



## LA RESCISION CONCURSAL DE UNA REFINANCIACION ICO COVID

Comentario de la Sentencia 121/2024, de 8 de marzo, de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra

Jesús Riesco Milla | marzo 18, 2024  
Abogado

### 1. INTRODUCCIÓN

---

La Sentencia dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, 121/2024, de 8 de marzo (“la Sentencia”), estima el recurso de apelación interpuesto por CaixaBank contra la del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vigo, de fecha 1 de julio de 2023 (“la Sentencia Recurrida”), que revoca, desestimando íntegramente la demanda presentada por el administrador concursal de una sociedad en la que ejercitaba al amparo del art. 226 del Real Decreto Legislativo 172020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (TRLR) la acción de rescisión del pago por la deudora de un crédito dispuesto y de inmediato vencimiento realizado por la deudora seis meses antes de ser declarada en concurso voluntario mediante un préstamo firmado con carácter instrumental de otro avalado por el ICO que mejoró sustancialmente las condiciones financieras de la deuda refinanciada (plazo y tipo de interés), incluyendo, además, una inyección de “dinero nuevo” por un importe muy significativo.

En el mismo concurso y con idéntico planteamiento el administrador concursal presentó otras dos demandas ejercitando la acción rescisoria en relación con refinanciaciones similares de Banco de Santander y Banco Sabadell, que también fueron estimadas por el juez del concurso en sentencias dictadas con fecha 2 y 3 de julio de 2023, respectivamente<sup>1</sup>.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vigo fue comentada en varios artículos firmados por profesionales del derecho<sup>2</sup>, y también tuvo una amplia difusión en blogs jurídicos, redes sociales y en la prensa<sup>3</sup>, que utilizó como reclamo titulares en los que imputaban a las entidades financieras el uso irregular o fraudulento de los avales ICO-

---

<sup>1</sup> La Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra ha estimado los recursos de apelación interpuestos por ambas entidades financieras, que no han sido publicadas en la fecha de redacción de este comentario.

<sup>2</sup> Alineada con el criterio de la Sentencia Recurrída: FACHAL NOGUER, N., “Rescisión concursal de la cancelación de deudas avaladas por el ICO”, *Almacén de Derecho* ([ver](#)), 6/7/2023 y “Algunas reflexiones acerca de la financiación ICO-Covid cuando la acreditada entra en concurso”, *Almacén de Derecho* ([ver](#)), 10/10/2023. Muy críticos con la sentencia: VILLORIA RIVERA, I., “Rescisión concursal de pago efectuados con fondos procedentes de créditos con garantía ICO (Comentario a las sentencias del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Pontevedra de 1, 2 y 3 de julio de 2023)”, *Revista General de Insolvencias y Reestructuraciones*, n.º 11, 2023, págs. 329-343.; MARTÍNEZ SANZ, F., “Algunas reflexiones acerca de la financiación ICO-Covid cuando la acreditada entra en concurso”, *Almacén de Derecho* ([ver](#)), 10/10/2023; GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., “Sobre la rescindibilidad de los pagos efectuados con las líneas ICO-Covid y el perjuicio para la masa”, *Almacén de Derecho* ([ver](#)), 29/8/2023; y GONZÁLEZ CORTADE, JORGE, “Acciones rescisorias concursales y avales concedidos por el Instituto de Crédito Oficial en el marco de la pandemia Covid-19. Comentario de las sentencias del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Pontevedra, números 48/49/51/2023, de 1, 2 y 3 de julio”, *La Ley Mercantil*, n.º 110, Sección Empresa y Empresario, febrero de 2024, La Ley 8067/2024. Sobre la rescisión concursal relacionada con financiación ICO el abogado que dirige a la administración concursal en el incidente, FERNÁNDEZ MAESTRE, J., “El abuso de la operativa ICO: rescindibilidad concursal”, *La Ley Insolvencia*, n.º 19, abril-junio 2023, La Ley 9085, 9086/2023

<sup>3</sup> PÉREZ, J., “Un juez de Pontevedra condena a tres bancos por uso irregular de los créditos ICO de la pandemia”, *Faro de Vigo* ([ver](#)), 13/07/2023; ESTEBAN, P., “Golpe Judicial A CaixaBank, Sabadell y BBVA por utilizar de forma fraudulenta los créditos ICO”, *Cinco Días* ([ver](#)), 12/07/2023; *1 Diario Cinco Días*, edición digital, 13/7/2023; y REY SUÁREZ, A., “Ineficacia del contrato ICO ¿Una nueva revolución concursal?; SERRALLER, M., “Guerra judicial entre la banca y las empresa en concurso por la devolución de los créditos ICO”, *Voz Pópuli* ([ver](#)), 16/07/2023.

Covid, exactamente la conducta que, como explicaré, les imputó el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vigo<sup>4</sup>.

En fecha anterior a la de la Sentencia Recurrída el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Castellón, dictó la sentencia 88/2023, de 20 de febrero, desestimando la acción rescisoria ejercitada por la administración concursal contra CaixaBank en un caso en el que la deudora había cancelado dentro del período sospechoso un crédito preexistente, líquido vencido y exigible con un préstamo ICO idéntico al que aquí analizamos por considerar que el préstamo ICO se había utilizado para la finalidad prevista en el art. 29.1 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes y extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (RDL 8/2020) y que no concurrían excepcionales que justificasen la rescisión del pago de una obligación debida antes de la declaración del concurso.

La relevancia de los problemas jurídicos debatidos y resueltos en la Sentencia es incuestionable. Baste señalar que, según el último informe publicado por el ICO con datos a 30 de septiembre de 2023<sup>5</sup>, se han formalizado un total de 1.192.484 operaciones, de 674.922 autónomos y empresas, que suponen 140.736,7 millones de euros de financiación a empresas. De ésta, el importe avalado asciende a 107.186,9 millones de euros.

La consolidación del criterio del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vigo puede llevar aparejada la indeseada consecuencia que las entidades de crédito se nieguen en el

---

<sup>4</sup> Destacamos dos trabajos sobre la rescisión de financiaciones ICO publicados tras presentarse la demanda incidental y antes de que el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vigo resolviera: FACHAL NOGUER, N., “La rescindibilidad concursal de los pagos de deudas financieras preexistentes mediante financiación con avales ICO-Covid”, *El Derecho* ([ver](#)), 17/2/2023; FERNÁNDEZ MAESTRE, J. (abogado que firma la demanda incidental), “El abuso de la operativa ICO: rescindibilidad concursal”, *La Ley Insolvencia*, n.º 19, abril-junio 2023, *La Ley* 9085, 9086/2023.

<sup>5</sup> Informes ICO Avales Covid-19 ([ver](#)).

futuro a refinarciar o apoyar una restructuración de empresas en situación de insolvencia, actual o inminente, salvo que esa refinanciación se realice una vez declarado el concurso en el marco de un convenio concursal, justo lo contrario de lo que pretende la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del TRLC: potenciar la eficacia de los instrumentos preconcursales para que toda empresa viable en dificultades (también, en situación de insolvencia actual) se reestructure o refinance fuera del concurso de forma rápida y temprana, lo que permitirá además liberar recursos administrativos y descongestionar el procedimiento concursal.

## 2. VALORACIÓN

---

En mi opinión, la sentencia de la Audiencia Provincial de Vigo es de una extraordinaria calidad por su clara exposición de los problemas jurídicos planteados y los sólidos argumentos de su decisión, que se ajusta a las normas aplicables y a la jurisprudencia que las interpreta.

Creo, y lo digo con todo el respeto, que la sentencia de primera instancia es un ejercicio de voluntarismo en el que el Juez ha rescindido el pago realizado por la deudora sin tener en cuenta su finalidad meramente instrumental de un acuerdo de refinanciación, que no sólo no perjudicó a la masa activa del concurso o alteró el principio de la *par conditio creditorum*, sino que benefició a la deudora y, por ende, a sus acreedores, al permitirle obtener liquidez y liberar tesorería para poder atender a otros pagos necesarios para mantener su actividad y viabilidad, que se vio frustrada, principalmente, como consecuencia de la prórroga de las medidas adoptadas por el Gobierno español ante la persistencia de la pandemia Covid-19.

### 3. EL DEBATE

---

#### 3.1. ACCIONES Y PRETENSIONES EJERCITADAS EN LA DEMANDA

En la demanda que rige este incidente la administradora concursal de una empresa ejercita contra CaixaBank al amparo del art. 226 del TRLC la acción de rescisión del pago y cancelación de un préstamo antes de su vencimiento realizado en el período sospechoso, solicitando:

- a. Que se condene a CaixaBank a reintegrar a la masa activa del concurso el importe pagado, más los intereses legales devengados desde que se realizó el pago hasta el día de su reintegro.
- b. Que se declare, de conformidad con lo dispuesto en el art. 236.3 del TRLC, que el crédito de restitución de CaixaBank como consecuencia de la rescisión del acto tiene la naturaleza de subordinado al haber actuado aquella de mala fe y en fraude de ley, infringiendo el art. 29.1 el RD1 8/2020.

#### 3.2. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vigo con fecha 1 de julio de 2023<sup>6</sup> estima íntegramente la demanda, condenando a CaixaBank al pago de las costas del incidente en primera instancia<sup>7</sup>, y ello por considerar:

---

<sup>6</sup> El Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vigo ha dictado otras dos sentencias, la 49 y la 51/2023, de 2 y 3 de julio, en las que, con idéntica argumentación, estima las demandas presentadas por el administrador concursal contra Banco Sabadell y BBVA, rescindiendo los pagos efectuados por la deudora antes de su declaración de concurso con capital obtenido mediante financiación avalada por el ICO.

<sup>7</sup> Por razones obvias la Deudora se allanó a la demanda.

- a. Que el acto rescindido es un pago anticipado de un préstamo que *“supuso una vulneración de la par conditio creditorum”* e *“implicó una flagrante vulneración de la finalidad que tenía la concesión de ese aval del Estado”* (FD 3.º).
- b. Que, *“debido a las circunstancias concurrentes”* CaixaBank actuó con mala fe (FD 3.º).
- c. Que el acto que se pretende rescindir es un acto unilateral de la deudora, no es un acto ordinario de su actividad y no es una compensación, que, en todo caso, también podría ser rescindida (FD 2.º).

