

Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, Sentencia de 10 Jul. 2012, rec. 205/2012

Ponente: Pérez Benítez, Jacinto José.
Nº de Sentencia: 390/2012
Nº de RECURSO: 205/2012
Jurisdicción: CIVIL

PROCEDIMIENTO CONCURSAL. Administración concursal. Determinación de la masa. Masa activa. -- Incidente concursal.
PROCESO CIVIL. Partes procesales. Legitimación. Condición de parte procesal legítima.

Disposiciones aplicadas

TEXTO

En Pontevedra a diez de julio de dos mil doce.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00390/2012

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 205/12

Asunto: INCIDENTE CONCURSAL 178/11

Procedencia: MERCANTIL NÚM. 3 DE PONTEVEDRA CON SEDE EN VIGO

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

Dª MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM.390

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de incidente concursal 178/11, procedentes del Juzgado Mercantil núm. 3 de Pontevedra con sede en Vigo, a los que ha correspondido el Rollo núm. 205/12, en los que aparece como parte apelante-demandante: UWUAIS INGENIERIA SL, representado por el Procurador D. PEDRO SANJUAN FERNÁNDEZ, y asistido por el Letrado D. JORGE DÍAZ DEL HIERRO HERNANDO, y como parte apelado-demandado: NCG BANCO representado por el Procurador D. JOSÉ PORTELA LEIROS y asistido del letrado D. LUIS PIÑEIRO SANTOS; BANCO POPULAR ESPAÑOL, representado por el Procurador D. JOSÉ ANTONIO FANDIÑO CARNERO, y asistido del Letrado D. GONZALO MATO BARREIRO; EDUARDO ALFAGEME SA, representado por el Procurador D. PEDRO SANJUÁN FERNÁNDEZ, y asistido por el Letrado D.

JAVIER VIDAL MARTÍNEZ; INSTITUTO GALLEGO DE PROMOCIÓN ECONÓMICA representado por el LETRADO DA XUNTA; ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Mercantil núm. 3 de Pontevedra con sede en Vigo, con fecha 10 noviembre 2011, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

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

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por Uuwais ingeniería SL, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La resolución del recurso exige partir de la literalidad de los términos de la súplica de la demanda de reintegración concursal formulada por UWAIS INGENIERIA, S.L. acreedora de la entidad en concurso BERNARDO ALFAGEME, S.A.:

" 1.- ... decretándose la ineficacia por rescisión de los pagos efectuados por la concursada a BANCO POPULAR por importe de 10.663.872,56 euros, entre los días 22.5.08 y la fecha de la declaración del concurso, reintegración al concurso de tal importe, y se clasifique su crédito con relación a la posición que ocupase antes de dicha disposición.

2.- ... decretándose la ineficacia por rescisión de los pagos efectuados por la concursada a BANCO DE GALICIA por importe de 8.215.499,10 euros, entre los días 22.5.08 y la fecha de la declaración del concurso, reintegración al concurso de tal importe, y se clasifique su crédito con relación a la posición que ocupase antes de dicha disposición.

3.- ... decretándose la ineficacia por rescisión de los pagos efectuados por la concursada a CAIXANOVA por importe de 5.222.636,71 euros, entre los días 22.5.08 y la fecha de la declaración del concurso, reintegración al concurso de tal importe, y se clasifique su crédito con relación a la posición que ocupase antes de dicha disposición.

4.- 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 y constitución de hipoteca" formalizadas entre el INSTITUTO GALEGO DE PROMOCION ECONOMICA, IGAPE y la entidad mercantil BERNARDO ALFAGEME, S.A. de fechas 29.4.08..., 3.4.09..., hipoteca de máximo suscrita con esta misma finalidad entre el BANCO POPULAR y BERNARDO ALFAGEME, S.A.... y la hipoteca de primer rango de 29.4.2008, ...suscrita entre el BANCO POPULAR, CAIXANOVA, BANCO DE GALICIA y BERNARDO ALFAGEME, S.A., ...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 ."

