



Roj: **SAP B 12269/2008 - ECLI: ES:APB:2008:12269**

Id Cendoj: **08019370152008100268**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **30/12/2008**

Nº de Recurso: **186/2008**

Nº de Resolución: **487/2008**

Procedimiento: **Incidente**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

rollo nº 186/08-2ª

INCIDENTE CONCURSAL DE CALIFICACION Nº 178/2007

JUZGADO MERCANTIL Nº 4 DE BARCELONA

**SENTENCIA Núm.**

Ilmos. Sres.

D. IGNACIO SANCHO GARGALLO

D. LUIS GARRIDO ESPA

D. JORDI LLUIS FORGAS I FOLCH

En la ciudad de Barcelona, a treinta de diciembre de dos mil ocho.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Quince de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de incidente concursal de calificación del concurso número 178/2007 seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona, a instancia de la Administración concursal de la entidad TALLERES DEMET, S.L. y el Ministerio Fiscal, contra la deudora concursada TALLERES DEMET, S.L. y Jose Daniel , ambos representados por la procuradora Montserrat Martínez-Vargas Vallés. Estos autos penden ante esta Sala en virtud del recurso apelación interpuesto por las representaciones procesales de TALLERES DEMET, S.L. y Jose Daniel , contra la sentencia de fecha 11 de diciembre de 2007 .

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO: La parte dispositiva de la resolución apelada es del tenor literal siguiente: "Estimo la solicitud de calificación del concurso de la sociedad TALLERES DEMET, S.L. y en consecuencia, declaro CULPABLE el concurso y la responsabilidad de Jose Daniel en la causación de la insolvencia de la compañía, y en su consecuencia condenarle a inhabilitación para el ejercicio del comercio, para administrar bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier otra persona durante el periodo de dos años; a la pérdida de los derechos que tuvieran como acreedor concursal o de la masa; a pagar a la concursada la suma de 206.955'42 euros; y al pago de las costas procesales".

SEGUNDO: La representación procesal de TALLERES DEMET, S.L. y Jose Daniel interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia y, admitido en ambos efectos, se elevaron los autos a esta Sala, previo emplazamiento de las partes, y comparecidas éstas, se siguieron los trámites legales, en el curso de los cuales se señaló para la celebración de la vista el día 3 de diciembre de 2008.

TERCERO: En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.



Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. IGNACIO SANCHO GARGALLO.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La sentencia recurrida declara culpable el concurso de la sociedad TALLERES DEMET, S.L. en atención a los siguientes conductas:

1º Inexactitudes graves en los documentos aportados con la solicitud de concurso ( art. 164.2.2º LC ), y en concreto: i) en el balance figura una partida de existencias de 152.821,89 euros que no se han encontrado al tiempo de tomar posesión de su cargo la administración concursal; y ii) en el inventario no se hace constar la fianza prestada al arrendador por importe de 3.606,07 euros, ni la cuenta corriente entre compañías asociadas de 12.500 euros.

2º La situación de insolvencia de TALLERES DEMET, S.L. se ha agravado con dolo o culpa grave ( art. 164.1 LC ) porque su actividad ha sido derivada a la sociedad TALLERES AIP, S.L., que se constituyó con dinero de la concursada, 12.500 euros, por el Sr. Jose Daniel , que inicialmente fue administrador de ambas; y por gastos indebidos llevados a cabo en un periodo próximo al concurso como son: 9.709,31 euros de cena de navidad (diciembre de 2004); pago de facturas relacionadas con un vehículo propiedad del Sr. Jose Daniel con dinero de la sociedad (2.803,2 euros); pago de la estancia del Sr. Jose Daniel en un hotel en el mes de agosto (2.303,47 euros) y un pago de 14.000 euros para amortizar un préstamo del Sr. Jose Daniel para la compra de un vehículo; y la venta de una máquina, un mes antes de la declaración de concurso, con unas pérdidas de 9.000 euros.

La sentencia declara persona afectada por la calificación al administrador de la sociedad concursada, Sr. Jose Daniel , a quien le impone una sanción de inhabilitación de dos años; le condena a perder todos los derechos que tuviere como acreedor concursal y contra la masa; a que devuelva a la masa las sumas recibidas (2.803,20 euros, 2.514,95 euros y 14.000 euros) y a indemnizar a la masa en las siguientes partidas: 9.709,31 euros de la cena de navidad; 9.000 euros por la venta de la máquina; 12.000 euros empleados para la constitución de la sociedad TALLERES AIP; el importe de la fianza del contrato de arrendamiento en el que todavía opera TALLERES AIP (3.606,07 euros) y el valor de las existencias desaparecidas (152.821,89 euros).

La sentencia es recurrida en apelación tanto por la sociedad concursada como por su administrador, Sr. Jose Daniel , por los siguientes motivos: 1º Inexistencia de las causas del art. 164.2 LC alegadas por la Administración Concursal para la calificación del concurso culpable; 2º Improcedencia de la calificación fundada en la generación o agravación de la insolvencia por actos u omisiones efectuados por el deudor; 3º Improcedencia de la condena a devolver los bienes y derechos obtenidos indebidamente del deudor, así como la responsabilidad por los perjuicios del artículo 172.2.3º LC .

SEGUNDO: Como hemos venido recordado en ocasiones anteriores [desde el auto de 6 de febrero de 2006 (RA 841/05) hasta la sentencia de 25 de marzo de 2008 (RA 650/07)], para juzgar sobre la calificación culpable o fortuita del concurso, la Ley centra su atención en determinar cuándo puede calificarse culpable el concurso, para lo que atiende a un triple criterio: en primer lugar, a una definición legal, que considera culpable el concurso cuando la insolvencia se hubiera generado o agravado mediando dolo o culpa grave del deudor, o, en el caso de las personas jurídicas, de sus administradores o liquidadores ( art. 164.1 LC ); en segundo lugar, una tipificación de supuestos que al margen de la concurrencia o no de la culpa merecen por sí mismos la calificación culpable ( art. 164.2 LC ); y, en tercer lugar, tres casos en los que se presume iuris tantum el dolo o la culpa grave, y consiguientemente admiten la prueba en contrario para eludir la calificación culpable del concurso ( art. 165 LC ).

La sentencia recurrida funda la calificación culpable del concurso en dos motivos: Inexactitudes graves en los documentos aportados por la deudora en su solicitud de concurso, que es una de las conductas tipificadas en el art. 164.2 LC , cuya realización resulta suficiente para atribuir la calificación culpable al concurso, con independencia de si dichas conductas han generado o agravado la insolvencia, y de si en su realización el deudor ha incurrido en dolo o culpa grave ( art. 164.2.2º LC ), y la realización de una serie de conductas que habrían contribuido a generar y/o agravar la situación de insolvencia ( art. 164.1 LC ).

Subyace al recurso de apelación una denuncia de incongruencia por parte de la sentencia, por haber fundado la calificación en hechos y motivos distintos de los invocados por la administración concursal en su informe. A ello responde la administración concursal aduciendo que no se altera el principio de congruencia cuando se aportan los hechos y es el Juzgado quien aplica el derecho que proceda, en este caso los tipos legales.

La doctrina del Tribunal Constitucional es constante al considerar que la congruencia de las sentencias "se mide por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiera



pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente, que no hubiera sido pretendida" ( SSTC 20/1982 y 220/1997 ). En última instancia, debe haber una adecuación entre lo resuelto -parte dispositiva- y el objeto del proceso, que se determina atendiendo a los sujetos, el petitum y la causa petendi ( STC 144/1991 , 161/1993 y 122/1994 ). Por lo que el debate sobre la congruencia de la sentencia recurrida, gira en torno a la determinación de las pretensiones de las partes que conforman el objeto del proceso. La jurisprudencia es igualmente constante cuando recuerda que sólo reclaman un pronunciamiento congruente las cuestiones oportunamente deducidas en la demanda y, en su caso, la contestación, esto es en los escritos de alegaciones, que son los que han de confrontarse con la parte dispositiva de la resolución ( SSTS 22 octubre 1994, RJ 1994/9025 ; 24 marzo 1998, RJ 1998/1519 ; 15 diciembre 1998, RJ 1998/9558 ; 21 febrero 2000, RJ 2000/753 ; 2 julio 2002, RJ 2002/5899 ; 9 julio 2002, RJ 2002/5903 ; 30 diciembre 2002, RJ 2002/10757 ; 11 marzo 2003, RJ 2003/2571 ; 16 julio 2003, RJ 2003/5142).

En nuestro caso, no podemos perder de vista que la calificación, en virtud del principio dispositivo, requiere de una solicitud concreta que, caso de interesarse el concurso culpable, debe alcanzar a todo lo que se pretenda sea objeto de pronunciamiento en la sentencia. Esta solicitud la formula la administración concursal, aunque también interviene el ministerio fiscal, pues a la vista del informe de la administración, emitirá un dictamen en el que se pronunciará sobre la calificación procedente y el resto de los pronunciamientos solicitados ( art. 169 LC ). Habiéndose interesado la calificación culpable del concurso, el Juzgado dio traslado del informe de la administración concursal y del dictamen del ministerio fiscal a la concursada y a su administrador, que expresamente había sido señalado como la persona que debía quedar afectada por la calificación. Estos se opusieron a la calificación y a los demás pedimentos interesados, atendiendo a los hechos y causas invocadas por los instantes de la calificación, quienes ya no pueden variar la causa petendi en que fundan su pretensión, ni el contenido de esta última. De otro modo se provocaría indefensión, ya que el deudor y las personas afectadas por la calificación, también el cómplice, precisan conocer desde el principio los motivos y las razones por las que se informa o dictamina el concurso como culpable, y por qué se les considera personas afectadas o cómplices, así como el alcance de su responsabilidad. Todo lo cual impone al informe y al dictamen del ministerio fiscal la obligación de reunir básicamente los elementos esenciales de una demanda, que se especifique con claridad el petitum y la causa petendi: la calificación concreta que se pide, así como el resto de pronunciamientos que se solicita de la sentencia de calificación, y las razones que lo justifican. Sólo así el deudor, las personas afectadas por la calificación solicitada y los cómplices están en condiciones de defenderse y oponerse, contradiciendo las razones vertidas en los escritos iniciales.

Correlativamente con lo anterior, el Juez, al juzgar la calificación y los consiguientes pronunciamientos legales del art. 172 LC , está vinculado por lo que se ha solicitado y por las razones invocadas para ello, sin que pueda alterarse la causa petendi. La administración concursal argumenta que basta con aducir los hechos para que el juzgado los califique jurídicamente, aplicándoles la norma correspondiente, en virtud del principio iura novit curiae, por lo que en este caso resulta irrelevante que hechos invocados para justificar un determinado criterio de calificación culpable del concurso, puedan ser empleados para justificar otro. Y ello no es del todo correcto, pues en este caso un mismo hecho, como es por ejemplo que la administración concursal no encontrara las existencias que aparecían contabilizadas en el balance por un valor contable de 152.821,89 euros, hubiera podido servir para acreditar la concurrencia de tres conductas distintas con arreglo a las cuales justificar la calificación culpable: (i) de una parte, visto desde la perspectiva de la presentación de la documentación unida a la solicitud de concurso, podría hablarse de irregularidades graves, pues se refleja en el activo del balance una partida que no se corresponde con la realidad, siendo su importe muy relevante en relación con el valor de la sociedad y su capital social ( art. 164.2.2º LC ); (ii) de otra, visto desde el punto de vista de la posible sustracción de estas existencias, cabría invocar un alzamiento de bienes o, caso de aducirse de contrario una enajenación, el carácter fraudulento de la misma ( art. 164.2. 4º y 5º LC ); (iii) y, finalmente, atendiendo a los efectos que dicha sustracción o enajenación fraudulenta habrían podido ocasionar, cabría calificar el concurso de culpable en la medida en que hubiera contribuido a generar o a agravar el estado de insolvencia ( art. 164.1 LC ).

En realidad, no estamos ante una misma conducta sobre la cual se ha invocado una norma jurídica equivocada o imprecisa, sino antes tres conductas distintas, que deben haberse aducido oportunamente por la administración concursal para justificar la calificación culpable del concurso y sus respectivos pronunciamientos de condena, pues cada una de ellas determina para el deudor concursado y la persona afectada por la calificación determinadas y específicas exigencias para oponerse a ellas. Si se opta por las inexactitudes graves en el balance presentado con la solicitud, la controversia girará alrededor de la inexactitud del apunte contable y su gravedad; mientras que si se opta por el alzamiento de bienes o la enajenación fraudulenta, la controversia versará sobre la distracción del bien y las condiciones en que lo fue; y si se opta por la generación o agravación de la insolvencia, lo relevante será si esta enajenación o distracción ha contribuido a generar o a agravar la insolvencia, y si se hizo con dolo o culpa grave. Aplicar a aquellos hechos



una causa distinta de la invocada, que por lo tanto determinó las razones de oposición de la concursada y de su administrador, supondría una alteración del principio dispositivo, lo que viciaría de incongruencia total o parcialmente la sentencia.

De acuerdo con lo argumentado hasta ahora, procederemos a analizar las dos causas empleadas por el Juez al fundamentar la calificación culpable del concurso, para examinar si habían sido invocadas por la administración concursal en su informe y si lo fueron sobre los mismos hechos que sirvieron a la sentencia para concluir la calificación culpable del concurso.

Caso de confirmarse la calificación culpable, revisaremos los pronunciamientos consiguientes. Sobre ellos, como muy bien argumenta la sentencia recurrida, existen dos excepciones al principio dispositivo, pues aunque no se solicite la inhabilitación de la persona afectada por la calificación y la pérdida de los derechos que ésta tuviera en el concurso como créditos concursales o contra la masa, así como la devolución de lo recibido de la masa activa, son sanciones consiguientes a la calificación culpable, que deben imponerse en todo caso, aunque no se soliciten. Sin embargo, el resto de las condenas previstas en el art. 172.2.3º LC, en concreto la condena a "devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor", "así como a indemnizar los daños y perjuicios causados", requieren que lo indebidamente obtenido hubiera motivado la calificación culpable, ordinariamente en casos de alzamiento de bienes o enajenaciones fraudulentas (art. 164.2.4º y 5º LC), pero también cabe en supuestos en que hubiera justificado una conducta dolosa o culposa grave que hubiera contribuido a generar o agravar el estado de insolvencia (art. 164.1 LC).

TERCERO: El art. 164.2.2º LC tipifica en todo caso el concurso como culpable cuando "el deudor hubiere cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud...". La inexactitud supone falta de adecuación a la realidad de la información contenida en dicha documentación, siendo el documento auténtico y válido. Esta inexactitud debe ser grave, y lo será cuando se refiera a una información relevante para el concurso, en concreto para alguna de sus operaciones sobre la masa activa o pasiva, para la calificación o para la aprobación del convenio.

La sentencia aprecia que ha existido inexactitudes graves en la documentación aportada con la solicitud de concurso sobre la base de los siguientes hechos, previamente declarados probados: i) en el balance figura una partida de 152.821,89 euros, de existencias que no se han encontrado al tiempo de tomar posesión de su cargo la administración concursal; y ii) en el inventario no se hace constar la fianza prestada al arrendador por importe de 3.606,07 euros, ni la cuenta corriente entre compañías asociadas de 12.500 euros.

En el informe de la administración concursal se invocó esta misma causa, sobre la base de estos dos hechos, además de otros, por lo que no cabe hablar de incongruencia por parte de la sentencia al fundar la calificación culpable del concurso en ellos.

Aunque el balance operativo, cerrado a 16 de diciembre de 2005 (f. 31), aportado con la solicitud de concurso no aparezca explícitamente enunciado en el art. 6.2 y 3 LC, junto a los documentos que necesariamente deben ser aportados con la solicitud de concurso, su aportación no es superflua e irrelevante, pues contribuye a conocer el estado patrimonial de la sociedad al tiempo de pedirse el concurso. De ahí que, al margen de que pudiera incluirse en alguno de los supuestos indicados por el citado precepto, a los efectos del art. 164.2.2º LC lo único importante es que el documento fue aportado con la solicitud de concurso y que además resulta relevante, por la información que suministra. La inexactitud, que deriva del propio reconocimiento hecho por el administrador de la demandada de que las existencias a las que se refiere la partida de 152.821,89 euros no están a disposición de la concursada al tiempo de la declaración de concurso, es además grave en atención al importe de esta partida, muy superior a los fondos propios positivos (55.822,43 euros) que se cifran en dicho balance. La gravedad radica en que distorsiona de forma muy relevante la imagen que de la situación económica de la sociedad pudieran tener quienes consultan el balance, al amagar que se encuentra despatrimonializada.

Las otras inexactitudes, que se refieren al inventario, en concreto a que no incluyen la fianza del contrato de arrendamiento de los locales que ocupaba la sociedad concursada (3.606,07 euros), y que luego ha seguido ocupando otra sociedad participada por su administrador Sr. Jose Daniel, ni tampoco las cantidades aportadas a esta sociedad (12.500 euros), si bien por sí mismas no deberían calificarse de graves, pues entre otras razones esta información se desprende del referido balance aportado por la concursada con su solicitud de concurso, en la medida en que se une a la anterior irregularidad, que sí hemos calificado de grave, contribuyen a agravarla.

CUARTO: La segunda conducta en que la sentencia funda la calificación culpable del concurso es una amalgama de actos, realizados por el administrador de la compañía con dolo o culpa grave, que habrían contribuido a generar o, cuando menos, a agravar el estado de insolvencia, conforme al art. 164.1 LC.