### 3.3. EL RECURSO DE APELACIÓN DE CAIXABANK

CaixaBank interpuso contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vigo recurso de apelación, denunciando la infracción de los arts. 226.1 y 236.3 del TRLC y la jurisprudencia que los interpreta y que ha interpretado los presupuestos de la acción rescisoria concursal en las versiones de la Ley Concursal que han precedido al texto refundido vigente, articulando su recurso en los siguientes motivos:

- a. La Sentencia Recurrída considera el acto rescindido de forma aislada sin tener en cuenta que es un acto meramente instrumental de ejecución de un negocio jurídico complejo (una refinanciación), realizado en el durísimo contexto económico provocado por la pandemia del COVID-19, cuya finalidad era la renovación de una línea de crédito totalmente dispuesta e impagada por un préstamo avalado por el ICO.
- b. El acto rescindido no es un pago, es una renovación o sustitución de un crédito, totalmente dispuesto, impagado y de inmediato vencimiento, por un préstamo avalado por el ICO con mejores condiciones financieras: ampliación del plazo de

amortización a 5 años, reducción del tipo de interés remuneratorio en 3 puntos porcentuales (- 2,9543%) e incremento significativo del capital concedido (25% sobre el límite de disposición de la Línea de Crédito renovada o sustituida).

- c. La finalidad del préstamo ICO fue atender a las necesidades de liquidez de la deudora para evitar que incurriera en mora y en situación de insolvencia. La liquidez de la deudora mejoró como consecuencia de la renovación de su línea de circulante al disponer de dinero nuevo adicional para atender a otras necesidades de liquidez y, además, ampliar el plazo de amortización de su deuda en cinco años, lo que le permitió liberar tesorería para poder dedicarla a otras necesidades, todo ello sin conceder garantías que afectasen a la masa activa en perjuicio de otros acreedores y sin que CaixaBank aprovechara la operación para reducir su riesgo, que, de hecho, incrementó en un 25%.
- d. El acto rescindido no supone perjuicio alguno para la masa activa. CaixaBank obtiene un aval del ICO que garantiza el 80% del capital concedido, pero es una garantía de tercero que no afecta a la masa activa del concurso.
- e. El acto rescindido no vulnera la *par conditio creditorum*. La posición de CaixaBank como acreedora y la del resto de los acreedores concursales no varía como consecuencia del acto rescindido. CaixaBank sigue siendo titular de un crédito ordinario por principal y subordinado por intereses por el 20% del importe del capital del Préstamo ICO y, tras el auto de declaración del concurso de la deudora, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación digital se ha subrogado *ex lege* como titular de un crédito por el 80% del principal restante con la calificación de ordinario (Disposición adicional 8.<sup>a</sup> de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal]).

- f. La aplicación de la restrictiva doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la rescisión de pagos de obligaciones vencidas en situación de insolvencia no resulta de aplicación al caso. El préstamo puente se amortiza con el capital concedido por CaixaBank no con recursos propios de la deudora y, además, no concurren circunstancias excepcionales que justifiquen la rescisión de acuerdo con dicha doctrina. Aunque se admitiera que CaixaBank sabía que la deudora se encontraba en situación de insolvencia cuando se realizó el acto rescindido, esa circunstancia no puede presupuestar la rescisión porque es la que justifica, precisamente, la financiación avalada por el ICO.
  
- g. La aplicación del capital del préstamo ICO, renovación de una línea de financiación del circulante con ampliación del plazo de vencimiento e incremento del capital financiado, cumple estrictamente la finalidad prevista en el art. 29.1 del RDI 8/2020 y en el contrato firmado por el ICO y CaixaBank el 3 de abril de 2020, que se aportó con su contestación, y ello con independencia de que la financiación concedida por CaixaBank u otras entidades financieras a la deudora para atender a sus necesidades de liquidez fuera o no suficiente para que ésta evitase el concurso, que, por cierto, no fue inmediato al acto rescindido.
  
- h. CaixaBank no ha actuado con mala fe o en fraude de ley. El hecho de que se firme un “préstamo puente”, como así se califica en el propio contrato, tiene una explicación muy sencilla: se trataba de evitar que la deudora incurriera en mora en tanto en cuanto el ICO verificase que la operación cumplía los criterios de elegibilidad y aprobase la concesión del aval, que era condición suspensiva expresa de la eficacia del préstamo ICO.

Como analizaré, la sentencia dictada por la Sección 1.º de la Audiencia Provincial de Vigo asume todos los argumentos del recurso de apelación interpuesto por CaixaBank,



con la única excepción, intrascendente, de calificar el acto rescindido de pago y no de renovación de la línea de crédito.

#### 4. EL IMPACTO DE LA PANDEMIA COVID-19 EN LA ECONOMÍA ESPAÑOLA

---

Resulta sorprendente que la Sentencia Recurrída reproche a CaixaBank que haya destinado parte del capital del préstamo ICO (el 75%) a amortizar anticipadamente el préstamo puente siendo conocedora de la situación de insolvencia de la deudora.

Al margen de que, como analizaré, la situación patrimonial, económica y financiera de la deudora que reflejaban las cuentas depositadas en 2019 (últimas aprobadas en la fecha en que se realiza el acto rescindido) no revelaba su insolvencia, hay que tener en cuenta el impacto que tuvo en la economía española la declaración del primer estado de alarma en virtud del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que produjo la paralización casi absoluta de la actividad empresarial (hecho notorio que no precisa de prueba *ex art.* 218.3 LEC).

Entre las medidas extraordinarias y complementarias adoptadas por el Gobierno español para hacer frente al impacto económico y social de la pandemia destacamos tres:

- a. La aprobación de una línea de avales del ICO de hasta 100.000 millones de euros para atender a las necesidades de liquidez de las empresas y autónomos (RDI 8/2020 y Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de marzo de 2020).
- b. La moratoria concursal que suspendió el plazo de la obligación de las empresas de solicitar el concurso hasta el 31 de diciembre de 2021 (Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medias procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en

el ámbito de la Administración de Justicia), y que se prorrogó hasta el 30 de junio de 2022 (Real Decreto-ley 27/2021, de 12 de noviembre).

- c. Y la agilización de la tramitación de los ERTE (RDI 8/2020 y Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo).

En este contexto, la intervención de sectores estratégicos para gestionar la pandemia y minimizar su impacto económico y social como el sanitario, farmacéutico, alimenticio y, por supuesto, financiero, fue crucial para superar una crisis sin precedentes. Las entidades financieras, en su condición de entidades colaboradoras del Estado, mantuvieron e incrementaron sus flujos de actividad internos, asumiendo el riesgo que ello suponía para sus empleados, para gestionar y tramitar la aprobación de los avales ICO de la financiación de aquellas empresas que, como la Deudora, tenían necesidades inmediatas de liquidez.

## 5. LOS HECHOS

---

### 5.1. EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO

La deudora, en calidad de acreditada, y CaixaBank, en calidad de acreditante, firmaron una póliza de contrato de apertura de crédito con un límite de disposición de 100.000 euros y un tipo de interés remuneratorio (TAE) del 7,04%.

El vencimiento del contrato fue prorrogado hasta el 31 de mayo de 2020 en virtud de novación modificativa y no extintiva firmada el 20 de enero de 2020.

## 5.2. EL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE (CUENTA OPERATIVA)

El crédito estaba vinculado a una cuenta corriente abierta en virtud de contrato firmado el día 1 de enero de 2015. Esta cuenta era la operativa para la anotación de todas las operaciones de abono, cargo y compensación de saldos de la línea de crédito.

## 5.3. LA SITUACIÓN PATRIMONIAL, ECONÓMICA Y FINANCIERA DE LA DEUDORA TRAS LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA EN ESPAÑA

La situación patrimonial, económica y financiera de la deudora tras la declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo), que le obligó a cesar en su actividad (almacenamiento y venta de pinturas y útiles para el pintor) y cerrar todos sus establecimientos de venta al público, era, como sucedía con la práctica totalidad de nuestras empresas, de insolvencia probable, inminente o actual, situación excepcional que justificó la aprobación por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital de las medidas excepcionales y complementarias a las que ya hemos referenciado. Imputar a CaixaBank una actuación de mala fe porque cuando se realizó el acto rescindido conocía las dificultades financieras y de liquidez de la deudora, que son las que justifican la financiación y la ayuda del estado, parece un sinsentido.

Según la Sentencia Recurrída, en la fecha en que se realiza el acto rescindido la deudora *“ya arrastraba una situación de insolvencia que, a principios de junio de 2020, ya había dejado de ser inminente para convertirse en actual”* (FD 3.º). La Sentencia Recurrída se remite a la que dictó la Sección 1.ª de esta Audiencia Provincial, 6/2023, de 11 de enero, en un incidente en el que CaixaBank no fue parte<sup>8</sup>, que consideró probado que *“es a partir de enero/febrero de 2020 cuando existen datos que permiten hablar de un estado de insolvencia*

---

<sup>8</sup> AZKO NOBEL COATINGS, S.L. contra la AC y ALMACENES CELSO MÍGUEZ, S.A.

*inminente, en el sentido de que comienzan a producirse impagos de escasa cuantía que, atendidas las circunstancias, era previsible que se generalizaran en los meses siguientes, a menos que hubiera un cambio (apertura de nuevas líneas de financiación o refinanciación en mejores condiciones) que finalmente no se produjo en la dirección esperada, sino, por efecto del EA, en sentido contrario*". Ciertamente, esa es la valoración de la prueba realizada por la Audiencia Provincial en función de la practicada en ese incidente, pero no acredita que CaixaBank conociera, efectivamente, la situación económica, patrimonial y financiera real de la deudora en el mes de junio de 2020, y, aunque así fuera, sería un dato que reforzaría la irrevocabilidad de la financiación por cuanto fue esa situación la que justificó la elegibilidad de la financiación por parte del ICO.

La imagen de la situación económica, patrimonial y financiera que reflejaban las cuentas del ejercicio 2019, últimas aprobadas y depositadas por la deudora en el Registro Mercantil, no reflejaban que se encontrase en una situación de insolvencia, probable, inminente o actual, como así lo considera acreditado la sentencia anteriormente citada, de la Sección 1.<sup>a</sup> de esta Audiencia Provincial 6/2023, de 11 de enero<sup>9</sup>. En concreto, los beneficios del ejercicio 2019 ascendieron a 294.383 euros frente a las pérdidas contabilizadas en el ejercicio anterior (2.896,759,07 euros)<sup>10</sup>. El valor patrimonial neto de la empresa en el ejercicio 2019 fue de 21.745.299,47 euros y su activo corriente (9.713.877,99 euros) era muy superior al pasivo corriente (6.805.546,34 euros)<sup>11</sup>. En el Informe de Gestión del ejercicio 2019<sup>12</sup>, firmado por el administrador

---

<sup>9</sup> Esta sentencia declara en su § 53 que, "las cuentas anuales de los ejercicios 2018 y 2019, cuyo reflejo de la imagen fiel del patrimonio y situación financiera de la sociedad avalan los correspondientes informes de auditoría, permiten afirmar que CELSO MIGUEL no se encontraba en situación de insolvencia, ni actual ni inminente, a fecha 31/12/2019.