Puede adelantarse que nos resulta evidente la inadmisibilidad de esta última pretensión, que por su falta de precisión contradecía palmariamente la norma del art. 219 procesal, y que por tal motivo debió de haber sido expulsada del proceso.

La tesis demandante, que daba fundamento a la pluralidad de pedimentos que se acaban de transcribir, se sustentaba sobre los siguientes hechos, que se reproducen con algún exceso en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, desestimatoria de la demanda:

a) la entidad BERNARDO ALFAGEME, S.A. fue declarada en concurso por auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra de 16.4.2010 .

b) dentro de los dos años anteriores al concurso, el día 29.4.2008, BERNARDO ALFAGEME, S.A. (BASA, en adelante), concertó un préstamo sindicado con garantía hipotecaria en el que intervinieron cuatro sociedades: BANCO POPULAR, BANCO DE GALICIA, CAIXANOVA y PROMALAR, por importe de 35 millones de euros. En garantía de su devolución se constituyó primera hipoteca sobre la finca 6229 del Registro de la Propiedad de Vigo, y mediante aval subsidiario otorgado por el IGAPE en garantía del 70% del principal del préstamo.

c) a su vez, la garantía prestada por el IGAPE se aseguró mediante las siguientes contragarantías prestadas por el prestatario: primera hipoteca sobre la finca 14661 del Registro de la Propiedad de Villagarcía, con hipoteca mobiliaria sobre la marca comunitaria "MIAU", según fue acordado en escritura pública de 29.4.2008.

d) desde la posición demandante, dicho importe tuvo el siguiente destino:

a') 3.300.000 euros para cancelar el crédito garantizado con hipoteca sobre la finca 14661 del Registro de la Propiedad de Villagarcía.

b') 24.700.000 euros para cancelar deudas que BASA tenía con las entidades prestamistas y con la entidad PROMALAR.

c') financiar inversiones del prestatario, en concreto 7 millones de euros para adquirir un inmueble, si bien esta afección fue eliminada por la novación del préstamo en escrituras de 10 y 14.12.2008, permitiéndose que dicha cantidad fuera indistintamente destinada a la financiación de inversiones o a la atención de necesidades del circulante.

d') financiar el circulante de BASA mediante el ingreso de efectivo.

e) posteriormente, el 3.4.2009, BASA concertó dos nuevas pólizas de crédito con dos de las entidades mencionadas, BANCO POPULAR y BANCO DE GALICIA, por importes, cada una de ellas, de 4,5 millones de euros, a un plazo de 5 años y avalados por el IGAPE en un 66%.

f) el día 3.4.2009 se concertó un nuevo préstamo con el BANCO POPULAR garantizado con hipoteca de máximo sobre la finca 6229 bis del Registro de la Propiedad de Vigo, por importe de 14 millones de euros.

g) finalmente, el 28.1.2010 se concertan nuevos créditos con BANCO POPULAR y CAIXANOVA por importes de 600.000 euros cada uno de ellos.

En la tesis de la empresa demandante este conjunto de operaciones financieras, realizadas en los dos años anteriores a la declaración de concurso, tuvieron como objeto exclusivamente beneficiar a las tres entidades financieras mencionadas, que además consiguieron privilegiar sus créditos con la afección real de los activos más importantes de BASA, produciendo un efecto perjudicial para el resto de acreedores y para la propia empresa prestataria, que vio aumentado su endeudamiento fatalmente. En suma, el importe de los préstamos no tuvo por destino reflotar o inyectar capital en BASA, sino la extinción de deudas que ésta tenía con las tres entidades financieras y con la empresa vinculada PROMALAR, que recuperaron préstamos a corto plazo y vieron sustituidas las garantías anteriores por otras más sólidas e incluso con el aval de una entidad pública.

Interesa reseñar que el préstamo sindicado fue objeto de rescisión parcial por sentencia del juzgado de lo mercantil, confirmada por la de esta misma Sala de 8.3.2012, acordándose la rescisión de los pagos realizados a PROMALAR por parte de BASA por importe de 11.819.790 euros, pasando a ostentar aquélla por ese mismo importe la condición de acreedora subordinada.

SEGUNDO. - La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda. En primer lugar, la sentencia califica como de

" *fraude procesal* " la activación de la legitimación subsidiaria por parte de la entidad acreedora demandante, con el argumento de que cuando se requirió para el ejercicio de la acción a la administración concursal (art. 72.1) no se hizo mención alguna de la intención de atacar la constitución de contragarantías por parte del IGAPE. Ello lleva al juez de primera instancia a considerar la falta de legitimación pasiva del ente público, dejando fuera del proceso la pretensión de rescisión de las dos escrituras de constitución de las contragarantías por el aval del IGAPE, dejando así el suplico de la demanda " *fulminantemente cribado* ".

Seguidamente la sentencia observa la deficiente fundamentación jurídica de la demanda, a la que reprocha el haber sustentado la pretensión en la cita del art. 71.2 (en referencia concreta a la presunción *iuris tantum* de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, ap. 3, punto 2º) y, en lugar de pedir la cancelación de la garantía, pretender la rescisión del negocio.

Tras recordar la doctrina general sobre el perjuicio para la masa activa como fundamento sustantivo de las acciones de reintegración concursal, la sentencia trae cita de un pasaje de la sentencia de la sección 15 de la AP Barcelona de 6.2.2009, que como de sobra es sabido consideró que no existía perjuicio patrimonial en el acto de constitución de una garantía real en garantía de obligaciones nuevas que refinanciaban la deuda de la concursada, en función de las concretas circunstancias del caso. En opinión del juez de lo mercantil, la situación es semejante por las siguientes razones, que se recogen en la sentencia con alguna falta de sistemática: a) el nuevo préstamo se destina en un importante porcentaje al pago de deuda vencida y exigible, que permitía a las acreedoras la reclamación judicial de sus créditos, con los gastos adicionales que ello habría de suponer; b) no se prueba que existieran mejores alternativas a la refinanciación de ese pasivo; c) se inyectó una " *cantidad ingente de dinero nuevo* ", que concreta en 16 millones de euros; d) la distancia en el tiempo entre las operaciones cuya rescisión se pretende y la declaración del concurso; e) la hipoteca sobre la finca 6229 bis garantizaba tan sólo un 30% del préstamo, lo que permitía la posibilidad de constitución de sucesivas hipotecas sobre el mismo bien, cuyo valor de tasación era notablemente superior a la obligación garantizada; y f) al menos parcialmente la nueva operación de préstamo sindicado extinguía una obligación garantizada con hipoteca sobre una finca de BASA.

Finalmente, la sentencia hace notar que la estimación de la rescisión del préstamo con relación a la entidad PROMALAR, S.L. se basó en circunstancias claramente desemejantes, y combate el argumento sobre que operaciones como la que constituye el objeto del pleito hubiera sido la causa desencadenante de la insolvencia, en referencia a otras operaciones que tacha de arriesgadas

TERCERO.- El recurso de apelación intentando por la representación de la acreedora demandante, tras un proemio a modo de resumen para " *desmembrar el centro neurálgico del recurso* ", comienza combatiendo el pronunciamiento de contenido procesal que proclamó la falta de legitimación pasiva del IGAPE. La resolución de este primer motivo constituye un presupuesto para el análisis del resto de las cuestiones planteadas.

La LC, apartándose de los precedentes legislativos, no restringió la legitimación activa para el ejercicio de las acciones de reintegración en el concurso a la administración concursal, sino que configuró en su art. 72.1 una legitimación subsidiaria, de segundo grado o por sustitución, en favor de los acreedores para litigar en interés de la masa, que somete a dos requisitos: a) requerimiento escrito a la administración concursal para el ejercicio de la acción rescisoria, con determinación del "acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello"; b) el transcurso del plazo de dos meses sin que la administración concursal ejercite la acción objeto del requerimiento. Es sabido que la reforma operada por el Real-Decreto ley 3/2009, con la introducción de la disposición transitoria cuarta, y luego la Ley 38/11 (con la inclusión del precepto en el texto articulado, art. 72.2), excluyen esta legitimación para la impugnación de acuerdos de refinanciación, normativa que no resulta aplicable por motivos temporales a los hechos sometidos a enjuiciamiento.

Como puede apreciarse, la ley no avanza más en los requisitos de la legitimación subsidiaria; sólo se precisa que el acreedor comunique por escrito a la administración concursal la concreta operación que pretende atacar y su fundamento, esto es, *petitum* y *causa petendi*; puede añadirse también, como exigencia lógica, que si lo que se trata es de dar la oportunidad a la

administración concursal de valorar el ejercicio de la acción, deba identificarse la acción en sus tres identidades, comprendiendo también la de los sujetos legitimados pasivos.

Por tanto, resulta exigible, para apreciar la corrección de la legitimación activa, comparar los términos del requerimiento y los términos de la demanda, pues ésta no podrá basarse en fundamentos diferentes ni pretender atacar hechos, actos o negocios distintos a los identificados en el requerimiento.

El requerimiento, obrante a los folios 1343 y 1344 de las actuaciones, era del siguiente tenor:

"Muy Sr. mío:

Me dirijo a Ud. En calidad de administrador de la entidad "Uwais Ingeniería, SL", acreedor del Concurso de referencia, al objeto de solicitarle proceda a iniciar Procedimiento de Acción de Reintegración en los términos que a continuación le indico, en base a las siguientes consideraciones:

Consideramos necesario interponer DEMANDA DE INCIDENTE CONCURSAL sobre ACCIONES DE REINTEGRACION en base a la aplicación del art. 71 de la Ley Concursal, a tenor de la Escritura de Préstamo Sindicado con garantía Hipotecaria suscrito ante el Notario de Vigo D. Miguel Lucas Sanchez, Protocolo N° 931, ya que la concursada, "Bernardo Alfageme SA" con fecha 29 de abril de 2.008, ante el Notario referido, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, suscribió escritura de PRESTAMO SINDICADO CON GARANTÍA HIPOTECARIA, con las entidades "PROMALAR SL"; "CAIXA NOVA", "BANCO POPULAR" y "BANCO DE GALICIA", por un importe de TREINTA Y CINCO MILLONES DE EUROS, habiéndose interpuesto procedimiento de Reintegración únicamente contra Promalar SL, a pesar de que las otras 3 sociedades financieras están en las mismas circunstancias.

En base a la aplicación del art. 71 de la Ley Concursal que establece: Declarado el concurso, 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.2. El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de: La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquella, le solicito y requiero para que, en calidad de Administrador Concursal de "Bernardo Alfageme SA" presente Demanda Incidental de Reintegración, contra las siguientes entidades:

I/.-CAIXA NOVA con CIF G-36.600.369 y domicilio en Avenida García Barbón N° 1-3 de Vigo.

II/.-BANCO POPULAR con CIF A-28.000.727 y domicilio en la calle Reconquista N° 9 de Vigo.

III/.-BANCO DE GALICIA con CIF A-36.600.229 y domicilio en calle Policarpo Sanz N° 23 de Vigo.

IV/.-"BERNARDO ALFAGEME SA", debiendo ser emplazada a través de su representación procesal en autos".

...Como le indico, así lo hemos solicitado expresamente al Juzgado en el referido escrito, requiriendo literalmente:

I/.-Tener por requerida a la Administración Concursal para que dentro del plazo de los próximos 2 meses interponga el procedimiento de Retroacción contra las entidades financieras recogidas en el documento de Demanda Incidental que acompaño al presente, por los actos concretos que se decide impugnar, y el fundamento en que se base.

II/.- Con carácter subsidiario a lo solicitado anteriormente, dado el tiempo transcurrido desde que se inició el procedimiento Concursal, sin que la Administración Concursal haya interpuesto el referido procedimiento de Retroacción, y para el supuesto de que una vez requerida manifiesten su intención de no interponerlo, se proceda a dar curso a la demanda de Retroacción que adjunto, sin expirar el plazo de los dos meses señalados.

III/.- Que con carácter subsidiario a lo anterior, se nos dé trámite para evacuar la presentación de la Demanda de Retroacción cuya copia acompaño.

Por todo lo expuesto, le solicito interponga la demanda de Reintegración en los términos indicados en ésta notificación, así como en los términos reflejados en el escrito presentado en el Juzgado, o en su caso para el supuesto de que no tenga intención de interponerla, lo comuniqué antes de los 2 meses, para que sea éste acreedor el que lo ejercite".

La " copia de la demanda que se interesa interponer " no obra en las actuaciones ni consta que se comunicara a la administración concursal. Sin embargo nos parece que la comunicación cumplía los requisitos para habilitar la legitimación subsidiaria, pues se identificaban los actos que se pretendían rescindir (con expresa mención del préstamo sindicado con garantía hipotecaria de 29.4.2008) y se expresaban, siquiera en términos generales y por remisión, sus fundamentos, pues se hacía referencia a la acción rescisoria ya en curso formulada por la administración concursal contra PROMALAR por la misma operación y se citaban los preceptos de la LC que fundamentaban la acción. Es cierto que no se mencionaban las contragarantías que hacían intervenir al IGAPE en la operación, pero éstas formaban parte del préstamo sindicado, como se comprueba con la lectura del documento, por lo que el hecho de que la demanda se dirigiera también a pretender la rescisión de su constitución puede entenderse, sin forzar las cosas, como comprendida dentro de los requisitos generales de legitimación que, se insiste, la ley configura en términos amplios, sin que se vean motivos para fundamentar la rigurosa interpretación que sigue la sentencia, siendo que la finalidad de la norma nos parece que queda suficientemente atendida.

Se estima el motivo. Sin embargo, como se verá de inmediato, la estimación de la legitimación para soportar el ejercicio de la acción por parte del ente público no altera el pronunciamiento de fondo sobre el recurso.

TERCERO.- Como venimos repitiendo desde este órgano jurisdiccional, el art. 71 de la LC contempla las acciones rescisorias concursales, bajo la denominación de "acciones de reintegración". Como es de sobra sabido, la ley huye de los rígidos esquemas de la retroacción, característicos de la legislación de quiebras (cfr. ant. Art. 878 párrafo segundo y jurisprudencia que lo interpreta), para instaurar un marco general de acciones de reintegración de bienes y derechos a la masa realizados en el concreto período temporal de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, y fundados en la existencia de un *perjuicio para la masa*, con independencia, en principio, de todo elemento subjetivo relativo al carácter fraudulento del acto impugnado. La prueba del requisito esencial del " *perjuicio para la masa activa* " se facilita con un juego de presunciones de carácter iuris et de iure y iuris tantum.

Resulta harto difícil dar un concepto de perjuicio patrimonial, al existir el riesgo de que un criterio de interpretación excesivamente laxo convierta en rescindibles todos los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, con el consiguiente riesgo para el valor esencial del tráfico mercantil de la seguridad jurídica. Precisamente, la nueva regulación pretende, -como justifica la Exposición de Motivos de la LC-, apartarse del régimen de la nulidad absoluta, caracterizadora del régimen previgente.

Es sabido que el concepto de perjuicio " *para la masa activa* " viene siendo objeto de diversas interpretaciones, como acierta a reflejar la sentencia recurrida. Desde el inicio de la vigencia de la ley concursal puede decirse que en la jurisprudencia mercantil se impuso la tesis amplia del perjuicio, seguida por este mismo órgano de apelación en diversas resoluciones, comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase (perjuicio directo), sino también de los actos que perjudican la masa activa al tiempo que minoran el pasivo, si ello supone una alteración del principio general de la par conditio (perjuicio indirecto); por todas, sentencia AP Madrid, secc. 28ª, de 19 de diciembre de 2008 y AP Barcelona, secc. 15ª, de 8 de enero de 2009), así como las dictadas por este órgano de 22.7.2009 o 10.11.2011, entre otras, aunque en la más reciente de 8.3.2012 tuvimos ocasión de matizar el concepto, en atención a las concretas circunstancias del caso.

En esta línea, no cabe desconocer que la doctrina y que algunas resoluciones judiciales, -también las de esta Sala-, han avanzado más en la precisión del concepto, con la evidente intención de evitar una ampliación excesiva del perjuicio patrimonial, obligando a tomar en cuenta todas las circunstancias concurrentes y reformulando el concepto de perjuicio patrimonial en el de " *sacrificio*

patrimonial injustificado ", al que también aludió el TS en su sentencia de 27.10.2010 . La reciente reforma operada por la ley 38/2011 presta también apoyo a la revisión del concepto del perjuicio indirecto con la reforma de las presunciones del art. 71 .

Por lo demás resulta generalmente admitido en la comunidad jurídica que el perjuicio se ha de determinar en el momento en el que el acto objeto de examen fue realizado, en atención a las circunstancias entonces concurrentes, y no en relación al momento de ejercicio de la acción o de la declaración de concurso. De otro modo, -se dice-, siempre podrá apreciarse el perjuicio, pues, como sucede en nuestro caso, aparece en el concurso un bien con una garantía que pudo llegar sin ella, porque el crédito que se aseguraba resultó inútil para evitar o quizás contribuyó a la situación de insolvencia. En el deficiente entendimiento de esta valoración nos parece que radica en buena medida la tesis del recurrente.

El art. 71.3.2º contempla la renegociación con garantía de deuda previa no garantizada como hipótesis de presunción de perjuicio, permitiendo la prueba en contrario, de suerte que el deudor puede probar que la garantía no resultó perjudicial en el contexto en el que las cosas se encontraban al ser constituida. Son numerosos los pronunciamientos jurisprudenciales, como las partes se encargan de recordar, que se han ocupado del problema, pudiéndose obtener la conclusión inicial de que resulta obligado atender a las circunstancias de cada caso y que no resulta un criterio válido operar con mero automatismo en el análisis de las operaciones enjuiciadas.

El análisis de los hechos, -en buena medida consentidos y acreditados con la abundante aportación de prueba documental-, y el estudio de los argumentos de las partes nos llevan a las siguientes conclusiones:

a) las operaciones que determinaron los pagos cuya retroacción se pretende tuvieron lugar durante los años 2008 y 2009, en el marco de diversas operaciones tendentes a refinanciar la empresa y a reestructurar el pasivo, que sufría graves pérdidas y atravesaba tensiones de tesorería, pero no consta que se encontrara en una situación de crisis estructural. De este modo se obtuvieron recursos a través de préstamos de socios y mediante la obtención de un préstamo sindicado con las tres entidades financieras demandadas el día 29.4.2008. El concurso fue declarado el 16 de abril de 2010, por tanto casi dos años después de la operación objeto de enjuiciamiento.

b) el destino de las cantidades dispuestas con cargo a dicho préstamo ha quedado expuesto más arriba; baste destacar en este lugar que parte del préstamo se destinaba a la cancelación de deuda hipotecaria (la primera disposición del préstamo fue destinada a la extinción de dicha deuda, por importe de 3.300.000 euros), por lo que deberá convenirse que, al menos en parte, el préstamo no supuso la constitución de nuevas garantías.

c) de la misma forma, la financiación del circulante y la reestructuración del pasivo exigía, -nos parece evidente-, cancelar la deuda ya vencida (no se pretende la rescisión por la vía de la presunción iuris et de iure del art. 71.2) mantenida con las entidades prestamistas y convertir deuda a corto en deuda a largo plazo; que la operación resultaba de interés para las entidades financieras resulta obvio, entre otras razones por motivo de permitir eludir la dotación de provisiones por insolvencia y la exigencia de aumento del requerimiento mínimo de recursos propios, como de sobra es sabido. En este sentido, el préstamo sindicado presentaba las siguientes condiciones: duración de cinco años, con vencimiento el 29.4.2013 y un tipo de interés habitual en el mercado para operaciones de esa clase; 18 meses de carencia y amortizaciones trimestrales.

Y todo ello, como reconoce expresamente el recurrente, en el marco de una operación diseñada por un plan de negocio encargado a consultores externos.

d) como resulta por completo sólito (y puede añadirse que exigible, cfr. CBE 4/2004), la concesión de un préstamo por importe de 35 millones de euros estuvo rodeada de diversas garantías que aseguraran el recobro de las disposiciones efectuadas, tanto más cuanto que se conocía la situación de dificultad financiera que atravesaba BASA. Las garantías consistieron en primera hipoteca sobre uno de sus principales activos y la concesión de un aval por la entidad pública IGAPE. Se ha visto también cómo no se puede afirmar que se esté ante un supuesto de sobregarantías, sino que éstas, en apariencia, no sólo resultaban proporcionadas a su finalidad propia, sino que la finca hipotecada a favor de las prestamistas tan sólo cubría el 30% del capital del préstamo (10,5

millones de euros), y dado el valor de tasación pactado (casi 50 millones de euros) resultaba un hipotético remanente a favor de la masa no despreciable.

e) la operación misma resultaba condicionada a que el IGAPE concediera el aval, como es de evidencia. Por su parte, resultaba no sólo lógico, sino jurídicamente exigible (cfr. Decreto 284/1994) que la entidad pública a su vez garantizase el recobro de las cantidades avaladas para el caso de impago por el deudor principal. Por tal motivo se constituyeron las contragarantías consistentes en la constitución de hipoteca sobre diversos activos mobiliarios e inmobiliarios. Desde esta perspectiva, las contragarantías del IGAPE pueden entenderse como garantías contextuales, surgidas en el marco de una operación global de refinanciación pero que, desde el punto de vista de la entidad pública, aseguraban en el momento de su constitución las obligaciones asumidas en el mismo acto. De ahí que respecto de la entidad pública no pueda jugar la presunción de perjuicio patrimonial del art. 71.3.2º, sino que, para rescindir su constitución, el actor debería convencer sobre la existencia del requisito general del perjuicio patrimonial injustificado. Podemos anticipar en este lugar que no hallamos visos de la existencia de tal perjuicio, pues como se ha dicho, resulta patente que la operación de préstamo sólo podía tener lugar si el IGAPE garantizaba la operación. Tampoco se aprecia en la constitución de las contragarantías ningún elemento que haga pensar en su desproporción o excesiva onerosidad. Los bienes gravados resultaban suficientes y proporcionados a la entidad de las obligaciones asumidas.

En consecuencia, la pretensión de rescisión de la constitución de las contragarantías, deducida en el apartado cuarto de la súplica, aisladamente considerada, carece de razón de ser.

f) insiste el apelante en intentar convencer sobre el perjuicio sufrido en el patrimonio de BASA por el hecho de haber gravado su patrimonio para obtener una poco relevante cantidad de numerario. No nos parece que sean así las cosas. Por de pronto, resulta lógico que para ingresar dinero nuevo se exija la cancelación o la refinanciación de los pasivos existentes con las entidades prestatarias, pues de otro modo es llano cómo no concederían un nuevo crédito. Por sí mismo, el hecho de sustituir pasivo a corto por pasivo a largo, si las condiciones no son desproporcionadamente onerosas, no constituye perjuicio patrimonial. La clave del asunto está en el análisis de las garantías constituidas, en particular sobre si puede jugar la presunción de perjuicio, como se ha apuntado más arriba.

Debe entonces analizarse si la constitución de las garantías supuso el otorgamiento de un privilegio a los acreedores profesionales en perjuicio del resto de la colectividad de acreedores, que verían luego reducida la masa activa con la afección de los bienes del deudor.

Y esto es lo que nos parece que no resulta acreditado en el presente supuesto, en línea con lo que razona la sentencia de primera instancia, por los motivos que venimos exponiendo. La sociedad obtuvo tesorería en una situación coyuntural; alargó el plazo de exigibilidad de la deuda; obtuvo unas condiciones de financiación que no se han demostrado fuera de mercado; evitó que los acreedores instaran ejecuciones de las operaciones vencidas; se constituyeron garantías proporcionadas a las obligaciones contraídas y, en parte, se extinguió deuda hipotecaria; valorada la operación ex ante no se aprecia una intención fraudulenta ni tampoco puede hablarse de una falta de justificación de una operación común en el tráfico que supuso la entrada de una importante suma de numerario; repárese que la operación tuvo lugar en el límite de los años antes a la declaración del concurso, lo que dificulta su conexión con la insolvencia; la entrada en liza del acreedor público garantizado opera bajo los mismos parámetros.

Sobre ello nos parece también que el actor yerra a la hora de determinar el objeto de su acción. Cuando de la rescisión de garantías no contextuales se trata, en el marco de operaciones de refinanciación bajo la presunción iuris tantum del art. 71.3.2º, el objeto del petitum debe ser el de la rescisión de la garantía, -como se desprende de la interpretación literal de la norma-, y no del negocio en su totalidad, como postula el apartado cuarto de la súplica de la demanda, o de operaciones concretas de disposición en el marco del contrato de préstamo (las cantidades refinanciadas por las entidades financieras), que por sí mismas, aisladas de las garantías no contextuales, no causaron ningún perjuicio. Por tanto, la petición, en la forma en que fue planteada,

resultaba incongruente con el fundamento jurídico esgrimido.

g) tampoco nos resulta convincente la insistencia en que el prestamista designado como agente en el préstamo sindicado retrasara el pago. Este hecho, por sí mismo, se sitúa extramuros de la valoración del perjuicio de la operación; que un prestamista ostente la condición de agente y se le atribuyan facultades de autorización de disposiciones en función de los criterios pactados resulta habitual en esta clase de operaciones, como es conocido, y no se ha demostrado que en el caso concreto analizado tales atribuciones fueran abusivas o desproporcionadas. No se ha acreditado, contrariamente a lo que postula el recurrente, que este retraso, -que no aparenta resultar contrario a las condiciones pactadas en el préstamo-, fuera la causa de la insolvencia; esta afirmación, que para el recurrente es incontestable, no encuentra apoyo en la prueba practicada.

h) de la misma forma que aprecia el juez de lo mercantil, creemos que la rescisión parcial de los pagos realizados a PROMALAR, S.L. carece de relevancia para juzgar sobre los hechos sometidos ahora a nuestro conocimiento. Basta constatar con que en aquél supuesto la causa de la rescisión no estuvo en la constitución de garantías como perjuicio patrimonial para la masa, sino en la realización de actos de disposición a favor de una persona vinculada (socio de la deudora), que de forma palmaria había obtenido la recuperación de su crédito de los fondos obtenidos por la deudora en la operación de refinanciación. Nos remitimos en este lugar al contenido de nuestra sentencia de 8.3.2012, recaída en el incidente 341/2010 del mismo juzgado .

i) la pretensión de ineficacia del resto de operaciones (concesión de préstamos por importes de 4,5 millones por parte de BANCO POPULAR y BANCO DE GALICIA, -no garantizadas con garantía real a favor de los prestamistas-, y constitución de préstamo garantizado con hipoteca de máximo), también se sitúan extramuros de la causa de pedir invocada en la demanda como fundamento de la rescisión. Respecto de estas concretas operaciones no se fundamenta claramente en qué radicó el perjuicio patrimonial. En el caso de la hipoteca de máximo se consideran aplicables el resto de argumentos que se vienen exponiendo respecto del préstamo sindicado, amén de tratarse de una hipoteca de tercer rango.

Por tales motivos se desestima el recurso, confirmándose la resolución recurrida.

CUARTO.- La desestimación del recurso determina la imposición de las costas devengadas en esta segunda instancia a la parte apelante (arts. 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de apelación deducido por la representación de UWAIS INGENIERIA, 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.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se pondrá testimonio en lo autos principales, con inclusión del original en el libro correspondiente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.