

## IV. Administración de Justicia

### JUZGADOS DE LO MERCANTIL

**48853** MADRID

Doña María Jesús Palmero Sandín, Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid, anuncia:

En los autos 362/2016 dimanantes de la disposición adicional 4 LC 1035/2015 de la mercantil AURANTIA 2003, S.L. con CIF B78098670, se ha dictado sentencia con fecha 22 de septiembre de 2016 que es firme, cuyo tenor literal es el siguiente:

Sentencia número 297/2016.

En la Villa de Madrid, a veintidós de septiembre de dos mil dieciséis.

Vistos por el Señor Don Francisco Javier Vaquer Martín, Magistrado-Juez Titular del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de esta localidad y su partido judicial, los presentes autos de incidente concursal seguido en este Juzgado con el n.º 362/16, seguidos a instancia de la entidad AGENCIA DE INNOVACIÓN Y DESARROLLO DE ANDALUCÍA, representada por la Procuradora Sra. Delgado Cid y asistida del Letrado desconocido y no identificado; contra la mercantil AURANTIA 2003, S.L., representada por la Procuradora Sra. Rodríguez-Curiel Espinosa y asistida del Letrado D. José Luis Sanz Cid; sobre impugnación del acuerdo homologado judicialmente. D.A.4, apartado 7 L.Co.; y,

Antecedentes de hecho

Primero.- Por escrito de 20.11.2015 de la Procuradora Sra. Rodríguez-Curiel Espinosa en representación de AURANTIA 2003, S.L. se solicitó, al amparo de la Disposición Adicional 4 de la Ley Concursal -en adelante L.Co.-, la homologación judicial del acuerdo de refinanciación acompañado a su escrito alegando los hechos y razones que se exponen, acompañando los documentos unidos.

Segundo.- De conformidad con el párrafo 2º del apartado 5º de la D.A.4ª L.Co. por Providencia de 15.3.2016 se admitió a trámite la solicitud de homologación y la paralización -en su caso- de las ejecuciones pendientes; habiéndose librado por la Sra. Secretaria los edictos a que se refiere el párrafo 3 del citado apartado 5; quedando para dictar Resolución mediante Diligencia de 15.3.2016.

Tercero.- Por Auto número 509/15 de 17.12.2015 se acordó la homologación judicial del acuerdo acompañado, que recurrido en aclaración fue rectificado por Auto de 26.1.2016 en los términos que consta en las actuaciones.

Cuarto.- Realizada la publicidad a que se refiere el apartado 7 de la D.A.4, por escrito de 11.3.2016 de la Procuradora Sra. Delgado Cid en representación de la AGENCIA DE INNOVACIÓN Y DESARROLLO DE ANDALUCÍA -entidad de Derecho Público- se formuló en plazo la impugnación del acuerdo homologado en base a los hechos y alegaciones que constan en autos, acompañando la documental unida.

Quinto.- De conformidad con lo dispuesto en la D.A.4, apartado 7, II L.Co. se formó pieza incidental a los efectos de la tramitación conjunta de las que pudieran formularse, de tal modo que precluido el plazo por Providencia de 13.6.2016 se admitió a trámite dicha impugnación dando traslado a la demandada para alegaciones en el modo y plazos dispuestos en el art. 194.1 L.Co.

Sexto.- Por escrito de 28.6.2016 de la Procuradora Señora Rodríguez-Curiel Espinosa en representación de AURANTIA 2003, S.L. se contestó a la demanda en el sentido de oponerse a la misma en base a los hechos y alegaciones que constan en autos, acompañando la documental unida.

Séptimo.- Por Providencia de 18.7.2016 de conformidad con el art. 194.4 L.Co. se acordó la resolución del incidente sin necesidad de vista, no siendo recurrida dicha Resolución que devino firme.

#### Fundamentos de Derecho

Primero.- Jurisdicción, competencia y procedimiento.

La competencia objetiva y territorial para conocer de la presente causa corresponde a este Juzgado según lo dispuesto en la D.A.4, apdo. 5 L.Co. en relación con el art. 10 y concordantes L.Co.

Segundo.- Antecedentes relevantes.

A.- Si el objeto de la impugnación es el acuerdo en los extremos que extienden sus efectos a disidentes, es preciso dejar constancia de los elementos esenciales del negocio jurídico alcanzado entre el deudor y la mayoría de sus acreedores.