<sup>10</sup> Según se recoge en el Informe presentado por la administración concursal en la fase común del concurso, en el Informe de Gestión del ejercicio 2019 se menciona que las pérdidas del ejercicio 2018 tuvieron como causa principal un desfaldo cometido por varios empleados de la empresa.

<sup>11</sup> Informe de la administración concursal (págs. 33 a 39, ambas inclusive).

<sup>12</sup> Informe de la administración concursal.

único de la deudora el 16 de abril de 2020, es decir, un mes antes de la fecha del acto rescindido, se habla con carácter retrospectivo (ejercicio 2019) de la mejora del margen bruto de la empresa, la reducción significativa de sus gastos generales y la mejora de sus resultados, *cash flow* y fondo de maniobra; y, con carácter prospectivo (ejercicio 2020), no obstante la declaración del estado de alarma en España por la pandemia COVID-19, del asentamiento comercial de nuevas líneas de negocio, la optimización de sus recursos y la reducción de sus gastos financieros.

Es evidente que la deudora, CaixaBank y el resto de entidades financieras que le concedieron financiación para atender a sus necesidades inmediatas de liquidez con el aval del ICO, confiaban en que, una vez superada la crisis sanitaria y finalizado el plazo de las sucesivas moratorias concursales la deudora superaría sus tensiones de liquidez y evitaría el concurso. Lo que es inaceptable es responsabilizar a CaixaBank de la frustración de ese objetivo cuando la labor esencial llevada a cabo por ésta y el resto de las entidades financieras de la Deudora en ese periodo está fuera de toda discusión o debate.

#### 5.4. EL PRÉSTAMO ICO

El 29 de mayo de 2020 la cuenta corriente vinculada a la línea de crédito, que vencía en las 48 horas siguientes, con un límite de disposición de 100.000 euros tenía un descubierto de 97.300,55 euros.

El mismo día, 29 de mayo de 2020, CaixaBank y la deudora firman un contrato de préstamo de 125.000 euros con un plazo de amortización de 5 años y un tipo de interés remuneratorio (TAE) del 4,097% (documentos 12 [ficha de información precontractual] y 13 [contrato] de la demanda) condicionado a la elegibilidad del ICO.

Este préstamo mejora sensiblemente las condiciones financieras de la línea de crédito cancelada:

- a. Incluye financiación de dinero nuevo por importe de 25.000 euros (incremento del 25% del límite de disposición del crédito y del riesgo concedido por CaixaBank).
- b. Amplía en 5 años el plazo de amortización, lo que libera su para atender a otras necesidades de liquidez.
- c. Reduce el tipo de interés remuneratorio en 3 puntos porcentuales.

La eficacia de este préstamo estaba sujeta a tres condiciones suspensivas:

- a. Que el ICO no invalidase la procedencia de la solicitud de otorgamiento de aval en garantía de la operación.
- b. Que no se hubiera superado el límite máximo concedido por el ICO a CaixaBank para la línea de avales.
- c. Que la documentación presentada fuera objetivamente idónea para acreditar los requisitos de concesión del aval del ICO.

#### 5.5. EL PRÉSTAMO PUENTE

El 29 de mayo de 2020, es decir, el mismo día en que se firma el préstamo ICO, CaixaBank y la deudora firman un préstamo puente (así se denomina en el contrato)<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Según la definición incluida en la página web del BBVA: “Un préstamo puente es un tipo especial de préstamo al que se recurre cuando hay una necesidad inmediata de financiación. Tiene carácter temporal, concretamente hasta que se obtiene el préstamo definitivo, siempre y cuando el deudor asegure un ingreso futuro. Es decir, se trata de una financiación de corta duración que se produce entre la tramitación de dos préstamos de larga duración” ([ver](#)). En parecidos términos, en la página web de Santander Consumer, se define este tipo de préstamo como el que

de 100.000 euros con un plazo de vencimiento de un mes, a un tipo de interés nominal anual del 4% y sin comisiones por amortización anticipada.

La deudora dispuso del capital del préstamo puente el mismo de su firma mediante abono en la cuenta corriente, compensándose el saldo en descubierto en esa fecha.

El 2 de junio de 2020, una vez cumplidas las tres condiciones suspensivas del préstamo ICO, la deudora dispuso de su capital mediante su abono en la cuenta, que se aplicó (el 75%) a la amortización del préstamo puente. Este es el acto rescindido en la Sentencia Recurrída.

#### 5.6. LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

Por auto de fecha 14 de diciembre de 2020 el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Pontevedra declaró el concurso voluntario de la deudora, que fue publicado en el BOE de 28 de diciembre de 2020, designado a la administradora concursal, una sociedad profesional, que aceptó el cargo.

Desde la fecha del acto rescindido (2 de junio de 2020), hasta la fecha del auto que declaró el concurso (14 de diciembre de 2020), transcurrieron más de seis meses. Tras el primer estado de alarma declarado en el mes de marzo de 2020 (Real Decreto 463/2020, de 4 de marzo), que se prorrogó hasta el día 21 de junio de 2020, ante el

---

*“conceden las entidades financieras cuando el cliente solicita una financiación inmediata a la que podrá responder en un futuro próximo (...) Es decir, la finalidad de este préstamo es financiar a corto plazo a un usuario que va recibir ingresos a medio plazo para que lleve a cabo la compra, principalmente, de un inmueble y después el préstamo pase a ser, normalmente, de larga duración. Como cometido, el del “préstamo” puente es esencialmente su propia definición: unir dos puntos para permitir la circulación entre ellos. Por eso, cuando hablamos de un préstamo final de larga duración nos referimos a aquel que, después de este movimiento, se queda como definitivo. Por tanto, estamos ante un préstamo temporal que finaliza cuando el deudor presenta el ingreso que había sido prometido e inicia el préstamo a largo plazo” ([ver](#)).*

incremento de nuevos casos detectados en España y en Europa, se declaró un segundo estado de alarma en el mes de octubre de 2020 (Real Decreto 926/2020, de 5 de octubre), que se prorrogó hasta el día 9 de mayo de 2021 (Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre).

CaixaBank y la deudora no podían conocer el 2 de junio de 2020, fecha en que se realiza el acto rescindido, que el Gobierno volvería declarar el estado de alarma en el mes de octubre y que esa declaración tendría efecto hasta el día 9 de mayo de 2021. Dicho de otra forma, ni CaixaBank, ni la deudora pudieron anticipar en el mes de mayo de 2020 que la actividad de la segunda estaría suspendida durante más de un año.

## **6. LA NECESARIA VALORACIÓN CONJUNTA DEL NEGOCIO JURÍDICO COMPLEJO QUE INTEGRA EL NEGOCIO QUE SE PRETENDE RESCINDIR**

La Sentencia, citando otra de la misma Sección y Audiencia Provincial de Pontevedra, la 6/2023, de 11 de enero, señala que para determinar si el acto a rescindir perjudica a la masa activa del concurso, es necesario examinar en conjunto la operación de refinanciación en la que se produce: *“no es posible analizar un acto, que tiene una naturaleza puramente instrumental de negocio jurídico complejo, separadamente del conjunto del que forma parte”*.

La determinación del perjuicio para la masa activa constituye una cuestión impregnada de un fuerte casuismo, ya que exige evaluar las circunstancias y el contexto en el que se produjo el acto dispositivo cuya rescisión se pretende. En esta tarea intelectual, es importante eludir el “sesgo retrospectivo”. Como señala la STS, 1.<sup>a</sup>, 652/2012, de 8 de noviembre, *“hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha”*.



En la medida en que estas operaciones deben de valorarse de forma global o conjunta, la Sentencia considera que no cabe la aplicación de normas o jurisprudencia que toma en consideración únicamente aspectos parciales como es, en este caso, los pagos o cancelaciones de deuda originaria que, en realidad no desaparece, sino que se modifica, sin alterar la masa activa de la ahora concursada: *“la nueva financiación no existiría sino fuera para, con carácter principal, refinanciar la deuda preexistente con la entidad financiera, por lo que no se puede, a posteriori, entender que el destino de la nueva financiación debiera ser otro, concretamente otros acreedores, e estaría afectando a la causa del contrato y al sentido y finalidad de la operación financiera”*.

La Sentencia se ajusta al criterio consolidado de la doctrina jurisprudencial de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, que declara que no se puede valorar de forma aislada a efectos de su posible rescisión un acto realizado en ejecución de un negocio jurídico complejo, sino que el juzgador debe considerar todos los hechos o circunstancias que rodean la operación o el acto concreto, así como el contexto en el que se realizó, para evitar errores de apreciación y un sesgo retrospectivo (SSTS, 1.<sup>a</sup>, 254/2018, de 26 de abril; 652/2012, de 8 de noviembre; 185/2012, de 28 de marzo; 362/2008, de 7 de mayo; AAPP de Barcelona, 15.<sup>a</sup>, de 2 de mayo de 2013; A Coruña, 4.<sup>a</sup>, 36/2013, de 1 febrero; y Lleida, 2.<sup>a</sup>, 546/2014, de 19 diciembre).

La Sentencia Recurrída se opone a la jurisprudencia citada al considerar el acto rescindido de forma aislada y no como integrante de un negocio jurídico complejo cuya finalidad era renovar, sustituir o cancelar una línea de crédito totalmente dispuesta y que vencía en 48 horas por un préstamo ICO con mejores condiciones financieras y una inyección significativa de liquidez para evitar que la deudora incurriera en mora, insolvencia e incumplimiento, la eventual ejecución de la línea de crédito, y la resolución anticipada de otros contratos firmados por las partes como consecuencia de la aplicación de cláusulas *cross default*, así como el bloqueo o restricción de su acceso a

la financiación como consecuencia de el empeoramiento de su calificación crediticia en función de la información declarada en los ficheros de solvencia y de morosidad.

Resulta artificial y forzado aislar el pago realizado para la cancelación del préstamo puente del conjunto de la operación, que, lejos de perjudicar a la masa activa o al resto de acreedores (no hay concesión de garantías reales u otros gravámenes que afecten a la masa activa a favor de la deuda preexistente y concedida en su día sin dichos privilegios o garantías, ni tampoco disminución del riesgo asumido por CaixaBank, que aumenta significativamente la financiación concedida a la deudora) beneficia la viabilidad de la deudora, dándole una oportunidad de sobrevivir sin minorar su patrimonio y mejorando su situación financiera y de liquidez.

## **7. LA ACCIÓN RESCISORIA CONCURSAL DE PAGOS DEBIDOS**

El éxito de la acción rescisoria de un pago debido exige, de conformidad con lo dispuesto en el art. 226 del TRLC, que sea perjudicial para la masa activa del concurso. Además, no concurriendo en este caso ninguna de las presunciones *iure et de iure* (art. 227 TRLC) o *iuris tantum* (art. 228 TRLC) de perjuicio, es a la administración concursal a quien le incumbe la carga plena y cumplida de dicho perjuicio.

La doctrina jurisprudencial actualmente vigente define el perjuicio como sacrificio patrimonial injustificado. En este sentido, aunque el pago conlleva una disminución del haber del deudor, no por ello se puede considerar perjudicial, pues al reducir también el pasivo su patrimonio no se ve perjudicado. Es el perjuicio, su identificación, el elemento constituyente y clave para entender, no sólo la acción rescisoria, sino toda la arquitectura de la reintegración de la masa. Para que exista perjuicio para la masa activa que justifique la rescisión, es necesario un acto de disposición patrimonial del deudor que encierre una depauperación de su patrimonio (SSTS, 1.<sup>a</sup> 254/2018, de 26 de abril; 629/2012, de 26 de octubre; 652/2012, de 8 de noviembre; 100/2014, de 30 de abril;

363/2014, de 9 de julio; 428/2014, de 24 de julio; 631/2014, de 1 de noviembre; 41/2015, de 17 de febrero ; 58/2015, de 23 de febrero; 112/2015, de 10 de marzo; 124/2015, de 17 de marzo; 199/2015, de 17 de abril; 340/2015, de 24 de junio y 642/2016, de 26 de octubre).

La STS, 1.<sup>a</sup>, 629/2012, de 26 de octubre, establece la siguiente doctrina para precisar el sentido y alcance del concepto “perjuicio para la masa activa”:

- a. Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato no son equiparables porque esa identificación conceptual nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleve una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles (STS, 1.<sup>a</sup>, 105/2015, de 10 de marzo y ATS, 1.<sup>a</sup>, de 24 de junio de 2015, Rec. 1195/2014).
- b. El perjuicio para la masa activa del concurso puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una minoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa, y, además, debe carecer de justificación.
- c. La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC (actual, art. 227 TRLC) presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización.

- d. El perjuicio debe ser acreditado por quien insta la rescisión del acto impugnado (art. 71.4 LC, 229 TRLC), salvo que sea uno de los contemplados en el apartado 2 del art. 71 LC (art. 228 TRLC), en los que se presume el perjuicio *iuris et de iure*, o de aquellos otros supuestos que regula el art. 71.3 LC (art. 228 TRLC), que admiten prueba en contrario, pero, en este último caso, a cargo de los demandados, prueba que debe ir dirigida a que el acto impugnado no perjudica a la masa activa (SSTS, 1.<sup>a</sup>, 105/2015, de 10 de marzo, 629/2012, de 26 de octubre y 199/2015, de 17 de abril, entre otras).

Según la STS, 1.<sup>a</sup>, 629/2012, de 26 de octubre, “un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa”. Sin embargo, sigue diciendo esta sentencia, “ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la *par conditio creditorum*”<sup>14</sup>.

La STS, 1.<sup>a</sup>, 487/2013, de 10 de julio de 2013, citada en la demanda que rige el incidente, no es de aplicación al caso porque se refiere a un pago realizado a un socio y administrador único de la deudora, es decir, a un supuesto de presunción relativa de perjuicio patrimonial para la masa activa (art. 228.1 TRLC), que no fue destruida por la prueba practicada, considerando el Alto Tribunal que el perjuicio se produce porque el crédito del socio y administrador de la deudora, perfecto conocedor de su situación de insolvencia sería subordinado en el concurso.

---

<sup>14</sup> En el supuesto enjuiciado en esta sentencia, en que un acreedor insta el concurso del deudor y éste, antes de que se declare le paga la deuda no vencida para que desista de su solicitud, presentando a los tres meses siguientes la solicitud de concurso voluntario, el Tribunal Supremo considera que sí concurren circunstancias excepcionales que no justifican el pago realizado por la deudora al acreedor.

La STS, 1.<sup>a</sup>, 642/2016, de 26 de octubre estima que, fuera de los supuestos de las presunciones absolutas o relativas de perjuicio, para que el negocio se estime perjudicial ha de probarse el perjuicio, que existirá *«cuando haya una disminución efectiva del patrimonio que debe conformar la masa activa del concurso, lo que se producirá sí como consecuencia del acto se desvaloriza el patrimonio objeto del procedimiento concursal, lo que impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva de los acreedores concursales, sin que sea necesario que entre el acto del deudor y la situación de insolvencia que da lugar a la declaración del concurso haya una relación causal»*.

El perjuicio ha de determinarse rigurosamente *ex ante* de la declaración del concurso, pues, en otro caso, cualquier acto realizado por el deudor sería perjudicial (SSTS, 1.<sup>a</sup>, STS, 1.<sup>a</sup>, 254/2018, de 26 de abril; 629/2012, de 26 de octubre y 487/2013, de 10 de julio)<sup>15</sup>. El acto ha de haber disminuido el activo patrimonial del deudor, toda vez que cualquier acto oneroso necesariamente repercute en el pasivo. Derechamente, se piensa en la necesidad de que hubieran existido mejores alternativas económicas para el deudor<sup>16</sup>. En este ámbito de valoración del perjuicio en el momento en que se adopta la decisión de refinanciar, incidirá de manera relevante el tipo de crisis económica subyacente a la refinanciación. Por tanto, será necesario analizar caso por caso en relación con el deudor el rango de la garantía y los bienes sobre los que recae y en relación al acreedor la calidad de la deuda que se refinancia y las posibilidades de cobro, de lo que puede derivar que en ocasiones una refinanciación lejos de perjudicar a la masa la beneficia (por ejemplo, si la entidad financiera acreedora tenía título

---

<sup>15</sup> CARRASCO PERERA, advierte que una comprensión defectuosa del concepto de perjuicio relevante a los efectos rescisorios, podría convertir en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en el período crítico de los dos años anteriores a la declaración del concurso, *«con la consecuencia de que la retroactividad automática de la quiebra, expulsada por la puerta grande de la LC, habría vuelto a introducirse por la ventana»* (“Los derechos de garantía en la Ley Concursal”, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 312).

<sup>16</sup> *«El riesgo y ventura de las contingencias posteriores al momento de la concesión del crédito (si este hubiera sido el acto jurídico realizado) son del deudor y del concurso, aun cuando el resultado de la inversión no resultó como se esperaba»* (CARRASCO PERERA, A., op. cit. pág. 317). De este modo, cuestiona el autor si cabe considerar perjuicio para la masa cuando el deudor ha realizado de buena fe actos de disposición razonables, *«en consideración a una política financiera de saneamiento de su estado de insolvencia»*.

ejecutivo y en virtud de la refinanciación renuncia a una rápida ejecución sobre bienes libres del deudor y opta por un aplazamiento aunque en condiciones más ventajosas respecto del tipo de interés). Los razonamientos expuestos, desde luego, son congruentes con la inteligencia de un sistema de mercado maduro, donde todos los operadores económicos asumen la ventura de su actuación económica. No basta, nótese, desequilibrio contractual. Antes, al contrario, habrá que enjuiciar si, sobre la base de criterios objetivos, se ha producido una disminución de la masa patrimonial que repercuta sobre la supuesta cuota de satisfacción de los acreedores ordinarios. Así, el acto en cuestión debe rebajar el activo patrimonial del concursado, no siendo, por tanto, suficientes, simples actos de creación o aumento del pasivo. A la vista de lo anterior podemos concluir afirmando que existe perjuicio para la masa activa cuando el acto en cuestión reduzca, dificulte, agrave o imposibilite la satisfacción colectiva y ordenada, según los criterios *ex lege*, de los acreedores.

La STS, 1.<sup>a</sup>, 363/2014, de 9 de julio, descarta la rescisión de los pagos efectuados por la concursada que estaban incluidos dentro de un acuerdo de refinanciación y reestructuración por cuya virtud las deudas vencidas se transformaron en deudas a largo plazo, se inyectó dinero nuevo, se evitaron ejecuciones y se reestructuró todo el pasivo de la concursada.

La STS, 1.<sup>a</sup>, 183/2015, de 19 de mayo, desestima la reintegración de un pago realizado por la concursada en el período sospechoso de un crédito vencido y exigible porque no ocasiona una disminución de la masa activa del concurso, ni afecta a principio de la *par conditio*.

La STS, 1.<sup>a</sup>, 105/2015, de 10 de marzo, rechaza la rescisión de la ampliación de un préstamo hipotecario porque no es un acto perjudicial para la masa activa, como tampoco lo son los pagos realizados de deudas preexistentes vencidas, líquidas y

exigibles, que, en general, no suponen un perjuicio para la masa activa, salvo que concurra alguna circunstancia que les prive de justificación.

Las SSTS, 1.<sup>a</sup>, 58/2015, de 20 de febrero y 124/2015, de 17 de marzo, desestiman las acciones de reintegración de dos préstamos hipotecarios firmados por el deudor antes de la declaración del concurso para refinanciar sus deudas con la entidad financiera prestamista por considerar que, a pesar de que las deudas refinanciadas no estaban garantizadas, no se causó a un perjuicio patrimonial injustificado para la masa activa del concurso porque, en ambos supuestos, si bien se cancelaron las deudas preexistentes, se modificaron las condiciones de las financiaciones, mejorándolas, ampliando los plazos de amortización y, además se concedió liquidez. Es más, en el caso analizado en la STS, 1.<sup>a</sup>, 58/2015, de 20 de febrero, se rechaza la rescisión de la garantía constituida al haberse ampliado el capital disponible.

La STS, 1.<sup>a</sup>, 254/2018, de 26 de abril, además de afirmar que una dación en pago es un negocio jurídico complejo que debe de valorarse en su conjunto, desestima la acción de rescisión de la cesión de los derechos de la concursada sobre unas plazas de aparcamiento con la extinción de créditos por un importe superior al de los derechos cedidos por considerar que no fue perjudicial para la masa activa del concurso.

La STS, 1.<sup>a</sup>, 340/2015, de 24 de junio, desestima la rescisión del pago de deudas vencidas, líquidas y exigibles antes de la declaración del concurso mediante la novación de préstamos hipotecarios en los que se amplió el capital disponible, el período de carencia en la amortización del capital y reducción del tipo de interés remuneratorio. Señala esta sentencia que las novaciones realizadas, *“en la medida en que supusieron, en un caso, una ampliación de capital disponible y, en todos se ampliaba el plazo de carencia y se reduce el tipo de interés, no puede sostenerse que la "única beneficiaria de dichas operaciones fue la entidad de crédito, en perjuicio del resto de acreedores"”*. Es decir, considera que no existe

perjuicio para la masa activa porque “*la ampliación del plazo de carencia y la reducción del tipo de interés son circunstancias que objetivamente son favorables para la deudora*”.

En el mismo sentido se pronuncia la STS, 1.<sup>a</sup>, 58/2015, de 23 de febrero, al indicar que no concurriría perjuicio para la masa activa en tanto en cuanto se cumplen circunstancias que ordinariamente también deben valorarse en estos casos, así pues, “*se ha producido una aportación significativa de dinero nuevo, 500.000 euros (menos 2.000 retenidos por comisión), al ampliarse el crédito disponible en ese momento en esa suma (498.000 euros); y se ha prorrogado un año más la póliza de crédito anterior, (...) pese al espejismo de perjuicio para la masa activa, en realidad no lo hay*”.

## **8. EL ACTO NO PERJUDICÓ A LA MASA ACTIVA DEL CONCURSO NI ALTERÓ LA PAR CONDITIO CREDITORUM**

La Sentencia Recurrída considera que el acto rescindido ha ocasionado un perjuicio para la masa activa del concurso porque la deudora amortizó un crédito que aún no había vencido vulnerando la *par conditio creditorum*.

Discrepo de la valoración del Juzgado: el acto rescindido no implica ningún sacrificio o lesión patrimonial alguna para la Deudora o sus acreedores o un trato privilegiado para CaixaBank. En efecto:

- a. La masa pasiva del concurso no se incrementa. Se renueva o cancela una línea de crédito dispuesta e impagada por un préstamo ICO con mejores condiciones financieras e inyección significativa de dinero nuevo.
- b. El crédito del ICO como avalista tiene la misma condición que el de CaixaBank y el que tendría la línea de crédito cancelada (Disposición adicional 8.<sup>a</sup> de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal).



- c. La masa activa no sufre ninguna minoración porque la garantía que obtiene CaixaBank es del ICO, es decir, la deudora no aporta ninguna garantía adicional (SSTS, 1.<sup>a</sup>, 629/2012, de 26 de octubre; 487/2013, de 10 de julio; 100/2014, de 30 de abril; 428/2014, de 24 de julio; AAPP Lleida, 2.<sup>a</sup>, 238/2011, de 13 de julio de 2011 y 39/2013, de 25 de enero 2013; Madrid, 28.<sup>a</sup>, de 19 de diciembre de 2008 y de 15 de enero de 2010; y Barcelona, 15.<sup>a</sup>, de 8 de enero de 2008).
- d. Los fondos con los que se extingue la obligación no forman parte de la masa activa de la deudora porque están destinados a cancelar la línea de crédito dispuesta e impagada.
- e. CaixaBank no obtiene un trato de favor como acreedora. La posición de CaixaBank como acreedora concursal habría sido la misma de no haberse realizado el acto rescindido. Si CaixaBank no hubiera concedido la financiación ICO (teniendo en cuenta su elemento finalista, contemplado en la normativa) habría llegado al concurso con una cuenta de crédito con garantía personal dispuesta en su práctica totalidad. Por el contrario, llega al concurso con un préstamo con la misma calificación crediticia que el cancelado que no cuenta con garantías reales o personales que afecten a la masa activa del concurso. No se altera, por tanto, la *par conditio creditorum*.

Entiende la Sentencia que el acto rescindido no es una renovación o sustitución de la línea de crédito sino un pago de un crédito totalmente dispuesto, impagado y de inmediato vencimiento por un préstamo avalado por el ICO con mejores condiciones financieras.

En todo caso, la Sentencia considera que tratándose de un pago debido no existe perjuicio para la masa activa del posterior concurso, salvo que el deudor estuviera ya

en un claro estado de insolvencia, que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la *par conditio creditorum*, “*parámetros que igualmente son relevantes para valor si la prestación de una garantía tiene una justificación razonable*” (en este sentido, (SSTS, 1.<sup>a</sup>, 170/2021, de 25 de marzo; 629/2012, de 26 de octubre y 487/2013, de 10 de julio).

Según la STS, 1.<sup>a</sup>, 629/2012, de 26 de octubre, “*en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa*”. No obstante, sigue diciendo esta sentencia, “*ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par conditio creditorum*”.

La STS, 1.<sup>a</sup>, 855/2007, de 24 de julio, razonaba que: “*el deudor, en tanto no resulte constreñido por un proceso ejecutivo o concursal para la ordenada concurrencia de los créditos (el cual puede determinar la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa), tiene libertad para realizar sus bienes y atender a los créditos que le afecten sin atender a criterios de igualdad o preferencia, como se infiere del hecho de que el CC (art. 1292) únicamente considera rescindibles los pagos hechos en situación de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo pago no podía ser compelido el deudor en el tiempo de hacerlos, pero no los que no reúnen esta condición, en virtud del principio qui suum recepit nullum videre fraudem facere (quien cobra lo que es suyo no defrauda)*”.

Esta doctrina fue aplicada analógicamente en la STS, 1.<sup>a</sup>, 629/2012, de 26 de octubre, que declaró, como corolario moderno de aquel principio y criterio justificativo de la rescisión, que si bien como regla general “*cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor*”, sin

*embargo, dicha regla se exceptúa en el caso de que "al tiempo de satisfacer el crédito [el deudor] estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido".*

Como señala la STS, 1.<sup>a</sup>, 105/2015 de 10 marzo: *“Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par conditio creditorum». Ni la demanda, ni la sentencia recurrida justifican qué circunstancias son las que concurren que privan de justificación unos pagos debidos, vencidos y exigibles. Es cierto que alguno de ellos fue muy próximo a la declaración de concurso, pero no basta la mera proximidad, ha de concurrir alguna otra razón que ponga en evidencia la alteración de la par conditio creditorum”.*

La doctrina jurisprudencial que citamos debe ponerse en relación con las siguientes circunstancias que concurren en este caso:

- a. La excepcional situación económica derivada de la pandemia que implicó precisamente la necesidad de aprobar una normativa de emergencia a nivel económico (entre ellas, las propias líneas ICO COVID o la moratoria concursal) para paliar las graves consecuencias de dicha crisis. Por lo tanto, dada la excepcionalidad del momento y su afectación generalizada a numerosísimos sectores económicos, no puede aplicarse la doctrina jurisprudencial sobre la mala fe derivada del conocimiento de una situación de insolvencia de la Deudora, que es, precisamente, la que justifica la validez de la financiación y de su elegibilidad por parte del ICO.

- b. El crédito financiero representa el 67% del pasivo concursal de la deudora. Es evidente que si al menos cuatro entidades financieras de las que constituían el pool bancario de la Deudora (BBVA, Banco Sabadell, Unicaja y CaixaBank), renovaron la financiación de su circulante con avales ICO-COVID-19 Liquidez, como se declara probado en las tras sentencias dictadas por el Juzgado *a quo* en los incidentes sobre rescisión de financiación ICO promovidos en el concurso, es porque con esta financiación se trataba de evitar el riesgo de insolvencia de la deudora. Si varias entidades financieras, actuando de forma totalmente independiente y sin previo consenso han concedido a la deudora financiación ICO para atender a sus necesidades de liquidez se debe de descartar una alteración de la paridad de trato y la mala fe.

La Sentencia Recurrída, a pesar de que no existe perjuicio alguno para la masa activa del concurso, considera que el pago se realizó cuando la deudora ya se encontraba en situación de insolvencia (principios de junio de 2020), lo que CaixaBank conocía, por haberlo admitido así en su contestación a la demanda.

- a. En primer lugar, si no existe perjuicio para la masa activa la acción debe decaer sin necesidad de entrar a valorar la buena o mala fe de CaixaBank.
- b. En segundo lugar, la deudora, como la práctica totalidad de las empresas en España tras la declaración del estado de alarma como consecuencia de la pandemia COVID 19, tenía problemas de liquidez, situación que justificó, precisamente, la ayuda del estado a través de las líneas de avales ICO. Rescindir una financiación prevista, precisamente, para coadyuvar a las empresas con problemas de liquidez derivados de una situación excepcional, basándose en la excepcionalidad de esa situación, es una absoluta contradicción.

- c. En tercer lugar, la situación patrimonial, económica y financiera que reflejaban las últimas cuentas depositadas por la deudora en el Registro Mercantil cuando se realizó el acto rescindido no era de insolvencia, siquiera inminente.
- d. En cuarto lugar, la deudora y CaixaBank no pudieron prever que, una vez superada la primera crisis derivada la pandemia COVID-19 y levantado el estado de alarma en el mes de junio de 2020, en el mes de octubre de ese mismo año, una vez firmados el Préstamo Puente y el Préstamo ICO y realizado el acto rescindido, el Gobierno volviera a declarar un segundo estado de alarma que se mantuvo hasta el día 9 de mayo de 2021. La Sala debe de resolver valorando la situación conocida en el momento de realizarse el acto rescindido y no en función del resultado finalmente conocido.
- e. CaixaBank no obtuvo beneficio alguno respecto al resto de los acreedores o en perjuicio de éstos, simplemente obtuvo una garantía parcial del ICO.
- f. Finalmente, la situación de insolvencia de la deudora es la que ampara, precisamente, la validez de la financiación y su elegibilidad por parte del ICO.

La Sentencia considera probado que el préstamo puente *“se articula como un mecanismo de garantía tendente a evitar las consecuencia de que el préstamo ICO no fuese aprobado en plazo - o no fuese aprobado-, sin que se observe mecanismo de garantía tendente a evitar las consecuencias de que el préstamo ICO no fuese aprobado en plazo -o no fuese aprobado-, sin que se observe en esta última operación ningún elemento de agravación de la situación preexistente, antes al contrario, no se incluye comisión de amortización anticipada, de forma que el pago realizado tan pronto se concedió el préstamo ICO no dio lugar a comisión alguna, como tampoco a intereses, lo que demuestra el objetivo de esta operación”*. En definitiva, si bien es cierto que el préstamo puente se cancela 27 días antes de su vencimiento, teniendo en cuenta esa

finalidad puramente instrumental, una vez aprobado y dispuesto el préstamo ICO, *“carecía de sentido mantener vivo el préstamo puente, so pena de pagar intereses”*.

