

## RIESCO ABOGADOS



LA APLICACIÓN DE LA CLAUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* PARA LA MODIFICACIÓN CAUTELAR DE UN ACUERDO DE REFINANCIACIÓN HOMOLOGADO JUDICIALMENTE COMO CONSECUENCIA DE LA PANDEMIA COVID-19 (COMENTARIO DEL AUTO DE LA SECCIÓN 1.ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE OVIEDO, DE 10 DE MAYO DE 2022) | Anuario de Derecho Concursal, 57, Septiembre-Diciembre 2022 (Thomson Reuters).

Jesús Riesco Milla  
Abogado – Socio Director de Riesco Abogados

---

**LA APLICACIÓN DE LA CLAUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* PARA LA MODIFICACIÓN CAUTELAR DE UN ACUERDO DE REFINANCIACIÓN HOMOLOGADO JUDICIALMENTE COMO CONSECUENCIA DE LA PANDEMIA COVID-19 (COMENTARIO DEL AUTO DE LA SECCIÓN 1.ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE OVIEDO, DE 10 DE MAYO DE 2022)**

**THE APPLICATION OF THE *REBUS SIC STANTIBUS* CLAUSE TO MODIFY CAUTIOUSLY REFINANCING AGREEMENT LEGALLY APPROVED (COMENTARY ON THE ORDER OF FIRST SECTION OF THE COURT OF APPEAL OF OVIEDO, FROM MAY 10TH 2022)**

SUMARIO: I. PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO. II. EL ACUERDO MARCO DE REFINANCIACIÓN. III. LA SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES ANTICIPADAS. IV. LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*, PRESUPUESTOS PARA SU APLICACIÓN. V. EL AUTO

DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL 1 DE OVIEDO. VI. EL AUTO DE LA SECCIÓN 1.<sup>a</sup> DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE OVIEDO. VII. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS* EN SITUACIONES DE INSOLVENCIA O ILIQUIDEZ DE LAS EMPRESAS EN EL CONTEXTO DE CRISIS ECONÓMICAS. VIII. LA ASIGNACIÓN DEL RIESGO EN EL ACUERDO DE REFINANCIACIÓN. IX. LA RELACIÓN CAUSA-EFECTO DE LA PANDEMIA COVID-19 EN LA SITUACIÓN FINANCIERA DE LAS ACREDITADAS. X. LAS MEDIDAS CAUTELARES SOLICITADAS: PRESUPUESTOS Y CARACTERÍSTICAS. 1. Las medidas cautelares previas a la demanda. 2. Presupuestos y características.

RESUMEN: La Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Oviedo, en su auto 83/2022, de 10 de mayo, rechaza la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* para modificar cautelarmente como consecuencia de la pandemia COVID-19 un acuerdo de refinanciación homologado judicialmente.

ABSTRACT: The order of First Section of the Court of Appeal of Oviedo, from may 10th 2022, does not apply the "rebus sic stantibus" clause in order to judicially modify interim the refinancing agreement legally approved as a consequence of the COVID-19 pandemic.

Palabras clave: Acuerdo de refinanciación; "cláusula *rebus sic stantibus*"; medidas cautelares; COVID-19.

Keywords: refinancing agreement; "rebus sic stantibus" clause; measures interim; COVID-19.

## I. EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Un grupo de sociedades (“el Grupo”) presenta una solicitud de medidas cautelares previas a la demanda para su tramitación urgente en la que solicita la modificación cautelar y hasta que se dicte sentencia en el proceso principal de un acuerdo de refinanciación firmado con varias entidades financieras, homologado judicialmente al amparo de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal<sup>1</sup>, fundando su pretendido derecho en la aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula *rebus sic stantibus*, que permite, según su planteamiento, aminorar el impacto negativo que ha tenido en su actividad, resultados económicos y liquidez la pandemia COVID-19.

La Sección 1.ª de la Audiencia Provincial, en su auto 83/2022, de 10 de mayo, confirmando el apelado, dictado por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo con fecha 17 de noviembre de 2021<sup>2</sup>, rechaza las medidas cautelares solicitadas por dos motivos:

- 1.º La aplicación de la cláusula *rebus* es subsidiaria y excepcional, existiendo en nuestro ordenamiento jurídico mecanismos legales específicos establecidos para minimizar el impacto de la pandemia COVID-19 en la liquidez de las empresas, o afrontar las situaciones de insolvencia del deudor común.
- 2.º No se puede imponer judicialmente una modificación del acuerdo de refinanciación a las entidades financieras vinculadas al mismo como consecuencia del efecto arrastre, es decir, a las disidentes y a las no participantes.

---

<sup>1</sup> Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

<sup>2</sup> Este auto ha sido objeto de un comentario de BOBOC, S., publicado en el *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 56, mayo a agosto de 2022.

La cuestión nuclear que planteamos y que el auto no analiza, es si se puede aplicar la cláusula *rebus* en situaciones de crisis económicas, financieras o epidémicas generalizadas para resolver los problemas de insolvencia o liquidez de las empresas.

Los autos dictados en primera instancia y apelación únicamente analizan la situación concreta del Grupo acreditado y de las entidades financieras, pero tanto el Juzgado *a quo* como la Audiencia Provincial consideran que los problemas de liquidez de las acreditadas deben de resolverse a través de los institutos concursales y no mediante la aplicación de la regla *rebus*, criterio que es extrapolable a cualquier empresa en situación de insolvencia inminente o actual. La cláusula *rebus*, presente en la jurisprudencia española desde hace ochenta años, si bien aplicada con carácter excepcional e interpretada con criterio muy restrictivo, ha resurgido con fuerza tras el inicio en España de la pandemia COVID-19 en el mes de marzo de 2020, como ya sucedió, aunque en menor medida, tras la crisis financiera global que tiene lugar a partir de 2008<sup>3</sup>.

El actual contexto económico (guerra de Ucrania, inflación, aumento de la prima de riesgo, subida de tipos de interés por el Banco Central Europeo, crisis energética, fin de la moratoria concursal y vencimiento de la financiación ICO), es un campo abonado para el recurso a la cláusula *rebus* por parte de empresas con problemas de solvencia o liquidez, de ahí la importancia de perfilar los contornos precisos de aplicación de esta doctrina, excepcional, subsidiaria y de interpretación restrictiva, en situaciones de crisis económicas generalizadas. No debemos de olvidar que la competitividad de un país se mide, entre otros parámetros, por su seguridad jurídica, especialmente en sectores esenciales para su desarrollo económico, como es el financiero.

---

<sup>3</sup> Desde el inicio de esta crisis, que se produce tras el estallido de la burbuja inmobiliaria en Estados Unidos en el año 2006, normas de nuestro ordenamiento jurídico vigentes, pero en el olvido, que fueron promulgadas en un contexto social y económico diferente al actual, como, por ejemplo, la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas o la Ley de 23 de julio de 1908, sobre nulidad de contratos de préstamo usurario, han sido rescatadas por nuestros tribunales con una interpretación en su aplicación mayoritariamente laxa y pro consumidor.

## II. EL ACUERDO MARCO DE REFINANCIACIÓN

Un grupo de empresas del sector de montajes eléctricos y mecánicos, en calidad de acreditadas, y ocho bancos, en calidad de acreedores, formalizaron en escritura autorizada el 22 de junio de 2017 un acuerdo de refinanciación de la deuda del grupo<sup>4</sup>, que fue homologado al amparo de la disposición adicional cuarta de la derogada Ley Concursal por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo en auto dictado el 23 de octubre de 2017.

Los efectos vinculantes del acuerdo se hicieron extensivos a cuatro entidades financieras que no lo suscribieron o que votaron en contra del mismo (disposición adicional cuarta, 4, LC, actual art. 613.2 *in fine* TRLC)<sup>5</sup>.

La refinanciación consistió en la novación modificativa y no extintiva de varias operaciones de financiación, en la reestructuración y bilateralización de un préstamo hipotecario sindicado y en la novación de las líneas de financiación de circulante y de avales técnicos. En el momento de presentarse la solicitud de medidas cautelares los únicos tramos de la refinanciación con saldos no dispuestos eran los correspondientes a circulante y avales técnicos<sup>6</sup>.

Es importante destacar que el Grupo ya había firmado con las entidades financieras un primer acuerdo de refinanciación para superar sus problemas de liquidez en el año 2011, obteniendo además del *pool* bancario en el año 2020 financiación ICO<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> 88.590.312,87 euros.

<sup>5</sup> Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

<sup>6</sup> 13.000.000 de euros.

<sup>7</sup> 8.800.000 de euros.

En los informes presentados por el Grupo a las entidades financieras a principios del año 2020 -antes de que se declarase en España el estado de alarma para gestionar la crisis ocasionada por el COVID-19<sup>8</sup>- al objeto de acreditar el cumplimiento de los *ratios* previstos en el acuerdo de refinanciación, se estimaban sus necesidades de liquidez, calificadas como “*acuciantes*” en su solicitud de medidas, en 18 millones de euros. Si tenemos en cuenta que antes del inicio de la pandemia el Grupo sólo obtuvo 8,8 millones de euros vía financiación ICO, de los cuales 2 millones de euros se aplicaron para el pago de la deuda de las entidades financieras, es necesario concluir que la pandemia pudo agravar su situación económica, pero que no es la causa de sus problemas de liquidez.

En el mes de marzo de 2021 el Grupo deja de cumplir los contratos bilaterales firmados al amparo del acuerdo de refinanciación e inicia un nuevo proceso de negociación con los bancos para su modificación, formulando varias propuestas que, con algunas variaciones, consistían en la obtención inmediata de un préstamo de 8 o 10 millones de euros (“dinero nuevo”) para financiar sus necesidades de tesorería a corto plazo hasta la entrada de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) o de un inversor que aportase fondos por importe de 28 millones de euros, si bien condicionada a la capitalización, condonación parcial y subordinación del resto de la deuda del *pool* bancario; el mantenimiento de las líneas de circulante y de avales; y la ampliación del período de carencia en la amortización del capital de los préstamos ICO firmados en 2020 en dos años y la de su plazo de vencimiento en 9 años.

En el mes de agosto de 2021, el Grupo presentó la solicitud judicial de medidas cautelares anticipadas para la modificación del acuerdo de refinanciación, poniendo fin unilateralmente a la negociación con los bancos.

---

<sup>8</sup> Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

### III. LA SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES ANTICIPADAS

Ante el incumplimiento por el Grupo de sus obligaciones de pago de las cuotas de amortización vencidas de los contratos bilaterales a partir del mes de marzo de 2021, las entidades financieras bloquearon las líneas de circulante y de avales, aplicando las cláusulas incorporadas al acuerdo de refinanciación que les facultaba para no permitir disposiciones cuando las acreditadas no estuvieran al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones de pago vencidas, evento contemplado también como causa de resolución anticipada del acuerdo.

El 18 de agosto de 2021 el Grupo presenta una solicitud de medidas cautelares anticipadas contra las entidades financieras titulares de líneas de financiación no consumidas a turno de reparto de los juzgados de primera instancia de Oviedo, correspondiendo su conocimiento al Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia n.º 8, que dictó auto con fecha 17 de septiembre de 2021, apreciando de oficio (art. 48 de la LEC<sup>9</sup>) su falta de competencia objetiva<sup>10</sup> por entender que, *“lo lógico es pensar”* que el juez competente para homologar el acuerdo (art. 628.2 TRLC) lo es también *“para conocer de su modificación y, por tanto, de las vicisitudes inherentes al mismo”*. La decisión del Juzgado es cuestionable porque, como apunta SILVIA BOBOC<sup>11</sup>, no existe ninguna norma que atribuya expresamente la competencia objetiva para modificar un acuerdo de refinanciación al juzgado que lo ha homologado, al que sí se le atribuye expresamente la competencia para declarar su incumplimiento (art. 628.1 TRLC), y, aunque la solución parece razonable o lógica, como señala el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia n.º 8 de Oviedo, contraviene la regla de la competencia residual, subsidiaria y genérica de los juzgados de primera instancia

---

<sup>9</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>10</sup> Alguna de las entidades financieras planteó la falta de competencia objetiva en el acto de la vista, que fue señalada de forma casi inmediata a la admisión de la solicitud, cuando aún no había transcurrido el plazo de 10 días establecido con carácter general en el art. 64.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para presentar declinatoria por falta de competencia.

<sup>11</sup> Op. Cit.

para materias conexas no atribuidas a los juzgados de lo mercantil con carácter exclusivo y excluyente (arts. 45 y 85.1 LOPJ<sup>12</sup>).

En cualquier caso, el Grupo se aquietó al auto dictado por el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia n.º 8 de Oviedo y presentó una segunda solicitud, reproduciendo casi exactamente los hechos y fundamentos jurídicos de la primera, en el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo, que asumió tácitamente su competencia sin pronunciarse expresamente sobre la misma, dictando auto, tras la celebración de vista con asistencia de todas las partes, en el que rechazó las medidas solicitadas por las acreditadas, confirmado por la Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Oviedo en el que dictó con fecha 10 de mayo de 2022, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por las instantes, si entrar a analizar tampoco la competencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo.

La apariencia del buen derecho de las demandantes se ampara en la aplicación de la cláusula *rebus*, que permite a los tribunales modificar los contratos cuando, como consecuencia de un acontecimiento extraordinario e imprevisible (en este caso la pandemia COVID-19), se altera de gravemente o se destruye el equilibrio prestacional de la relación contractual.

Las medidas cautelares solicitadas por el Grupo son las siguientes:

- 1.º Que se les permita seguir disponiendo de las líneas de financiación de circulante y avales en los importes aún no dispuestos sin necesidad de estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones de pago con las entidades financieras.
- 2.º Que se ordene a las entidades financieras la devolución de los saldos compensados según las cláusulas de compensación incluidas en el acuerdo como consecuencia de cuotas de amortización impagadas desde el inicio de la pandemia COVID-19.

---

<sup>12</sup> Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.



- 3.º Que se ordene a las entidades financieras abstenerse de realizar compensaciones de créditos recíprocos hasta que se determinasen los saldos debidos en el procedimiento principal.
- 4.º Que se prohíba a las entidades financieras solicitar a los clientes del Grupo retenciones de saldos o pagos directos para su compensación o pago a cuenta de deuda vencida e impagada.

En definitiva, las acreditadas pretenden que, hasta que se dicte sentencia en el procedimiento principal, cuya demanda anuncian, pero que no han presentado, además de ser reintegradas de los importes compensados por los bancos, se les permita seguir disponiendo de las líneas de circulante y avales de forma ilimitada, incondicionada y sin plazo, es decir, aunque no estén al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones y, además, con independencia de la existencia y legitimidad de los créditos a descontar o anticipar o la solvencia de los deudores cedidos. Las acreditadas no solicitan un aplazamiento en el pago o una modificación de las condiciones financieras de los bilaterales, sino quedar liberadas de sus previos incumplimientos.

Dicho de otra forma, las instantes pretenden “mantenerse a flote” hasta que llegue, en su caso, un rescate público o un tercer inversor que aporte los fondos que necesitan para continuar con su actividad, de los que no se tiene noticia<sup>13</sup>, y, para ello, solicitan unas medidas cautelares con el fin de seguir disponiendo de las líneas sin cumplir sus propias obligaciones, desplazando el riesgo de su actividad empresarial sobre el *pool* bancario, que no tiene ninguna garantía de recuperación, siquiera parcial, de sus créditos actuales, fiando las acreditadas su viabilidad a un suceso futuro e incierto con el soporte financiero gratuito que

---

<sup>13</sup> El Grupo se limitó a presentar una solicitud de ayuda a cargo del Fondo de Solvencia de Empresas Estratégicas creado por el Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo, cuyo objetivo es aportar apoyo público temporal para reforzar la solvencia empresarial de compañías no financieras afectadas por la pandemia del COVID-19. La financiación de operaciones con cargo al Fondo se configura como una intervención de último recurso, es decir, exige la constatación de la imposibilidad del beneficiario de mantener su actividad sin apoyo público.

pretenden que se imponga judicialmente a los bancos, planteamiento que, de ser acogido, supondría la ruptura del sinalagma contractual en perjuicio de éstos y la desaparición sobrevinida de la causa de acuerdo de refinanciación.

Según la solicitud, la finalidad de las medidas es garantizar la ejecución de la eventual sentencia que se dicte en un proceso principal en el que el Grupo pedirá, invocando la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula *rebus sic stantibus*, además de la ratificación de dichas medidas, que mutarían en definitivas, una modificación sustancial del acuerdo de refinanciación y de los contratos bilaterales firmados al amparo del mismo, que no concreta, limitándose a apuntar que esos ajustes pueden suponer una quita de “*más de 18 millones de euros, aunque pueden llegar, en algún caso, a más de 22 millones de euros*” y ello con el objeto de restaurar la justicia conmutativa o equilibrio contractual del acuerdo de refinanciación, alterados como consecuencia de la incidencia en su actividad de la pandemia COVID 19 a partir del mes de marzo de 2020.

Sorprendentemente, en su solicitud las acreditadas afirman que su viabilidad no depende de la adopción de las medidas interesadas, sino de la obtención de financiación de “dinero nuevo” por importe de 8 millones de euros para cubrir provisionalmente sus necesidades de tesorería a corto plazo hasta que encuentren un inversor público o privado que aporte 28 millones de euros con una importante quita del pasivo financiero y subordinación del residual. Es decir, el Grupo reconoce que las medidas cautelares que solicita no son idóneas para garantizar su viabilidad, o, dicho de otra forma, que el sacrificio que exigen a las entidades financieras será inútil. De hecho, las propias acreditadas admiten la posibilidad de que no puedan evitar el concurso de acreedores antes de que se dicte sentencia en el procedimiento principal.

#### IV. LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*, PRESUPUESTOS PARA SU APLICACIÓN

En nuestro derecho el contrato es un acuerdo jurídicamente vinculante que tiene fuerza de ley para las partes contratantes (arts. 1091 y 1278 CC<sup>14</sup>) del que dimanen obligaciones (art. 1089 CC), que no pueden incumplir, retrasar, retener o cumplir defectuosamente. Este principio es conocido como “*pacta sunt servanda*” y las excepciones al mismo han sido tradicionalmente interpretadas por nuestros tribunales de forma restrictiva.

No obstante, pueden darse situaciones en las que la aplicación estricta de este principio tenga consecuencias no deseables e incompatibles con las exigencias del principio de buena fe contractual, que rige en nuestro derecho, tanto para la interpretación e integración de los contratos, como para su cumplimiento, y, concretamente, cuando, como consecuencia de un cambio de circunstancias extraordinario e imprevisible se produce una rotura de su justicia conmutativa, los tribunales pueden, aplicando la doctrina jurisprudencial sobre la denominada cláusula *rebus*, modularlo, modificarlo e incluso extinguirlo para restablecer ese equilibrio prestacional inicial.

La cláusula *rebus*<sup>15</sup>, que no está recogida en el derecho común español<sup>16</sup>, ha sido elaborada por la jurisprudencia y tiene los siguientes rasgos principales:

---

<sup>14</sup> Código Civil.

<sup>15</sup> En opinión de SILVIA BOBOC (op. cit) la denominación “cláusula” es *impropia*, pues los efectos jurídicos que la modificación de las circunstancias produce en el contrato no tienen su origen ni su fundamento en la voluntad de las partes”. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., *Contratos y COVID. El principio “Pacta Sunt Servanda y la Regla” Rebus Sic Stantibus*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 351 y 352, la denomina “regla *rebus sic stantibus*” y la define como una “*técnica judicial de interpretación/ aplicación del Derecho*”.

<sup>16</sup> Se han pronunciado a favor de la codificación de la cláusula *rebus*, por razones de seguridad jurídica, ALBADALEJO GARCÍA, M., “Derecho de Obligaciones. Volumen primero. La obligación y el contrato en general”, 8ª ed. Bosch, Barcelona, 1989, pp. 485 y 486; AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “La cláusula *rebus sic stantibus*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 29; SALVADOR CODERECH, P., “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *Indret* 4/2009, 2009, p. 7 y ss. y pp. 52 y 53 y ORDUÑA MORENO, J., “Cláusula *Rebus* y Modernización del Derecho Contractual: tratamiento doctrinal y

- a. Persigue y permite a un deudor contractual aminorar el impacto negativo de un riesgo no asignado en el contrato a una de las partes.
- b. Se materializa por el acaecimiento de un cambio de circunstancias, no necesariamente un evento singular y acotado en el tiempo, extraordinario y no previsible en el ámbito propio de las prestaciones recíprocas debidas.
- c. La alteración de circunstancias no es imputable o derivada de la conducta de ninguna de las partes.
- d. El cambio de circunstancias altera gravemente o destruye la justicia conmutativa del contrato.
- e. No puede caracterizarse técnicamente como caso fortuito o fuerza mayor liberatorio o resolutorio.
- f. La aplicación de la cláusula *rebus* es excepcional y subsidiaria y su interpretación muy restrictiva, es decir, no se puede aplicar cuando existen medios alternativos para minorar el perjuicio o restablecer el equilibrio prestacional.

## V. EL AUTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL N.º 1 DE OVIEDO

El auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo, de fecha 17 de noviembre de 2021, desestima las medidas cautelares solicitadas por las sociedades financiadas por considerar que no han acreditado el presupuesto de la apariencia de su buen derecho al existir en nuestro ordenamiento jurídico mecanismos legales aplicables con carácter excepcional y especial para minimizar el impacto en la liquidez de las empresas de la pandemia COVID 19. El auto no analiza otros

---

jurisprudencial”, Francis Lefevre, Madrid, 2020, p. 9. En la disposición adicional séptima de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia se instruye al Gobierno para que realice un estudio que considere esta codificación.

presupuestos requeridos para la aplicación de la cláusula *rebus* y la adopción de medidas cautelares, tanto en un plano formal, como sustantivo.

