralización de ejecuciones son dos perspectivas, sustantiva y procesal, de un mismo fenómeno jurídico. Si fueran diferentes, como sostiene el auto impugnado, se pregunta ¿cómo puede conjugarse imponer al mismo tiempo una espera de 5 años pero una paralización de acciones individuales de solo tres años? Citando a Carrasco Perera, "(...) si la espera puede ser superior a la paralización de ejecuciones, resulta un escenario imposible. Los disidentes no podrán dar por vencida hasta el cabo de cinco años y, si tal es el caso, no se entiende como podrán iniciar ejecuciones antes del vencimiento de la deuda nueva, aunque hayan transcurridos tres años. No se puede ejecutar sin vencimiento (...)."

En, fin se concluye que el auto impugnado ha infringido la DA4LC al imponer a las entidades financieras acreedoras que no suscribieron el acuerdo de refinanciación homologado un aplazamiento en el pago de sus créditos de cinco años cuando el máximo legal es de tres años.

Barna Steel y otros sostienen que la interpretación correcta es la de considerar que extensión de los efectos de la "espera pactada" y "paralización de ejecuciones" son conceptos distintos tal y como razona parte de la doctrina, el Auto impugnado, las Conclusiones de los JM de Catalunya de 5 de julio y numerosos autos de homologación dictados en todas partes de España.

11.- Comenzando con el supuesto planteado en que la parte se pregunta cómo se puede conjugar extender una espera de 5 años y una paralización de acciones individuales por 3 años, naturalmente comparto que no tiene sentido si se considera que espera y paralización son lo mismo salvo que el plazo legal de tres años de la DA4LC venga referido al plazo de espera previsto en el acuerdo de refinanciación.

Pero interpreto que según la DA4LC son dos fenómenos diferentes y no en realidad la perspectiva sustantiva y procesal de un mismo fenómeno. Expresamente la DA4.1LC permite al Juez extender los efectos de la "espera

pactada" y no la espera legal. Y esta "espera pactada" que denota autonomía de la voluntad con la finalidad de refinanciar al deudor común no está limitada expresamente en el apartado que le debería ser propio.

En otros términos, espera y paralización si bien pueden ser conceptos jurídicos asimilables también pueden tener, según las circunstancias concurrentes, significación diferente y por tanto, el legislador (el derecho) predica de ambos efectos distintos posibilitando –que no prohibiendo– que los interesados adopten la refinanciación que encaje mejor con sus conveniencias (y el último término, con la viabilidad a corto y medio plazo del deudor), en vista de su diferente trascendencia que pueda suponer una u otra.

En este sentido, partiendo de que la espera pactada no tiene un límite temporal preestablecido por la DA4LC y que la paralización de ejecuciones la tiene en tres años como realiza el auto impugnado ¿por qué no interpretar que ambos pueden coexistir, "previa ponderación de las circunstancias concurrentes" (DA4.3LC) y siempre que no suponga un sacrificio desproporcionado para las entidades disidentes?.

Es posible en esta línea extender una espera pactada de 5 años y no acordar paralización alguna. Sencillamente, atendidas las circunstancias concurrentes, no es necesario porque les vincula la espera pactada (art. 557, 558 y 565 LEC) o porque siendo acreedor real la ejecución real promovida no afecta a la viabilidad del deudor por recaer sobre un bien innecesario y por la irrelevante cuantía.

Es posible igualmente extender la espera pactada de 5 años a unos disidentes y a otros no, pero sí una paralización de sus ejecuciones por 3 años, por no ser estratégicos, por no ser necesarios para el éxito de la refinanciación en el corto y medio plazo o sencillamente, para salvar el juicio de sacrificio desproporcionado y obtener la deseada homologación.

Es posible extender una espera pactada de 5 años y acordar la paralización de ejecuciones reales por plazo máximo de tres años ya que no es posible imponer al acreedor real los efectos de la espera pactada.

El límite está en el sacrificio desproporcionado como exponen las conclusiones de 5 de julio de los JM de Catalunya: "En el caso de que una refinanciación precisara de una paralización superior a los tres años de las ejecuciones promovidas por entidades financieras disidentes cuyos créditos estén dotados de garantía real y a los que no se les puede extender los efectos de una espera pactada por tiempo superior a esos tres años podría entenderse que el acuerdo causa sacrificio desproporcionado a aquellas entidades financieras no adherentes y no sería homologado judicialmente".

Si a partir de los 3 años, es previsible o se prevé que la reanudación de la ejecución paralizada malogrará la refinanciación acordada o la que en riesgo, el imponer una paralización por 3 años supone sacrificio desproporcionado porque la refinanciación no va a poder cumplir el objetivo para el que está diseñado: refinanciar y evitar el concurso en el corto y medio plazo.

En fin, con la interpretación propugnada por el auto impugnado no resultan situaciones imposibles como se reprocha sino situaciones perfectamente coherentes con la realidad y que encuentran su regulación normativa en la DA4LC.

12.- En cuanto a los cánones interpretativos, reconociendo la fundada

alegación de los impugnantes, me reitero en lo expuesto en el auto impugnado para concluir que la espera pactada a extender a los disidentes por la homologación judicial no esta limitada a un plazo de tres años.

El art. 3CC ordena interpretar las normas "según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquella."

No hace falta poner de manifiesto la situación económica actual de nuestro país y la necesidad de refinanciación de nuestras empresas. No hace falta recordad las circunstancias y motivos que obligaron al legislador a introducir el acuerdo de refinanciación en nuestro ordenamiento. La exposición de motivos de la ley 38/11 de reforma de la LC expresamente dice que "la ley profundiza en las alternativas al concurso o los denominados institutos concursales, ofreciendo a las empresas una solución más ágil y económica a sus crisis, a través de acuerdos de refinanciación".

En este contexto fáctico e histórico es donde acudo a una interpretación finalista anunciada en el auto impugnado ante las dudas que ofrece una interpretación literal y reduccionista del precepto. Ello determina que reconozca en la DA4LC que espera pactada y paralización no son lo mismo sino dos fenómenos diferentes. En el primer caso, una prohibición expresa de extenderla a los acreedores cuyos créditos estén dotados de garantía real, y en el segundo caso, un posible efecto de la homologación según las circunstancias concurrentes: la paralización de las ejecuciones de cualquiera tipo, incluso las promovidas por los acreedores dotados con garantía real.

Sexto.- Sacrificio desproporcionado.

13.- La DA4LC limita los motivos de la impugnación "exclusivamente" (i) a la concurrencia del porcentaje exigido para la homologación y (ii) a la valoración de la desproporción del sacrificio exigido.

Los impugnantes consideran un sacrificio desproporcionado que el auto les extienda los efectos de la espera pactada de cinco años solicitando que sea por tres años.

Son varias las razones que expone para concluir de este modo y que son combatidas por Barna Steel y otros.

14.- Un primer motivo es que al defender que los efectos de la espera sólo pueden extenderse por un plazo máximo de tres años, los impugnantes afirmar que imponer una espera superior al legal es sacrificio desproporcionado.

Me remito al fundamento quinto donde discrepo que la DA4LC establezca un plazo de tres años.

15.- Un segundo motivo que esgrimen es que no es admisible que el auto argumente que si no se homologa el acuerdo de refinanciación el deudor insolvente no tendrá más remedio que acudir al concurso. El principio de conservación de la empresa no autoriza a imponer esperas desorbitadas o una espera ilegal de 5 años.

Estoy de acuerdo con la afirmación de que bajo la bandera de salvar a la

compañía la homologación judicial no puede extender esperas desorbitadas, pero sí esperas pactadas (que no ilegales) que respondan al éxito de la refinanciación acordada por la mayoría, como así acontece con la refinanciación del grupo Celsa, y siempre que no suponga un sacrificio desproporcionado.

16.- Como tercer argumento alegan los disidentes que es un sofisma el que a mayor mayoría mayor sacrificio puede imponerse a la minoría sin que sea pasible que el Juzgado les imponga una espera superior a la legal de tres años.

Reconozco lo equivoco del razonamiento para calibrar y valorar el sacrificio desproporcionado pero en cualquier caso a los impugnantes no se les está imponiendo una espera ilegal sino la pactada de 5 años.

17.- En cuanto a los precedentes judiciales que extienden esperas por plazos superiores a tres años (por ejemplo, el citado Auto de Santa Cruz de Tenerife nº 1 de 18 de enero de 2013 que fija una espera de hasta 15 años) no argumentan las razones por las que es posible superar el límite de tres años de la DA4LC.

Es cierto pero no lo es menos que la mayoría de autos de homologación extienden los efectos de la espera pactada que superan los tres años.

18.- Según el auto impugnado se proclamaría el carácter supuestamente ilimitado de la espera que puede imponerse al minoritario.

No es así. El límite es que no constituya sacrificio desproporcionado.

En el caso enjuiciado, al no ser contradicho me remito a lo expuesto en el fundamento Quinto de esta sentencia y en el punto 8 Fundamento Cuarto del auto impugnado: "Aprecio que los nuevos plazos de amortización son razonables en la coyuntura económica actual y que responden a un Plan de Negocios que informa de la viabilidad en el corto y medio plazo"

19.- Los disidentes quedan de peor condición que los adherentes porque los disidentes no compartirán con los firmantes las garantías adicionales personales y reales que se otorgan como consecuencia de la refinanciación; se pacta un devengo para los adherentes de mayores intereses contractuales; los disidentes a diferencia de los adherentes no tienen la opción de canjear su deuda por una participación de capital en las Filiales Extranjeras.

Barna Steel y otros argumentan que se permite a los disidentes adherirse al acuerdo de refinanciación, como han hecho tres de ellas. En cualquier caso, en parte alguna de la DA4LC se dice que los contratos de los disidentes tengan que ser mejores que el acuerdo de refinanciación, sino mas bien la contraria: "(...) no tiene sentido que el disidente se encuentre, pase lo que pase, en mejor situación que el firmante. (...), invita a los acreedores a no firmar y esperar a ver qué pasa. No sería un sistema que favorece los acuerdos de refinanciación. Sería un sistema que los dificulta" (p.31).

Sobre esta cuestión, constato que los disidentes si no se adhieren voluntariamente mantienen sus créditos aunque sujetos a los efectos de la espera pactada sin que se alegue ni se demuestre que su posición haya empeorado tras la refinanciación. Que los demás hayan mejorado quedándose los disidentes con la misma posición anterior no es per se un sacrificio desproporcionado. Diferente sería el caso de que mejorando la posición los acreedores financieros mayoritarios se perjudicará injustamente (sacrificio desproporcionado) a los minoritarios.

20.- el acuerdo de refinanciación es imposible de cumplir. Según el experto independiente designado ex art. 71.6 LC el plan de pagos no está en consonancia con la generación de caja que se deriva del Plan de Negocios en el 2018.

Barna Steel y otros alegan que el experto ha informado favorablemente; que el acuerdo de refinanciación es el resultado de muchos meses de análisis y negociaciones asesoras por una de las principales firmas de auditoría y consultoría del mundo (Price Waterhouse Coopers); que un 93% de entidades financieras han concluido en apoyar el acuerdo de refinanciación y que algunas han aportado financiación adicional; que se regula la posibilidad de amortizar anticipadamente por diversos medios (enajenación de filiales extranjeras, salida a Bolsa, aumento de capital.. etc..).

Es una circunstancia que fue valorada por el auto impugnado en el Fd3 punto 5.4: Es un informe favorable que si bien pone de manifiesto una "incertidumbre" en relación al Plan de Pagos del Contrato Jumbo que se demora hasta el 2018 el experto se cuida de advertir claramente que "esta incertidumbre de la refinanciación en el 2018 no afecta a la viabilidad del Grupo en el corto y medio plazo" y que a la vista de la reducción del apalancamiento por la ejecución del acuerdo de refinanciación " no existirá problema en refinanciar la deuda Jumbo pendiente, no interfiriendo por tanto en la viabilidad del Grupo".

Reiterando esta valoración y acogiendo los argumentos de Barna Steel y otros, sin aportar razonamiento novedoso o prueba en contrario los impugnantes es improcedente revisar o discrepar de esta conclusión final.

21.- La imposición de un segundo acuerdo de refinanciación que supone la novación extintiva del anterior que resultó incumplido.

Barna Steel y otros niegan que haya operado una novación extintiva, sino una modificativa tal y como resulta de las cláusulas 5.1.4. y 6.1.3 del acuerdo Marco de reestructuración y de la aplicación de los art. 1203 y 1204 CC.

Los impugnantes alegan que resulta desproporcionando e injusto que al incumplidor del contrato originario se le permita extender los efectos beneficiosos de su novación a la parte in bonis que no ha suscrito tal novación.

Respondiendo inmediatamente a esta afirmación, precisamente entiendo que esta facultad es la otorga la DA4LC no respecto de todos los efectos que puedan ser beneficiosos para el deudor común sino solamente de los relativos a la espera pactada en un nuevo acuerdo o contrato novado.

Es irrelevante para resolver la impugnación que el grupo Celsa haya o no incumplido el contrato original o que sea o no procedente el vencimiento anticipado. Lo relevante es si el acuerdo de refinanciación constituye sacrificio desproporcionado a los disidentes, en particular atendiendo a la espera que se les extienda y la paralización de sus ejecuciones. Vencidos sus créditos, líquidos y exigibles estos se someterán a una espera si se cumplen con los requisitos de la DA4LC.

Es irrelevante que el grupo Celsa y la mayoría de las entidades financieras acreedoras hayan realizado una autentica novación extintiva del Préstamo Jumbo original y que en el nuevo hayan cambiado las partes, el principal de la deuda, los tramos o clases de la deuda, los calendarios y la forma de amortización, la forma de pago de los intereses.... Lo relevante es que no se imponga judicialmente al

disidente una novación extintiva de su crédito o del contrato del que dimana su derecho de crédito como tampoco que se le obligue a aportar dinero nuevo. La mayoría sólo puede obligar a una espera. En este sentido, es cierto como afirman los impugnantes que la DA4LC sólo permite extender a los disidentes los efectos de la espera pactada y no los "de un acuerdo extintivo de aquel que en su día fueron parte" (p.12 impugnación). Ese es el sentido del auto de 22 de febrero de 2013 jm1bcn y el auto de 28 de junio impugnado cuando excluyen la novación extintiva del concepto de "espera", no del acuerdo de refinanciación en sí.

En el caso, los impugnantes alegan que el auto de 28 de junio extiende a los minoritarios una parte de los acuerdos novatorios extintivos del Préstamo Jumbo que regulan la amortización anticipada y total del préstamo para que "el crédito que ostentan las Entidades Disidentes se amortice en los plazos y forma que el crédito de las entidades que han suscrito los Acuerdos de Refinanciación" (p.3 ap.2 parte dispositiva del auto de 28 de junio). Por claridad, es preciso un apartado expreso.

22.- En resumen, el auto de homologación les impone una espera de 5 años y unos nuevos calendarios de amortización de la deuda dentro de ese lapso temporal.

Los impugnantes consideran que la eficacia extensiva dimanante de la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación debe excluirse en aquellos casos que impliquen novación extintiva de la financiación originaria. Es decir; el auto se extralimita porque ha impuesto a los disidentes pactos del Nuevo Préstamo Jumbo extintivos de los acuerdos alcanzados en el Préstamo Jumbo original que nada tienen que ver con una espera. Así lo hace cuando en la parte dispositiva párrafo tercero del apartado 2 dispone que: "En dicha extensión que se decreta judicialmente se acuerde la equiparación de las cláusulas de amortización anticipada obligatoria parcial y total a los solos efectos de que el crédito que ostentan las Entidades Disidentes se amortice en los mismos plazos y forma que el crédito de las entidades que han suscrito los Acuerdos de Refinanciación".

Este pronunciamiento se integra en su significado por lo dicho en el Fundamento Cuarto p.13 del auto impugnado: "(...) respecto del contenido del acuerdo de espera que puede ser extendido a los disidentes por la homologación judicial, se afirma que puede tener contenido diverso (pacto de non petendo, una nueva fecha de vencimiento, un calendario de amortización, un régimen de amortización anticipada, aplazamiento de pago de un crédito con un plan de pagos) pero que, en todo caso, obedecerá siempre a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad en el corto y medio plazo (art. 71.6 LC) " Se excluye, así, del concepto de "espera" cualquier contenido del acuerdo de refinanciación tendente a la aportación de dinero nuevo, es decir, a la ampliación significativa del crédito, y también aquél que pretenda sustituir los contratos de préstamo o crédito existentes por otros de perfil diverso, novando la naturaleza del negocio jurídico en extremos distintos a la propia duración del mismo" AJM1 BCN 22 de febrero del 2013".

Es decir, no cabe extenderles una novación extintiva de sus créditos sino simplemente una espera en los términos definidos. Un nuevo calendario de amortización y nueva fecha de vencimiento es indudable que forma parte de los efectos de la espera pactada a extender a los disidentes. De ahí que en su beneficio se haya extendido las cláusulas de amortización anticipada obligatoria parcial y total a los solos efectos de que el crédito que ostentan las Entidades Disidentes se amortice en los mismos plazos y forma que el crédito de las

entidades que han suscrito los Acuerdos de Refinanciación.

Como dijo el auto impugnado en el Fundamento Quinto p.16 "De esta forma, las Entidades Disidentes se beneficiarán de dicha amortización anticipada en la misma medida en que lo hagan las entidades que han suscrito los Acuerdos de Refinanciación. El crédito de las Entidades Disidentes se amortizará anticipadamente en los mismos supuestos que prevén los respectivos instrumentos de deuda, y en particular, los derivados del Contrato Jumbo, de conformidad con lo previsto en la Cláusula 7.4 del Contrato Jumbo refundido adjunto al Acuerdo Marco de Refinanciación, y los derivados del Contrato Marco, de conformidad con lo previsto en la Cláusula 3.9 del Contrato Marco refundido adjunto como anexo al Acuerdo Marco de Refinanciación."

En suma, se dispone que las entidades disidentes cobraran sus créditos en los mismos términos que las entidades que han suscrito el acuerdo de refinanciación.

Si lo desean, claro está, los impugnantes pueden renunciar a la amortización anticipada.

En cualquier caso, por si cupiera duda, se aclara que en el caso Celsa el auto impugnado únicamente ha extendido a los disidentes la espera pactada y por tanto en lo restante su derecho de crédito se regula por el contrato original. En el mismo sentido, la cláusula 9.2.8 dispone que respecto de los acreedores financieros que no se adhieran a la novación modificativa seguirán vinculados con el deudor común en los términos establecidos en el contrato Jumbo Original.

23.- En recapitulación, rechazados los argumentos no es apreciable sacrificio desproporcionado y la impugnación se rechaza.

Séptimo.- Costas.

24.- Concurren dudas de derecho en la interpretación de la DA4LC que impiden la condena al pago de costas a la parte vencida.

Fallo

Desestimo la impugnación realizada por las mercantiles Liberbank, S.A., Natixis, S.A. Sucursal en España, Ing Belgium, S.A. Sucursal en España Bnp Paribas Sucursal en España y The Royal Bank of Scotland, PLC, contra el auto de 28 de junio de 2013.

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

Notifíquese la sentencia a las partes personadas y publíquese mediante anuncio insertado en el Registro Público Concursal y en el Boletín Oficial del Estado.

Barcelona, 7 de agosto de 2013.- El Secretario Judicial.

ID: A130050267-1