Juzgado de lo Mercantil Nº. 1 de Pontevedra, Sentencia 51/2023 de 3 Jul. 2023, Proc. 270/2020

Ponente: Marquina Álvarez, Manuel.

Nº de Sentencia: 51/2023

Nº de Recurso: 270/2020

Jurisdicción: CIVIL

21 min

ARRENDAMIENTO FINANCIERO. DERECHO CONCURSAL. Concurso de acreedores. Declaración de concurso. Declaración de concurso a solicitud del deudor. -- Concurso de acreedores. Masa activa. Reintegración de la masa activa. -- Concurso de acreedores. Normas procesales generales. Incidente concursal.

TEXTO

XDO. DO MERCANTIL N. 1 PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00051/2023

RUA HORTAS S/N 2ª PLANTA

Teléfono: 886206479 **Fax:**

Correo electrónico: mercantil1.pontevedra@xustiza.gal

Equipo/usuario: MM

Modelo: M68330

N.I.G.: 36038 47 1 2020 0000493

I72 INC.CONC. RESCI/IMPUG.ACTOS PERJ.MASA(72) 0000270 /2020 0004

Procedimiento origen: S3A SECCION III MASA ACTIVA 0000270 /2020

Sobre CONCURSOS VOLUNTARIOS

DEMANDANTE D/ña. RATIO LEGIS CONCURSAL SLP

Abogado/a Sr/a. JULIO RAFAEL FERNANDEZ MAESTRE

D/ña. ALMACENES CELSO MIGUEZ SA, BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA

Procurador/a Sr/a. MARIA SUSANA TOMAS ABAL, MARIA JESUS GOMEZ MOLINS

Abogado/a Sr/a. JORDI SAFONS VILANOVA, JORGE BALLESTER ANTON

SENTENCIA

PONTEVEDRA, 3 de julio de 2023.

Vistos por D. MANUEL MARQUINA ÁLVAREZ, Magistrado Titular del Juzgado Mercantil Nº 1 de los de esta ciudad, los presentes autos de Incidente Concursal sobre rescisión de actos perjudiciales para la masa activa, en el Concurso Ordinario nº 270/2020, seguidos a iniciativa de la Administración Concursal (AC), frente a la concursada Almacenes Celso Míguez, S.A., y a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La AC presentó, el día 22 de diciembre de 2022, demanda de incidente concursal contra la concursada y contra BBVA, en la que ejercitaba acción tendente a la rescisión de varios pagos realizados a favor de esta última entidad por la concursada, a los que se habían destinado 197.478,74 euros de dos créditos concedidos por la misma entidad conforme a lo previsto en el [art. 29 del Real Decreto Ley 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#).

Admitida a trámite la demanda e incoado el correspondiente procedimiento incidental, se dio traslado a la concursada y a la codemandada BBVA, y se puso de manifiesto al resto de interesados.

SEGUNDO.- BBVA presentó escrito de contestación, de 1 de febrero de 2023, en el que se opuso a la demanda incidental de la AC, señalando que los actos impugnados no eran perjudiciales para la masa activa.

La concursada presentó escrito de 24 de enero de 2023, en el que se allanó a las pretensiones de la AC.

TERCERO.- Solicitada la celebración de vista, ésta tuvo lugar el 22 de mayo de 2023, con la asistencia de la AC y de BBVA.

La AC ratificó su demanda; había propuesto interrogatorio del legal representante de la concursada, prueba documental y testifical.

BBVA ratificó su contestación; había propuesto prueba documental.

