



Roj: **STS 2945/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2945**

Id Cendoj: **28079110012014100353**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/07/2014**

Nº de Recurso: **2566/2012**

Nº de Resolución: **363/2014**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **SEBASTIAN SASTRE PAPIOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJM 144/2011,**  
**SAP PO 2066/2012,**  
**STS 2945/2014**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Julio de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, han visto el recurso de casación, interpuesto por el Procurador D. Pedro Sanjuán Fernández en nombre y representación de UWAIS INGENIERÍA S.L., contra la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, dimanante de autos de Incidente Concursal 178/2011, Concurso Ordinario 69/2010, que a nombre de la Administración Concursal de BERNARDO ALFAGEME S.A., se siguen ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra, siendo demandados el INSTITUTO GALEGO DE PROMOCIÓN ECONÓMICA (IGAPE), la CAIXA DE AHORROS DE GALICIA, VIGO, OURENSE E PONTEVEDRA, NOVACAIXAGALICIA, el BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., BERNARDO ALFAGEME, S.A., y los Administradores Concursales D. Felix , D. Leon y D. Rubén .

Es parte recurrida, el BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., representado por la Procuradora Dª Mª José Bueno Ramírez y NCG BANCO, S.A. representado por la Procuradora Dª Olga Gutiérrez Álvarez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Tramitación en primera instancia

1. La Procuradora Dª María Jesús Toucedo Rey, con fecha 27 de junio de 2011 formuló demanda de incidente concursal sobre acciones de reintegración del art. 71 LC , contra CAIXA NOVA, BANCO POPULAR, BANCO DE GALICIA, BERNARDO ALFAGEME, S.A., y el INSTITUTO GALLEGO DE PROMOCIÓN ECONÓMICA, IGAPE, en la que suplicaba lo siguiente: " [...] se dicte sentencia donde se declare:

*I.- Estimar íntegramente nuestras pretensiones, decretándose la ineficacia por rescisión de los pagos efectuados por la concursada a BANCO POPULAR por importe de DIEZ MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y DOS EUROS CON CINCUENTA Y SEIS CÉNTIMOS (10.663.872,53.-?), entre los días 22.05.08 y la fecha de la declaración de concurso, reintegración al concurso dicho importe, y se clasifique su crédito con relación a la posición que ocupase antes de dicha disposición.*

*II. Estimar íntegramente nuestras pretensiones, decretándose la ineficacia por rescisión de los pagos efectuados por la concursada a BANCO DE GALICIA por importe de OCHO MILLONES DOSCIENTOS QUINCE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE EUROS CON DIEZ CÉNTIMOS, (8.215.499,10 ?), entre los días 22.05.08 y la fecha de la declaración del concurso, reintegración al concurso dicho importe, y se clasifique su crédito con relación a la posición que ocupase antes de dicha disposición.*



III.- Estimar íntegramente nuestras pretensiones, decretándose la ineficacia por rescisión de los pagos efectuados por la concursada a CAIXANOVA por importe de CINCO MILLONES DOSCIENTOS VEINTIDÓS MIL SETECIENTOS TREINTA Y SEIS EUROS CON SETENTA CÉNTIMOS (5.222.636,71 ?) entre los días 22.05.08 y la fecha de la declaración del concurso, reintegración al concurso dicho importe, y se clasifique su crédito con relación a la posición que ocupase antes de dicha disposición.