Partiendo del hecho no controvertido de que las acreditadas no estaban al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones y las serias dudas del Juzgado de que pudieran estarlo en un futuro, como aquéllas parecían admitir en su solicitud y constaba en los informes aportados con la misma, considera que lo que se pretende con las medidas es que *“se libere a las acreditadas ad infinitum de las condiciones contractuales sobre la disposición de los importes no dispuestos de las líneas de financiación de circulante y de avales bajo el argumento de que el incumplimiento es transitorio, debido al impacto de la pandemia COVID-19, y no definitivo porque la sociedad tiene un modelo de negocio viable”*. Y esa liberación, según el Juzgado, *“no es provisional o transitoria (como debiera serlo si la causa es transitoria), sino definitiva; tan definitiva que las cautelares van ligadas, a modo de anticipación de efectos y no de mera conservación, a una próxima demanda que aún no se ha presentado<sup>17</sup>, en la que, ya se advierte, se pedirá una quita de entre 18 y 22 millones”*.

Semejante pretensión, según el Juzgado, no puede prosperar porque *“lo que se pretende –y no se oculta- es mantener con vida a las acreditadas, no a costa –siquiera parcial- de los socios (de los que en el acto del juicio simplemente se nos dijo que son de edad avanzada y no pueden capitalizar), sino de terceros, laminando las garantías previstas contractualmente para el preciso caso de impagos, cualquiera que fuera su causa (...) a costa de expropiar a los bancos capital y garantías, mantener con un hilo umbilical a la sociedad hasta que llegue (se nos dice para el año próximo y sin garantía alguna de que así sea) un rescate estatal”*. Se pretende, en definitiva, *“la ruptura del equilibrio contractual entre asunción de riesgo y garantías, con el peligro, evidente, de que el pasivo de los financiadores crezca, y con la certeza de que se va a solicitar judicialmente*

---

<sup>17</sup> En la primera solicitud, presentada el 18 de agosto de 2021, las acreditadas anunciaban la presentación de la demanda principal en una semana, alegando que aún no disponían de unos informes periciales encargados para acreditar la incidencia de la pandemia en su actividad y resultados. En el momento de redactar este comentario los bancos no tienen noticia de la presentación de la demanda principal.

*(ignoramos con qué sustento jurídico en un mero procedimiento ordinario) una quita millonaria”.*

Además, como argumento complementario, el auto afirma que *“la rebus, es un mecanismo excepcional y de corte subsidiario que reasigna, en su caso, riesgos contractualmente no previstos, y lo hace, decisión judicial mediante, a falta de previsión legal y/o contractual”.* Sin embargo, añade, *“el legislador ya ha previsto, dentro de la legislación excepcional covidiana, el remedio a los problemas que la pandemia pudiera causar de iliquidez (préstamos ICO) o en el cumplimiento de los acuerdos de refinanciación en el art. 10 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, y en el art. 5 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre”*, que suspenden los plazos para iniciar negociaciones para la modificación de los acuerdos de refinanciación y la suspensión de la admisión a trámite de solicitudes de incumplimiento de los mismos.

En consecuencia, dice el auto, si el legislador ha previsto, con carácter excepcional, la posibilidad de novar el acuerdo de refinanciación sin aplicación del límite temporal de un año<sup>18</sup>, carece de sentido, *“que se recurra, per saltum, a una modificación por el solo imperio judicial, no negociada, a la que muestran su frontal oposición todas las entidades, que no están dispuestas a asumir más riesgo del ya asumido”.*

El Juzgado considera, además, que la pretensión de las instantes de poder seguir descontando papel sin garantizar el pago de los deudores cedidos no sería posible en el marco de un precurso (art. 583 TRLC) o de un concurso, citando

---

<sup>18</sup> En este caso, el acuerdo de refinanciación es del año 2017, es decir, las acreditadas podrían haber iniciado las negociaciones con los bancos con independencia de las normas especiales citadas.

la sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo 749/2011, de 31 de octubre<sup>19</sup> y el auto del propio Juzgado, de 23 de marzo de 2011<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Dando respuesta a la pretensión de la concursada de que el banco siga descontando “papel bueno”, señala que: “a) [L]o que la parte recurrente pretende es desligarse del contrato marco de descuento mediante el mecanismo indirecto de la discrecionalidad subjetiva y absoluta, rechazando la totalidad del «papel» que se le presente para descuento. Es decir, considera la facultad de discriminación (selección) del papel como una opción de rehusar todos los efectos y recibos a su libre arbitrio. Tal planteamiento no resulta aceptable por los acertados argumentos que expresa la resolución recurrida. Además, la pretensión se contradice con la existencia de una suma máxima de descuento, que resultaría innecesaria de haberse podido rechazar por la entidad bancaria todo el «papel» a su propia voluntad y conveniencia; y desde otros puntos de vista no armoniza ni con la «necesitas» (art. 1256 CC), ni con la lealtad y buena fe contractual (art. 1258 CC), tanto más si se advierte que no se produce desamparo económico alguno para el banco, y que se trata de un supuesto en que la concursada «ha optado abiertamente por la continuidad de su actividad empresarial y ha presentado un plan de viabilidad», lo que repele un rechazo injustificado de «papel bueno» –efectos de escaso riesgo de impago– que en las circunstancias de un acreditado concursado podría determinar su «asfixia financiera», como apunta la sentencia impugnada. Por todo ello, tampoco hay infracción de los arts. 61 y 62 LC, y el motivo decae. b) Pretender una facultad de discrecionalidad –subjetiva y absoluta– a favor de una de las partes no resulta razonable, y sí en cambio lo es respetar la facultad de seleccionar el «papel» a descontar a causas justificadas desde una perspectiva objetiva”.

<sup>20</sup> Declara que como correspectivo de la obligación de la entidad bancaria de seguir aceptando el descuento, ha de surgir la obligación de la administración concursal de asegurar, no el mero reconocimiento de un crédito contra la masa en caso de futuro impago, sino el pago efectivo de ese crédito de regreso: «Compartiendo, en lo esencial, las conclusiones de la sentencia parcialmente transcrita, hemos de coincidir, sin embargo, con la entidad descontante en que no puede obviarse la merma en la garantía que para su cobro implica la mera declaración de concurso del descontatario. En efecto, si partimos de que en el descuento, como en general en toda cesión de créditos pro solvendo, al lado de la función solutoria (diferida al momento en que, presentado al cobro el efecto, sea efectivamente abonado), concurre una función de garantía, de modo que el descontante cuenta con dos obligados al pago, uno directo, el deudor cedido, y otro, en este caso el concursado, en vía de regreso, en el caso de autos la garantía que para el cobro supone el patrimonio del descontatario se ve mermada por su insolvencia. Si convenimos, de acuerdo con la sentencia expuesta, en la obligación del descontante de seguir aceptando «papel bueno» en idénticas condiciones a las preconcursales, del mismo modo habrá que reconocer que la proclamada vigencia contractual afecta asimismo al concursado, que habrá de hacer honor a

Trasladando esos razonamientos al caso, el Juzgado concluye que lo que pretenden las acreditadas es “*mutilar parte del contrato (aquella prevista expresamente para frenar el incremento del riesgo cuando hay impagos previos) de tal modo que siga vigente en lo que le beneficia, transformándolo en una petición libérrima y temporalmente indefinida de circulante y avales, sin aportar ninguna garantía alternativa, ni real, ni personal, que compense a los bancos el mayor riesgo asumido y anunciándoles, a mayores, el sacrificio de una quita*”.

## **VI. EL AUTO DE LA SECCIÓN 1.<sup>a</sup> DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE OVIEDO**

La Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Oviedo, en su auto 91/2022, de 10 de mayo, desestima el recurso de apelación interpuesto por las acreditadas contra el dictado por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo, cuyos pronunciamientos o parte dispositiva confirma.

El auto no cuestiona la posibilidad en nuestro ordenamiento jurídico procesal de acordar medidas cautelares anticipatorias o innovativas, pero entiende que es cuestión que carece de relevancia para resolver el recurso y ello con independencia de que las instantes no pretendan mantener la relación

---

*la obligación de regreso en caso de impago y con el carácter de crédito contra la masa (art. 61.2 in fine). Así las cosas, procede confirmar la resolución recurrida, imponiendo a... SA la obligación de aceptar el descuento de papel en las condiciones pactadas, justificando, en su caso, de forma razonada su negativa, con la correlativa obligación de la concursada de asumir el eventual crédito de regreso como prededucible, de suerte que la administración concursal, a fin de que dicha obligación de regreso no se traduzca en el mero reconocimiento de un crédito contra la masa, habrá de ofrecer a la entidad citada la seguridad, bajo su responsabilidad, de que dicho crédito podrá ser efectivo contra la masa en caso de impago, pues sólo así se garantiza la adecuada conmutatividad. Fijense las actoras, que en el marco del concurso este juzgador les exigiría, para mantener la vigencia del contrato, que sea previsible el pago del posible crédito contra la masa de regreso. Estando en este momento en sede no concursal (pero cuando menos de insolvencia inminente), de acceder a lo que se pide y sobrevenir el concurso, el mayor crédito será concursal y el riesgo de su impago una evidencia”.*



contractual vigente y el equilibrio de las prestaciones, sino seguir accediendo al crédito, pero en condiciones distintas a las pactadas. Según el auto, la *ratio* última del Juzgado *a quo* para denegar la adopción de las medidas es que no se acredita por las instantes el presupuesto de la apariencia del buen derecho (*“fumus boni iuris”*).

El auto afirma que la acción cuyo ejercicio se anuncia por las acreditadas no parece encaminada al cumplimiento de lo pactado, sino a modular dicha reglamentación por causa de la pandemia COVID-19, pero, añade, *“el legislador ya se ha ocupado de recoger en la legislación de emergencia por COVID una serie de medidas encaminadas precisamente a temperar los riesgos derivados de la aparición de esta crisis sanitaria y, en concreto, el art. 5 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre<sup>21</sup>, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia”*.

Considera la Audiencia Provincial de Oviedo que, *“en una primera aproximación valorativa a esta regulación –dentro de los límites indiciarios de la fase meramente cautelar que nos ocupa- permite entender que el legislador, tras ponderar los intereses afectados, ha establecido el mecanismo que considera más adecuado para su correcto reequilibrio, de manera que con ello se agotan las posibilidades para el deudor de poder solicitar cualquier otra medida fundada en esta misma causa, la aparición del COVID, y encaminada a obtener un reajuste adicional. Se trata de un remedio concreto y específico establecido a modo de lex specialis en materia concursal que por ello mismo desplaza a cualquier otra solución que pueda proponer el deudor en el sentido de introducir unilateralmente modificaciones oponibles al resto de partes vinculadas por el acuerdo de refinanciación de que se trata”*.

---

<sup>21</sup> La Exposición de Motivos de la Ley 3/2020 (al igual que ya hacía el precedente Real Decreto-Ley 16/2020) señala que la primera finalidad de esta medida es la de *“mantener la continuidad económica de las empresas, profesionales y autónomos que, con anterioridad a la entrada en vigor del estado de alarma, venían cumpliendo regularmente las obligaciones derivadas de un convenio, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un acuerdo de refinanciación homologado”*.