En consecuencia, la Sentencia considera que el acto rescindido no supuso perjuicio alguno para la deudora o una merma para la masa activa del concurso, sino que supuso un beneficio *“la ampliación del plazo de vencimiento, sin ninguna carga o gravamen adicional”* y el *“aplazamiento del vencimiento de los créditos que se cargan a la nueva financiación, lo que hace es liberar recursos de tesorería o de caja que se vayan generando para sus necesidades, ya que no es preciso atender a los créditos que estaban a punto de vencer, y han obtenido un nuevo plazo de vencimiento a 5 años”*.

Desde la óptica de la entidad financiadora, la Sentencia señala que su posición como acreedora no mejora de cara a un futuro concurso de la deudora, *“porque sus créditos siguen manteniendo el mismo importe y la misma calificación de créditos ordinarios, solo cambia el negocio sobre el que se sustenta su crédito, antes un contrato de apertura de crédito y después un contrato de préstamo ICO, mediando un préstamo puente por el que no percibe ni comisiones ni, al haberse devuelto inmediatamente, comisiones”*. Ciertamente, CaixaBank *“obtiene un beneficio a modo de garantía del Estado que avala un 80% del préstamo, pero ello no es a cargo de la sociedad concursada, a la que le resulta ajeno, en principio, dicho aval del Estado en favor de la entidad financiera”*.

La Sentencia tiene en cuenta que el pago se enmarca en una operación que responde a una *“estrategia global de refinanciación del pasivo financiero”* de la deudora, lo que le consta porque ha tenido que examinar y resolver los otros dos recursos de apelación presentados por Banco Santander y BBVA con refinanciaciones análogas, operación contemplada el antiguo art. 71 bis de la Ley Concursal de 2003 y en los vigentes arts. 614 y 616 del TRLC.

No se discute, dice la Sentencia, *“que tales acuerdos, para poder hacerse resistentes a la rescisión en la forma establecida por la legislación concursal, debían reunir una serie de requisitos que no concurren en el presente caso. Pero ello no determina que acuerdos singulares de refinanciación de deuda, como los aquí enjuiciados, deban ser rescindidos, y menos con un carácter parcial que no toma en consideración la totalidad de la operación, pues ésta no se entiende sino desde una visión global o de conjunto destinada a proporcionar liquidez que permitiera salir de la situación en que se encontraba y pagar a los proveedores y a los trabajadores”*.

Según la Sentencia *“no puede entenderse como perjuicio a la masa activa, en cuanto sacrificio patrimonial injustificado, una operación para refinanciar un circulante que, en otro caso, al estar próximo su vencimiento, iba a asfixiar financieramente a la ahora concursada, generando una situación de impago generalizado de las fuentes de financiación que conduciría inexorablemente al concurso de acreedores”*.

La Sentencia admite que *“si se pone el foco de atención en el pago de la deuda todavía no vencida en una situación de confesada dificultad de tesorería, con una situación contable -sin duda conocida por el banco-, acreditativa de las dificultades financieras, podría justificarse la afirmación de la presencia de las circunstancias excepcionales para que el acto de pago pueda entenderse rescindible”*, pero lo que se pretende es la retrocesión del pago realizado y que se mantenga la financiación ICO, *“lo que supone asumir que dicha financiación se hubiera concedido en todo caso, lo que no parece que hubiera sido así, vistas las circunstancias, como resulta del hecho de que no volviera a ampliarse la financiación”*.

Aunque el concurso se solicitó cuando ya habían transcurrido mas de seis meses de desde la fecha del acto rescindido, la Sentencia entiende que, en el caso de que la deudora presentase signos de encontrarse en situación de insolvencia inminente a partir de enero o febrero de 2020, como se sostiene por el administrador concursal, *“ello no garantizaría el éxito de la acción de reintegración porque la prueba practicada acredita que*

*la deudora mantenía conversaciones con todo el pool bancario para refinanciar su pasivo financiero y que las medidas de contención por el estado de alarma y el cierre forzado de los establecimientos de la deudora agravaron extraordinariamente la situación, por lo que la exigencia de tesorería se hizo agravante, abriéndose así un nuevo escenario”.*

En cuanto a la obligación de CaixaBank de conceder más financiación nueva a la deudora tras la declaración del estado de alarma, la Sentencia argumenta resultaría *“contrario a la lógica económica del mercado, salvo que se justificaran unas perspectivas de viabilidad que los hechos desmintieron definitivamente, pues la deudora se halla actualmente en liquidación”*. Precisamente, sigue diciendo la Sentencia, *“lo que permitía la concesión de la financiación en la situación creada por la pandemia era la posibilidad de acceder a la línea de avales públicos que cubrieran en su mayor parte el riesgo de un impago que ya se había actualizado en diversas operaciones, y que naturalmente habría de agravarse si persistían las medidas de contención sanitaria y los consiguientes efectos en la economía [...] de esta forma, con la financiación obtenida, se consiguió cancelar aquellas posiciones y obtener nueva financiación, lo que evitaba el riesgo de la ejecución forzosa y permitía liberar tesorería para otras atenciones, (proveedores, trabajadores, arrendadores, acreedores públicos ...)”*.

Según la Sentencia, *“la empresa pretendía obtener liquidez para hacer pagos y mantener la actividad, y los bancos priorizaban la cancelación de sus posiciones deudoras preexistentes, la crisis generada por la pandemia agravó al extremo la situación, pero el propósito de las partes era el de lograr la continuación de la actividad; la aprobación de las líneas de avales públicos fue lo que permitió la novación de la deuda vencida y el otorgamiento de las dos operaciones de financiación, una de ellas la que se pretende rescindir”*.

El hecho de que finalmente la situación no mejorara y la deudora decidiera presentar la solicitud de concurso voluntario, antes incluso de la finalización del plazo de suspensión, *“no puede reprocharse a la entidad financiera, cuya posición en el concurso no se vio alterada, ni tampoco la de los otros acreedores, pues continuaría como titular de créditos por*



*los importes no satisfechos de las nuevas operaciones, aunque contara, por decisión legislativa, con el aval parcial del Estado”.*

Partiendo de estas consideraciones, la inexistencia de un perjuicio patrimonial injustificado, *“o más bien, de unas operaciones que, en realidad, beneficiaron a la ahora concursada, sin mejorar el futuro concursal de la entidad financiera, no puede entenderse que exista un perjuicio a la masa activa que justifique la rescisión parcial de la operación y que, ni siquiera su ejecución, mejora o favorece a ningún otro acreedor”.*

## **9. CAIXABANK NO HA ACTUADO CON MALA O EN FRAUDE DE LEY**

---

Dado que no hay perjuicio para la masa, no tiene sentido entrar a discutir la supuesta mala fe de CaixaBank, que conlleva la subordinación de su crédito de restitución como efecto derivado de la rescisión del pago realizado por la Deudora.

Sorprenden las continuas referencias de la Sentencia Recurrída a maquinaciones o al encubrimiento de la operativa por parte de CaixaBank cuando resulta patente, que estamos ante una refinanciación en mejores condiciones financieras para atender a las necesidades inmediatas de liquidez de la deudora, que se articuló mediante la firma de dos préstamos, uno de ellos como puente del otro, es decir, para evitar que la deudora incurriera en mora hasta que el ICO eligiera el préstamo definitivo.

La Sentencia Recurrída basa su convicción sobre la mala fe de CaixaBank en el hecho de que haya financiado a una empresa insolvente, circunstancia que califica como “agravante”. No ha tenido en cuenta el Juzgado *a quo* que las pequeñas empresas o autónomos, objetivamente insolventes ante la situación excepcional provocada por el COVID-19 y las medidas excepcionales adoptadas por el Gobierno, como el confinamiento, eran las destinatarias naturales de esta financiación, en la esperanza de que con este balón de oxígeno que, evidentemente, no hubieran recibido sin el aval del Estado (precisamente por su situación de insolvencia), pudieran superar la crisis

generada por la pandemia y volver a su viabilidad empresarial una vez eliminadas las restricciones impuestas, con la vuelta a la normalidad social y económica.

El Tribunal Supremo ha manifestado de forma reiterada (SSTS, 1.<sup>a</sup>, 723/2012, de 7 de diciembre, y 211/2016, de 5 de abril, entre otras) que la mala fe a efectos de reintegración concursal no puede equipararse como el concepto de mala fe en sede de rescisión en fraude de acreedores (acción pauliana), centrado en el conocimiento o cognoscibilidad de la situación de insolvencia de la contraparte, exigiéndose un elemento adicional de carácter objetivo que justique un reproche ético en el tráfico jurídico. Basta referirse a la STS, 1.<sup>a</sup>, 170/2021, de 25 de marzo, sobre cuya doctrina se construye la estimación de las acciones de reintegración, para darse cuenta de que no es suficiente saber que la empresa es insolvente<sup>17</sup>.

¿Qué conducta de CaixaBank es merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico? CaixaBank cumplió con la normativa legal y con la finalidad de política legislativa que inspiró esta normativa excepcional por la que el Estado avaló la concesión de más de un millón de operaciones de la línea “ICO-Liquidez” por un importe superior a 120.000 millones de euros de los cuales casi las tres cuartas partes se concedieron a microempresas o autónomos y, en un elevado porcentaje, con plazos de vencimiento superiores a 4 años que, posteriormente, se pudieron ampliar -como es sabido- a vencimientos de 8 o 10 años.

Esta operativa salvó a una buena parte de nuestro tejido empresarial y, a diferencia de lo que sucedió en la crisis iniciada a finales de 2008, las entidades de crédito y nuestro

---

<sup>17</sup> En este caso, habiéndose solicitado ya el precurso, se articulan unas cesiones de crédito contra la futura concursada a otras empresas del mismo grupo que eran, a su vez, deudoras de la que había solicitado para así poder oponer una compensación legal generada artificialmente que, a la postre implicaba un “pago” de esos créditos que, en dicho concurso, hubieran sido calificados como subordinados al ser las titulares de los créditos cedidos personas especialmente relacionadas con el concursado. Y todo firmado por el mismo consejero delegado de todas las empresas del grupo implicadas en dicha operativa fraudulenta.

sistema bancario en su conjunto fueron parte de la solución y no del problema. Ciertamente, no todas las empresas y autónomos consiguieron superar esa insolvencia coyuntural y terminaron solicitando el concurso a pesar de esa “respiración asistida” que recibieron en 2020 o 2021, que sólo retrasó lo que era quizá inevitable. Resulta inadmisibles, que, llegado ese momento, se pretenda imputar mala fe a las entidades de crédito por haber concedido esa financiación sabiendo la difícil situación económico y financiera en que se encontraban las empresas deudoras para subordinarles como acreedores concursales.

Como decimos, la Sentencia Recurrída califica el crédito de restitución de CaixaBank como subordinado por considerar que ha actuado de mala fe (art. 230.1 TRLC) enumerando las circunstancias, que califica de “agravantes”, en las que basa su convicción y que seguidamente analizamos.

El acto rescindido *“obedeció a una estrategia diseñada para lograr satisfacer un crédito no garantizado (más que con la ya inexistente solvencia de la concursada), con los fondos obtenidos a través de un préstamo, concedido por la misma entidad bancaria ciertamente, pero que gozaba con el aval del Estado en su mayor parte”*. El argumento no se sostiene:

- a. De un lado, la deudora necesitaba financiación para tratar de superar sus problemas de liquidez inmediata y la obtuvo de CaixaBank y de otras entidades financieras gracias a la ayuda concedida por el Estado a través la línea de avales ICO.
- b. De otro, la circunstancia de que CaixaBank obtuviera la garantía del ICO del 80% del capital concedido en nada afecta a la masa activa del concurso, ni mejora su posición como acreedor concursal.

El capital del préstamo ICO se destinó exclusivamente al pago del préstamo puente de CaixaBank, *“cuando era conocido de ambas entidades que había otros muchos acreedores”*.

Tampoco compartimos el argumento:

- a. En primer lugar, la afirmación de la Sentencia Recurrída no es exacta porque, además de los 100.000 euros aplicados a la cancelación del préstamo puente, la deudora obtuvo 25.000 euros adicionales de liquidez.
- b. En segundo lugar, el Juzgado *“a quo”*, no tiene en consideración algo esencial: la finalidad meramente instrumental del préstamo puente. Es cierto que el capital del préstamo ICO se aplica a la amortización del préstamo puente, pero también lo es que CaixaBank no cobra su crédito con preferencia a otros acreedores, sólo obtiene un aval del ICO, garantía que en nada afecta a la masa activa del concurso.
- c. En tercer lugar, la circunstancia de que la deudora tuviera otros acreedores carece de toda relevancia en la medida en que el acto rescindido no alteró la paridad de trato de los de igual condición. Como señala la STS, 1.<sup>a</sup>, 340/2015, de 24 de junio, *la circunstancia invocada por la sentencia recurrida de que la entidad era conocedora de la difícil situación económica de la concursada no es suficiente pues, a falta de otras circunstancias (...), en la insolvencia inminente, el concursado, único legitimado para solicitar la declaración del concurso, es el que en mejores condiciones puede formular un juicio de previsibilidad sobre el futuro cumplimiento de las obligaciones”*.
- d. En cuarto lugar, la mera cancelación de deuda preexistente o su sustitución por una nueva con el mismo acreedor sin constitución de nuevas garantías no supone perjuicio alguno para la masa activa al punto que, incluso si se constituyen nuevas garantías, el art. 228.2 del TRLC admite la prueba en contrario a la presunción de existencia de perjuicio. Es más, el art. 71 bis de la derogada Ley Concursal declaraba irrescindibles las refinanciaciones en las que *«se proceda, al menos, a la ampliación*

*significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad”*. Centrarse en que la nueva financiación se utiliza para cancelar las posiciones anteriores con la misma entidad, sin tener en cuenta la concesión de más crédito y, sobre todo, siempre de más plazo en todos los supuestos sin obtener más o mejores garantías sobre el patrimonio del deudor me parece que es perder la visión de conjunto.

- e. En quinto lugar, no estamos ante una financiación nueva en la que el deudor puede emplear los fondos obtenidos como estime oportuno, sino ante una refinanciación en la que lo lógico es que los fondos se destinen a cancelar total o parcialmente la deuda preexistente.
  
- f. En sexto lugar, es cierto que, a pesar de la renovación de sus líneas de circulante la deudora no pudo evitar que solicitara el concurso a los seis meses y que CaixaBank se benefició al obtener un aval ICO del 80% de su nuevo riesgo incrementado en un 25%, pero también lo es que toda la normativa de excepción que se dictó para mitigar los efectos económicos del COVID-19 estaba orientada a posibilitar que empresas insolventes como consecuencia de circunstancias excepcionales, que no estructurales, no se vieran obligadas a solicitar el concurso de suerte que, una vez superadas esas circunstancias coyunturales, pudieran continuar con su actividad. Es más, de forma consciente y deliberada se suspendió el deber de solicitar el concurso de forma generalizada, sin distinguir si la situación de insolvencia venía derivada de la declaración del estado de alarma y el confinamiento o si era ya previa al 14 de marzo de 2020, a diferencia de lo que habían acordado otros países europeos. Por tanto, nada se puede reprochar a las entidades de crédito por dar financiación ICO a entidades en situación de insolvencia inminente.

Según la Sentencia Recurrída, “es indiferente que la propia entidad bancaria pudiese haber ampliado alguno de los plazos de vencimiento en un momento anterior, ya que lo decisivo es si en el momento del abono los correspondientes créditos estaban vencidos o no”. No es un argumento correcto, considerando la operación en su conjunto, sus efectos serían los mismos que si se hubiera formalizado una novación modificativa de la línea de crédito. En este caso, no se podría hablar de pago o cancelación. En todo caso, el vencimiento de la obligación cancelada no parece ser decisivo para el Juzgado *a quo*, que también rescinde los pagos de obligaciones vencidas en los incidentes seguidos contra el Banco Sabadell y BBVA, y que, en la Sentencia Recurrída, precisa que “*aun cuando el crédito pagado o amortizado hubiese estado vencido ya el 2 de junio de 2020, el pago realizado debería ser igualmente rescindido*” (FD 3.º).

Enlazando con lo anterior, el Libro Segundo del TRLC sobre el derecho preconcursal es aplicable por expreso y consciente deseo del legislador nacional, ya que no obligaba a ello la Directiva 2019/1023, no sólo a las situaciones de probabilidad de insolvencia, sino también de insolvencia inminente e, incluso, de insolvencia actual. Si es así, ¿cómo se puede afirmar que no se pueden conceder nuevas líneas de financiación con simultánea cancelación de las anteriores con cargo a ellas cuando se está en situación de insolvencia actual? ¿Acaso puede generalizarse esta doctrina en el sentido de que esas refinanciaciones o renovaciones de líneas de crédito que se negocien dentro de un plan de reestructuración no pueden aplicarse principal o exclusivamente a la cancelación de las ya vencidas o de vencimiento inminente previamente concedidas por los mismos acreedores que conceden las nuevas líneas de financiación a más largo plazo, si existen otras deudas impagadas o de vencimiento igualmente próximo? ¿Las entidades financieras deben asumir que al refinanciar a empresas con problemas de liquidez se arriesgan a que son declaradas en concurso en los dos años siguientes tendrán que devolver los importes aplicados para que se repartan entre todos los acreedores concursales y, encima, con subordinación de sus créditos de restitución por haber actuado de mala fe al haber refinanciado a una empresa insolvente con la

intención de que saliera de dicha situación, evitando su declaración en concurso de acreedores?. Se dirá -y es cierto- que sí es posible refinanciar o reestructurar la deuda de una empresa insolvente si, como se establece en el Libro Segundo, con ello se *“ofrezca una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo”* y no, en cambio, si es una mera *“patada hacia adelante”* que sólo retrase un concurso inevitable porque la empresa es inviable, con o sin refinanciación. Aun en ese caso dicha refinanciación no sería susceptible de reintegración si no ha causado un perjuicio a la masa contrastable, y no es un perjuicio contra la masa activa que atente contra la *“par conditio creditorum”* la obtención de garantías de terceras personas solventes.

## 10. EL EVENTUAL INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA ICO

---

Según la Sentencia Recurrída el pago rescindido supone una *“flagrante vulneración de la finalidad que tenía la concesión de ese aval del Estado”* porque, resumimos el argumento, la finalidad de la línea de avales del primer tramo aprobada en virtud del acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de marzo de 2020, no era que las entidades financieras sustituyeran sus créditos no garantizados por créditos parcialmente garantizados, sino (sic) *“propiciar la concesión de financiación de las empresas para que las mismas atendiesen a sus obligaciones corrientes en general”*, o, añadimos, como señala la Exposición de Motivos del RDI 8/2020 y reproduce su art. 29.1, *“sostener la actividad económica ante las dificultades transitorias consecuencia de la situación generada por el COVID-19”* mediante la aprobación de una línea de avales que *“cubra tanto la renovación de préstamos, como la nueva financiación por entidades de crédito, establecimientos financieros de crédito, entidades de dinero electrónico y entidades de pagos, para atender sus necesidades derivadas, entre otras, de la gestión de facturas, necesidad de circulante u otras necesidades de liquidez, incluyendo las derivadas de vencimientos de obligaciones financieras o tributarias, para facilitar el mantenimiento del empleo y paliar los efectos económicos de COVID-19”*. Objetamos:

- a. En este caso nos encontramos ante un negocio jurídico complejo por el cual se cancela una línea de crédito impagada dos días antes de su vencimiento mediante un préstamo ICO con mejores condiciones financieras.
  
- b. La finalidad del préstamo ICO se ajusta estrictamente a la previsión normativa que aprobó estas ayudas del Estado: atender las necesidades de liquidez de empresas y autónomo derivadas de la pandemia COVID-19. En efecto, el art. 29.1 del RDI 8/2020 enumera con carácter meramente ejemplificativo, no excluyente o *numerus clausus*, una serie de necesidades que pueden ser atendidas mediante la financiación ICO, y, entre ellas, las obligaciones financieras vencidas, pero no excluye las que no lo estén siempre que se trate de “necesidades de liquidez”. Es incontestable que la financiación, aprobada por el ICO, se destinó a solucionar los problemas de liquidez de la Deudora, que no le permitían hacer frente al pago de la línea de crédito a su vencimiento, lo que unido a la financiación ICO concedida por otras entidades financieras, trataba de evitar su declaración de concurso, la ejecución judicial de sus créditos, incurrir en mora, el empeoramiento de su calificación crediticia, el bloqueo de su acceso a financiación y la resolución anticipada de otros contratos ello con independencia de que la empresa no haya podido superar su situación económica como consecuencia de la prolongación del estado de alarma, la recesión económica u otras causas a las que es totalmente ajena mi representada, que, como todo el sector financiero y empresarial español, también se vio afectada por ellas.
  