B.- Consta en el F.Dcho 2º, apdo. B del Auto de n.º 509/15 de 17.12.2015 que:

"...1.- De la lectura de la escritura de 20.11.2015, otorgada en Madrid ante el Notario D. Valerio Pérez de Madrid Carreras con el n.º 2346/2015 de su protocolo, resulta que tras las negociaciones oportunas AURANTIA 2003, S.L. ha suscrito acuerdo de refinanciación con el acreedor financiero CREDIT SUISSE AG, en virtud del cual:

A.- Novar las obligaciones contenidas en los contratos para extender su vencimiento hasta un plazo máximo de 3 años y 6 meses desde la fecha de adopción del Acuerdo de Refinanciación, según lo estipulado en la Cláusula Cuarta del acuerdo de Refinanciación.

B.- Una quita de la Deuda Exigible fijada de manera objetiva y con un umbral máximo establecido en función del mínimo de Deuda Sostenible de Aurantia a la fecha de vencimiento del Acuerdo de Refinanciación, todo según los términos del Acuerdo de Refinanciación y sujeta a determinadas condiciones objetivas establecidas en la cláusula 11.9 del Acuerdo de Refinanciación, a cuyo contenido expresamente nos remitimos.

C.- Como efecto accesorio de los dos anteriores apartados, ha resultado necesario adaptar las cláusulas de amortización anticipada y modificar los tipos de interés de los contratos, en los términos que determina el Acuerdo de Refinanciación..."

"...1 bis.- Los efectos -en extracto- que se pretende extender y acreedores disidentes son:

A. El plazo de espera que se establece en la Cláusula 4 del Acuerdo de Refinanciación;

B. La modificación de los nuevos tipos de interés descritos en la Cláusula 10 del Acuerdo de Refinanciación.

C. La adaptación de las cláusulas de amortización anticipada que les apliquen a lo previsto en la Cláusula 11 del Acuerdo de Refinanciación, de tal forma que cada vez que se amortice la Deuda Afectada Exigible de manera anticipada y proporcional entre la totalidad de las Entidades Financiadoras, la Entidad No participante perciba una cantidad proporcional a dicho pago;

D. La Quita de parte de la Deuda Afectada Exigible, en los términos y condiciones previstos en la Cláusula 11.9 del Acuerdo de Refinanciación; y

E. La paralización de las ejecuciones singulares que en su caso hubieran sido iniciadas o fueran a iniciarse por la Entidades No Participantes..."

Tercero.- Posición de las partes.

A.- Se alza e impugna la Entidad pública el acuerdo homologado sosteniendo -en esencia- que entre los efectos de dicho acuerdo y su homologación con extensión de efectos a disidentes -entre los que se encuentra la demandante- aparece la paralización de la ejecución notarial de prenda sobre acciones titularidad de la demandada, iniciada por la Entidad demandante ante el Notario de Sevilla Don Javier Féas Costillá mediante escritura de 23.10.2015, lo que supone un sacrificio desproporcionado al no poder continuar con la ejecución despachada y suspendida.

B.- Frente a ello la deudora demandada viene a sostener -en esencia- que la paralización de ejecuciones no conforma los términos del acuerdo, no despliega efectos a disidentes y se configura legalmente como un efecto de la solicitud de homologación, no derivado de la decisión judicial de homologación impugnada.

Cuarto.- La paralización de ejecuciones en la D.A.4 L.Co.

A.- Dispone el apartado 5 de la D.A.4 L.Co., dedicado a los aspectos procesales de la homologación de acuerdos de refinanciación, tras fijar competencia y presupuestos formales y materiales de la solicitud, que "...El juez, examinada la solicitud de homologación, dictará providencia admitiéndola a trámite y declarará la paralización de las ejecuciones singulares hasta que se acuerde la homologación..."

En parecidos términos y en referencia al momento de la comunicación de negociaciones previas, el art. 5.bis.1 L.Co. señala que "...1. El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71.bis.1 y en la Disposición adicional cuarta...", afirmando el apartado 4 de igual precepto que "...4.- Desde la presentación de la comunicación no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, hasta que se produzca alguna de las siguientes circunstancias...", siendo relevante a los efectos que nos ocupan "...b) se dicte providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación judicial de acuerdo de refinanciación..."

B.- La paralización de ejecuciones, tanto provisoria o inicial como definitiva, fue introducida en el ámbito de la homologación de acuerdos de refinanciación de la D.A.4 por Ley 38/2011, fijando una doble posibilidad o facultad:

(i) que el deudor solicitante de la homologación pidiera en su escrito inicial la

paralización de ejecuciones singulares -sin distinguir entre reales o personales, lo que generó intensa discusión doctrinal dada la redacción del apartado 1-, de tal modo que identificadas las mismas era el Decreto del Secretario el que acordaba o rechazaba dicha suspensión por plazo máximo de un mes;

y (ii) que el deudor incluyera como contenido del acuerdo negocial la paralización definitiva de ejecuciones, de tal modo que por el efecto expansivo de la homologación tales paralizaciones podían extenderse a disidentes con el límite temporal de la espera y, en todo caso, no más de 3 años.