El auto descarta, por tanto, la posibilidad de aplicación simultánea y complementaria de la normativa especial y de la cláusula *rebus*, que es un remedio subsidiario para obtener el reequilibrio del contrato ante la aparición de una alteración sobrevenida de las circunstancias, como así lo ha mantenido de manera uniforme y constante el Tribunal Supremo<sup>22</sup>. De esta manera, el deudor no puede solicitar al amparo de la cláusula *rebus* la modificación de los términos en que ha sido homologado judicialmente el acuerdo de refinanciación cuando existe una solución prevista por el legislador que le otorgaba la posibilidad de modificarlo mediante un acuerdo con los bancos hasta el 31 diciembre 2021.

Además, la Audiencia añade otro elemento de convicción. La cláusula *rebus* trata de restaurar la conmutatividad de un contrato<sup>23</sup> cuando las partes no han previsto o no han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia acontezca<sup>24</sup>. Se trata en definitiva de un mecanismo de distribución de riesgos que opera para superar el efecto vinculante de la regla *pacta sunt servanda*. Sin embargo, según el auto, *“en sede del acuerdo de refinanciación homologado judicialmente la vinculación de las partes no deriva del voluntarismo propio de su autonomía privada sino, por el contrario, de la extensión de efectos para los disidentes que aparece prevista en la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal”*. Por ello, en la medida en que el acuerdo de refinanciación extendió sus efectos vinculantes a varias entidades que no lo suscribieron, la Audiencia entiende que no es admisible imponerles por vía judicial *“un sacrificio superior al previsto por el legislador cuando contempla la posibilidad de modificar el acuerdo*

---

<sup>22</sup> Por más que la reciente jurisprudencia parece abandonar la clásica concepción de esta figura como de carácter sumamente restrictiva al tiempo que defiende su *“configuración plenamente normalizada en donde su necesaria aplicación prudente no deriva de la anterior caracterización, sino de su ineludible aplicación casuística, de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico, y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal de la relación negocial derivada de su imprevisibilidad contractual y de la ruptura de la base económica del contrato, con la consiguiente excesiva onerosidad para la parte contractual afectada”* (STS, 1.ª, de 15 de octubre de 2014), ello no excluye que siga conservando la nota caracterizadora de su subsidiariedad (vid. SSTs, 1ª, de 23 y 27 de abril de 2012).

<sup>23</sup> Sentencias del Tribunal Supremo, 1.ª, 333/2014, de 30 de junio y 189/2016, de 18 de marzo.

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, 1.ª, 452/2019, de 18 de julio.

de refinanciación por la crisis del COVID 19, sino que escapa al ámbito de aplicación de la cláusula *rebus* por tratarse de acreedores vinculados por efecto del arrastre legal<sup>25</sup>.

## VII. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS* EN SITUACIONES DE INSOLVENCIA O ILIQUIDEZ DE LAS EMPRESAS

El auto se refiere únicamente a aplicación de la cláusula *rebus* como consecuencia de la pandemia COVID-19 en el caso concreto, es decir, no analiza si, con carácter general, esta doctrina es aplicable en situaciones de insolvencia o problemas de liquidez de las empresas derivados de crisis económicas, financieras o epidémicas generalizadas.

La aplicación jurisprudencial de la cláusula *rebus* ha sido en España tradicionalmente muy restrictiva. Esa actitud remisa al uso de la *rebus* se ha visto reforzada por la circunstancia de que, habitualmente, las contingencias sobre las que los demandantes han sustentado su pretensión de reequilibrio patrimonial del contrato no han sido sucesos puntuales imprevisibles o inevitables que inciden directamente sobre las prestaciones deducidas en el mismo, sino cambios –en algunos casos muy relevantes– de circunstancias ajenas al contrato singularmente considerado, pero que llevan aparejados una reducción, o incluso eliminación, de la rentabilidad esperada para una de las partes. Con mucha frecuencia, se trataba de circunstancias generales de mercado o de condiciones económicas de amplio alcance. Este tipo de contingencias son las que han sido tratadas de modo muy riguroso y restrictivo por la jurisprudencia del Alto Tribunal<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Sentencias del Tribunal Supremo, 1.ª, de 15 de marzo de 1972 (RJ 1972, 1252); 16 de octubre de 1989 (RJ 1989,6927); 23 de junio de 1997 (RJ 1997, 5201); 17 de mayo de 1986 (RJ 1986, 2725); 21 de febrero de 1990 (RJ 1990, 707) y 28 de diciembre de 2001 (RJ 2001, 1650); 29 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3862); 27 de enero de 1981 (RJ 1981, 114) y 27 de mayo de 2002 (RJ 2002, 4573); 31 de octubre de 1963 (RJ 1963, 4264) y 15 de marzo de 1994 (RJ 1994, 1784); 16

Sin embargo, a partir del año 2012 el Tribunal Supremo comienza a contemplar la posibilidad de que las crisis económicas constituyan una alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias, como, por ejemplo, en la sentencia 644/2012, de 8 de noviembre, que, si bien rechaza la aplicación de la cláusula *rebus*, reconoce la posibilidad, fuera del contexto del caso concreto enjuiciado, de tomar en consideración la crisis económica para su aplicación. En sentido similar se pronuncia la sentencia 820/2013, de 17 de enero. Estas sentencias fijaron un criterio no alineado con la doctrina jurisprudencial anterior, que, incluso tras la crisis financiera del 2008, había negado a las alteraciones globales de la economía virtualidad para fundar la modificación o resolución de las relaciones contractuales con base en la *rebus*<sup>26</sup>. En el año 2014, el Tribunal Supremo dictó dos sentencias, la 591/2014, de 15 de octubre y la 333/2014, de 30 de junio, de las que fue ponente el entonces magistrado JAVIER ORDUÑA<sup>27</sup>, en las que se admite la aplicación de la cláusula *rebus* para modular contratos cuyos resultados no habían sido los esperados como consecuencia de crisis económicas generalizadas, es decir, por causas exógenas a los mismos.

---

de junio de 1983 (RJ 1983, 3632); 19 de noviembre de 1994 (RJ 1994,8539); 7 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9343); 6 de marzo de 2020 (RJ 2020,879).

<sup>26</sup> Sentencias del Tribunal Supremo, 1.ª, 243/2012, de 27 de abril y 8 de octubre de 2012 (RJ 2012, 9027). PARRA LUCÁN, M.ª, A., pone en cuestión la imprevisibilidad de las crisis cíclicas de la economía en “*Riesgo imprevisible y modificación de los contratos*”, InDret 4/2015, p. 23.

<sup>27</sup> ORDUÑA ha formulado una propuesta de codificación de la cláusula *rebus*, pero no siguiendo la interpretación judicial tradicional, restrictiva, sino su propia interpretación, aperturista y de normalización de su aplicación, posteriormente rechazada por el Tribunal Supremo (“Cláusula *rebus* y modernización del derecho contractual: tratamiento doctrinal y jurisprudencial”, Francis Lefevre, Madrid, 2020, pp. 52 y 53). En su paso por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo ORDUÑA ha sido el valedor de los derechos de los consumidores en sus reclamaciones relacionadas con la contratación bancaria como ponente de sentencias muy relevantes, emitiendo votos particulares en contra del criterio mayoritario de sus compañeros, o en los numerosos artículos que ha escrito o en las ponencias que ha impartido sobre esta materia.

Ambas sentencias han sido objeto de severas críticas por parte de la mayoría de la doctrina española<sup>28</sup>. Según GÓMEZ POMAR y ALTI SÁNCHEZ AGUILERA<sup>29</sup> un argumento relevante esgrimido para criticar ambas resoluciones del Tribunal Supremo “*reside en la notable incertidumbre e inseguridad jurídica que introduce en el régimen contractual la posibilidad de que cualquiera de las partes pueda acudir a los tribunales para tratar de reajustar los términos de un contrato previamente aceptados por el hecho de que la evolución y el resultado del mismo no son los que se habrían anticipado sino otros distintos y ello por causas exógenas a la relación contractual—habitualmente, una crisis económica—. Además, añaden, “la “nueva” propuesta de rebus atribuye al órgano jurisdiccional la función de decidir cómo ha de reajustarse la relación contractual y en qué medida. No parece aventurado suponer que el órgano jurisdiccional no es el mejor situado para llevar a cabo esa labor y menos si el propósito es, como parece lógico, proponer una solución estable y duradera en el tiempo; máxime cuando el punto de partida es el de unas circunstancias en el que ni siquiera las partes, presumiblemente con más información y experiencia, han sido capaces de diseñar y acordar una solución estable y duradera”.*

No se pone en tela de juicio la conveniencia de facilitar, en situaciones de grave crisis económica, la conservación de las relaciones contractuales, pero el coste en términos de seguridad jurídica, certidumbre y previsibilidad del régimen contractual -cualidades todas ellas esenciales para el correcto funcionamiento de un régimen jurídico de los contratos— derivado de aceptar esta reinterpretación de la cláusula *rebus* resultaría inasumible. Infinidad de contratos en vigor quedarían sujetos a una gravísima inseguridad y expuestos a un bucle sin fin de

---

<sup>28</sup> Sirvan como muestra, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Cláusula rebus sic stantibus. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 333/2014 de 30 de junio de 2014 (RJ 2014,3526)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero-abril (2015), pp. 345 a 367; CARRASCO PERERA, A., “Comentario a la sentencia de 15 de octubre de 2014. Reivindicación y defensa de la vieja doctrina rebus sic stantibus”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, mayo-agosto 2015, pp. 175 a 206; y PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> A., “Riesgo imprevisible y modificación de los contratos”, *InDret* 4/2015, pp. 43 y ss.

<sup>29</sup> “Cláusula rebus sic stantibus: viabilidad y oportunidad de su codificación en el derecho Civil Español”, *InDret*, 1, 2021, pp. 502 a 577.

sucesivas demandas de reequilibrio prestacional en función del ciclo económico y la situación de los mercados, lo cual afectaría a nuestra competitividad como país.

El Tribunal Supremo ha regresado tras las dos sentencias anteriormente citadas de 2014, y antes de que estallase la pandemia COVID-19, a su interpretación clásica, más limitada y excepcional, rechazando la aplicación de la cláusula *rebus* cuando el desequilibrio se produzca como consecuencia de cambios regulatorios o de los ciclos económicos, por la evolución del mercado o por otras circunstancias exógenas al contrato<sup>30</sup>.

La cláusula *rebus* no puede aplicarse en los supuestos de insolvencia o iliquidez del deudor por circunstancias sobrevenidas o imprevisibles porque esta situación ya está contemplada y regulada en la normativa concursal<sup>31</sup>. Además, la cláusula *rebus* no se aplica a las obligaciones genéricas y, en concreto, a las de pago de dinero, por mucho que eso resulte de un acontecimiento imprevisible. Las dificultades para pagar o la insolvencia del deudor no son motivos para la extinción de la obligación<sup>32</sup>. En definitiva, la cláusula *rebus* no puede ser utilizada en contextos de crisis económica como recurso para remediar sus consecuencias en materia de ejecución de deudas impagadas.

El riesgo empresarial que asumen las acreditadas -la eventualidad de sufrir pérdidas o incluso de incurrir en insolvencia- es exclusivamente suyo, como

---

<sup>30</sup> Sentencias del Tribunal Supremo, 1.ª, 150/2020, de 6 de marzo; 18 de julio de 2019 (RJ 2019,3599); 18 de julio de 2019 (RJ 2019,3010); 452/2019 y 455/2019, de 15 de enero; 5/2019, de 9 de enero; 179/2018, de 3 de abril; 477/2017, de 20 de julio; 444/2017, de 13 de julio y 227/2015, de 30 de abril.

<sup>31</sup> CARRASCO PERERA, A. considera que la cláusula *rebus* “*ni tiene como cometido generalizar la solidaridad entre los humanos, ni puede emplearse para redistribuir riqueza, ni es su función circunvalar el Derecho concursal*” (“*Al fin la madre de todas las batallas del COVID 19: “Rebus sic stantibus”*”, *Centro de Estudios de Consumo*, mayo de 2020, p. 13).

<sup>32</sup> Sentencias del Tribunal Supremo, 1.ª, 266/2015, de 19 de mayo y 820/2013, de 17 de enero, que rechazan la aplicación de la cláusula *rebus* por la imposibilidad sobrevenida del comprador de pagar el precio pactado al no poder obtener financiación como consecuencia de la crisis del sector inmobiliario iniciada a finales de 2008.

suyos serán también los eventuales beneficios que obtengan con su actividad empresarial. Los clientes y proveedores de las acreditadas que tengan frente a ellas créditos pendientes de pago sufrirán de modo reflejo las consecuencias de su insolvencia o iliquidez cuando no dispongan de garantías eficaces, pero de nuevo se tratará de la materialización de un riesgo propio e inherente a la actividad empresarial de cada uno. Lo que aquí interesa no es el riesgo empresarial, ni la viabilidad del proyecto de las financiadas, sobre el que ha pivotado la prueba que han propuesto, sino el sistema de reparto de riesgos propio de contratos de financiación, bien entendido que las entidades financieras asumen el riesgo de impago e insolvencia de las acreditadas, tanto mayor cuanto menos seguras o eficaces sean las garantías de que se ha dotado, incluido el de su depreciación. Como dice la sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo 820/2013, de 17 de enero, la cláusula *rebus* trata de solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato, “*cuando la alteración sea tan acusada que aumente extraordinariamente la onerosidad o coste de las prestaciones de una de las partes o bien acabe frustrando el propio fin del contrato*”<sup>33</sup>.

La exigencia de cumplimiento de los ratios financieros, la existencia de un “*event of default*” en caso de incumplimiento, la posibilidad de declarar el vencimiento anticipado por incumplimiento imputable a las acreditadas, de compensar créditos y de ejecutar las garantías pactadas en caso de impago son elementos esenciales para las entidades financieras en un contrato de financiación, que siempre se incorporan en este tipo de acuerdos. Dinamitar estos mecanismos de protección del acreedor es de una extraordinaria gravedad, pues se abre para las

---

<sup>33</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo, 1.<sup>a</sup>, 333/2014, de 30 de junio, afirma que el exceso de onerosidad ha de analizarse respecto de cada contrato en particular y no en relación con la situación general de la sociedad, y, concretamente, que «*el resultado negativo debe desprenderse de la relación económica que se derive del contrato en cuestión, sin que quepa su configuración respecto de otros parámetros más amplios de valoración económica*» -en el caso enjuiciado como consecuencia del descenso de su actividad o facturación-.

entidades financieras la “caja de Pandora” de hasta qué punto puede un deudor esquivar el cumplimiento de sus obligaciones bajo un contrato de financiación como consecuencia del acaecimiento de circunstancias adversas, por mucho que éstas sean excepcionales.

Las acreditadas tienen varias opciones para hacer frente a su situación de iliquidez o insolvencia, actual o inminente: solicitar a los bancos una dispensa en el cumplimiento (“*waiver*”) de alguna de sus obligaciones; proponerles la modificación del acuerdo de refinanciación, acogiéndose a las medidas previstas por el legislador para asegurar la viabilidad de las empresas con problemas financieros como consecuencia de la pandemia COVID-19 (Real Decreto ley 16/2020, de 28 de abril; Ley 3/2020, de 18 de septiembre y Real Decreto ley 5/2021, de 12 de marzo); comunicar al Juzgado el inicio de negociaciones con sus acreedores para evitar ejecuciones (art. 583 TRLC); o, finalmente, solicitar el concurso en el plazo legalmente establecido (art. 595 TRLC).

Si el Grupo financiado no alcanza un acuerdo con los bancos para modificar el acuerdo de refinanciación y tiene que acudir al concurso, puede proponer a todos sus acreedores, no sólo las entidades financieras, una quita y/o aplazamiento de su deuda que le permita continuar con su actividad y, si no consigue aprobar un convenio con sus acreedores, será porque éstos no confían en su viabilidad o consideran que tienen mejores expectativas de recuperación de sus créditos mediante la liquidación de los activos del Grupo. Lo que no resulta admisible es que las acreditadas pretendan mantenerse vivas de forma artificiosa y con respiración artificial a costa de incrementar el riesgo de las entidades financieras que firmaron el acuerdo de refinanciación, aplicando el capital disponible de las líneas de financiación al pago de sus proveedores o en la forma que estimen conveniente sin someterse a los pactos contractuales.

Las acreditadas, al tratar de sortear la voluntad de los acreedores concernidos y las mayorías legalmente exigidas para que esa voluntad resulte vinculante, incluso para los disidentes o no participantes, así como la normativa concursal que distribuye sobre todos los acreedores en función de la calificación de sus créditos la pérdida total o parcial de los mismos, actúan con abuso de derecho y



fraude procesal (art. 7.3 del CC, en relación con los arts. 11.1 y 2 de la LOPJ<sup>34</sup> y 247.1 y 2 de la LEC)<sup>35</sup>.

En lo que hace referencia a la posibilidad de extender la modificación, cautelar o definitiva, del acuerdo de refinanciación a los bancos que no firmaron el acuerdo o que votaron en contra, pero que están vinculados al mismo como consecuencia del efecto arrastre (*“cramdown rule”*), el problema es tanto de forma como de fondo.

De forma, porque sería necesario que el Grupo instante hubiera traído al proceso a todas las entidades financieras vinculadas como litisconsortes pasivas necesarias en la medida en que sus intereses pudieran resultar afectados por la sentencia que se dicte en el proceso principal, lo que no es posible determinar hasta que se presente la demanda y se acote el ámbito de la modificación del acuerdo de reestructuración que se pretende (art. 12.2 LEC).

---

<sup>34</sup> Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

<sup>35</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo, 1.ª, de 25 de septiembre de 1996 (recurso 3790/1992), señala que *“los derechos subjetivos tienen unos límites de orden moral, teleológico y social, y cuando se obra en aparente ejercicio de un derecho, traspasando en realidad los límites impuestos al mismo por la equidad o la buena fe”*, puntualizando que *“el examen subjetivo de la conducta del agente en función del móvil y del fin, está limitado objetivamente por la función social que corresponde al derecho ejercitado”*, advirtiendo en sus sentencias de 1 de julio de 2013 y 22 de febrero de 2013, que *“aunque la astucia pueda ser una de las habilidades legítimamente desplegadas en el proceso, no es institucionalmente admisible reducir el proceso a un simple juego de astucia cuyo único objetivo sea perturbar a la parte contraria”*. Respecto al fraude procesal, la sentencia del Tribunal Supremo, 1.ª, de fecha 23 de enero de 1999 (recurso 2352/1994), establece que *“el fraude procesal viene a representar una manifestación del fraude de ley, existiendo entre ambos una notoria semejanza, pudiendo ser comprendidas ambas en la norma del art. 6.4 CC, y en punto a su existencia exigen la concurrencia de una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de los preceptos o normas legales en que se amparan”* (también SSTs, 1.ª, 1169/2000, de 21 de diciembre, y 439/2002, de 14 de mayo de 2002).

De fondo, porque la extensión de los efectos del acuerdo de refinanciación homologado judicialmente a los acreedores disidentes o no participantes está condicionada a que impugnen la homologación (arts. 618.1 y 621.1 TRLC), que puede estar motivada en el carácter desproporcionado del sacrificio que se les exige (art. 619.1.2.º TRLC). Podría plantearse la posibilidad de imponer las medidas sólo a los acreedores que votaron a favor del acuerdo, pero ello supondría *per se* un trato discriminatorio respecto al resto de los acreedores afectados. Tampoco parece posible que se imponga a todos los acreedores afectados una modificación del acuerdo que no es fruto del consenso de las mayorías exigidas legalmente para su aprobación.

La cuestión es si la modificación del acuerdo de refinanciación pretendida por las acreditadas se puede considerar un sacrificio desproporcionado para los acreedores vinculados por el efecto arrastre.

El texto refundido de la Ley Concursal no establece ningún criterio alguno para determinar qué deba de entenderse por “*sacrificio desproporcionado*”<sup>36</sup>, concepto jurídico indeterminado que deberá ser analizado en función de la viabilidad empresarial<sup>37</sup>, no sólo como proyecto, sino también desde un punto de vista financiero, comprobando si el acuerdo de refinanciación -en este caso su modificación- permite la continuidad de la actividad empresarial y profesional en el corto y medio plazo (no se cuestiona la existencia del plan de viabilidad, sino

---

<sup>36</sup> El apartado 22, letra c) de la Recomendación de la Comisión de la Unión Europea de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial establece que “*el plan de reestructuración no limita los derechos de los acreedores discrepantes más de lo que cabría razonable esperar en ausencia de reestructuración, en caso de que el deudor haya liquidado o vendido el negocio como empresa en funcionamiento, según el caso*”.

<sup>37</sup> CERVERA MARTÍNEZ, M., “Sacrificio desproporcionado: evolución jurisprudencial y delimitación del concepto”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de la doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, 2019, núm. 31, pp. 43-54. Siguiendo esta idea se muestra el articulado de la Directiva 2019/1023, que, en su considerando 49 se hace referencia a la cuota hipotética de liquidación, en el art. 10.2. b) se prevé el trato proporcional de los acreedores, y en el art. 10.3 se dispone la viabilidad empresarial como tercer límite a la aprobación de un plan de reestructuración.

si este es eficaz), y si el sacrificio impuesto es necesario para alcanzar dicha continuidad<sup>38</sup>.

Siguiendo esta idea, resulta desproporcionado imponer a los acreedores disidentes o no participantes una modificación del acuerdo de refinanciación que empeora su posición en relación con la que tendrían en un proceso concursal<sup>39</sup>, incrementando su riesgo sin garantías de recuperación, siquiera parcial, de la deuda incrementada.

También se trataría de un sacrificio innecesario porque la adopción de las medidas solicitadas no permitiría la continuidad de la actividad empresarial<sup>40</sup>, incluso si se produjera la entrada de un tercer inversor que aportase el capital estimado por las acreditadas, porque esa aportación estaría condicionada a la aceptación -muy improbable- por parte del *pool* bancario de un quita por un importe muy elevado y la degradación de los créditos remanentes, y, además, no sería equitativo, ni respecto de la propia situación de los acreedores disidentes o no participantes, ni respecto a los acreedores que votaron a favor del acuerdo de refinanciación, suponiendo un trato desigual respecto de otros acreedores de la deudora, que podrían beneficiarse de la financiación obtenida por esta a costa del *pool* bancario<sup>41</sup>.