- c. El RDI 8/2020 es una norma amplia y poco concreta y, de hecho, ya se preveía que las condiciones aplicables y requisitos a cumplir, incluyendo el plazo máximo para la solicitud del aval, se establecerían por Acuerdo de Consejo de Ministros, que fue adoptado el 24 de marzo de 2020. Pues bien, CaixaBank no ha incumplido ninguna de las “condiciones de elegibilidad” establecidas en



dicho Acuerdo. En esta normativa no se excluye de la concesión de avales a las empresas que se encuentren en situación de insolvencia. Es más, precisamente, esa es la finalidad de los avales, atender a las necesidades de liquidez de las empresas en situación de insolvencia coyuntural por la pandemia, y de ahí que se suspendiera también el deber de solicitar el concurso, sólo exigible para empresas en situación de insolvencia actual, y se agilizase la tramitación de los ERTE (argumento que también se apunta como indicio de irregularidad de la operativa, lo que no deja de ser sorprendente).

- d. La deudora cumplía todos los requisitos de elegibilidad establecidos en la normativa que citamos en el apartado anterior y en el contrato suscrito entre el ICO y CaixaBank el 3 de abril de 2020<sup>18</sup>. En cuanto a la finalidad de la financiación, en la Cláusula Segunda del contrato incluye las cancelaciones anticipadas de financiaciones vivas con las nuevas operaciones de liquidez cuando se trate de “*renovaciones de líneas de circulante por mayor plazo y/o importe*” (cláusula 2ª), como se hizo en el caso que analizamos, en el que se amplió el plazo de amortización y el capital.
- e. La Sentencia Recurrída incurre en una contradicción evidente: por un lado, afirma que el préstamo puente “enmascara” la refinanciación de la línea de crédito que vencía el 31 de mayo de 2020, y, por otro, imputa a CaixaBank un incumplimiento de la normativa ICO porque se cancela el préstamo puente que aún no había vencido. En cualquier caso, como decimos, la operación es

---

<sup>18</sup> Establece que no resultan “elegibles” las empresas en situación de morosidad en la CIRBE (lo que refuerza la importancia de evitar el impago a su vencimiento de la Línea de Crédito), inmersas en un procedimiento concursal o de comunicación de negociaciones a fecha 17 de marzo de 2020 (cláusula 5º, apartado b), las empresas del sector financiero y asegurador con calificación crediticia inferior a B y las que sean “*empresas en crisis*” a 31 de diciembre de 2019, concepto que se concreta en una serie de criterios, conforme al Marco Temporal del Régimen de Ayudas de Estado (cláusula 11ª, apartado m, que remite a la cláusula 5ª).

compatible con la citada normativa, sea porque sí caben “*renovaciones de líneas de circulante por mayor plazo*”, sea porque la prohibición de refinanciación o reestructuración de deuda preexistente se limitaba a préstamos concedidos con anterioridad al 17 de marzo de 2020 (Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de marzo de 2020) y la línea de crédito fue renovada con posterioridad al 17 de marzo de 2020.

- f. Es cierto que el capital del préstamo ICO se destinó a cancelar el préstamo puente, pero también lo es que este contrato tenía una finalidad meramente instrumental, que era evitar el impago de la línea de crédito que vencía dos días después del pago rescindido, y que se incardinaba en un negocio jurídico complejo para renovar la línea de crédito con una ampliación del plazo de amortización, mejores condiciones financieras e inyección significativa de “dinero nuevo” mediante el préstamo ICO. Es más, el propio Juzgado es consciente de que es así como se diseñó la operación, aunque afirme que “*se habría concertado con la finalidad de enmascarar el verdadero destino de los fondos procedentes del préstamo ICO, pues se trataría de que no saltase a la vista que lo verdaderamente ocurrido habría sido una refinanciación de la antigua póliza de crédito*”. Está fuera de toda duda que si se hubiera podido disponer del capital del préstamo ICO antes del 31 de mayo de 2020, fecha de vencimiento de la línea de crédito, no habría sido necesario formalizar el préstamo puente.

En todo caso, a efectos meramente dialécticos y para concluir, si CaixaBank no hubiera aplicado el préstamo ICO a la finalidad prevista en el RDI 8/2020, es cuestión totalmente ajena al concurso porque no existe perjuicio para la masa activa ni se altera la *par conditio*. El ICO aprobó el aval de la financiación previa comprobación de que la operación cumplía todos los requisitos de elegibilidad, sin que hasta el día de la fecha no ha instado la anulación del aval, procedimiento de carácter administrativo revisable

ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 36 de la Ley 38/2002, de 17 de noviembre, General de Subvenciones).

Según la Sentencia, *“las posibles infracciones de las reglas establecidas para la concesión de los avales públicos es res inter alios para el deudor, y en su caso darían lugar a su correspondiente fiscalización por la entidad pública”*.

Recordemos que, en el marco del escenario creado por la pandemia, se dictaron normas de carácter excepcional, también en materia concursal, como por ejemplo, desactivar temporalmente la obligación de solicitar la declaración de concurso, o la suspensión de la causa de disolución de las sociedades de capital por pérdidas no tomando en consideración las pérdidas del ejercicio 2020 (arts. 11 y 18 Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril). De igual modo, se articularon sistemas de financiación y refinanciación a las empresas en crisis. Entre ellas, la aprobación de una línea para la cobertura por cuenta del Estado de la financiación otorgada por entidades financieras a empresas y autónomos, que se concreta en el art. 29 del RDI 8/2020, en cuyo marco se llevan a cabo las operaciones ahora enjuiciadas.

La Sentencia considera que el vencimiento de obligaciones financieras era uno de los fines expresamente contemplados en el art. 29 del RDI 8/2020, como posible destino de la financiación avalada por el Estado. Normas posteriores, como el Real Decreto-ley 34/2020, permitieron refinanciar y ampliar el vencimiento de los préstamos con aval público.

Entiende la Sentencia que *“no corresponde a la jurisdicción civil enjuiciar la corrección de las medidas legislativas en relación con los fines pretendidos”*. El hecho de que las medidas contribuyeron a que los bancos extinguieran deuda vencida y la sustituyeran, total o parcialmente, por deuda avalada por el Estado *“fue el resultado de una opción legislativa*

*que podrá analizarse desde múltiples puntos de vista, pero ninguno relevante para juzgar sobre la procedencia de la acción rescisoria puesta en juego en el proceso”.*

## 11. LA REGLA PARI PASU

---

La Sentencia Recurrída afirma que los avales ICO, tal y como consta en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de marzo de 2020, se concedieron en rango *pari passu*, “*que es una expresión en latín que hace referencia a la igualdad de trato o a al tratamiento en igualdad de condiciones y, trasladada al ámbito financiero, implica que se ha de dar el mismo trato a todos los créditos sin privilegiar a uno o varios sobre los demás*”. Añade la Sentencia Recurrída que “*el hecho de que el Acuerdo del Consejo de Ministros emplee esta expresión no sólo supone que el Estado comparta el riesgo de las operaciones avaladas en las mismas condiciones que las entidades financieras que las conciertan (lo que no es realmente cierto, pues el Estado asumía el 80% del riesgo de impago), también había de suponer que los beneficiarios de las operaciones respetasen la igualdad de trato a la hora de disponer de los fondos obtenidos a través de ellas*” (FD 4.º).

El Juzgado mezcla y confunde la regla *pari passu* con la regla de la *par conditio creditorum*. Lo que significa la regla *pari passu* en este caso es que las entidades financieras tienen que compartir con el ICO en proporción a su riesgo cualquier otra garantía que obtengan de tercero o cualquier cantidad o importe que obtenga con su ejecución, como también recoge el contrato marco antes mencionado, sin que en absoluto se refiera dicha regla a “*que se ha de dar el mismo trato a todos los créditos sin privilegiar a uno o varios sobre los demás*», como así lo declara la SAP de A Coruña, 4.ª, 347/2023, de 19 de mayo (FD 4.º), que subraya el alcance de esta expresión, cuando hace referencia a “*la existencia de garantías otorgadas a estos préstamos, compartidas pari passu entre la entidad financiera y el Ministerio titular del aval*”. Por supuesto, en igualdad de condiciones significa de forma proporcional al riesgo asumido por cada una (es decir, en nuestro caso, 80/20 en estos casos). De hecho, en la normativa europea la expresión que se usa no es *pari passu*,

sino la de proporcionalidad, es decir, que se beneficien de forma proporcional (no igualdad absoluta o 50-50, como parece entender el Juzgado). Lo que quiere el Estado es ser tratado igual que el banco concedente de la financiación (en su respectiva proporción, obviamente) al cobrar cualquier importe, cancelar la posición, obtener garantías adicionales, cobrar de los eventuales garantes, etc. Por ejemplo, si, además del aval de Estado, las entidades de crédito obtienen el aval personal de terceros, la regla *pari passu* implica que de esa garantía se deberá beneficiar en pie de igualdad el Estado, pero no que el Estado deba compartirla con el resto de acreedores concursales. La regla "*pari passu*" sólo despliega efectos exclusivamente a favor del Estado y en relación con futuras actuaciones que pudiera realizar las entidades de crédito y que, directa o indirectamente, pudieran perjudicar la posición del mismo como avalista de la financiación ICO-Covid y, por tanto, de que no tiene nada que ver con una supuesta -e inexistente- obligación de la empresa de emplear dichos fondos en pago de sus deudas conforme a los rangos concursales que correspondan a cada una de ellas. Nada que ver, pues, con el principio general de la *par conditio creditorum* cuya aplicación parece exigir el juzgado en sus sentencias en relación con el uso que la empresa deudora hace de los fondos recibidos, como si la sociedad estuviera ya declarada en concurso el día de la concesión de la financiación ICO-Covid y el importe de la misma fuera masa activa para utilizar para el pago de los acreedores concursales conforme a las reglas de prelación concursal. Y, en fin, la infracción de la regla *pari passu* como de cualquier otra norma que regule la concesión de la financiación ICO-Covid desplegaría sus efectos exclusivamente en la relación del banco con el Estado (ICO).

---

Sirva este comentario como homenaje a todos los empleados de la banca que, en los momentos de mayor incidencia de la pandemia Covid-19, mantuvieron e incrementaron sus flujos de actividad internos, asumiendo el riesgo que ello suponía para su salud y la de sus familias para gestionar y tramitar en jornadas de trabajo interminables la aprobación de los avales ICO para inyectar liquidez al tejido empresarial y evitar un colapso de nuestra economía y sus consecuencias sociales.