Admitida la prueba que se estimó pertinente y practicada la que no fue renunciada del modo que obra en autos, quedó el litigio visto para dictar Sentencia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Actúa aquí la AC ejercitando la acción rescisoria prevista en los [arts. 226 y siguientes del Texto Refundido de la Ley Concursal \(TRLR\) \(LA LEY 6274/2020\)](#), en relación con una serie de actos de pago para cancelar una póliza de crédito así como para satisfacer diversas cuotas de *leasing* y préstamos, que serían: a) uno de 148.138,97 euros para cancelar el saldo acreedor de una póliza de crédito; b) otro de 2.130,85 euros para abonar los intereses acreedores de la misma póliza de crédito; y c) otro por importe conjunto de 47.208,92 euros para abonar cuotas de hasta seis contratos de *leasing* y tres contratos de préstamo; en total, 197.478,74 euros. Comienza reflejando que la concursada y BBVA mantendrían relaciones comerciales desde hace varios años, traducidas en el momento de los hechos que aquí interesan en una póliza de crédito y una cuenta corriente, entre otras. El 3 de abril de 2020, el gerente de la concursada habría solicitado financiación a BBVA, al amparo de lo previsto en [Real Decreto Ley 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#), de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la Covid-19. A partir de ese momento, se habrían producido diversas conversaciones y remisiones de documentación por parte del gerente de la concursada, siempre dirigidas por BBVA, que en todo momento le habría indicado las órdenes de cancelación de cuentas y realización de operaciones que debía solicitar al banco, así como el plan a seguir para completar la negociación. De este modo, el 27 de mayo de 2020 habrían sido firmadas ante un notario de Pontevedra una póliza de crédito en cuenta corriente a interés variable con límite de 153.00 euros instrumentalizada a través la cuenta NUM001 (póliza ICO), y un préstamo a tipo fijo por importe de 56.000 euros (préstamo ICO), ingresado en la cuenta NUM002. Ambos contratos habrían ido acompañados de sendos anexos donde se habría hecho constar que los fondos de la operación se *destinará[n] a atender las necesidades de financiación derivadas de pagos de salarios, facturas, necesidad de circulante u otras necesidades de liquidez, incluyendo las derivadas de vencimientos de obligaciones financieras o tributarias, conforme a lo que ha declarado al Banco al solicitar la operación* (sic). El mismo día de la firma de los contratos se habría abonado en una nueva cuenta abierta, NUM001, la cantidad de 148.138,97 euros contra la

póliza ICO; desde ahí se habrían traspasado equivocadamente a la cuenta NUM002, pero de inmediato se habría anulado la operación para hacer el traspaso a la cuenta NUM003, con el objeto de cancelar las posiciones deudoras de la póliza de crédito que anteriormente la concursada tendría contratada con BBVA. De igual modo, el mismo día de la firma de los contratos se habrían abonado en la cuenta NUM001, contra la póliza ICO, otros 2.130,85 euros, que también habrían sido inmediatamente traspasados a la cuenta NUM003, con el objeto de cancelar las posiciones deudoras de esa antigua póliza de crédito derivadas de intereses devengados. Mediante estas operaciones se habría dispuesto de un total de 150.269,82 euros con cargo a la póliza ICO, y con ello se habría cancelado definitivamente la antigua póliza de crédito concertada con BBVA. Por otro lado, el 29 de mayo de 2020, el mismo día en que habría sido ingresado el préstamo ICO en la cuenta NUM002, el importe total (los 56.000 euros del préstamo, más otros 2.143,34 euros), habría sido traspasado a una nueva cuenta abierta al efecto, NUM001. De la cantidad total traspasada fueron destinados de inmediato 47.208,92 euros al pago de cuotas de *leasing* y de préstamos a favor del propio BBVA. Si se traspasaron de la cuenta antigua 58.143,34 euros, en lugar de los 56.000 euros que suponían el capital del préstamo ICO, habría sido con la intención de enmascarar la operación, y que no resultase patente y claro que se disponía efectivamente de todo el capital de ese préstamo ICO para atender al pago de créditos del propio BBVA. Todas estas operaciones, realizadas siguiendo las instrucciones dadas por el propio BBVA, habrían supuesto un perjuicio para la masa activa del concurso, ya que habrían supuesto la vulneración de la *par conditio creditorum*, al haber impedido que la nueva financiación obtenida por la concursada, avalada además por el Estado, pudiese haber sido destinada a atender créditos vencidos de otros acreedores. Todo se habría llevado a cabo, incluso, cuando la concursada se encontraba en un claro estado de insolvencia, que se remontaría ya a los primeros meses de 2019, algo que le tendría que constar a BBVA, dada su condición de acreedor profesional y dada la gran cantidad de información que obraba en su poder (la propia concursada se la habría facilitado a la hora de concertar los préstamos, respondiendo a sus peticiones), entre ella la referida a la necesidad de solicitar un ERTE para 80 de sus 90 trabajadores. Asimismo, ello habría supuesto la defraudación de la finalidad expresamente fijada por la Ley para la financiación otorgada conforme al [Real Decreto Ley 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#). Esa financiación, con el aval del Estado, tendría por objeto ofrecer liquidez a los

empresarios para que éstos pudiesen afrontar gastos derivados de su actividad mercantil, en un contexto económico muy difícil generado por la pandemia por Covid-19 y la consiguiente declaración de estado de alarma. Sin embargo, no tendría por finalidad la financiación avalada ofrecer a las entidades bancarias nuevas garantías que cubriesen deudas que los empresarios ya mantuviesen con ellas desde antes de la promulgación del [Real Decreto Ley 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#).

La concursada se allana a la demanda, y solicita la imposición de costas en la medida procedente.

BBVA se opone a la demanda basándose en el carácter inatacable de las operaciones impugnadas, puesto que la financiación concedida a la concursada se habría concedido conforme a la normativa aplicable y a petición de la propia concursada. Ante todo, admite sus relaciones comerciales con la concursada desde antiguo, de manera que él le habría venido concediendo financiación para atender a sus obligaciones. Así, como la póliza de crédito que le habría concedido, NUM003, vencería a finales de marzo de 2020 se habría llegado a un acuerdo con la concursada, ya antes del inicio de la pandemia por Covid-19, para concederle un préstamo de 120.000 con el que poder hacer frente a los pagos pendientes. Sin embargo, antes de la firma de la operación y ya acordado el confinamiento derivado del estado de alarma, la concursada habría manifestado la imposibilidad de asumir las condiciones de ese préstamo programado, por lo que se habría optado por intentar una nueva financiación al amparo del [Real Decreto Ley 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#). Así, se habrían concertado la póliza ICO con límite de 153.000 euros y el préstamo ICO por importe de 56.000 euros, siguiendo la solicitud remitida por el gerente de la concursada el 3 de abril de 2020, en la que habría manifestado que necesitaba la financiación para hacer frente a las obligaciones que mantenían con los bancos. BBVA habría concedido esa financiación atendiendo a que el propio [Real Decreto Ley 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#) permitiría destinar los fondos avalados por el Estado a atender vencimientos de obligaciones financieras. En segundo lugar, señala que los actos de pago realizados en modo alguno habrían supuesto perjuicio para la masa activa, por lo que no podrían ser rescindidos. No se habría dado el perjuicio patrimonial indicado en el art. 227 del TRLC, ni tampoco concurriría ninguna de las circunstancias de presunción de ese perjuicio, previstas en el art. 228 del TRLC. Y, en cualquier caso, la AC no habría acreditado el perjuicio para la masa,

algo imprescindible para considerar una rescisión. En tercer lugar, añade que los actos atacados serían actos ordinarios de la actividad de la concursada que no podría ser rescindidos conforme al art. 230.1º del TRLC, y que, además, él no habría actuado de mala fe en momento alguno. En cuarto lugar, sostiene que tampoco podría acordarse una reintegración de las cantidades objeto de los pagos, puesto que ello daría lugar a la reactivación de los créditos a favor de BBVA, lo que haría crecer la deuda en el concurso. Además, carecería de sentido que BBVA tuviese que entregar a la masa activa una cantidad de dinero, cuando el cliente, la concursada, ha dispuesto ya de ella a través de la póliza de crédito.

SEGUNDO.- Comenzaremos el análisis del presente litigio clarificando algunas cuestiones de más sencilla resolución.

A) En primer lugar, parece sostener BBVA en la parte final de los hechos de su contestación a la demanda que sería una ilógica de hacerle devolver dinero, cuando lo que habría ocurrido es que se habrían imputado cancelaciones de operaciones a una póliza de crédito, con lo que realmente no habría salido ese dinero del patrimonio de la concursada.

Frente a ello, hemos de precisar, sin embargo, que los actos que aquí se pretenden rescindir, consistentes en cargar contra la póliza ICO dos abonos de 148.138,97 euros y 2.130,85 euros, respectivamente, con el objeto de cancelar las posiciones acreedoras de una póliza de crédito anterior, aquí son verdaderos actos de pago, que implicaron para BBVA el "cobro" de importantes cantidades de dinero. A pesar de la complejidad de la operativa bancaria que, ante la falta de más explicaciones, es especialmente difícil de entender para quien no participa en el juego de la misma, un sencillo ejemplo nos bastará para entender que aquí BBVA sí que ha cobrado y, por tanto, sí que ha habido desplazamiento patrimonial a su favor.

Del conjunto de la prueba practicada y de los hechos que resultan admitidos por las partes podemos deducir con toda seguridad que existía aquí una previa póliza de crédito concertada entre BBVA y la concursada. Esa póliza tenía, a 27 de mayo de 2020, un saldo acreedor de 148.138,97 euros, a lo que habría que sumar otros 2.130,85 euros en conceto de intereses devengados, suponemos debido a que el vencimiento se había producido a finales de marzo de 2020. Si, mediante las dos operaciones de abono aquí discutidas, realizadas contra la póliza ICO no se hubiese realizado ningún pago o ningún acto equivalente al pago que implicase

un traslado patrimonial, BBVA ostentaría frente a la concursada créditos derivados de esa póliza de crédito original, además de los créditos basados en la cantidad que se hubiese llegado a disponer de la póliza ICO. Sin embargo, ello no es así, y BBVA no ostenta ningún crédito en el concurso por la antigua póliza de crédito (que, como decimos, fue cancelada con cargo a la póliza ICO). Realmente, en relación con estas operaciones, BBVA solamente ostenta créditos en el concurso por la parte dispuesta de la póliza ICO, que es con lo que abonó lo que se le adeudaba en virtud de la anterior, y que ahora tiene garantizados en un 80% de su importe por el Estado. Luego, hubo pago, o abono o cancelación de posiciones acreedoras, lo que implica desplazamiento patrimonial a su favor.