De tal régimen jurídico resulta una esencial conclusión, cual es la distinta naturaleza jurídica de los presupuestos para un mismo efecto procesal -cual es la paralización de ejecuciones singulares-, pues mientras la unida a la solicitud encuentra su justificación en la conservación -evitando la disgregación- del patrimonio del deudor constante la tramitación de la solicitud homologadora, la segunda encuentra su fundamento en el acuerdo de voluntades propio del negocio jurídico novativo cuya eficacia se extiende a disidentes por efecto de una resolución judicial, si bien con los límites legalmente dispuestos.

Surge de ello una nueva conclusión, cual es que bajo dicha regulación la ponderación de la proporción en el sacrificio podía extenderse a los efectos del acuerdo sobre disidentes por causa de la paralización de sus ejecuciones singulares ya iniciadas.

C.- Frente a dicha doble posibilidad procedimental y sustantiva que la norma ponía a disposición del deudor -y de los acreedores disidentes por el cauce de la impugnación del acuerdo por imponerles un sacrificio desproporcionado-, el Real Decreto-ley 4/2014, tal como señala el Auto del Juzgado Mercantil número 1 de Madrid, de 1.3.2016[ROJ: SJM 78/2016 ha "...modificado radicalmente el régimen de los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente en tres aspectos fundamentalmente: a) se amplían las posibilidades de extender sus efectos a los acreedores financieros disidentes y ausentes, incluyendo no sólo la imposición de esperas sino también de quitas sin límite, daciones en pago y canjes de deuda por capital; b) esa extensión pasa a afectar por vez primera a los acreedores con garantía real, en función de la concurrencia de mayorías específicas de acreedores garantizados; y c) los acuerdos pasan a estar dotados del grado máximo de irrevocabilidad, independientemente de la observancia de las exigencias del artículo 71 bis LC...".

D.- Si bajo la regulación anterior el ámbito negocial admisible venía representado por la espera y en función de ello se fijaba la extensión de los efectos del acuerdo sobre las ejecuciones ya iniciadas o que pudieran iniciarse, la sustancial ampliación de los negocios jurídicos -apartado 3 de la D.A. 4- que encuentran encaje en la homologación de acuerdos determina que los efectos de los mismos sobre las ejecuciones singulares ya iniciadas o que puedan iniciarse se amplíe sobremanera.

Piénsese, por ejemplo, en que el crédito que se está ejecutando se vea sometida a esperas de hasta 10 años, quitas sin límite o convertido en capital social, en préstamo participativo o cesión de bienes en pago o para pago efectos de la espera, de tal modo que mientras en algunos supuestos el crédito ejecutado incluso se extinguirá -p.ej.: la cesión en pago, la conversión del crédito en capital o préstamo participativo, lo que exigirá la finalización de la ejecución o la reducción de su objeto-, en otros se verá sometida a novación modificativa[-p.ej.: esperas prolongadas, que determinarán la paralización de la ejecución al subsistir el crédito

en sus elementos esenciales, salvo el accidental del plazo-.

E.- Resulta de ello que frente a la expresa referencia legal a la paralización de ejecuciones singulares por efecto de la homologación del acuerdo, la actual regulación nada dice respecto a tal cuestión, dejando que sea el específico contenido negocial del acuerdo alcanzado el que despliegue sus efectos sobre tales ejecuciones singulares como consecuencia de los efectos modificativos o extintivos de los créditos afectados por el mismo; hasta el punto de que el apdo. 11 de la D.A. 4 une a la declaración judicial de incumplimiento del acuerdo [-es decir, a la rescisión e ineficacia del acuerdo novativo o modificativo de los créditos- la iniciación o reanudación de ejecuciones singulares, tanto reales como obligacionales.

Sí puede observarse un efecto del acuerdo que pese a su ineficacia por incumplimiento deviene definitivo, cual es la cancelación de los embargos que puedan asegurar aquellas ejecuciones, de tal modo que si en ejecución del acuerdo se cancelan embargos preventivos o ejecutivos adoptados en procedimientos de ejecución de deudas afectados por el acuerdo, la posterior ineficacia del acuerdo no hace renacer la traba y su preferencia de mejor derecho en cuanto bien pudo haberse iniciado ejecuciones singulares posteriores por créditos no afectados por el acuerdo y haber obtenido nuevas anotaciones de embargo.

Quinto.- El sacrificio desproporcionado.

A.- Afirmado que bajo la vigencia del actual régimen jurídico de la homologación de acuerdos de refinanciación los efectos definitivos del acuerdo sobre las ejecuciones singulares pendientes deriva del propio contenido material modificativo o novativo negocial, surge la cuestión de determinar si tal eficacia puede integrar el concepto de sacrificio desproporcionado que como motivo de impugnación reconoce la norma; debiendo dar a tal pregunta una respuesta positiva en cuanto si la novación o modificación del crédito afecta no sólo a las prestaciones que constituyen su objeto sino a las facultades de aquel derecho crediticio para su defensa, conservación y la obtención de su ejecución forzosa -es decir, el conjunto de facultades propio del titular de derechos subjetivos-, tanto unos como otros pueden integrar el juicio de proporcionalidad.

B.- Señala la Sentencia del Juzgado Mercantil número 2 de Bilbao, de 23.7.2015 -ROJ: SJM BI 155/2015- que "...es elemento nuclear determinar qué se entiende por sacrificio desproporcionado. Que en sede de refinanciación o reestructuración exista un sacrificio no se pone en duda pero qué se entienda por desproporcionado es lo que lleva a la construcción doctrinal, y jurisprudencial, de distintos modelos de solución. En todo caso, lo que parece claro es que la desproporción invita a una comparación. Como bien recogió la mencionada por todos Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona de fecha 29 de Julio de 2.014 (Grupo Petromiralles), hay diferentes perspectivas de aproximarse al concepto de sacrificio desproporcionado, la primera la referida a la situación en la que queda el acreedor disidente respecto de su propia situación patrimonial, la segunda la referida a la perspectiva de cual pudiera ser su expectativa de recuperación del crédito de no aprobarse el acuerdo, la tercera referida a la posición en la que queda el disidente respecto de los acreedores que se han adherido al acuerdo.

Si partimos de la base que un acuerdo de refinanciación supone sacrificios para todos los acreedores -adheridos o disidentes-, parece razonable entender que

la valoración de la proporción o desproporción debiera hacerse respecto de la posición que unos y otros acreedores quedan como consecuencia del acuerdo, proporción o desproporción deben ponderarse en el marco de ese acuerdo. De ahí que deba entenderse desproporcionado el sacrificio cuando se trate de forma desigual a acreedores que se encuentren en la misma situación, o cuando a acreedores de rango preferente se les impongan proporcionalmente mayores pérdidas que a los de rango inferior...".

Añade el Auto del Juzgado Mercantil número 1 de Barcelona, de 22.2.2013, que para valorar dicha desproporción puede acudir, entre otros, a "...: a) Los efectos que el acuerdo pretende producir respecto de los acreedores; b) Cómo afecta al pago de su crédito; c) La existencia de gravámenes sobre la totalidad del patrimonio realizable del deudor; d) La concesión de garantías a los acreedores afectados por el acuerdo que les asegure la recuperación de aquél...".

Por otro lado el Auto del Juzgado Mercantil n.º 1 de Jaén, de 7.2.2012 afirma que "...Considero que para ello habrá de tenerse en cuenta:

-Contenido del acuerdo si establece plazos de espera o de quita desmesurados. Sin entrar a analizar la viabilidad del plan pues ya ha sido objeto de examen por el experto independiente.

-Ejecuciones que pueden verse suspendidas a consecuencia de la homologación del acuerdo.

-Existencia de pactos discriminatorios para los no firmantes u oponentes. En todo caso, el sacrificio debe ser desproporcionado, esto es, se entiende que perjuicio van a sufrir todos los acreedores pero sólo aquél que deba repudiarse por excesivamente perjudicial dará lugar a la no aprobación del acuerdo.

-Adhesiones al acuerdo, en el sentido de que un mayor número de acreedores suscribientes del acuerdo será indicio de ausencia de perjuicio para la generalidad de los acreedores...".

C.- Haciendo aplicación de tal doctrina a la presente impugnación resulta que el demandante no pone en cuestión la proporcionalidad de las esperas, la modificación de los tipos de interés remuneratorios o las bases de principal sobre los que recaen ni los efectos sobre los créditos de las cláusulas de amortización anticipada -estos son y no otros los contenidos obligacionales del acuerdo homologado-, sino que centra la desproporción del acuerdo en el efecto que éste produce sobre la ejecución notarial de prenda de depósito de valores iniciada el 23.10.2015 ante un Notario de Sevilla y que se encuentra paralizada.

D.- En materia de ejecuciones resulta del acuerdo de refinanciación:

(i) que uno de los expresos efectos del acuerdo alcanzado y homologado respecto a disidentes es la paralización de ejecuciones singulares que estuvieran iniciadas o que fueran a iniciarse por entidades que no participaron en el acuerdo o votaron en contra (pág. 8 de 64, cláusula 6.2.1.);

(ii) que las deudas afectadas por el acuerdo se divide en deuda reconocida y definitiva [anexo III] y deuda contingente [anexo IV], encontrándose la deuda de la demandante GADIR/IDEA/BANCAJA dentro de la contingente vencida no reclamada ni reconocida;



(iii) que tanto una como otra categoría de deudas quedan afectas a una espera de 3 años, prorrogables por otros meses; espera que extiende sus efectos a todos los acreedores por igual;

(iv) que en el Anexo 14.1.5 del acuerdo consta la existencia de numerosos procesos judiciales de ejecución singular ya iniciados contra la deudora a solicitud de las entidades financieras firmantes del acuerdo; todos los cuales se van a ver afectados por tal espera;

(v) que dicha espera se ve remunerada no sólo mediante un creciente tipo de interés ordinario, sino además mediante la capitalización de los intereses no abonados derivados de la anterior refinanciación;

(vi) que la deudora pacta con sus acreedores una ordenada desinversión y realización de activos designados para con su importe realizar un pago parcial, proporcional y ordenado a los acreedores fijado en el propio acuerdo, atendiendo al nivel de caja pactado; de lo que resulta que la paralización de ejecuciones en base a la deuda afectada tiene por finalidad asegurar la igualdad de trato de todos los acreedores financieros, evitando que la disgregación del patrimonio por ejecuciones singulares [como pretende la demandante] provoque la finalización de la actividad empresarial y la liquidación apresurada y antieconómica de los bienes y derechos de la deudora;

(vii) que las partes pactan una eventual, futura y automática quita de una pequeña parte de los créditos afectados por el acuerdo, en cuanto se exige la ejecución de dichas desinversiones y venta de activos, así como la amortización anticipada de un importe fijado contractualmente.

E.- Resulta de tal contenido negocial que la paralización de la ejecución real iniciada por la Entidad Pública demandante se presenta como una consecuencia del efecto obligacional modificativo del contenido económico del crédito y de las facultades de defensa y reclamación, idénticas a las soportadas por otras entidades acreedoras con procesos de ejecución judicial singular ya iniciados.

Por otro lado, tal modificación obligacional sobre el derecho de ejecución separada sólo se ve afectado por una razonable espera y una eventual y mínima quita, lo que excluye la desproporción al conservar la demandante su derecho real pignoraticio a resultados de lo que acaezca en el cumplimiento del acuerdo de refinanciación.

Por último no acredita la demandante la presencia en el acuerdo de refinanciación de circunstancias objetivas que permitan sostener que la finalidad del acuerdo era perjudicar la ejecución singular por ella iniciada, que otras ejecuciones singulares gozan según el acuerdo de un trato especial o significado, o que por causa de la paralización el derecho de garantía [-por ejemplo mediante la reducción sustancial del valor de las acciones dadas en garantía-] su crédito podría perjudicarse frente a otros acreedores con garantías más sólidas.

Procede, por todo ello, desestimar la demanda formulada.

Sexto.- Costas.

En materia de costas, conforme a lo previsto en el art. 394 y concordantes de L.E.C. en relación con el artículo 196 de la LC, no procede hacer imposición de las costas al concurrir serias dudas de Derecho, dada la ausencia de una doctrina

reiterada sobre las cuestiones planteadas derivada de una constante y profunda modificación legislativa.

Vistos los preceptos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

Fallo

Que desestimando la demanda formulada a instancia de la entidad AGENCIA DE INNOVACIÓN Y DESARROLLO DE ANDALUCÍA, representada por la Procuradora Sra. Delgado Cid y asistida del Letrado desconocido y no identificado; contra la mercantil AURANTIA 2003, S.L., de impugnación de la homologación de acuerdo de refinanciación acordada por Auto número 509/15 de 17.12.2015, aclarado por Auto 26.1.2016; debo ratificar la homologación acordada, la cual desplegará todos sus efectos desde el siguiente a la publicación de la sentencia en el B.O.E., ordenando la publicación de la misma en iguales medios que la resolución de homologación; a cuyo fin se entregará al Procurador del instante los mandamientos y oficios oportunos; sin hacer imposición de las costas..."

Madrid, 27 de septiembre de 2016.- Letrado de la Administración de Justicia.

ID: A160070729-1