El primero de ellos se refiere a que el Sr. Jose Daniel adquirió participaciones de otra sociedad, TALLERES AIP, S.L., con dinero de la concursada, en concreto 12.500 euros, y siendo administrador de esta última sociedad le fue traspasando la actividad de la concursada. No le falta razón a la apelante cuando argumenta que si bien el informe de la administración concursal hacía referencia a la vinculación entre el Sr. Jose Daniel y la sociedad, TALLERES AIP, S.L., y consiguientemente entre esta y la concursada, lo hacía para justificar que la omisión de esta información en la documentación acompañada con la solicitud de concurso constituía una inexactitud grave, que justifica la calificación culpable del concurso a través del art. 164.2.2º LC. Pero el referido informe no menciona que el Sr. Jose Daniel hubiera traspasado la actividad de la concursada a TALLERES AIP, S.L. como una conducta realizada con dolo o culpa grave que hubiera generado o agravado la insolvencia, motivo por el cual la sentencia no puede basarse en ello para calificar culpable el concurso sin incurrir en incongruencia, pues no formaba parte de la causa petendi, teniendo en cuenta todo lo que previamente hemos argumentado en el fundamento jurídico segundo.

Sin embargo, el informe sí enumeró una serie de gastos realizados por el administrador de la sociedad, a cuenta de ésta, que habrían contribuido a agravar la situación de insolvencia, y que, por considerarlos hechos con dolo o culpa grave de dicho administrador, debían justificar la calificación culpable del concurso al amparo del art. 164.1 LC. Y a este respecto, la sentencia es congruente cuando estima esta pretensión sobre la base de esta causa petendi. No se discute que el administrador en diciembre de 2004 hizo un gasto de 9.709,31 euros, que está contabilizado como comida de navidad; ni que hubiera pagado una factura de hotel, correspondiente al mes de agosto, por importe de 2.514,95 euros, que disfrutó el Sr. Jose Daniel; ni que éste hubiere empleado 14.000 euros de la sociedad para amortizar un préstamo personal para la compra de un vehículo; ni que hubiera gastado 2.803,2 euros de la sociedad en relación con dos vehículos del Sr. Jose Daniel; ni que hubiera enajenado unas máquinas de la sociedad valoradas en 9.000 euros, sin que hubiera ingresado el precio obtenido en las cuentas de la sociedad.

El propio Sr. Jose Daniel reconoció que bajo la partida de cena de navidad se incluyeron otros gastos. En la medida en que no queda prueba de que fueran en beneficio de la sociedad o respondieran a su actividad ordinaria, guiados por la falsedad del apunte contable y por la realidad de que ese dinero fue dispuesto por el Sr. Jose Daniel, debemos concluir que tal disposición constituye una conducta dolosa, pues supone una distracción de dinero en beneficio del administrador y en perjuicio de la sociedad. Del mismo modo, el resto de los gastos que el administrador cargó a la sociedad, como es la amortización del préstamo personal, el pago de facturas de dos vehículos del administrador y el pago de una factura de un hotel en agosto, que claramente refleja un gasto no relacionado con la actividad empresarial de la sociedad. Y por último, la enajenación de una maquinaria, valorada contablemente en 9.000 euros, sin que quede constancia de a dónde fue a parar ni el precio que se abonó por ella, aunque fuera como chatarra, pone en evidencia también un acto de distracción de bienes de la sociedad, en un momento muy próximo a la declaración de concurso. Estos hechos, realizados por el administrador de la sociedad de forma dolosa, en cuanto que era consciente que con ellos empobrecía a la sociedad en beneficio propio, han contribuido a agravar la situación de insolvencia, cuando menos en la suma a la que ascienden estas partidas: 38.027,46 euros.

De este modo, también procede confirmar la calificación culpable del concurso sobre la base de la agravación de la situación de insolvencia como consecuencia de los reseñados actos de distracción de bienes y dinero de la sociedad, realizados de forma dolosa por el administrador de la sociedad Sr. Jose Daniel.