Ese desplazamiento patrimonial, sea como fuere disfrazado a través de la propia operativa bancaria de BBVA, puede ser, evidentemente, objeto de una rescisión con la consiguiente reintegración, siempre que concurra la situación de perjuicio a que se refiere el art. 226 del TRLC.

B) En segundo lugar, a efectos del art. 236 del TRLC, hemos de tener en cuenta que los actos que aquí se trata de rescindir tienen carácter unilateral. No nos encontramos con uno o varios contratos generadores de obligaciones recíprocas para la entidad concursada y para BBVA, sino ante concretos actos de pago, abono o cancelación de posiciones deudoras (o acreedoras desde la perspectiva del banco). Siempre teniendo en cuenta, pues semeja que en algunos puntos de la contestación a la demanda trasluce cierta confusión, que lo que la AC impugna no son el préstamo ICO y la póliza ICO, sino los actos de pago o abono a que se destinaron los fondos concedidos. Como bien explicaron los testigos que depusieron en el acto de la vista, incluida la empleada de BBVA que se encargó en su momento de las negociaciones con el gerente de la concursada, la disposición de los 197.478,74 euros procedentes de las operaciones avaladas por el Estado conforme al [art. 29 del Real Decreto Ley 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#), fue ordenada por la concursada. El hecho de que previamente hubiese habido un concierto de voluntades para que la concursada ordenase esas operaciones (o más bien unas claras instrucciones dadas por el banco para ello), evidentemente, no las convierte en contratos bilaterales.

C) En tercer lugar, en contra de lo sostenido por BBVA, de ser estimadas todas o algunas de las pretensiones rescisorias de la AC, no se produciría paradoja alguna en este caso. Y esto entronca con lo que hemos señalado ya en la letra A) anterior.

BBVA tiene reconocidos en el concurso unos créditos contra la entidad concursada, con la clasificación que les corresponde según su naturaleza. De ser rescindido alguno de los actos de pago o abono discutidos (lo veremos en los Fundamentos siguientes), lo que ocurriría es que BBVA tendría que restituir lo percibido (que ya hemos explicado que realmente lo ha percibido) y, correlativamente, se le reconocería en el concurso un crédito en los términos del art. 236 del TRLC. Es decir, esa entidad bancaria pasaría de tener reconocidos ciertos créditos, a tener alguno más, en virtud de los pagos que habría de reintegrar a la masa, lo que da lugar a que revivan los créditos anteriores que con cuyos pagos o abonos se habían extinguido. Así de simple resulta el razonamiento: no me debes nada porque me has pagado, pero como tengo que devolver eso que me has pagado, ahora sí que me debes algo.

D) Por último, independientemente de si es procedente o no rescindir los pagos o abonos discutidos, lo que no podemos es considerarlos en modo alguno como actos ordinarios de la actividad del deudor, como pretende la entidad financiera demandada.

El art. 230.1º del TRLC establece que no podrán ser objeto de rescisión *los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor que hubieran sido realizados en condiciones normales* (sic). Un acto ordinario de la actividad empresarial realizado en condiciones normales podría ser el de encargar mercancía a un proveedor y pagársela, o el de acudir a la financiación bancaria para disponer de fondos con los que sostener la actividad. Sin embargo, no puede ser considerado como un acto ordinario acudir a la financiación bancaria con el solo propósito de cancelar posiciones acreedoras del mismo banco que concede esa financiación, con el aval del Estado, cuando eso se lleva a cabo en un momento en que la concursada se encuentra en una situación económica especialmente delicada. Situación que BBVA conocía perfectamente; primero porque, tal como admite en su escrito de contestación, ya antes de la pandemia la concursada le había manifestado sus problemas para hacer frente al vencimiento de obligaciones. Segundo, porque tuvo a la vista una ingente cantidad de documentación que el gerente de la misma concursada le remitió cuando se negociaba la concesión de financiación con el aval del Estado. Y, tercero, por la evidencia que resulta del hecho de que las negociaciones con la concursada no hubiesen sido llevadas a cabo por el personal habitual del banco, sino por la que compareció como testigo en el acto de la vista, y que señaló que

era "gestora de riesgos en dificultad". Es decir, se derivó cualquier negociación con Almacenes Celso Míguez, S.A., a un departamento especializado en clientes en graves dificultades económicas.

Por tanto, ni el acto es ordinario, ni las condiciones en que se lleva a cabo son normales. La entidad concursada se encontraba ya en situación de insolvencia o al borde de la misma (lo vemos en el Fundamento siguiente, según ha confirmado ya la Audiencia Provincial de Pontevedra), cuando acudió a la financiación bancaria con el objeto prácticamente exclusivo de aprovechar los fondos obtenidos para hacer frente al pago de créditos a favor del banco. Eso, en lugar de atender a los pagos a proveedores y trabajadores (con créditos vencidos y exigibles, tal como resulta de la propia lista de acreedores elaborada por la AC, que BBVA no ha discutido en este punto), que es lo que mejor podía contribuir al sostenimiento de la actividad. Así, podemos estimar que, precisamente, actos ordinarios de la actividad no se estaban realizando. Y si a ello le añadimos que todo ocurrió en una situación excepcional, con una enfermedad grave y contagiosa acechando (la Covid-19), lo que obligó a la ciudadanía y a las empresas a asumir importantísimas restricciones, resulta patente que no podemos hablar de la concurrencia de condiciones normales.

TERCERO.- Fijado lo anterior, nos centraremos ahora en dilucidar si, atendidas las circunstancias acreditadas en el proceso, procede o no la rescisión de los actos atacados por AC, cuales son, los consistentes en emplear 150.269,82 euros con cargo a la póliza ICO obtenida para cancelar todas las posiciones acreedoras derivadas de otra póliza de crédito anterior, y en emplear 47.208,92 euros procedentes del préstamo ICO obtenido para pagar cuotas vencidas de seis contratos de *leasing* y de otros tres préstamos anteriores.

Para efectuar ese análisis, será conveniente resumir previamente los hechos que han resultado acreditados en el proceso (fundamentalmente porque todas las partes los han admitido), y que, en lo que aquí puede resultar determinante, son los siguientes:

1º) BBVA procedió a conceder a la ahora concursada Almacenes Celso Míguez, S.A., un préstamo por importe nominal de 56.000 euros, el préstamo ICO, que estaba avalado por el Estado en el 80% de su cuantía, conforme al [art. 29 del Real Decreto Ley 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#) y cuyo importe fue ingresado el 29 de mayo de 2020 en la cuenta NUM002.

2º) El 27 de mayo de 2020, BBVA también procedió a conceder a la ahora concursada una póliza o cuenta de crédito con un límite de 153.000 euros, la póliza ICO, igualmente avalada por el Estado en el 80% de su cuantía, conforme al mismo [art. 29 del Real Decreto Ley 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#)

3º) El mismo día 27 de mayo de 2020, y por orden dirigida por la concursada a través de correo electrónico, fueron canceladas, contra la póliza ICO, las posiciones acreedoras (por todos los conceptos) derivadas de una anterior póliza de crédito vencida a finales de marzo de 2020, mediante sendos abonos de 148.138,97 euros y 2.130,85 euros en la cuenta NUM003.

4º) El 29 de mayo de 2020, 47.208,92 euros del préstamo ICO fueron destinados al pago de varias cuotas vencidas de contratos de *leasing* y otros préstamos, mediante su traspaso a la cuenta NUM001.

5º) En la época en que fueron realizadas estas operaciones, aparte de las graves consecuencias económicas que para todas las empresas tuvo la pandemia por Covid-19, Almacenes Celso Míguez, S.A., ya arrastraba una situación de insolvencia, que a finales de mayo de 2020 ya había dejado de ser inminente para convertirse en actual. Esta situación ha sido confirmada por la Audiencia Provincial de Pontevedra en su Sentencia (SAP Pontevedra) nº 6/2023, la cual señala: *Es, pues, a partir de enero/febrero de 2020 cuando existen datos que permiten hablar de un estado de insolvencia 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 [estado de alarma acordado por el [Real Decreto 463/2020 \(LA LEY 3343/2020\)](#)], en sentido contrario (sic).*

Pues bien, atendiendo siempre a estos hechos, hemos de ver la normativa aplicable en relación con las acciones rescisorias concursales, que será siempre la anterior a la reforma operada en el TRLC por la Ley 16/2022 (aunque, en lo que respecta al litigio que nos ocupa, las reformas introducidas no supondrían novedad alguna). Así, en primer lugar, hay que tener presente el art. 226 del TRLC en cuanto establece que *serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta (sic).*

En los artículos siguientes procede el TRLC a fijar una serie de presunciones *iuris et de iure* o que no admiten prueba en contrario (art. 227), y *iuris tantum* o que admiten prueba en contrario (art. 228), que estimamos no aplicables en el presente caso (tal como sostiene BBVA), por no encajar los hechos probados en ninguno de los supuestos previstos en esas normas. Por ello, hay que tener en cuenta el art. 229 del TRLC, el cual, para el caso en el que no sea aplicable ninguna de las presunciones recogidas en las normas anteriores, dispone que *cuando se trate de actos no comprendidos en el artículo anterior, el perjuicio patrimonial para la masa activa deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria* (sic).

En un primer momento, tras la entrada en vigor de las normas sobre acciones rescisorias contenidas en la [Ley Concursal de 2003 \(LA LEY 1181/2003\)](#) (arts. 71 y siguientes), se venía considerando que las acciones de rescisión o reintegración no podían referirse a actos de pago realizados por el deudor, cuando realmente se hubiese atendido a la satisfacción de deudas, es decir, cuando se hubiese tratado de pagos debidos. Sin embargo, con el paso de tiempo, el criterio fue cambiando, de manera que hasta la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido que incluso los pagos debidos pueden ser objeto de rescisión si concurren determinadas circunstancias y, además, dichos pagos han podido alterar la igualdad de trato a los acreedores o *par conditio creditorum*. Son varias las Sentencias del Tribunal Supremo (STS) que podríamos traer a colación en relación con esta cuestión, pero, por razones de economía literaria, bastará con que acudamos a una de las más recientes sobre la materia, que es la STS nº 170/2021, que resume muy bien la doctrina.

Señala la referida STS: 5.1. *En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello pueden considerarse todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.*

Por ello, como afirmamos en las [sentencias 629/2012, de 26 de octubre \(LA LEY 169724/2012\)](#), y 487/2013, de 10 de julio (LA LEY 118685/2013), 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,

como precisábamos entonces, "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 condicio creditorum". Resultan determinantes, pues, el momento y las circunstancias en que se realiza el pago, como acto dispositivo objeto de una posible acción de reintegración (sic).

Se deduce, por tanto, que los pagos debidos realizados por el deudor durante los dos años anteriores a la declaración de concurso no son, *a priori*, rescindibles, por no suponer un perjuicio para la masa activa. Pero, aun habiéndose realizado el pago debido de algún crédito vencido y exigible, pueden concurrir circunstancias "excepcionales" en virtud de las cuales pueda ser rescindido; entre ellas señala, a modo claramente ejemplificativo, el hecho de que ya hubiese situación de insolvencia cuando se realizó ese pago.

Tal y como ya hemos señalado más arriba, constituye un hecho acreditado que la ahora concursada se encontraba ya en estado de insolvencia a finales de mayo de 2020 pues, como ha confirmado la SAP Pontevedra nº 6/2013, al menos alrededor de los meses de enero/febrero de 2020 había ya un estado de insolvencia inminente, que se precipitó en los meses siguientes a consecuencia de los efectos de la declaración del estado de alarma. Y eso no era algo ajeno al conocimiento de BBVA puesto que, como también hemos expuesto ya, resulta de las admisiones efectuadas en la contestación a la demanda que esta entidad era buena conocedora de la situación crítica de la ahora concursada. De hecho, derivó la negociación con ella a una "gestora de riesgos en dificultad".

Así las cosas, todo indica que tras haber concertado la póliza ICO y el préstamo ICO, y con carácter inmediato, BBVA se benefició del abono de varios créditos que tenía contra la ahora concursada (por los vencimientos de una póliza de crédito anterior, y de cuotas de varios contratos), en una situación en que dicha concursada ya era técnicamente insolvente, con exclusión de los demás acreedores. De hecho, según se deduce de las actuaciones, esta entidad fue prácticamente la única beneficiaria de los fondos avalados por el Estado, conforme al [Real Decreto Ley 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#), que ella misma gestionó. Además, lo hizo aceptando la satisfacción de unos créditos que, por inexistencia de cualquier garantía real, tendrían en el concurso la clasificación de

ordinarios e incluso la de subordinados los correspondientes intereses (que fueron abonados al mismo tiempo que el principal), siendo que alguno de los créditos cuyo pago se despreció en ese momento, los públicos, por ejemplo, iban a tener la consideración de privilegiados (con privilegio general) y tendrían así preferencia de cobro en un futuro concurso.

Estas operaciones, realizadas los días 27 y 29 de mayo de 2020, de cancelación de posiciones acreedoras a favor del banco, vinieron acompañadas, a mayores, de una serie de agravantes que nos sirven para valorar la conducta y las intenciones de BBVA. En primer lugar, los abonos aquí referidos, realizados por orden de la concursada, no fueron fruto de la casualidad ni de la intención de los gestores de la entidad de privilegiar a los créditos del banco. Más bien al revés, todo obedeció a unas claras instrucciones dadas por el propio banco en una estrategia diseñada para lograr satisfacer unos créditos no garantizados (más que con la ya inexistente solvencia de la concursada), con cargo a unas operaciones de financiación, concedidas por la misma entidad bancaria ciertamente, pero que gozaban con el aval del Estado en su mayor parte.

Basta atender, para comprobar lo anterior, a la lista de correos electrónicos cruzados entre el gerente de la concursada y la gestora de riesgos en dificultad de BBVA, junto con los documentos que los acompañan, cuyo contenido no ha sido discutido en ningún momento. Se aprecia de manera suficientemente clara en esos correos como la empleada de BBVA iba indicando al gerente qué autorizaciones necesitaba y qué órdenes debía dar y firmar (ver especialmente documentos nº 10, 13, 14, 41 y 42 de la demanda incidental). Pero es que, además, la propia gestora de riesgos en dificultad, que depuso como testigo en el acto de la vista, expuso que no había podido fructificar una operación de financiación que habían estado negociando previamente para cubrir las posiciones deudoras vencidas que la concursada mantenía con BBVA; por ello, habían decidido aprovechar la línea de avales del Estado prevista en el [Real Decreto Ley 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#) con el mismo fin. Es decir, la propia persona encargada por el banco de negociar las operaciones admite que la financiación avalada por el Estado nunca tuvo más objetivo que el de cubrir las posiciones acreedoras del propio banco, que carecían de garantías.

En segundo lugar, el hecho de que la práctica totalidad del importe de la póliza o cuenta de crédito que gozaba del aval del Estado, la póliza ICO, y del préstamo también avalado, el préstamo ICO, fuese dedicada en exclusiva al pago de

deudas que la concursada mantenía con BBVA, cuando era conocido de ambas entidades que había otros muchos acreedores, supuso una irregularidad en sí mismo que implicó, además, una flagrante vulneración de la finalidad que tenía la concesión de ese aval del Estado. El [art. 29.2 del Real Decreto Ley 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#), sobre el que después volveremos y que fue el que previó la concesión de una línea de avales del Estado para apoyar a empresas y autónomos ante las consecuencias económicas de la Covid-19, señala en su inciso final que *las condiciones aplicables y requisitos a cumplir, incluyendo el plazo máximo para la solicitud del aval, se establecerán por Acuerdo de Consejo de Ministros, sin que se requiera desarrollo normativo posterior para su aplicación* (sic).

En consonancia con esa previsión legislativa, el Consejo de Ministros adoptó el Acuerdo de 24 de marzo de 2020, por el que se aprobaron las características del primer tramo de la línea de avales del ICO para empresas y autónomos, que fue publicado por resolución de 25 de marzo de 2020, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa. En ese Acuerdo se recoge lo siguiente: *Dado que se trata de avales en rango «pari passu», en los que se comparte riesgo con las entidades financieras, se movilizarán también importantes cantidades por parte de las entidades privadas. Por tanto, las cantidades que por medio de esta línea de avales se ponen a disposición para mantener la actividad económica de empresas y autónomos han de entenderse como un mínimo, que vendrá complementado por recursos adicionales del sector privado* (sic). *Pari passu* 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.

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. No en vano, a continuación de hacer referencia a que los avales públicos se concederían en rango *pari passu*, señala el Acuerdo que se ponían a disposición para mantener la actividad económica de las empresas y autónomos. Y justo antes, en el párrafo anterior, ya preveía que se trataba de *una*

serie de medidas para preservar la normalidad de los flujos de financiación y los niveles de circulante y liquidez, para así permitir que empresas y autónomos continúen abonando los salarios de los empleados y las facturas a proveedores, manteniendo la actividad económica (sic).

Todo ello pone de manifiesto que la finalidad de la línea de avales era propiciar la concesión de financiación a las empresas, para que las mismas atendiesen a sus obligaciones corrientes en general. De ningún modo se pretendía que, gracias a la financiación avalada por el Estado, pudiesen las entidades bancarias que la gestionaban y concedían sustituir los créditos no garantizados o menos garantizados que ostentaban antes, por otros créditos nuevos en que la mayor parte de su importe goza de la garantía del Estado. Una operación de ese tipo, aparte de indicativa de la nula buena fe de las entidades bancarias, supone la defraudación de los objetivos del [art. 29 del Real Decreto Ley 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#), una vez que lo avalado por el Estado no *vendrá complementado por recursos adicionales del sector privado (sic)*, tal como prevé el referido Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de marzo de 2020.

E incluso la situación es más llamativa cuando, como en este caso ocurrió, una vez concedida la financiación avalada por el Estado, con la que fueron atendidas las restantes posiciones acreedoras vencidas que el banco tenía frente a la ahora concursada, dicho banco no otorgó ninguna otra financiación a esta entidad. Basta atender al hecho de que no consta en el concurso ningún crédito reconocido a BBVA por operaciones de financiación posteriores a las dos operaciones acogidas al [Real Decreto Ley 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#). En palabras llanas, mediante las operaciones que planificó con la concursada, BBVA se benefició casi en exclusiva de los fondos concedidos con el aval del Estado para salvar posiciones acreedoras anteriores no garantizadas y, una vez hecho esto, cerró definitivamente el "grifo" del crédito a la concursada. Lo hizo cuando esa concursada ya estaba en situación de insolvencia, algo que, con toda seguridad, le resultaba suficientemente conocido.

Por lo tanto, por haber resultado perjudiciales para la masa activa, en el sentido de que supusieron una quiebra de la igualdad de trato entre los acreedores o *par conditio creditorum* conforme a la doctrina del TS (STS nº 170/2021), y también por haber defraudado la finalidad de los avales del Estado previstos por el [Real Decreto Ley 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#), han de ser rescindidos los abonos de 148.138,97 euros para cancelar el saldo acreedor de una póliza de crédito, de

2.130,85 euros para abonar los intereses acreedores de la misma póliza de crédito, así como los pagos que alcanzaron el importe conjunto de 47.208,92 euros, con el objeto de abonar cuotas de hasta seis contratos de *leasing* y tres contratos de préstamo.

Lo anterior implica la necesidad de que BBVA reintegre a la masa activa la cantidad total de 197.478,74 euros, que es la reclamada en la demanda incidental.

CUARTO.- Conforme al art. 235.1 del TRLC, al ser estimada la acción rescisoria ejercitada por la AC, procede acordar la ineficacia de los correspondientes actos de pago, abono o cancelación de posiciones acreedoras impugnados.

Al tratarse de actos unilaterales, corresponde la condena del receptor de los abonos, BBVA, a restituir a la masa activa de los 197.478,74 euros recibidos en virtud de los mismos, así como la inclusión de los créditos resultantes a su favor en la lista de acreedores, tal como prescribe el art. 235.3 del TRLC. Esa cantidad a restituir devengará el interés legal a contar desde la fecha en que cada pago, abono o cancelación de posiciones acreedoras fue realizado. Esto es, 150.269,82 euros procedentes de la póliza ICO desde el 27 de mayo de 2020, y 47.208,92 euros procedentes del préstamo ICO desde el 29 de mayo de 2020.

Ahora bien, como, debido las circunstancias concurrentes, se ha apreciado la mala fe de BBVA, los créditos que resultan a su favor tendrán la clasificación de subordinados; así resulta del art. 236.3 del TRLC cuando dispone: *Si la sentencia hubiera apreciado mala fe en el demandado, el crédito a la prestación tendrá la consideración de crédito subordinado. Igual clasificación tendrá el crédito a favor del acreedor de mala fe en caso de rescisión del acto unilateral (sic).*

QUINTO.- Con arreglo a los arts. 542.1 del TRLC y 394.1 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(LA LEY 58/2000\)](#), toda vez que en este caso se produce la estimación de la demanda incidental de la AC, a la que la concursada se allanó antes de formular contestación, procede condenar a la demandada BBVA al pago de las costas causadas en el incidente (que no comprenderán las de la entidad concursada).

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación.

FALLO

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

A) El que, por importe de 148.138,97 euros, fue destinado a cancelar el saldo acreedor de la póliza de crédito NUM003.

B) El que, por importe de 2.130,85 euros, fue destinado a abonar los intereses acreedores de la misma póliza de crédito.

C) Los que, por importe conjunto de 47.208,92 euros, fueron destinados a satisfacer cuotas de hasta seis contratos de *leasing* y tres contratos de préstamo.

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

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

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

Esta Sentencia no es firme y contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de **20 DÍAS**, por escrito y expresando los motivos por los que se recurre, ante la Ilma. Audiencia Provincial de Pontevedra. De acuerdo con la [Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial \(LA LEY 1694/1985\)](#), las partes, para poder presentar el recurso tendrán que consignar la cantidad de **50 EUROS** en la cuenta de este Juzgado, abierta en el Banco Santander. Están exentos de esta obligación los titulares del derecho a la justicia gratuita.

Notifíquese esta Sentencia a las partes, llévase al Libro de su clase y déjese testimonio suficiente en los autos. Expídanse los testimonios oportunos para la incorporación a las Secciones correspondientes.

Así por esta mi Sentencia la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída por el Sr. Juez que la dictó en el día de la fecha, hallándose celebrando audiencia pública. Doy fe.

DILIGENCIA.- La anterior sentencia ha quedado depositada en la secretaria de mi cargo una vez leída y publicada. Doy fe

Pontevedra, 3 de julio de 2023.

EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA