



Roj: **SAP PO 27/2024 - ECLI:ES:APPO:2024:27**

Id Cendoj: **36038370012024100003**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **08/03/2024**

Nº de Recurso: **716/2023**

Nº de Resolución: **125/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00125/2024

Modelo: N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

-

Teléfono: 986805108 **Fax:** 986803962

Correo electrónico: seccion1.ap.pontevedra@xustiza.gal

Equipo/usuario: PG

N.I.G. 36038 47 1 2020 0000493

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000716 /2023

Juzgado de procedencia: XDO. DO MERCANTIL N. 1 de PONTEVEDRA

Procedimiento de origen: S3A SECCION III MASA ACTIVA 0000270 /2020

Recurrente: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA

Procurador: MARIA JESUS GOMEZ MOLINS

Abogado: CARLES VENDRELL CERVANTES

Recurrido: ADMINISTRACION CONCURSAL (RATIO LEGIS CONCURSAL SLP), ALMACENES CELSO MIGUEZ SA

Procurador: ,

Abogado: JULIO RAFAEL FERNANDEZ MAESTRE,

SENTENCIA Nº 125/24

Ilmos Magistrados-Jueces Sres/as.:

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D. **JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ**

En PONTEVEDRA, a ocho de marzo de dos mil veinticuatro

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de I 72-4 (SECCION III MASA ACTIVA) 0000270 /2020-4, procedentes del XDO. DO MERCANTIL N. 1 de PONTEVEDRA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000716 /2023, en



los que aparece como parte **APELANTE**, BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. MARIA JESUS GOMEZ MOLINS, asistido por el Abogado D. CARLES VENDRELL CERVANTES, y como parte **APELADA**, ADMINISTRACION CONCURSAL (RATIO LEGIS CONCURSAL SLP), asistido por el Abogado D. JULIO RAFAEL FERNANDEZ MAESTRE y ALMACENES CELSO MIGUEZ SA, sin representación procesal en esta instancia siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. **JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Lo Mercantil núm.1 de Pontevedra, con fecha 03/07/23, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Se ESTIMA la demanda incidental presentada por la AC contra la concursada Almacenes Celso Míguez, S.A., y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., y se acuerda la RESCISIÓN y la total INEFICACIA de los pagos, abonos, amortizaciones o cancelaciones de posiciones deudoras realizados por la concursada a favor de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., que siguen:

- A) El que, por importe de 148.138,97 euros, fue destinado a cancelar el saldo acreedor de la póliza de crédito NUM000 .
- B) El que, por importe de 2.130,85 euros, fue destinado a abonar los intereses acreedores de la misma póliza de crédito.
- C) Los que, por importe conjunto de 47.208,92 euros, fueron destinados a satisfacer cuotas de hasta seis contratos de *leasing* y tres contratos de préstamo.

En consecuencia, se CONDENA a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., a la restitución de los **197.478,74 EUROS** percibidos en virtud de los referidos pagos, abonos, amortizaciones o cancelaciones de posiciones deudoras, más el interés devengado, calculado conforme a lo señalado en el Fundamento Jurídico Cuarto.

Correlativamente, se reconocerá en el concurso a favor de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., un crédito subordinado por importe de 197.478,74 euros.

Se CONDENA a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., al pago de las costas del incidente."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, elevándose las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Introducción

1. El proceso versa sobre el ejercicio de una acción de reintegración por parte del administrador concursal (AC) de Almacenes Celso Míguez, S.A., de determinados pagos realizados por la deudora a una entidad financiera, cuando ya se encontraba en situación de insolvencia, en el período de retroacción legal. La peculiaridad del supuesto radica fundamentalmente en que los pagos fueron realizados con ingresos procedentes de operaciones financieras concedidas con el aval del ICO, en el marco previsto por el art. 29 del RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo.

2. Según la demanda, tras un proceso negociador dirigido por BBVA, las partes acordaron la concesión por parte de la entidad financiera de dos operaciones de activo: a) una póliza de crédito en cuenta corriente a interés variable por el importe máximo de 153.000 euros, (formalizada en póliza intervenida notarialmente el 27.5.2020); y b) una póliza de préstamo a tipo fijo, por importe de 56.000 euros, también intervenida por notario en la misma fecha. Ambas operaciones se condicionaron al otorgamiento de los correspondientes avales del ICO, al amparo del citado precepto y del acuerdo del Consejo de ministros de 24.3.2020, que fueron finalmente obtenidos por el 80% de sus respectivos importes.

3. De forma simultánea, conforme a lo pactado, el cliente dio instrucción al banco para que, en unidad de acto, con el importe dispuesto en la póliza de crédito con interés variable: a) cancelara el saldo deudor de una cuenta de crédito preexistente, (la terminada en NUM003 , la " *póliza antigua*"), por importe de 148.138,97 euros; y b) cancelara la deuda por intereses devengados en dicha cuenta, por importe de 2.130,85 euros. Por tanto, de la suma dispuesta de la nueva financiación se canceló deuda antigua, por principal e intereses vencidos, en la suma total de 150.269,82 euros.



4. Del mismo modo, el importe ingresado con base en la póliza de préstamo a tipo fijo, concedida con el aval del ICO por importe de 56.000 euros, fue destinado al pago de otras posiciones acreedoras del Banco, por cuotas de leasing y de préstamo vencidas, por importe de 47.208,92 euros.

5. En el relato de la demanda, todos estos pagos, realizados en la misma fecha, (29.5.2020), tuvieron lugar cuando Almacenes Celso Míguez se encontraba en situación de insolvencia, circunstancia conocida por el banco. De esta manera, en la tesis de la demanda, la entidad financiera aprovechó el sistema de garantías públicas creado por la legislación de emergencia, y en lugar de financiar a la empresa facilitando la entrada de dinero nuevo, procedió a cancelar deuda preexistente, abocando a la deudora al concurso. Esta operativa vulneró el principio de la *par condicio creditorum*, anteponiendo el banco el cobro de sus créditos, que, en el concurso, (declarado el 14.12.2020), se hubieran calificado como de ordinarios, al tiempo que se defraudaban los fines de la normativa especial, con perjuicio para la entidad pública avalista.

6. Finalmente, en cuanto a los efectos de la rescisión, la demanda del AC solicitaba la condena al banco a la restitución del numerario dispuesto, con reconocimiento en el concurso de un crédito subordinado, dada la concurrencia de mala fe en la entidad crediticia.

7. La concursada se allanó a la demanda. BBVA presentó escrito de contestación. En esencia, el banco sostenía que la financiación se adecuó a las previsiones legales, y que las operaciones se realizaron en el marco más amplio de la refinanciación de la deuda ante las dificultades financieras que atravesaba la deudora, lo que le permitía liberar tesorería cancelando la deuda ya vencida. Según la contestación, esta operación resultaba conforme con la normativa COVID, y fue realizada a instancia del cliente, que solicitó financiación para hacer frente a las obligaciones mantenidas con diversas entidades bancarias y así mantener su actividad profesional. El banco sostenía que las operaciones no causaban perjuicio alguno a la masa activa, y ponía de manifiesto la imposibilidad de pretender la rescisión de los pagos destinados a la cancelación de las pólizas sin que se reactivaran aquellas operaciones, generándose más deuda.

8. En el acto de la vista se oyó en declaración al gerente de la concursada y a una empleada de la demandada, que desempeñaba la función de gestión de riesgos de clientes en dificultades.

La sentencia de primera instancia.

9. La sentencia estimó íntegramente la demanda. Tras hacer un extenso resumen de las posiciones de las partes, la sentencia concreta el objeto de la acción en la retroacción de los pagos realizados por la deudora al banco para cancelar deuda preexistente, procedentes de las dos operaciones de financiación obtenidas con la cobertura de los avales ICO, conforme al art. 29 del RDL 8/2020. Tales actos de pago, que la sentencia califica de unilaterales, no pueden entenderse como ordinarios de la actividad del deudor, fundamentalmente por razón de que éste se encontraba en situación de insolvencia, lo que era conocido por el banco.

10. El núcleo del razonamiento judicial se contiene en el fundamento jurídico tercero de la sentencia. En primer lugar, la sentencia declara probado que el banco concedió a la deudora, el 27.5.2020, -con las condiciones para obtener el aval del ICO-, una línea de crédito por importe máximo de 153.000 euros, y un préstamo por 56.000 euros. En la misma fecha se canceló, contra la póliza de crédito nueva, el saldo deudor y los intereses de la póliza de crédito antigua, ya vencida, por importe de 148.138,97 euros de principal y 2.130,85 euros por intereses. Dos días después, el 29.5.2020, se cancelaron, -esta vez con cargo a la póliza de préstamo-, cuotas vencidas de contratos de leasing y otros préstamos otorgados por el mismo acreedor. Según la sentencia, estas operaciones se realizaron cuando la deudora se encontraba en situación de insolvencia. Según el juez, a finales de mayo la sociedad estaba en insolvencia actual, tal como se habría acreditado en un previo proceso de retroacción, según sentencia de esta sección 6/2023.

11. Seguidamente la sentencia delimita el marco jurídico aplicable a la acción rescisoria, consistente en la norma general del art. 226, al no entrar en juego ninguna presunción de perjuicio. A continuación, con el apoyo de la cita de la STS 170/2021, el juez sostiene la posibilidad de rescindir, por perjudiciales para la masa, los actos de pago de deuda vencida, en función de la concurrencia de "*circunstancias excepcionales*", entre las que destaca que el pago se hubiera realizado por el deudor en situación de insolvencia. En el caso, el acreedor se hizo pago inmediato de la deuda preexistente, cuando conocía la situación de insolvencia, lo que postergó al resto de acreedores. Seguidamente el juez detalla una serie de circunstancias "*agravantes*", que demuestran la mala fe del banco, y que determinan la estimación de la demanda, así: a) la posición de dominio o control en la negociación, que fue preordenada a obtener la línea de avales ICO para cancelar las posiciones deudoras del cliente; y b) la vulneración de los fines de la normativa de emergencia; sigue una particular interpretación del término *pari passu*, - utilizado en el acuerdo del CM de 25.3.2020-, que el juez interpreta como la exigencia de que los beneficiarios de los avales respetaran la igualdad de trato de otros acreedores; según la sentencia, la finalidad de la línea de avales públicos era garantizar la concesión de financiación a las empresas para que atendieran sus obligaciones corrientes y mantuvieran la actividad, de manera que utilizar la financiación



avalada para extinguir deuda preexistente suponía defraudar los objetivos de la normativa de emergencia, tanto más cuanto que BBVA no volvió a conceder financiación a la deudora.

12. Estimada la pretensión de reintegración, la sentencia declara la ineficacia de los " *actos de pago, abono o cancelación de posiciones deudoras impugnados*", condenando al banco a restituir los importes percibidos, con intereses, con inclusión en el concurso de los créditos resultantes a su favor con la condición de subordinados, al apreciar mala fe en el demandado, con condena en costas.

Recurso de apelación formulado por la representación de BBVA.

13. El banco solicita la íntegra revocación de la sentencia. En esencia, la pretensión se basa en el error cometido por el juez al haber centrado el pronunciamiento rescisorio en unos actos unilaterales de pago, en lugar de haber analizado la operación en su conjunto, que estaba destinada a conseguir que la deudora obtuviera mayor financiación y liquidez, permitiéndole cancelar la deuda preexistente, al tiempo que se le concedía nueva financiación. El recurso insiste en que la iniciativa para obtener la financiación partió de la deudora, ante el vencimiento de la póliza de crédito el día 26 de marzo. El recurrente reitera el argumento de que la renovación y ampliación de las líneas de financiación fue beneficiosa para la deudora, tal como se venía acordando entre las dos partes, en el marco de una negociación global de la deudora con otras entidades financieras y acreedores públicos.

14. El banco precisa que el día 27.5.2020 se concertaron en unidad de acto tres operaciones: la línea de crédito y el préstamo empresarial, y una póliza de cobertura para la negociación de efectos con el límite de 50.000 euros; del mismo modo se insiste en que ambas partes acordaron que el destino de la nueva financiación fuera la cancelación de la póliza ya vencida y exigible, además de la aportación de 11.500 euros de dinero nuevo. La recurrente afirma que las operaciones de financiación pueden entenderse como actos exentos de rescisión, por tratarse de operaciones ordinarias de la actividad y, en todo caso, de no haberse cancelado la deuda preexistente, la financiación no hubiera sido concedida.

15. Como segundo motivo del recurso, el banco sostiene que la financiación concedida respetó escrupulosamente los fines de la normativa reguladora de las líneas de avales ICO, (pese a que dicha entidad ha comunicado la anulación de los avales, fundada en el éxito en la instancia de la rescisión), que se permitió al deudor una significativa ampliación del crédito disponible, y se insiste en la errónea interpretación de las condiciones de los avales ICO por el juez de instancia que, en todo caso, resultaría irrelevante para juzgar sobre la acción rescisoria.

16. Como motivo cuarto el recurso argumenta sobre la inexistencia de perjuicio para la masa, porque ni los pagos realizados se realizaron con el deudor en situación de insolvencia, ni conllevaron una alteración de la regla de la *par condicio*. El recurso contextualiza la situación de la deudora en el marco de las medidas de emergencia adoptadas en la pandemia y concluye que cuando se realizaron las operaciones no concurría una situación de insolvencia actual. Finalmente, con carácter subsidiario, el recurso sostiene la inexistencia de mala fe.

Valoración de la Sala.

17. Los hechos probados por la sentencia de instancia no se discuten en sus aspectos esenciales. Se trata de lo siguiente:

a) el día 27.5.2020 BBVA y Almacenes Celso Míguez, S.A. formalizaron, con intervención notarial, una póliza de crédito en cuenta corriente con interés variable por importe límite de 153.000 euros, instrumentada mediante cuanta corriente de crédito NUM001, con vencimiento el 29.5.2023. Dicha operación contó con el aval del ICO en las condiciones previstas en el art. 29 del RD-ley 8/2020, garantizándose el 80% de su importe.

b) en la misma fecha, las mismas partes concertaron una póliza de préstamo empresarial, a tipo fijo, por importe de 56.000 euros, con vencimiento el 27.5.2025, que fueron abonados en la cuenta NUM002. La operación también fue formalizada en el marco de la normativa ICO COVID, con idéntico aval de la entidad pública.

c) en ejecución de lo previamente convenido por las partes, el día 29.5.2020, el cliente dispuso y traspasó, con cargo a la cuenta de apertura de crédito nueva, las sumas de 148.128,97 euros y de 2.130,85 euros, que fueron destinadas a cancelar las posiciones vencidas de la póliza de crédito antigua, (vencida a finales de marzo de 2020), por principal e intereses, respectivamente; cancelándose así la cuenta de crédito NUM003. El mismo día se dispusieron 47.208,92 euros de la póliza de préstamo, que fueron destinados a pagar cuotas vencidas de operaciones de leasing adeudadas a la prestamista, así como cuotas vencidas de otros préstamos con la entidad.



d) La situación financiera y patrimonial de la deudora, al menos desde noviembre de 2020, era muy delicada, y la sociedad presentaba pérdidas acumuladas por importe muy elevado. En marzo de 2020 la deudora había presentado una solicitud de ERTE de 80 de los 90 trabajadores con que contaba en plantilla. La sociedad Almacenes Celso Míguez S.A. presentó solicitud de concurso voluntario el 4.12.2020.

18. Como se ha expuesto, el AC demandante pretende la rescisión, al amparo de la cláusula general del art. 226 TRLC, (por tanto, con la carga de la prueba del perjuicio ex art. 229), de los actos de disposición unilateral de las sumas destinadas a la extinción de las deudas preexistentes, (los pagos por importes de 150.269,92 euros destinados a la cancelación de la póliza de crédito antigua, y el pago de 47.208,92 euros, destinados a cancelar otras posiciones deudoras). Se sostiene que el pago se realizó en perjuicio de la concursada, (*rectius*: del resto de acreedores, de la *par conditio*), y del propio ente público garante, al infringirse la normativa sectorial. El argumento esencial en el que descansa la tesis de la demanda, -asumido en la sentencia-, es que el perjuicio patrimonial rescisorio consistió en la vulneración del principio de igualdad de trato del resto de acreedores, al forzar la demandada un pago en situación de insolvencia, colocándose así en una posición de privilegio frente al resto de acreedores concurrentes. La Sala va a discrepar de esta línea de razonamiento.

19. La normativa concursal, -desde su origen-, declara el carácter rescindible de las operaciones que supongan la salida de bienes y derechos de la masa realizadas en el concreto período temporal de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, sobre la base del criterio general de la existencia de un perjuicio para la masa activa, con independencia, en principio, de todo elemento subjetivo relativo al carácter fraudulento del acto impugnado. La prueba del requisito esencial del "*perjuicio para la masa activa*" se facilita, como de sobra es sabido, con un juego de presunciones de carácter *iuris et de iure* y *iuris tantum*, que no están en juego en el proceso, (arts. 226 y ss. del actual TRLC).

20. Para apreciar la existencia del perjuicio para la masa activa solemos repetir, en línea con la doctrina y jurisprudencia mercantiles mayoritarias, que resulta imprescindible proceder al análisis de las concretas circunstancias de cada caso, con la mayor variedad y precisión, para poder integrar la hipótesis normativa. Cuando se trata de enjuiciar un concreto acto bajo la perspectiva de la reintegración concursal, ha de situarse el objeto del proceso en su contexto económico-jurídico, atendiendo al momento en el que el acto objeto de examen fue realizado, en atención a las circunstancias entonces concurrentes, y no con relación al momento de ejercicio de la acción o de la declaración de concurso, evitándose así un inconveniente sesgo retrospectivo. También resulta necesario contemplar la operación enjuiciada en su globalidad, sin seleccionar aspectos concretos que impidan conocer el contexto económico jurídico de la realidad analizada, (tal como, por ejemplo, exige el art. 228 al permitir la prueba en contrario en el caso de actos de constitución de garantías reales en favor de nuevas obligaciones contraídas en sustitución de otras preexistentes).

21. Es también de sobra sabido, tras más de veinte años de intensa aplicación de la normativa concursal, -y de sus sucesivas reformas-, que una de las mayores polémicas surgidas en torno a la interpretación del concepto del "*perjuicio patrimonial*" pasa por dilucidar si dicho perjuicio exige siempre una disminución del patrimonio del deudor, -de suerte que, llegado el concurso, su valor sería otro de no haberse realizado el acto rescindible-, o si por perjuicio se entienden también aquellos actos realizados por el deudor perjudiciales para el trato igualitario de sus acreedores, como defiende la demanda presentada por la administración del concurso. En este sentido entendemos, en conclusión que la reciente jurisprudencia del TS permite considerar confirmada, que el concepto inicial y amplio de perjuicio con que se interpretaron las normas en los comienzos de la entrada en funcionamiento de la justicia mercantil especializada, se ha visto reformulado, dando entrada a conceptos como el del *sacrificio patrimonial injustificado* (que inició la SAP de Barcelona, sección 15ª, de 6.2.2009, sobre la base de anteriores pronunciamientos del TS, y que fue seguido en numerosas resoluciones provinciales, y luego fue confirmado por las sentencias del TS de 12.4.2012, 8.11.2012, 10.3.2015, entre otras muchas). Por tanto, lo esencial para identificar el perjuicio rescisorio es determinar si el acto atacado por la acción de rescisión fue perjudicial para la masa y si tal perjuicio, en las singulares condiciones en que se produjo, resultó injustificado. Esta primera reflexión permitirá analizar la conducta imputada en la demanda del AC en el contexto en el que se produjo, que puede conocerse a partir de la pluralidad de documentos aportados con la demanda, de las manifestaciones de los dos testigos que declararon en la vista del juicio, y desde el conocimiento, como hecho notorio, de las dificultades que atravesaron las empresas con motivo de las medidas de contención sanitaria adoptadas por la pandemia.

22. De otra parte, como hemos señalado, son objeto de la acción rescisoria "*actos unilaterales de pago*". Se trata de pagos realizados con cargo a los ingresos obtenidos por nuevas operaciones de financiación concedidas por el acreedor, que fueron mayoritariamente destinados a extinguir posiciones deudoras preexistentes de diverso origen, (una póliza de crédito, cuotas de leasing, y cuotas de préstamos), todas ellas vencidas y exigibles. Desde el punto de vista rescisorio, los actos de pago no causan perjuicio para la masa activa, porque correlativamente a la salida de activo, reducen el pasivo por el mismo importe. Surge entonces



el problema de considerar si, al realizarse estos pagos en la vecindad del concurso, (en insolvencia actual o inminente), el concepto de perjuicio rescisorio debe ensancharse, para comprender también el perjuicio causado a la masa pasiva, pues el acreedor se cobra anticipadamente con una cuota mayor de la que le correspondería en el inminente concurso, con perjuicio del resto de acreedores.

23. Este problema, como recuerdan las partes, ha sido abordado en numerosas ocasiones por la doctrina y por la jurisprudencia. Resume el estado de la cuestión la STS 170/2021, de 25 de marzo, que invoca la sentencia recurrida. Con cita de otros precedentes, dicha resolución recuerda que un pago de deuda vencida y exigible es neutro para la masa activa, pero que *circunstancias excepcionales* pueden justificar su rescisión cuando, realizados los pagos en la proximidad de la solicitud del concurso, atendidas la naturaleza del crédito y las circunstancias personales del acreedor, el pago pueda entenderse perjudicial para el trato igualitario de los acreedores. La sentencia recuerda la STS 629/2012, de 26 de octubre, que consideró rescindible un pago realizado por el deudor en situación de insolvencia "y por ello hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido". Otras sentencias han contemplado situaciones similares, como es conocido, y han rescindido pagos debidos, pero siempre con apreciación de circunstancias extraordinarias que justificaron cada decisión, (por ejemplo, la STS 487/2013, o la repetida STS 170/2021).

24. Esta doble exigencia de contemplar todas las circunstancias del caso, -por la necesidad de analizar la operación en su conjunto, y por la necesidad de apreciar la posible existencia de circunstancias extraordinarias para apreciar perjudicial un pago debido-, nos va a llevar en el caso a estimar el recurso y a revocar la tesis de la sentencia: los pagos no pudieron entenderse perjudiciales para la masa activa. Así lo razonaremos a continuación.

25. La concesión de financiación al deudor se produjo en las peculiares circunstancias creadas por la crisis de la pandemia. Estas circunstancias son sobradamente conocidas, pero su particular incidencia en la actividad de la empresa deudora se expresaba con claridad en el correo remitido por la deudora al BBVA el día 3.4.2020, (documento 4 de la demanda), en el que se justificaba la decisión de buscar financiación adicional por las tensiones de liquidez debidas a dichas circunstancias extraordinarias. En dicho documento se manifestaba también la voluntad de acogerse a la denominada financiación COVID, avalada por el Estado por medio del ICO. La declaración del gerente en el acto de la vista fue muy ilustrativa sobre este extremo.

26. A lo largo del litigio, tanto las partes como la sentencia recurrida han incidido en las finalidades de la financiación obtenida con los avales ICO, desde el entendimiento de que el incumplimiento de los requisitos de la normativa especial reforzaría la calificación de la operación como perjudicial para la masa. Consideramos que ello no tiene que ser necesariamente así pues, como con acierto sostiene la recurrente, las posibles infracciones de las reglas establecidas para la concesión de los avales públicos es *res inter alios* para el deudor, y en su caso daría lugar a su correspondiente fiscalización por la entidad pública. En el caso, la propia apelante ha informado, -como hecho nuevo-, de que el ICO comunicó el 14.7.2023 la anulación de los avales a las dos operaciones enjuiciadas. Sin embargo, la justificación de la decisión del ente público hace que este hecho no resulte relevante en este proceso, pues aquélla se ha basado exclusivamente en el dictado de la sentencia objeto de recurso, (vid. comunicación, documento 2 del recurso de apelación). De igual forma, el entendimiento incorrecto en la sentencia del requisito *pari passu* de los avales, que opera entre la parte avalada y no avalada del crédito, tampoco resulta relevante para resolver la cuestión. Por esta razón no alargaremos innecesariamente la argumentación con el análisis de una problemática extravagante.

27. La consideración del contexto en el que se realizaron las operaciones atacadas por la demanda es lo que justifica la decisión de su desestimación. Efectivamente, si se pone el foco de atención en dos actos de pago de deuda vencida en una situación de confesada dificultad de tesorería, con una situación contable, -sin duda conocida por el banco-, acreditativa de las dificultades financieras, podría justificarse la afirmación de la presencia de las *circunstancias excepcionales* para que el acto de pago debido pudiera entenderse rescindible, desde la perspectiva de la doctrina jurisprudencial. Ello es coherente con la pretensión del AC de que se retrotraigan a la masa los pagos y, al mismo tiempo, que se mantenga la financiación ICO, lo que implícitamente supone asumir que dicha financiación se hubiera concedido en todo caso, fuera de este contexto particular, lo que no nos parece evidente, vistas las circunstancias.

28. En cuanto a la realización de las operaciones en la proximidad de la insolvencia, debe hacerse notar que el concurso voluntario no se solicitó hasta diciembre, -más de seis meses después-, lo que debilita la tesis actora; la solicitud, además, se produjo en un contexto normativo que excepcionaba el deber legal de presentar concurso voluntario. No obstante, podemos conceder que la empresa daba signos de encontrarse en estado de insolvencia inminente a partir de enero o febrero de 2020, tal como expresamos en el apartado 54 de nuestra sentencia 6/2023, de 23 de enero, recaída en un incidente de reintegración promovido por el AC en el mismo concurso. Si bien en aquel caso precisábamos que se trataba de " *impagos de escasa cuantía*", aunque es cierto que sostuvimos que "...atendidas las circunstancias, era previsible que se generalizaran en los



meses siguientes, a menos que hubiera un cambio, (apertura de nuevas líneas de financiación o refinanciación en mejores condiciones) que finalmente no se produjo en la dirección esperada, sino, por efecto del Estado de Alarma, en sentido contrario..." (apartado 54 de la sentencia).

29. Pero esta circunstancia de haberse concedido la financiación en situación de probabilidad de insolvencia, o incluso de insolvencia inminente, no garantiza el éxito de la acción de reintegración. De las declaraciones de los dos testigos, y de la documentación aportada, se forma convicción sobre el hecho de que, entre las partes, -no sólo con el banco demandado, sino con todo el *pool* bancario-, existían ya conversaciones tendentes a refinanciar la deuda financiera existente, habiéndose llegado a concretar conversaciones relativas a la posibilidad de refinanciar mediante su novación la póliza de crédito antigua, con la ampliación de sus plazos de vencimiento, (declaraciones de los testigos Sr. Jose Ángel y Sra. Ruth). Sin embargo, las medidas de contención sanitaria por el estado de alarma y el forzado cierre de los establecimientos de la deudora agravaron extraordinariamente la situación, por lo que la exigencia de tesorería se hizo acuciante, abriéndose así un nuevo escenario, común para todos los operadores económicos.

30. Consta documentalmente que la empresa manifestó expresamente a la acreedora su voluntad de continuar la actividad y acogerse a las medidas aprobadas por el Gobierno para paliar los efectos económicos de la crisis sanitaria. Ello abría la posibilidad excepcional de acceder a nuevas líneas de liquidez que, sin aquellos instrumentos, con seguridad no serían concedidas, pues las posiciones deudoras con BBVA se encontraban vencidas, (la cuenta de crédito antigua venció a final de marzo de 2020; las cuotas de leasing y las amortizaciones de préstamos también), y podían, en cualquier momento, ser objeto de ejecución individual, (hecho también reconocido por el Sr. Jose Ángel). Como decimos, consta que tales negociaciones se realizaban por la deudora simultáneamente con otros acreedores financieros, (el *pool* bancario al que se refirió el testigo), que ocupaban posiciones similares a la de la demandada, contra las que se han ejercitado también acciones rescisorias con idéntico fundamento, de las que está conociendo igualmente este tribunal.

31. No podemos admitir la tesis de la sentencia de que, en esta nueva situación, la entidad acreedora debería haber concedido financiación nueva, -que, aun así, fue concedida por el importe de 11.521,26 euros-, manteniendo en el pasivo la deuda vencida, y absteniéndose de cualquier medida de ejecución singular, pues ello resulta contrario a la lógica económica del mercado, salvo que se justificaran unas perspectivas de viabilidad que los hechos desmintieron definitivamente, primero con la solicitud de concurso voluntario en un momento en el que estaba suspendida la obligación legal, y después, con la comprobación del hecho de que, actualmente, la concursada se halla en liquidación. Precisamente, lo que permitía la concesión de la financiación en la situación creada por la pandemia, era la posibilidad de acceder a la línea de avales públicos que cubrieran en su mayor parte el riesgo de un impago que ya se había actualizado en diversas operaciones, y que naturalmente habría de agravarse si persistían las medidas de contención sanitaria y los consiguientes efectos en la economía. De este modo, con la financiación obtenida, se consiguió cancelar aquellas posiciones antiguas y obtener nueva financiación, lo que evitaba el riesgo de la ejecución forzosa y permitía liberar tesorería para otras atenciones, (proveedores, trabajadores, arrendadores, acreedores públicos, por ejemplo).

32. Técnicamente, por tanto, se trataba de una operación de refinanciación, (no de una mera renegociación o renovación de deuda), pues la empresa reconocía sus dificultades financieras y resultaba urgente que los acreedores apoyaran la posibilidad de continuación de la actividad, obteniéndose una ampliación del plazo de pago, con transformación de deuda vencida en deuda a corto o medio plazo, obteniéndose además la inyección de nuevos fondos de tesorería, en un contexto en el que la normativa excepcional permitía acceder a nueva financiación y se suspendía el cumplimiento de los deberes legales, entre ellos el de solicitar la declaración del concurso, (medida que, como es sabido, se mantuvo vigente hasta el 30.6.2022). Que la sociedad, finalmente, decidiera no agotar este plazo y presentara la solicitud de concurso voluntario con anterioridad, no puede reprocharse a la entidad financiera, cuya posición en el concurso no se vio alterada, ni tampoco la de los otros acreedores, pues BBVA continuaría como titular de créditos por los importes no satisfechos de las nuevas operaciones, aunque contara, por decisión legislativa, con el aval parcial del Estado.

33. Reiteramos que el proceso negociador y las diferentes expectativas de las partes fueron relatados por el testigo Sr. Jose Ángel , y sus manifestaciones fueron en general confirmadas por la Sra. Ruth . La empresa pretendía obtener liquidez para hacer pagos y mantener la actividad, y los bancos priorizaban la cancelación de sus posiciones deudoras preexistentes. La posibilidad de obtener financiación con nuevos agentes, o a costa de acreedores comerciales, ni siquiera se ha alegado. La crisis generada por la pandemia agravó al extremo la situación, pero el propósito de las partes era el de lograr la continuación de la actividad, como confirmaron los testigos. La aprobación de las líneas de avales públicos fue lo que permitió la novación de la deuda vencida y el otorgamiento de las dos nuevas operaciones de financiación.

34. El vencimiento de obligaciones financieras era uno de los fines expresamente contemplados en el art. 29 del RD-ley 8/2028, como posible destino de la financiación avalada por el Estado. Normas posteriores, -



cfr. RD-ley 34/2020-, permitieron refinanciar y ampliar el vencimiento de los préstamos con aval público. No corresponde a la jurisdicción civil enjuiciar la corrección de las medidas legislativas en relación con los fines pretendidos. Que las medidas contribuyeron a que los bancos extinguieran deuda vencida y la sustituyeran, total o parcialmente, por deuda avalada por el Estado, fue el resultado de una opción legislativa que podrá analizarse desde múltiples puntos de vista, pero ninguno relevante para juzgar sobre la procedencia de la acción rescisoria puesta en juego en el proceso.

35. Es evidente, por tanto, que el pago de la deuda privilegiaba al banco frente a otros acreedores no profesionales que no podían acceder a la concesión de financiación garantizada; por medio de la línea de avales públicos el banco canceló deuda vencida y concedió simultáneamente nueva financiación, aliviándose la carga financiera. Y esta financiación, -que se otorgó sin gravar otros bienes del deudor y, en apariencia, en condiciones de mercado-, se concedió en el contexto de permitir el mantenimiento de la actividad ante una situación extraordinaria, que tenía que contar con el respaldo de los acreedores financieros, ante la inviabilidad de recursos alternativos; a los acreedores financieros antiguos no se les exigía en la ley asumir ningún sacrificio, en el sentido de que tuvieran que mantener sus posiciones vencidas, renunciar a la ejecución individual, y conceder al tiempo nueva financiación al deudor, para que éste eligiera en función de sus propios intereses qué créditos merecían ser satisfechos. El banco concedió una ampliación de plazo relevante, -tres y cinco años-, a medio de la cancelación de deuda preexistente, instrumentándose dicha financiación a través de la cancelación de obligaciones vencidas y exigibles, que no pasaron a situación de morosidad, refinanciándose la deuda gracias a los instrumentos excepcionales puestos en marcha por la legislación de emergencia, -pues, de otra manera, no habría habido posibilidad alguna de acceder al crédito-, y con ello se contribuía a que el deudor pudiera mantener su actividad, por lo que no se causaba perjuicio para la masa activa. De no haberse evaluado el escenario de continuación, se hubiera acudido al concurso, como aconteció meses después; pero esta decisión es responsabilidad exclusiva de los administradores de la concursada. Que la deudora contrajo la nueva financiación y extinguió la deuda antigua con cargo a ella por sus propios intereses, y que la acreedora se viera beneficiada, o acaso instigada, por la posibilidad de contar con el aval parcial del Estado, constituye una obviedad irrelevante a los fines que aquí se enjuician. Pero nada en el litigio demuestra que el banco conociera que la empresa iba a solicitar el concurso, sino que, al contrario, la financiación se concedió porque seguían generándose flujos de caja y se había apostado decididamente por la continuación de la actividad, aunque se operase en la vecindad de la insolvencia. Por ello, no identificamos en la concreta situación de hecho enjuiciada ningún perjuicio para la masa, ni la presencia de un sacrificio patrimonial injustificado. Por estas razones, el recurso se ha de ver estimado.

36. La estimación del recurso determina la no imposición de costas en la alzada. La revocación de la sentencia de instancia, sin embargo, no debe determinar la aplicación del criterio del vencimiento objetivo, al concurrir la excepción de dudas de derecho ante la ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales sobre la cuestión, las dudas doctrinales que suscita el problema jurídico planteado, y la función asumida por el AC en defensa de la masa, con el planteamiento de una acción de reintegración sólidamente fundada, aunque la tesis demandante no haya sido asumida por el Tribunal, (cfr. art. 394.1 LEC).

37. Procede la restitución del depósito.

Vistos los preceptos citados y demás de necesaria y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimamos el recurso de apelación formulado por la representación procesal de BBVA, S.A. y en su consecuencia revocamos la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pontevedra, en los autos de incidente concursal 270/2020, con íntegra desestimación de la demanda de reintegración formulada por el administrador concursal de la entidad ALMACENES CELSO MÍGUEZ, S.A., sin pronunciamiento en costas en ninguna de las dos instancias. Procédase a la restitución del depósito.

Notifíquese esta resolución en legal forma a las partes haciéndoles saber que no es susceptible de recurso ordinario, sin perjuicio de que contra ella pueda interponerse, si concurriere alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, recurso de casación, ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el plazo de VEINTE DÍAS contados desde el día siguiente al de su notificación, (vid. *Acuerdo de la Sala de Gobierno del TS de 8 de septiembre de 2023, sobre la extensión y otras condiciones extrínsecas de los escritos de recurso de casación y de oposición civiles*). Todo ello previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.