## VIII. LA ASIGNACIÓN DEL RIESGO EN EL ACUERDO DE REFINANCIACIÓN

El acuerdo de refinanciación asigna el riesgo derivado del acaecimiento de circunstancias sobrevenidas a su firma, cuestión que fue planteada por las

---

<sup>38</sup> Sentencias del Juzgado de lo Mercantil 2 de Bilbao, 195/2015, de 23 de julio; del Juzgado de lo Mercantil 2 de Sevilla, 507/2016, de 24 de octubre y 442/2017, de 25 de septiembre; y del Juzgado de lo Mercantil 11 de Madrid, de 22 de julio de 2016 (JUR 2017/100836).

<sup>39</sup> HURTADO IGLESIAS, S. y ROYO COLL, F.J., “¿Son rescindibles los acuerdos de refinanciación homologados?”, en *Cuadernos de derechos y comercio*, 2016, número extra-1, pp. 41 a 60.

<sup>40</sup> Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 2 de Sevilla, 442/2017, de 25 de septiembre.

<sup>41</sup> Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 2 de Bilbao, 195/2015, de 23 de julio.

entidades financieras en el acto de la vista y sobre la que no se pronuncia ni el Juzgado, ni la Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Oviedo.

El supuesto de hecho de la doctrina o cláusula *rebus* lo constituye la aparición sobrevenida de circunstancias no previstas en el momento de celebración del contrato que alteran de forma sustancial el equilibrio contractual. Cuando las partes han tomado en cuenta esas eventuales circunstancias y han distribuido su riesgo, decidiendo quién las debe soportar si se producen de forma sobrevenida, no se puede aplicar la cláusula *rebus*<sup>42</sup>, pues, por definición, hay una previsión contractual en cuanto a la distribución de dicho riesgo, lo que se lleva a cabo a través de la cláusula estandarizada e identificada como “cambio material adverso” (MAC)<sup>43</sup>.

De acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo, es condición necesaria para la aplicación de la regla *rebus* la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. Si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida que, por definición, implica la no asunción del riesgo<sup>44</sup>.

Dicho de otra forma, no cabe utilizar la base del negocio para alterar la distribución de riesgos explícitamente acordada en el contrato o implícitamente deducible de su propio contenido o de su naturaleza o de las reglas legales que lo gobiernan.

Las financiadas tienen todo el derecho a defender su supervivencia e intereses, pero las entidades financieras también tienen todo el derecho y la obligación de

---

<sup>42</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, 1<sup>a</sup>, 214/2019, de 5 de abril.

<sup>43</sup> Acrónimo de la expresión en inglés: “*material adverse change*”.

<sup>44</sup> Sentencias del Tribunal Supremo, 1.<sup>a</sup>, 5/2019, de 9 de enero, 452 y 455/2019, de 18 de julio de 2019 y 156/2020, de 6 de marzo; 20, 281/2020, de 30 de julio; 9, 537/2020, de 19 de noviembre; 11, 165/2020, de 16 de marzo y 409/2020, de 11 de diciembre; 10, 77/2020, de 12 de febrero y 343/2019, de 23 de octubre; y 19, 205/2019, de 22 de mayo.

defender diligente y de forma profesional el dinero de sus depositantes y accionistas, analizando los riesgos de sus operaciones de activo o financiación en función de las posibilidades razonables de recuperación.

Esto deriva del propio concepto de esta cláusula como previsión implícita en todos los contratos: si se había asignado el riesgo de alguna forma en el contrato no hay cambio de circunstancias, sino simplemente una circunstancia prevista en el mismo<sup>45</sup>. La asunción de riesgos puede también ser implícita y derivarse del tipo contractual en sí, siendo necesario *«un juicio de tipicidad contractual derivado de la base del negocio y especialmente del marco establecido respecto a la distribución del riesgo natural del contrato»*<sup>46</sup>. La dificultad o imposibilidad de obtener financiación para cumplir un contrato es un riesgo del deudor, del que no puede exonerarse alegando que no cumple sus obligaciones contractuales<sup>47</sup>.

En este caso, el acuerdo de refinanciación establece como causa de resolución anticipada que se produzca *“un cambio material adverso”*, que se define como: *“Cualquier hecho o circunstancia, o combinación de hechos y circunstancias, que afecte o pueda afectar sustancialmente de forma negativa a: (i) el negocio, a la actividad comercial, las operaciones, los bienes y activos, la situación (financiera, patrimonial o de otro tipo) o la solvencia de las Acreditadas y las Garantes; (ii) la capacidad de las Acreditadas y las Garantes para cumplir las obligaciones financieras que tengan asumidas frente a terceros, incluidas las obligaciones frente a las Acreditantes derivados de los Documentos de Financiación; y/o (iii) la validez, preferencia, vigencia o exigibilidad de los derechos o acciones que correspondan a las Acreditantes en virtud de los Documentos de la Financiación y de sus garantías”*.

---

<sup>45</sup> Sentencias del Tribunal Supremo, 1.ª, 820/2013, de 17 de enero, con cita de la 240/2012 de 23 de abril; 413/2016 de 20 de junio; y 677/2019 de 17 de diciembre.

<sup>46</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, 1.ª, 333/2014 de 30 de junio.

<sup>47</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, 1.ª, 447/2017, de 13 de julio.

El acuerdo de refinanciación ya prevé, por tanto, el riesgo de que se produzca un cambio material adverso para una de las partes contratantes, situación que se contempla como causa de resolución anticipada y no como causa de modificación del acuerdo.

En base a esta cláusula, las partes en la financiación contemplan el supuesto de que haya circunstancias sobrevenidas (por eso es un “cambio” respecto a una situación anterior) que afecten de manera sustancial el negocio del deudor y /o su capacidad de repago de la deuda. Tales circunstancias no están expresamente definidas en el contrato de financiación porque la definición de lo que sea un MAC es normalmente bastante amplia. Un supuesto de MAC exige que haya habido un cambio respecto a la situación existente en el momento de contratar; que ese cambio haya tenido un impacto material en el negocio del deudor; y que ello tenga un efecto adverso en la capacidad del deudor para el repago de su deuda. El riesgo de que ocurran esas circunstancias se coloca siempre en un contrato de financiación sindicada en el lado del deudor, es decir, es éste quien lo soporta: por eso, la cláusula MAC aparece siempre en estos contratos como un mecanismo de defensa del acreedor, y en concreto como un “*event of default*”, cuya aparición legitima al acreedor para declarar el vencimiento anticipado, porque el acaecimiento de dicho MAC es un riesgo que las partes han acordado que lo soporte el deudor. Y tiene toda la lógica que sea así, porque la posición de las partes en un contrato de financiación es totalmente asimétrica: el acreedor ha desembolsado el dinero y el deudor tiene que devolverlo. Es decir, el acreedor ya ha cumplido con su prestación (dar el dinero de la financiación) y ahora es el deudor el que tiene que cumplir a su vez con su prestación, esto es, devolver los fondos recibidos, con los intereses pactados, en el plazo acordado. El riesgo que existe durante la vida de una financiación ya dispuesta es que el deudor no pueda devolver la deuda, siendo su expresión máxima la insolvencia del deudor. Un acuerdo de refinanciación como el firmado por las acreditadas con los bancos demandados no es un contrato de tracto sucesivo con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por parte de éstas en el que

la aparición de circunstancias sobrevenidas arruina el equilibrio contractual frustrando el fin del contrato<sup>48</sup>.

Debe tenerse en cuenta que los contratos de préstamo no pueden modificarse con la cláusula *rebus* porque no se encuentra en ellos la conmutatividad y el equilibrio de las prestaciones protegidos por la misma cuando los acreditantes han cumplido las suyas. Ya lo dijo la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo en la sentencia 326/2006 de 5 de abril: *“Pues bien, en el caso objeto del recurso de casación no ha intervenido ninguna de las condiciones exigidas para que, de forma excepcional, se pueda tener en cuenta esta forma de resolución de las obligaciones recíprocas, puesto que los contratos ya se habían cumplido tal y como las partes habían previsto y sólo quedaba vigente la obligación del prestatario de devolver el crédito obtenido para la compra de las acciones de Banesto. Por ello no puede aplicarse la teoría de la cláusula rebus sic stantibus, porque no concurre ninguno de los requisitos exigidos para ello por la propia jurisprudencia invocada en apoyo del motivo”*<sup>49</sup>.

Precisamente, porque en la financiación la prestación del acreedor ya se ha cumplido y su legítima expectativa es que el deudor cumpla con la suya, esto es el repago, es por lo que la aparición de circunstancias sobrevenidas que puedan constituir un MAC -como la pandemia-, se contemplan sólo desde el lado del acreedor, que es quien necesita protección, pues obviamente un MAC es un muy preocupante indicio de la posibilidad de impago del deudor, y por eso se configura como un *“event of default”* en la financiación.

En el caso de las líneas de descuento y avales, aunque las entidades financieras tienen prestaciones pendientes de cumplimiento, las condiciones financieras de los bilaterales no se han modificado, es decir, no son más onerosas para las acreditadas como consecuencia de la pandemia COVID-19 y la suspensión de

---

<sup>48</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, 1.<sup>a</sup>, 326/2006, de 5 de abril.

<sup>49</sup> En el mismo sentido: sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, 1.<sup>a</sup>, 218/2016, de 11 de julio; Barcelona, 16.<sup>a</sup>, 332/2015 de 15 de julio; y La Coruña, 4.<sup>a</sup>, 28/2018, de 25 de enero.

las disposiciones viene amparada en un cláusula del propio acuerdo de refinanciación, que anticipa las consecuencias o efectos derivados de un incumplimiento de las acreditadas.

La pandemia del coronavirus con toda probabilidad podría ser declarada por las entidades financieras como un MAC que les permitiría resolver anticipadamente el acuerdo de refinanciación. Lo que no es posible es que esa misma circunstancia justifique el incumplimiento libre de las deudoras invocando la aplicación de la cláusula *rebus*<sup>50</sup>.

## **IX. LA RELACIÓN CAUSA-EFECTO DE LA PANDEMIA COVID-19 EN LA SITUACIÓN FINANCIERA DE LAS ACREDITADAS**

No es suficiente por si sola la invocación de la crisis epidémica para corregir una situación desequilibrada en todos los contratos, sino que ese desequilibrio debe ser exorbitante, estar plenamente acreditado y suficientemente argumentado. No debe dejarse de señalar que, siendo una parte contratante singularmente afectada, sería muy extraño que la otra no hubiese sido también perjudicada por la crisis por lo que debería hacerse una estimación que permitiera modular el modo de restablecer un cierto equilibrio negocial si éste se hubiera alterado. La incidencia de la pandemia en la actividad del sector financiero no fue menor que en el sector del Grupo acreditado.

Como señala SILVIA BOBOC<sup>51</sup>, la Audiencia Provincial de Oviedo no analiza uno de los presupuestos requeridos para la aplicación de la cláusula *rebus*: que el cambio de las circunstancias lleve aparejada una desproporción exorbitante o excesiva onerosidad entre las prestaciones de las partes que quiebra el equilibrio contractual. En este caso, no se ha producido, como decimos, ningún desequilibrio de las iniciales prestaciones de las partes: las financiadas han

---

<sup>50</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, 1ª, 452/2019, de 18 de julio.

<sup>51</sup> Op. Cit.



dispuesto del capital según lo pactado hasta que se produjo su incumplimiento y las condiciones financieras de los bilaterales firmados al amparo del acuerdo de refinanciación no se han modificado desde su firma.

El Grupo no acredita Grupo que tenga dificultades para pagar las cuotas de amortización de los bilaterales o que esa circunstancia traiga causa de la pandemia COVID-19. Habla de proyectos suspendidos y de posibles penalizaciones por incumplimientos contractuales, pero ninguna prueba ha propuesto al respecto.

A las acreditadas les incumbe la carga de la prueba de la incidencia causal o real en el marco de la relación contractual de la pandemia COVID-19, previniendo contra el peligro de convertir la posibilidad en un incentivo para «*incumplimientos meramente oportunistas*»<sup>52</sup>.

Tiene que existir también una causalidad directa entre esa circunstancia y el incumplimiento<sup>53</sup>. El hecho de que la pandemia COVID-19 sea imprevisible y notoria no significa que no haya que examinar la causalidad en cada caso, pues lógicamente afectará de manera distinta a distintos tipos de contratos y en cada caso habrá que tener en cuenta la actuación del obligado para evitar el incumplimiento.

La pandemia COVID-19 no es la causa directa y eficiente de la situación financiera actual del Grupo instante (iliquidez o insolvencia actual o inminente), que venía refinanciando su deuda desde el año 2011, como ya hemos analizado, y, en todo caso, esa situación es ajena al acuerdo de refinanciación, cuyas condiciones financieras no han sido modificadas. De hecho, en la solicitud de medidas se anuncia la presentación de un informe para acreditar la relación causa efecto entre la pandemia y la actual situación patrimonial, económica y financiera del Grupo, que, finalmente, no ha sido aportado.

---

<sup>52</sup> Sentencias del Tribunal Supremo, 1.ª, 214/2019, de 5 de abril; 237/2015, de 30 de abril; y 742/2014, de 11 de diciembre.

<sup>53</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, 1.ª, 214/2019 de 5 de abril y 333/2014, de 30 de junio.

Es incuestionable que la pandemia COVID-19 ha tenido incidencia en la situación financiera del Grupo deudor, pero eso es algo habitual que se produce a diario, no sólo en los meses que ha durado la pandemia, en el ámbito de la financiación corporativa. Hay compañías que afrontan operaciones de refinanciación que dan una y otra y otra vuelta, en el sentido de que tales operaciones se van prolongando a lo largo de los años, acomodándose las sucesivas refinanciaciones a las diversas vicisitudes del mercado y de la compañía. Como ya hemos señalado, el Grupo firmó con las entidades del *pool* dos acuerdos de refinanciación, el primero en el año 2011 y el segundo en el año 2017 y, además, obtuvo financiación ICO de en marzo de 2020 por importe de 8,8 millones de euros en función de sus necesidades de liquidez previas a la pandemia COVID-19.

## **X. LAS MEDIDAS CAUTELARES SOLICITADAS: PRESUPUESTOS Y CARACTERÍSTICAS**

### **1. Las medidas cautelares previas a la demanda**

El Grupo no alega, ni acredita, que concurren razones de urgencia y necesidad para anticipar las medidas cautelares a la demanda principal. Esta cuestión procesal planteada por las entidades financieras en el acto de la vista no ha sido analizada en los autos dictados en primera y segunda instancia.

Para que se admita a trámite una solicitud de medidas cautelares previas como excepción al régimen general del art. 730.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, además de la concurrencia acumulativa de los dos presupuestos generales regulados en el art. 728 (peligro por mora procesal y apariencia de buen derecho), es necesario que el instante alegue y acredite razones de urgencia o de necesidad para no solicitarlas con la demanda principal, requisito que no se puede confundir o identificar con el presupuesto del peligro por la mora procesal. Cualquier otra interpretación supondría dejar vacío de contenido el art. 730.2 de

la Ley de Enjuiciamiento Civil y las medidas previas quedarían desprovistas de su singularidad y excepcionalidad<sup>54</sup>.

La necesidad y urgencia de las medidas cautelares previas han de relacionarse necesariamente con la existencia de motivos que impidan o dificulten gravemente a la solicitante la presentación inmediata de la demanda principal, es decir, que en el plazo de 20 días en que debe presentarla (art. 730.2 LEC) puedan producirse acontecimientos que impidan o dificulten la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en la eventual sentencia estimatoria. Sin ese "plus" añadido no sólo se desconoce el régimen legal excepcional de las medidas cautelares previas a la demanda, que resulta de los preceptos legales mencionados, sino que se incurre en el riesgo de que puedan utilizarse como una herramienta no conectada necesariamente a la promoción de un proceso principal, sino como simple medio de presión a las personas frente a las que se solicita su adopción.

Las acreditadas no explican cuáles son las razones de urgencia y necesidad que justifican que anticipen la solicitud de medidas a la presentación de la demanda principal. El primer estado de alarma por la pandemia COVID-19 se aprobó en España el 14 de marzo de 2020 en virtud del Real Decreto 463/2020, y el último, aprobado el 25 de octubre de 2020 en virtud del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, fue prorrogado por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, concluyendo el 9 de mayo de 2021, es decir, cuatro meses antes de la fecha de la primera solicitud de medidas presentada por el Grupo, sin que, como decimos, se haya presentado al día de la fecha la demanda principal anunciada en las dos solicitudes presentadas.

---

<sup>54</sup> Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, 28.<sup>a</sup>, 107/2008, de 28 de marzo; 77/2007, de 22 de febrero; 258/2007, de 20 de diciembre; 247/2008, de 4 de diciembre y 13, 54/2011, de 11 de marzo; de Illes Balears, 3.<sup>a</sup>, 113/2009, de 29 de junio y 136/2009, de 21 de julio; de Barcelona, 15.<sup>a</sup>, 64/2011, de 17 de mayo.

## 2. Presupuestos y características de las medidas solicitadas

Las medidas cautelares solicitadas no tienen una función meramente instrumental o conservativa, no son idóneas para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria dictada en el procedimiento principal (arts. 721.1 y 726.1.1 LEC), implican una anticipación de la ejecución de esa eventual sentencia estimatoria y un desplazamiento y quebranto patrimonial irreversible para las entidades financieras. En definitiva, las medidas solicitadas no reúnen las condiciones requeridas por el art. 726.1 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: idoneidad, temporalidad, provisionalidad, condicionalidad y proporcionalidad.

Las medidas anticipan el fallo. Ciertamente, como señala el auto objeto de este comentario, nuestros tribunales han admitido, si bien de forma no unánime, la posibilidad de acordar medidas no meramente conservativas, sino anticipatorias de un eventual fallo estimatorio de la demanda principal.

Hay una posición jurisprudencial, liderada por la Sección 10.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, muy crítica con la interpretación y aplicación extensiva de las medidas anticipatorias que se está haciendo por algunos juzgados y audiencias, especialmente en el seno las leyes especiales, permitiendo que pueda postularse y obtenerse lo que es objeto propio de los mecanismos de tutela sumaria a través de las medidas cautelares<sup>55</sup>.

Sobre la base de anteponer y potenciar el término «*efectividad*» sobre el más limitativo de «*asegurar*», se preconiza la conveniencia de ampliar el ámbito y contenido de las medidas cautelares para comprender en esta noción actuaciones provisionalmente «*satisfactivas*». Sin desconocer el loable objetivo que anima esta intelección, en último término se resuelve en una

---

<sup>55</sup> Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, 10.<sup>a</sup>, 162/2009, de 1 de abril; 125/2008, de 11 de marzo; 325/2007, de 27 de noviembre; 382/2006, de 31 de octubre; 204/2005, de 31 de mayo; 146/2005, de 26 de abril; 231/2004, de 28 de septiembre y 90/2004, de 23 de marzo, entre otros muchos.

desnaturalización del instituto cautelar. La conjunción de ambos vocablos determina la genuina función de las medidas cautelares. Garantizar, en lo menester, que cuando sea dictada la resolución podrá restablecer el derecho vulnerado, oficio protector del que notoriamente excede la concesión «*hic et nunc*» (aquí y ahora) de la misma tutela a cuya obtención se orienta el proceso ordinario de declaración.

Con estas medidas cautelares se permite conseguir sin haberse dictado sentencia -e incluso sin conceder previa audiencia al sujeto pasivo- lo mismo y acaso más de lo que se pretende obtener con la ejecución de una sentencia estimatoria de la acción ejercitada. Dicho en otros términos: con estas medidas se somete la esfera jurídica patrimonial del sujeto pasivo -que puede no haber sido siquiera demandado aún o haberlo sido demandado injustamente- a las mismas restricciones, limitaciones y aflicciones que produciría la ejecución de la sentencia de condena.

Las medidas anticipatorias, contempladas en varias leyes especiales<sup>56</sup>, son excepcionales, exigiendo con más rigor que en el caso de las medidas meramente conservativas o tradicionales la apreciación de los presupuestos de la apariencia del buen derecho y de la mora procesal, porque pueden devenir irreversibles<sup>57</sup>.

Los requisitos de la instrumentalidad, temporalidad, provisionalidad, condicionalidad y proporcionalidad también operan en las medidas anticipatorias. El carácter instrumental exige distinguir perfectamente entre la medida cautelar que se solicita y el posible anticipo del resultado del pleito principal<sup>58</sup>. De la instrumentalidad, que es nota distintiva o característica esencial de las medidas cautelares, deriva el requisito de la homogeneidad (identidad para las medidas

---

<sup>56</sup> Ley de Sociedades de Capital, Ley de Patentes, Ley de Propiedad Intelectual, Ley de Marcas, Ley de Competencia Desleal y Ley General de Publicidad, entre otras.

<sup>57</sup> Autos de la Audiencia Provincial de Vizcaya, 4.ª, de 13 de mayo de 2005 (AC 2005/1341) y de Lleida, 1.ª, 1/2004, de 13 de enero.

<sup>58</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, 1.ª, 452/0213, de 4 de diciembre.

de anticipación de la ejecución), pues las pretensiones cautelares de mera conservación han de ser adecuadas al género de las deducidas en la demanda<sup>59</sup>. Además, para acordar medidas cautelares que exceden el propio carácter cautelar, suponiendo en muchos casos la anticipación del fallo, el principio de proporcionalidad debe ser el punto de apoyo y el pilar fundamental.

Este tipo de medidas pueden anticipar los efectos de la eventual sentencia que se dicte en el proceso principal, pero no anticipar su ejecución<sup>60</sup>. Debe tenerse en cuenta que estas medidas pueden adoptarse “*inaudita parte*” y que la decisión judicial debe de basarse en un juicio provisional e indiciario sobre la apariencia del buen derecho del instante tras un proceso sumarísimo, anticipando un fallo que puede ser desestimatorio de la pretensión principal y ocasionar un perjuicio patrimonial irreversible para la parte demandada<sup>61</sup>.

No se puede confundir la medida cautelar con la ejecución, porque tienen finalidades y presupuestos distintos. La ejecución se basa en un título ejecutivo, mientras que la medida cautelar se basa en una apariencia indiciaria del buen derecho del demandante unido a un riesgo por la mora procesal que pudiera hacer inefectiva una futura condena del demandado<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1995 y de la Audiencia Provincial de Madrid, 18.<sup>a</sup>, 386/2012, de 11 de junio; autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, 15.<sup>a</sup>, de 4 de julio de 1990 y de Madrid, 12.<sup>a</sup>, 403/2010, de 15 de junio.

<sup>60</sup> Sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, 2.<sup>a</sup>, 183/2006, de 26 de abril y de Las Palmas, 3.<sup>a</sup>, 317/2005, de 6 de junio; autos de la Audiencia Provincial de Madrid, 13.<sup>a</sup>, 72/2007, de 16 de abril y 230/2004, de 22 de diciembre; 18.<sup>a</sup>, 1/2004, de 13 de enero; de Granada, 3.<sup>a</sup>, 41/2007, de 9 de marzo; de Tarragona, 1.<sup>a</sup>, 18/2006, de 20 de febrero; de Vizcaya, 3.<sup>a</sup>, 259/2011, de 31 de mayo y de Barcelona, 14.<sup>a</sup>, 120/2006, de 28 de abril.

<sup>61</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz, 3.<sup>a</sup>, 150/2004, de 30 de julio.

<sup>62</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, 1.<sup>a</sup>, 283/2013, de 22 de abril y autos de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, 4.<sup>a</sup>, de 25 de noviembre de 2011; de Sevilla, 8.<sup>a</sup>, de 25 de julio de 2012 y 22 de marzo de 2012; de Guipúzcoa, 3.<sup>a</sup>, de 30 de marzo de 2012; de Barcelona, 17.<sup>a</sup>, de 15 de marzo de 2012 y 29 de febrero de 2012; 14.<sup>a</sup>, de 27 de enero de 2012; 11.<sup>a</sup>, de 18 de enero de 2012 y 27 de diciembre de 2010; de Pontevedra, 6.<sup>a</sup>, de 31 de enero de 2012; de Palma, 3.<sup>a</sup>,

Las medidas cautelares reguladas en los arts. 721 a 747 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son un proceso dirigido a enervar los obstáculos que puedan oponerse a la eficacia de un proceso principal. Esta función instrumental o accesoria implica que en la medida cautelar ha de concurrir el elemento de la idoneidad<sup>63</sup>.

El instante de medidas cautelares, dado su carácter instrumental, debe concretar cuál va a ser la pretensión definitiva que se articule en la demanda principal para que se pueda valorar provisional e indiciariamente el presupuesto de la apariencia del buen derecho y si las medidas solicitadas son idóneas para garantizar ese derecho que se pretende tutelar.

En la solicitud de las medidas se indica que en la demanda principal que se presentará en el plazo legalmente previsto, además de pedir la confirmación de las medidas solicitadas cautelarmente, se solicitará que se declare que su deuda vencida e impagada no genera intereses moratorios y que se condene a las entidades financieras a la restitución de saldos compensados, añadiendo que también incluirá solicitudes subsidiarias para graduar la cuantía de los ajustes del saldo total de los créditos, que *“supondrán unas quitas de más de 18 millones de euros, aunque pueden llegar, en algún caso, a más de 22 millones”*.

La inconcreción de la solicitud de medidas impide estimar en qué van a consistir esas peticiones subsidiarias y la entidad de la quita pretendida y, lo que es más importante, qué efecto van a tener esas medidas sobre la viabilidad del Grupo. Apreciar la apariencia del buen de derecho supone, en este caso, un acto de fe.

Las únicas pretensiones concretas que las acreditadas van a deducir en el procedimiento principal coinciden con las medidas solicitadas cautelarmente, es

---

de 4 de noviembre de 2011; de Madrid, 14.<sup>a</sup>, de 31 de marzo de 2011; y 28.<sup>a</sup>, 121/2009, de 29 de junio y 166/2009, de 5 de octubre.

<sup>63</sup> Auto del Tribunal Supremo, 1.<sup>a</sup>, de 22 de octubre de 2019 (Rec. 32/2018) y de 26 de junio de 2009 (Rec. 77/2017); autos de la Audiencia Provincial de Asturias, 7.<sup>a</sup>, 118/2011, de 9 de diciembre y 409/2011, de 24 de octubre; y 5, 190/2020, de 3 de junio y 262/2005, de 6 de julio.

decir, son pretensiones idénticas y no similares como exige el art. 726.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Si, como reconocen las deudoras, su viabilidad no depende de la adopción de las medidas cautelares que solicitan, sino de la obtención financiación de dinero nuevo por importe de 8 o 10 millones de euros como puente a la entrada de un inversor que financie o aporte 28 millones de euros con una importante quita del pasivo financiero y subordinación del residual, lo que no deja de ser un suceso futuro e incierto, que, en otro orden de cosas, carece de cualquier soporte probatorio, es claro que las medidas cautelares solicitadas no aseguran la viabilidad del Grupo e implican un desplazamiento y quebranto patrimonial irreversible para las entidades financieras, que incrementarán su riesgo dependiendo la recuperación de sus créditos de la solvencia de las acreditadas o de la de terceros (deudores cedidos o beneficiarias de avales).

Además, las medidas solicitadas son desproporcionadas y excesivas. No se pretende una modulación del acuerdo de refinanciación que reequilibre las prestaciones recíprocas de las partes, sino que las acreditadas queden exoneradas del cumplimiento de sus obligaciones mientras las entidades financieras cumplen las suyas, es decir, romper el sinalagma contractual y eludir la aplicación de los arts. 1100, 1124, 1256, 1258, 1274 y 1308 del Código Civil.

En las obligaciones bilaterales con reciprocidad de prestaciones el sinalagma está en el génesis de la relación obligatoria, constituyendo el deber de la prestación de una de las partes, la causa por la cual se obliga la otra. Una de las consecuencias principales de este sinalagma es la excepción de incumplimiento contractual, que responde a la idea del cumplimiento simultaneo, de tal suerte que la parte que ha cumplido su obligación, o ha ofrecido cumplirla, puede exigir a la otra que cumpla con la suya, o rehusar el cumplimiento por su parte<sup>64</sup>.

La exigencia de cumplimiento de ratios financieros (*convenants*), las cláusulas de suspensión de disposiciones o resolución anticipada por incumplimiento del

---

<sup>64</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, 1.<sup>a</sup>, 301/2004, de 22 de abril.



deudor (*event of default*) y, por último, la posibilidad de ejecutar las garantías pactadas en caso de incumplimiento son condiciones esenciales para las entidades financieras para asumir el riesgo en un contrato de financiación sindicada cuyo cumplimiento no se debe de suspender como consecuencia del acaecimiento de circunstancias adversas, por mucho que éstas sean excepcionales, riesgo expresa o implícitamente asignado a las acreditadas.

En este caso, la pretensión del Grupo instante, de ser estimada, supondría dejar sin causa de forma sobrevenida (*causa non secuta*) al acuerdo de refinanciación y a los bilaterales, lo que constituye causa de nulidad de pleno derecho (art. 1261.3, 1274 y 1275 CC) o de resolución de dichos contratos (art. 1124. 1182 a 1186, 1156 y 1122 CC)<sup>65</sup> con el efecto de la obligada restitución recíproca de prestaciones (art. 1303 CC).

Lo que pretenden las acreditadas es, precisamente, lo que afirman querer evitar, romper la justicia conmutativa de los acuerdos firmados con las entidades financieras, que se les permita disponer de las líneas de financiación no consumidas sin cumplir su esencial obligación de pago y de forma incondicionada, desplazando todo el riesgo de su actividad empresarial sobre el pool bancario, al que parece considerar como una institución de crédito público que está obligada a salvarlas, olvidando que los bancos, como las acreditadas, son sociedades mercantiles privadas que tienen que responder ante sus accionistas, empleados, clientes y ante el Banco de España y el Banco Central Europeo y cuya actividad, negocio y resultados, por cierto, se han visto afectados en mayor medida que los de las acreditadas por la pandemia COVID-19<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, 1.ª, 299/2014, de 13 de junio.

<sup>66</sup> Como señala la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, 514/2010, de 21 de julio, en los casos en que se da una verdadera ruptura de la base negocial sobre la cual se han contraído las obligaciones de las partes, puede invocarse la doctrina del enriquecimiento injusto "*que no es más que una consecuencia de la inexistencia sobrevenida de la causa que destruye los efectos del contrato*". Pero no de forma directa, prosigue, sino "*en cuanto a la desaparición de la causa afecta a la propia esencia del contrato por el defecto en uno de sus los mencionados efectos del*

En nuestro caso, el equilibrio prestacional, conmutatividad o reparto de los riesgos contractuales no se altera como consecuencia de la pandemia COVID-19, la onerosidad, como decimos, no se ha modificado incrementando el coste de las prestaciones de las acreditadas, y ello con independencia de que su situación financiera les impida atender al cumplimiento puntual de sus obligaciones. En definitiva, las instantes pretenden desplazar sobre las entidades financieras el riesgo de su proyecto empresarial y de su excesivo endeudamiento, cuando durante muchos años se han aprovechado de los beneficios obtenidos, lo que es contrario a la buena fe<sup>67</sup>. ¿Por qué el Grupo no solicita medidas cautelares frente a sus proveedores y clientes al objeto que los primeros hagan una quita o aplazamiento de sus créditos y los segundos amplíen plazos de finalización y entrega de obras o anulen o moderen las penalizaciones pactadas en los contratos de obra que tienen firmados?

Las medidas son definitivas e irreversibles y anticipan la ejecución de un eventual fallo estimatorio porque si se adoptan las acreditadas podrán agotar los saldos no dispuestos antes de que se dicte sentencia en un procedimiento principal, que aún no se ha iniciado, con la consecuencia de que las entidades financieras no podrán recuperar esa deuda de un Grupo que se encuentra, como admiten, en una “*penosa situación económica*” y abocados a un concurso de forma irremediable.

---

*contrato, en cuanto supongan alteración en el contenido de las prestaciones inicialmente proyectadas”, de suerte que “una vez frustrada la finalidad contractual, los efectos deben ser los mismos que los del incumplimiento imputable del artículo 1.124 del Código Civil, a saber, la restitución de lo que las partes se hubieren dado”, “de otro modo”, continúa la sentencia “se contradiría lo dispuesto por el artículo 1.258 del mismo Código, pues “constituiría una consecuencia del contrato contraria a la buena fe que únicamente una de las partes se beneficiara de los efectos del contrato mientras que la otra se viera obligada a cumplir sin obtener nada a cambio”.*

<sup>67</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, 1, 568/2012, de 1 de octubre.