IV.- Que como condición inherente a lo solicitado en los apartados anteriores, sobre Ineficacia por rescisión de los pagos efectuados a BANCO POPULAR, CAIXANOVA, Y BANCO DE GALICIA, en virtud de la escritura de Préstamo Sindicado y posteriores de refinanciación, se decrete la ineficacia por rescisión de las "Escrituras de Contragarantías con Constitución de Hipoteca formalizadas entre el INSTITUTO GALEGO DE PROMOCIÓN ECONÓMICA -IGAPE- y la Entidad Mercantil BERNARDO ALFAGEME, S.A. de fechas 29.04.08 Protocolo nº 929; Protocolo nº 930; la de 03.04.09 Protocolo nº 829; Hipoteca de máximo suscrita con esta misma finalidad entre el Banco Popular y "Bernardo Alfageme S.A" de 03.04.09 Protocolo 830, y la Hipoteca de Primer rango de 29.04.08 Protocolo 931, suscrita entre Banco Popular, Caixanova, Banco de Galicia y Bernardo Alfageme S.A., todas ellas formalizadas ante el Notario de Vigo D. Miguel Lucas Sánchez, mediante las cuales, quedaban garantizados y avalados el 70 % de los importes aportados por las entidades financieras en el préstamo sindicado, y el 66 % del resto de las escrituras de préstamos suscritas por estas mismas entidades, avalados y contragarantizados por el IGAPE en esos porcentajes, y en su consecuencia, declarándose rescindidas todas las Contragarantías referidas suscritas con el IGAPE y las Garantías suscritas con las entidades financieras.

Y en su consecuencia se condene a las demandadas en las costas, daños y perjuicios sufridos, con expresa declaración de resarcimiento a favor de esta parte".

2. La Letrada de la Xunta de Galicia en nombre y representación del INSTITUTO GALEGO DE PROMOCIÓN ECONÓMICA (IGAPE), presentó escrito de contestación a la demanda, en la que suplicaba lo siguiente: "[...] dicte sentencia desestimando la acción interpuesta, e imponiendo en todo caso expresamente las costas del procedimiento a la actora".

La Procuradora D<sup>a</sup> Fátima Portabales Barros en nombre y representación de CAIXA DE AFORROS DE GALICIA, VIGO, OURENSE E PONTEVEDRA, NOVACAIXAGALICIA, presentó escrito de contestación a la demanda, en la que suplicaba lo siguiente: "[...] dictar sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda con imposición de costas a la parte actora".

El Procurador D. José Antonio Fandiño Carneto en nombre y representación de BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., presentó escrito de contestación a la demanda, en la que suplicaba lo siguiente: "[...] desestimar en su integridad la demanda interpuesta por la acreedora así como todas las pretensiones reflejadas en el suplico de su demanda respecto de Banco Popular Español, con expresa imposición de costas a la parte actora".

El Procurador D. Jesús González-Puelles Casal en nombre y representación de BERNARDO ALFAGEME, S.A., presentó escrito de contestación a la demanda, en la que suplicaba lo siguiente: "[...] se dicte sentencia donde se nos tenga por allanados a las pretensiones de la demanda, y en su consecuencia se acuerde la rescisión interpuesta por el demandante, reintegrándose al concurso los 10.663.872,56 ? por parte del Banco Popular; los 8.215.499,10 ? por parte del Banco de Galicia; y los 5.222.636,71 ? por parte de Novacaixagalicia a tenor de los pagos efectuados por Bernardo Alfageme S.A. entre el 22.05.08 y el 16.04.10, fecha de la declaración del concurso, clasificándose sus créditos como Subordinados, decretándose igualmente la ineficacia de las escrituras de contragarantías con constitución de hipoteca formalizadas entre estas entidades financieras y el Instituto Galego de Promoción Económica IGAPE, clasificándose su crédito como Subordinado".

Y los Administradores concursales D. Felix , D. Leon y D. Rubén , presentaron escrito en el que se precisaban las razones por las que no había sido ejercitada la acción rescisoria solicitada por la representación procesal de UWAIS.

3.- El Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra, en el Incidente Concursal 178/2011, Concurso Ordinario 69/2010, dictó Sentencia núm. 152/2011 de 10 de noviembre de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Que desestimo la demanda interpuesta por el procurador Sra. Toucedo en la representación acreditada, con expresa imposición a la actora de las costas causadas."

#### **Tramitación en segunda instancia**

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación procesal de UWAIS INGENIERÍA S.L.

Los Administradores Concursales de BERNARDO ALFAGEME, S.A., el INSTITUTO GALEGO DE PROMOCIÓN ECONÓMICA (IGAPE), el BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., BERNARDO ALFAGEME S.A., y NCG BANCO, S.A., se opusieron al recurso de apelación interpuesto de contrario.



La resolución de este recurso correspondió a la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que dictó Sentencia núm. 390/2012 el 10 de junio de 2012, cuya parte dispositiva decía:

*"Que desestimamos el recurso de apelación deducido por la representación de UWAIS INGENIERÍA S.L. y en su consecuencia confirmamos la sentencia de fecha 10 de noviembre de 2011, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra recaída en autos de acción de reintegración registrados bajo el número 178/2011, con imposición al apelante de las costas devengadas en esta alzada."*

#### **Interposición y tramitación del recurso de casación.**

5. El Procurador D. Pedro Sanjuán Fernández, en nombre y representación de D. UWAIS INGENIERÍA S.L., interpuso recurso de casación ante la antedicha Audiencia Provincial, basándose en los siguientes motivos:

**" PRIMERO.** - La sentencia impugnada infringe el art. 71.1 en relación con el art. 71.3.2º, ambos de la vigente Ley Concursal, aplicables al caso, con contradicción de la doctrina de *la Sala Primera contenida en sus sentencias de 27 de octubre de 2010 ( RC 10/2007), de 16 de septiembre de 2010 ( RC 1924/2003 ), 8 de marzo de 2010 ( RC 5085/200 ) y 27 de septiembre de 2007 ( RC 4268/2000 ), entre otras.*

**SEGUNDO.** - La sentencia impugnada debió resolver sobre la rescisión pretendida aplicando un precepto, la DA 4ª de la Ley Concursal, introducida por el Real Decreto Ley 3/2009 -hoy, tras la Ley 38/2011, art. 71.6 LC -, en cuanto define legalmente los acuerdos de refinanciación no rescindibles, cuya vigencia no supera los 5 años y sobre el que no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo".

6. Por Diligencia de ordenación de 28 de septiembre de 2012, la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación, remitiendo las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo emplazando a las partes para comparecer por término de treinta días.

7. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparece como parte recurrente el Procurador don Ramón Rodríguez Nogueira en nombre y representación de UWAIS INGENIERÍA, S.L. Y, como recurrido, el BANCO POPULAR ESPAÑOL, representado por la procuradora Dª Mª José Bueno Ramírez y el NCG BANCO, S.A. representado por la procuradora Dª Olga Gutiérrez Álvarez.

8. Esta Sala dictó Auto de fecha 8 de octubre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

*" 1º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil UWAIS INGENIERÍA, S.L. contra la sentencia dictada, con fecha 10 de julio de 2012, por la Audiencia provincial de Pontevedra (Sección 1ª) en el rollo de apelación nº 205/2012, dimanante de los autos de incidente concursal nº 178/2011, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra.*

*2º) Y entréguese copia del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a las partes recurrida personadas ante esta Sala para que formalicen su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría [...]"*

9. Las representaciones procesales del BANCO POPULAR ESPAÑOL, y del NCG BANCO, presentaron escritos oponiéndose al recurso de casación interpuesto.

10. Al no solicitarse por ninguna de las partes personadas la celebración de vista pública, se señaló por Providencia de 28 de abril de 2014, para votación y fallo el día 11 de junio de 2014, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Sebastian Sastre Papiol, Magistrado de Sala

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

##### **PRIMERO.- Resumen de Antecedentes.**

1. Sucintamente son relevantes para la resolución del presente recurso los siguientes hechos, acaecidos antes de la declaración de concurso de BERNARDO ALFAGEME, S.A.:

A) Con fecha 29 de abril de 2008 se otorgó escritura de préstamo sindicado con garantía hipotecaria a favor de la concursada por importe de 35.000.000 de euros, correspondiendo 15.000.000 a Caixanova (banco agente), 10.000.000 al Banco Popular y otros 10.000.000 al Banco de Galicia. El destino de dicho préstamo era la cancelación de la deuda con garantía hipotecaria que gravaba la finca registral 14661 del Registro de la Propiedad de Villagarcía; financiar el crecimiento del capital circulante de BERNARDO ALFAGEME SA -en adelante BASA-, para lo cual, y dado que tanto dichas entidades como PROMALAR ya habían anticipado fondos, se destinaban 24,7 millones de euros para cancelar las deudas con aquellos; 7 millones de euros se destinaban a la adquisición de un terreno para ubicar la futura planta industrial y otras inversiones en las instalaciones actuales. En escrituras de fechas 10 y 11 de diciembre de 2008 se modificó el destino de estos 7 millones,



permitiéndose que fueran destinados indistintamente a financiar inversiones de la actividad empresarial o necesidades de circulante.

El prestatario podía disponer del importe del préstamo durante 18 meses; el resto de las condiciones - liquidaciones, amortización y garantías- constan en la escritura que consta en la demanda.

B) Con fecha 3 de abril de 2009 suscribe el concursado sendas pólizas de préstamo de 4,5 millones de euros cada una, y una hipoteca de máximo por importe de 14 millones de euros.

2. La sociedad promotora del incidente concursal UWAIS INGENIERÍA, S.L. solicita la rescisión de las citadas operaciones, por entender que más de 24.000.000.-? de los 35.000.000.-? prestados de la primera operación fueron destinados a satisfacer deudas antiguas; que la operación descrita en el apartado B) anterior, solo 4,5 (de los 9.000.000).-? son destinados a financiar circulante. Solicita se declare la ineficacia por rescisión de los pagos efectuados por la concursada al Banco Popular (10.600.000.-?), al Banco de Galicia (8.200.000.-?) y a Caixanova (5.200.000.-?) y la ineficacia de las contragarantías entre el Instituto Galego de Promoción Económica (IGAPE) y la entidad concursada de fechas 29 de abril de 2008 (dos) y 3 de abril de 2009, y las garantías hipotecarias concedidas con ocasión de los préstamos descritos.

3. La concursada se allanó a la demanda. Contestaron por las demandadas, IGAPE, Novacaixagalicia y Banco Popular, se oponen con argumentos coincidentes: que se trató de una reestructuración de la deuda y de financiación de nuevo circulante; inexistencia de perjuicio patrimonial para la masa; financiación a más largo plazo y condiciones más ventajosas; inexistencia de fraude en la constitución del gravamen, en relación con el art. 10 LMH (Ley 2/1981), modificado por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre.

4. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, destacando, en el Fundamento de Derecho primero, que la actora omitió señalar que, de los 35.000.000.-?, se destinaron 11.800.000.-? a PROMOLAR, sociedad participada por la concursada, pago que fue rescindido por el mismo Juzgado. Entendió que no hubo un perjuicio o sacrificio patrimonial no justificado en las operaciones descritas, pues se trató de un acuerdo de refinanciación atípico. Las deudas vencidas se transformaron en deudas a largo plazo, se inyectó dinero nuevo (16.000.000.-?), se evitaron ejecuciones y se reestructuró todo el pasivo. El Juzgado impuso las costas a la actora del incidente.

5. Frente al recurso de apelación de la actora, la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1, dictó sentencia desestimatoria, confirmando los razonamientos de la sentencia apelada, reconociendo la legitimación activa subsidiaria de la promotora del incidente concursal rescisorio -que habían negado los demandados-. Señaló que el perjuicio de la masa activa puede ser *directo* cuando no hay contraprestación de clase alguna o *indirecto* si, al tiempo que se minoran el pasivo se altera la "*par condicio*" más beneficiosa para las entidades de crédito financiadoras. Posteriormente, la Audiencia destaca que la jurisprudencia ha ido perfilando el concepto de perjuicio ( STS de 27.10.2010 ) y la Ley 38/2011 presta también apoyo a la revisión de concepto del perjuicio indirecto con la reforma de las presunciones del art. 71 LC . De la resultancia fáctica, debidamente acreditada por la abundante prueba documental, llega a las siguientes conclusiones: a) cuando se concedieron las operaciones que se pretenden rescindir la empresa deudora atravesaba tensiones de tesorería, pero no consta que se encontrara en una situación de crisis estructural. Las operaciones, señala, se realizaron en abril de 2008 y el concurso se presentó en marzo de 2010; b) el dinero, en gran parte, no se destinó a repagar deuda anterior sino solo una parte, en concreto, deuda hipotecaria por 3.300.000.-?; al menos, en parte, el nuevo préstamo no supuso la constitución de nuevas garantías al pago; c) para la entrega de dinero nuevo destinado a circulante, era lógico pagar deuda vencida, lo que era bueno para las entidades de crédito con el fin de eludir dotaciones de provisiones para insolvencia; d) la duración de las operaciones fue de 5 años, con 18 meses de carencia y amortizaciones trimestrales; e) no se está en un supuesto de sobregarantías, pues el IGAPE sólo garantizó el 70 % de los créditos y la finca hipotecada tan solo cubría el 30 % del capital del préstamo (10.500.000.-?), ya que el valor de tasación pactado (casi 50.000.000.-?) ofrecía un remanente nada despreciable a favor de la masa; f) las contragarantías concedidas al IGAPE eran garantías contextuales en un marco de refinanciación global; g) y, lógicamente, para dar dinero nuevo las entidades de crédito exigieron la cancelación o refinanciación de los pasivos existentes pues, de lo contrario, no lo hubieran concedido. Desde este punto de vista, el conjunto de medidas adoptadas por las entidades de crédito profesionales no supuso concederles un privilegio ni un perjuicio para la masa. Destaca también que nada tienen que ver las operaciones descritas con la rescisión de la operación de PROMOLAR, decretada con anterioridad, pues se trata de una operación a favor de una persona especialmente vinculada (socio de la deudora). En las operaciones concertadas en abril de 2009, dos préstamos de 4.500.000.-? cada uno, no se fundamenta en qué consistió el perjuicio patrimonial.

### **RECURSO DE CASACIÓN.**

**SEGUNDO.- Formulación del primer motivo del recurso y su razonamiento.**



Se articula en los siguientes términos: " . - La sentencia impugnada infringe el art. 71.1 en relación con el art. 71.3.2º, ambos de la vigente Ley Concursal , aplicables al caso, con contradicción de la doctrina de la Sala Primera contenida en sus sentencias de 27 de octubre de 2010 ( RC 10/2007), de 16 de septiembre de 2010 ( RC 1924/2003 ), 8 de marzo de 2010 ( RC 5085/200 ) y 27 de septiembre de 2007 ( RC 4268/2000 ), entre otras."

Según la recurrente, la sentencia del Tribunal de apelación no ha tenido en cuenta las sentencias citadas en el motivo en las que funda el recurso de casación por interés casacional, por no subsumir los hechos probados en la presunción de perjuicio para la masa del art. 71.3.2º LC , de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que cita. Para la recurrente, existe un perjuicio patrimonial injustificado cuando se garantiza con hipoteca obligaciones preexistentes, tal y como reza el art. 71.3.2º LC y, además, supone conceder un privilegio a unos acreedores en contra de la *par condicio* . Señala que tales operaciones son objetivamente perjudiciales para la masa, como así tiene establecido esta Sala en las sentencias invocadas; que respetando los hechos probados, la valoración jurídica que realiza la sentencia recurrida infringe la citada norma sustantiva.

En síntesis, dice el recurrente, con la demanda incidental se pretendía la rescisión de los pagos efectuados por la concursada en virtud de la escritura de préstamo sindicado y otras posteriores de refinanciación: a Caixa Nova (5.200.000.-?), al Banco Popular (10.600.000.-?) y al Banco de Galicia (8.200.000.-?) pagos efectuados entre los días 22 de mayo de 2008 y la fecha de declaración del concurso.

Tras analizar las argumentaciones jurídicas de la sentencia recurrida (Fundamento de Derecho Cuarto), se denuncia que ignora la jurisprudencia del Tribunal Supremo en casos análogos, lo que a todas luces, es tanto como negar axiomáticamente el supuesto de hecho de que parte la presunción legal y la doctrina jurisprudencial.

Concluye con unas consideraciones en torno a la modificación de la LC por el RDL 3/2009, de 27 de marzo, en cuanto a su Disposición Adicional 4ª, sobre acuerdos de refinanciación, actualmente incorporados al art. 71.6 por la Ley 38/2011 . A la vista del contenido de tales disposiciones, el recurrente entiende que sólo son irrevocables los acuerdos de refinanciación que descansen en un plan de viabilidad, y reúnan los demás requisitos que impone la norma, lo que, en el presente caso, no se dan.

### **TERCERO.- Razones de la Sala para su desestimación.**

1. El recurrente cita cuatro sentencias del Tribunal Supremo con un criterio que se dice coincidente y contrario al utilizado por la resolución recurrida, pero basta examinar el sustrato fáctico de cada una de ellas para comprobar que descansen en un supuesto de hecho distinto al declarado probado en el caso enjuiciado, y con unas conclusiones o valoraciones jurídicas de difícil encaje con las que realiza la sentencia recurrida.

Como señala la STS núm. 652/2012, de 8 de noviembre , para decidir qué debe entenderse por "un acto perjudicial para la masa activa", deben valorarse si los datos existentes "en el momento de su ejecución, el acto se había considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiera existido en aquella fecha" , pues "la casuística en esta materia es muy amplia" y, en definitiva, la "ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado ( SSTS 548/2010, de 16 de setiembre , 662/2010, de 27 de octubre , 801/2010, de 14 de diciembre y 210/2012, de 12 de abril )" .

La sentencia recurrida, en su Fundamento de Derecho cuarto (aunque se refiera al tercero, por error) en un análisis de los hechos acreditados, y sobre la base de los argumentos de las partes, articula conclusiones (desde el apartado a) al apartado i)), en las que analiza todas la circunstancias del caso, destacando las ventajas que tales operaciones de refinanciación y reestructuración le supusieron a la hoy concursada, que las alejan del perjuicio patrimonial injustificado, de acuerdo con el art. 71.3 LC .

2. El recurrente señala que la constitución de garantías hipotecarias supone un perjuicio patrimonial de carácter objetivo, así como una alteración de la *par condicio* , gozando los acreedores hipotecarios de una preferencia, que antes no tenían, respecto de los créditos refinanciados.

Pues bien, estas formulaciones tienen por sí mismas un carácter objetivo, pero olvida la recurrente que el precepto que se dice infringido, el art. 71.3 LC , se encabeza literalmente: "Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume ..." y, por tanto, las consideraciones que preceden deben hacerse proyectadas al caso concreto, en función de la resultancia fáctica acreditada y probada en la litis, para destruir la presunción del perjuicio. Y esto es justamente lo que hace la sentencia y lo que no acepta el recurrente, aunque proclame la inalterabilidad de los hechos declarados probados reiteradamente. El recurrente no comparte la sentencia que llega a la conclusión de que no hay perjuicio, y su recurso más parece un escrito de alegaciones, - reiterativo respecto del presentado como recurso de apelación-, o un instrumento que permita ante este Tribunal abrir una tercera instancia que proscriba reiteradamente esta Sala (STS 797/2011, de 18 de noviembre , y las allí citadas).



Cabe recordar que el objeto del recurso de casación es " *la revisión del juicio jurídico es decir, en la determinación y alcance de los hechos probados, lo que supone examinar únicamente la corrección de la interpretación y aplicación de la norma llevadas a cabo por el tribunal "a quo", comprobando la aplicación al supuesto de hecho previsto en la ley del previo juicio de hecho y la aplicación al caso enjuiciado de la norma sustantiva en sí misma, de tal manera que el juicio fáctico queda siempre al margen del recurso de casación -- debe limitarse [el recurrente] a sustentar una cuestión de derecho material, en relación con los fundamentos de la Audiencia determinantes de su fallo*" ( SSTS 532/2008, de 18 de julio , 142/2010 de 22 de marzo y 153/2010, de 16 de marzo ).

**3.** La interpretación de las operaciones de reestructuración y la refinanciación llevadas a cabo en la presente litis por la sentencia recurrida es ignorada por el recurrente según conviene a sus intereses, interpretación alejada de la que, de forma minuciosa, ha llevado a cabo el Tribunal de apelación, sin que aporte nuevos datos ni nuevos hechos que contradigan los razonamientos de la sentencia, de suerte que el recurrente se desentiende por completo del resultado de hechos probados y de las consecuencias jurídicas derivadas de los mismos, y se proyecta hacia un supuesto distinto del que resulta en el presente caso, o como señala esta Sala, " *en realidad se deduce que la parte recurrente, disconforme con la sentencia de apelación, pretende imponer su propia percepción de la realidad, alterando la base fáctica de la sentencia recurrida y forzando un interés casacional artificioso .-. para construir una infracción jurisprudencial inexistente*" ( STS 171/2013, de 6 de marzo y ATS de 19 de octubre de 2010 y la jurisprudencia allí citada, sobre inadmisión del motivo por inexistencia de interés casacional [ art. 483.2.3º LEC ] ).

El motivo se desestima .

#### **CUARTO.- Formulación y razonamientos del segundo motivo de casación.**

Se articula en los siguientes términos: " *La sentencia impugnada debió resolver sobre la rescisión pretendida aplicando un precepto, la DA 4ª de la Ley Concursal , introducida por el Real Decreto Ley 3/2009 -hoy, tras la Ley 38/2011, art. 71.6 LC -, en cuanto define legalmente los acuerdos de refinanciación no rescindibles, cuya vigencia no supera los 5 años y sobre el que no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo*".

Señala que la sentencia recurrida rechaza la rescisión de los préstamos y garantías objeto de esta litis sobre la base, dice, de que respondían a un " *plan de refinanciación*" de la concursada. Si esto hubiera sido cierto, cuando menos en las operaciones realizadas a partir del 1 de abril de 2009, debía tenerse en cuenta la Disposición Adicional 4ª LC , introducida por el RDL 3/2009, que establece unas condiciones objetivas muy claras.

Solicita, además, que la Sala fije la significación jurídica de esa norma y su incidencia respecto de la correcta interpretación del art. 71.3.2º LC , " *para verificar que la presunción legal de perjuicio para la masa por mor de la constitución ex novo de garantías hipotecarias no puede ser desvirtuada, invocando la existencia de un plan de refinanciación, si no es cuando se dé un plan viable, esto es, un acuerdo que reúna las condiciones establecidas en el referido art. 71.6 LC "* .

Solicita, finalmente, que la Sala, como ha hecho en otras ocasiones -incidencia del art. 71 LC en la interpretación del art. 878.2 CdCom-, " *afirme la vis expansiva del vigente art. 71.6 LC -y de su precedente, la Adicional 4ª- sobre la interpretación del art. 71.3.2º LC , incluso respecto de, supuestos planes de refinanciación de fecha anterior al 1 de abril de 2009, como, por ejemplo, el que supuestamente dio lugar al préstamo sindicado de 29 de abril de 2008, objeto de estas actuaciones*".

En definitiva, el recurrente señala que si realmente hubo un plan de viabilidad, no se ajustó a las exigencias establecidas por el RDL 3/2009, siendo posible diseccionar los distintos elementos integrantes de un negocio (las operaciones, por un lado, y las garantías, por otro), con cita de jurisprudencia para, finalmente, reiterar los argumentos del primer motivo, en la medida en que las garantías hipotecarias perjudican a la masa, benefician a los titulares de las garantías en detrimento de los restantes, lo que supone infringir la *par condicio* .

#### **QUINTO.- Razones de la Sala para desestimar el segundo motivo del recurso de casación.**

En primer lugar hay que señalar que el Real Decreto Ley 3/2009 es de fecha 26 de marzo, y el escrito de apelación de diciembre de 2011, por lo que plantear distintas cuestiones en el presente motivo supone introducir en el debate cuestiones nuevas, lo que está proscrito en el recurso de casación ( SSTS 388/2012, de 26 de junio , 703/2012, de 14 de noviembre , entre otras).

Ello no obstante, como al final del motivo anterior apunta a una particular cuestión, especialmente, en relación a que la sentencia recurrida no tuvo en cuenta la normativa sobre los acuerdos de refinanciación en las operaciones realizadas en abril de 2009 (vigente ya el RDL 3/2009), pues el plan de viabilidad sobre el que se concedieron los nuevos préstamos resultó no ser realizable para subvenir a la continuidad de la actividad profesional en el corto y medio plazo, entraremos a razonar determinados aspectos del motivo.



Ante todo, hemos de señalar que el RDL 3/2009 fue una norma que pretendía proporcionar una seguridad jurídica a las partes a determinadas operaciones de reestructuración y de financiación, o ambas, con el fin de que, si se daban ciertos requisitos, fueran irrevocables frente a las acciones de reintegración. En modo alguno puede pensarse que la norma supuso que todos los acuerdos de refinanciación o de reestructuración debían ajustarse a los requisitos que en la misma se establecen, so pena de poder ser rescindidos inevitablemente. Las mismas razones que llevaron y llevan a la jurisprudencia, en cada caso particular, tras su análisis y ponderación, a apreciar o no un sacrificio patrimonial injustificado por las operaciones descritas, también ahora, nada impide que pueda probarse que no ha existido perjuicio, destruyendo la presunción *iuris tantum*, que es lo que ha ocurrido en el presente caso y que la sentencia recurrida ha ponderado detenidamente. Por tanto, ni la norma que introduce los acuerdos de refinanciación (la DA 4ª del RDL 3/2009), ni las posteriores reformas concursales que los ha modificado (Ley 38/2011 y el RDL 4/2014) impiden que para los acuerdos de refinanciación que no se acojan a la protección específica prescrita recientemente en la disposición adicional 4ª y en el art. 71.bis, deba seguir examinándose, caso por caso, si existe o no sacrificio patrimonial injustificado como venía haciéndose hasta ahora, pues aunque los acuerdos no se ajusten a los requisitos exigidos por las nuevas normas pueden ser igualmente inmunes si no comportan perjuicio concursal en el sentido del art. 71 LC.

#### **SEXTO.- Costas.**

Por aplicación del art. 398 LEC, se imponen las costas al recurrente que ha visto desestimado su recurso, con pérdida del depósito consignado para recurrir.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### **FALLAMOS**

**Desestimar** el recurso de casación interpuesto por la representación de UWAIS INGENIERÍA S.L., contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de fecha 10 de julio de 2012, en el Rollo 205/2012, que en este alcance confirmamos.

Se imponen las costas causadas a la recurrente, con la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Ignacio Sancho Gargallo.- Rafael Saraza Jimena.-Sebastian Sastre Papiol.- FIRMADO Y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Sebastian Sastre Papiol, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.