QUINTO: El informe de la administración solicitó en concepto de indemnización de daños y perjuicios causados a la masa activa un importe total de 216.852,78 euros, que desglosaba en diferentes conceptos. Las sumas que la sentencia de primera instancia condena al Sr. Jose Daniel a restituir o indemnizar, que ascienden a un total de 206.955,42 euros, se encuentran reseñadas en el informe de la administración concursal. Lo que no impide que analicemos si todas estas partidas pueden ser objeto de condena, en atención a lo argumentado en el fundamento jurídico segundo. Como ya apuntamos antes, según el art. 172.2.3º LC la persona afectada por la calificación será condenada a devolver las cantidades indebidamente percibidas del patrimonio de la concursada y los daños y perjuicios directamente ocasionados con los actos que han merecido la calificación culpable del concurso. Qué duda cabe que los gastos a cuenta de la sociedad realizados por el Sr. Jose Daniel en interés propio, una vez han sido calificados como actos dolosos que han agravado la insolvencia, pues suponen distracciones patrimoniales injustificadas, pueden dar lugar a que el Sr. Jose Daniel sea condenado a su restitución, como también lo hubieran podido ser, si se hubiera solicitado, los intereses generados desde que se hicieron esos gastos, pues constituirían daños y perjuicios indemnizables. Del mismo modo, la administración concursal podía solicitar la restitución de la maquinaria enajenada o su valor contable, que operaría como indemnización de daños y perjuicios, que son los derivados de la distracción de la maquinaria, indemnizables al amparo del art. 172.2.3º LC. De este modo, está justificado que las distracciones patrimoniales realizadas de forma dolosa por el administrador de la sociedad, además de motivar la calificación culpable del concurso por haber agravado la situación de insolvencia, den lugar a que



conforme al art. 172.2.3º LC el Sr. Jose Daniel , persona afectada por la calificación, por ser el administrador que llevó a cabo esos actos, sea condenado a restituir los bienes y derechos indebidamente obtenidos de la sociedad y sea condenado a indemnizar aquellos que no pueda restituir, como es la maquinaria enajenada, por su valor contable. Estos importes suman un total de 38.027,46 euros.

Pero lo que no cabe es condenar al Sr. Jose Daniel a restituir la suma de 152.821,89 euros, correspondiente al valor contable de las existencias incluidas en el balance, que no fueron "ocupadas" por la administración concursal al tomar posesión de su cargo y comenzar a administrar los bienes de la concursada. Y no cabe incluirla porque la administración concursal en su informe no denuncia la sustracción de estas existencias como hecho merecedor de la calificación culpable del concurso, al amparo del art. 164.2.4 º ó 5º o incluso del art. 164.1 LC , sino tan sólo que el balance aportado con la solicitud de concurso presenta inexactitudes graves porque la partida de 152.821,89 de existencias no se corresponde con la realidad. La sentencia tuvo en cuenta este hecho para concluir que efectivamente se había realizado una conducta tipificada en el art. 164.2.2º LC y con arreglo a ella declaró culpable el concurso. Pero no consta que se haya declarado culpable el concurso porque el administrador haya sustraído o distraído existencias por valor de 152.821,89 euros, que es lo que sí hubiera justificado como consecuencia la condena a restituir las existencias o indemnizar el valor de las mismas, al amparo del art. 172.2.3º LC . Esto es, la declaración de concurso culpable por inexactitudes graves en el balance, como consecuencia de que una partida del activo no se corresponde con la realidad, no puede dar lugar a una condena a restituir lo indebidamente obtenido del patrimonio del deudor concursado, pues no ha sido objeto de enjuiciamiento que el deudor hubiera sustraído o distraído esas existencias, ya que no se adujo ese hecho como constitutivo de la calificación culpable del concurso, y consiguientemente tampoco puede ser condenado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de esa conducta.

En consecuencia, procede estimar parcialmente el recurso de apelación, en el sentido de reducir la condena dineraria a la suma de 38.027,46 euros.

SEXTO: Estimado parcialmente el recurso de apelación no ha lugar a imponer las costas ocasionadas por el mismo, de conformidad con el art. 398.2 LEC . Tampoco imponemos las costas de la primera instancia, porque han resultado estimadas parcialmente las pretensiones de la administración concursal y el ministerio fiscal ( arts. 394 y 397 LEC ).

## FALLAMOS

ESTIMAMOS parcialmente el recurso interpuesto por la representación de procesal de TALLERES DEMET, S.L. y Jose Daniel , contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil nº 4 de Barcelona, con fecha 11 de diciembre de 2007 , cuya parte dispositiva obra transcrita en los antecedentes de la presente; y en su consecuencia MODIFICAMOS el fallo de la sentencia recurrida en el sentido de reducir la suma que debe pagar Jose Daniel a la masa del concurso al importe de 38.027,46 euros. Todo ello sin que proceda hacer expresa condena en costas ni en primera instancia ni en esta alzada.

Firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por ésta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública