



Roj: **STS 1327/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1327**

Id Cendoj: **28079110012016100199**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/04/2016**

Nº de Recurso: **2616/2013**

Nº de Resolución: **203/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 2613/2013,**
STS 1327/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Abril de dos mil dieciséis.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, como consecuencia de autos de incidente concursal en oposición al informe de calificación de concurso seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao.

Los recursos fueron interpuestos por Demetrio , representado por el procurador Evencio Conde de Gregorio.

Es parte recurrida la administración concursal de las entidades Fersint Férricos Sinterizados S.L. y Metales Sinterizados S.L., representada por la procuradora Mª Dolores Jaraba Rivera. Es parte interviniente el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1.- El procurador José Manuel López Martínez, en representación de Demetrio y Inocencio , presentó escrito de oposición al informe de la administración concursal de las entidades Fersint Férricos Sinterizados S.L. y Metales Sinterizados S.L. y dictamen del Ministerio Fiscal ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao, para que se dictase sentencia:

«por la que se desestime íntegramente la solicitud formulada por administración concursal y Ministerio Fiscal de que el concurso sea calificado como culpable y, por tanto declarándose el concurso fortuito, y en cualquier caso, la solicitud de que Demetrio y Inocencio sean declarados como personas físicas afectadas por la calificación del concurso como culpable, absolviéndoles de las peticiones formuladas contra ellas».

2.- El procurador Luis López Abadía Rodrigo, en representación de las entidades Fersint Férricos Sinterizados S.L. y Metales Sinterizados, S.L., presentó escrito de oposición a la calificación de concurso de dichas sociedades como culpable, con imposición de costas a la adversa.

3. El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao dictó Sentencia con fecha 28 de junio de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: 1.- Estimando la oposición planteada por Fersint Férricos Sinterizados SL y Metales Sinterizados SL, representadas por el Procurador de los Tribunales D. Luis López Abadía Rodrigo; y por D. Demetrio y D.

Inocencio representados por el Procurador de los Tribunales D. José Manuel López Martín; procede calificar como fortuito el concurso de Fersint Férricos Sinterizados S.L. y Metales Sinterizados S.L.

2.- Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la administración concursal de las entidades Fersint Férricos Sinterizados S.L. y Metales Sinterizados S.L.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, mediante Sentencia de 23 de septiembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Administración concursal de Fersint Férricos Sinterizados, S.L. y Metales Sinterizados, S.L. contra la Sentencia de fecha 28 de junio de 2011, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao , en el procedimiento Inc.Concur. 171 349/11, de que el presente rollo dimana; debemos declarar y declaramos culpable el concurso de Fersint Férricos Sinterizados SL y Metales Sinterizados SL, determinando como persona afectada por la calificación a D. Demetrio , acordando su inhabilitación por un periodo de dos años para administrar bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo, condenándole a devolver a la masa activa la cantidad de un millón ciento un mil treinta y dos, con setenta y tres euros (1.101.032,73). Absolviendo a D. Inocencio de las pretensiones frente a él ejercitadas.»

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1. - El procurador José Manuel López Martínez, en representación de Demetrio , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Bizkaia, sección 4ª.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«1º) Infracción por inaplicación de los arts. 400 y 412 LEC .

2º) Infracción por inaplicación del art. 456 LEC .

3º) Infracción por aplicación indebida de los arts. 216 y 218.1 LEC »

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción por aplicación indebida del art. 164.1 LC .

2º) Infracción por aplicación indebida del art. 172.2.1 LC .».

2. Por diligencia de ordenación de 14 de noviembre de 2013, la Audiencia Provincial de Bizkaia, sección 4ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente Demetrio , representado por el procurador Evencio Conde de Gregorio; y como parte recurrida la administración concursal de las entidades Fersint Férricos Sinterizados S.L. y Metales Sinterizados S.L., representada por la procuradora Mª Dolores Jaraba Rivera. Es parte interviniente el Ministerio Fiscal.

4. Esta Sala dictó Auto de fecha 4 de noviembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de Demetrio contra la sentencia dictada, con fecha 23 de septiembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Vizcaya (sección 4ª), en el rollo de apelación nº 656/2012 , dimanante de los autos de incidente concursal de oposición a la calificación nº 349/2011 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao».

5. Dado traslado, la representación procesal de la administración concursal de las entidades Fersint Férricos Sinterizados S.L. y Metales Sinterizados S.L. y el Ministerio Fiscal, presentaron respectivos escritos de oposición a los recursos formulados de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 9 de marzo de 2016, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Resumen de antecedentes**

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

Las entidades Fersint Férricos Sinterizados, S.L. y Metales Sinterizados, S.L. fueron declaradas en concurso de acreedores el día 2 de marzo de 2009.

Demetrio y Luis Andrés eran administradores legales de ambas sociedades. Luis Andrés falleció en el año 2010.

Fersint Férricos Sinterizados, S.L. y Metales Sinterizados S.L. pertenecían a un grupo de sociedades, cuya matriz era Holsinter, S.L..

Fersint Central Europe, K.F.T. era propiedad de Metales Sinterizados S.L.

Fersint Central Europe, en el marco de un proyecto más amplio de financiación, adquirió, mediante un contrato de 22 de junio de 2006 (que modificaba un contrato anterior de 2005 y adaptaba su calendario de pagos), seis prensas a la entidad SMI Erandio SL, y pagó por ellas en total 1.468.043,64 euros.

Esta compra fue financiada mediante préstamos hipotecarios otorgados por Comides y SPRI. Esta financiación generó un pasivo a las dos concursadas, Fersint Férricos Sinterizados, S.L. y Metales Sinterizados, S.L., de 1.101.032,73 euros.

2. En los concursos acumulados de Fersint Férricos Sinterizados, S.L. y Metales Sinterizados, S.L., la administración concursal solicitó la declaración de concurso culpable, al amparo del art. 164.1 LC, porque se había agravado la insolvencia mediante la compra de unas máquinas (prensas) inexistentes. En el informe de calificación se narra que se habían adquirido 16 prensas para Fersint Central Europe, por una cantidad de 2.608.063,64 euros, sin que se supiera dónde estaban las prensas. Se afirmaba que con esta salida de dinero se había agravado el estado de insolvencia.

La administración concursal identificaba como personas afectadas por la calificación a los dos administradores legales, Demetrio y Luis Andrés, y al apoderado general Inocencio.

También pedía la condena de las tres personas afectadas por la calificación a la reintegración de la suma de 2.608.063,64 euros.

El Ministerio Fiscal pidió la inhabilitación de Demetrio y Inocencio por cinco años, y su condena solidaria a pagar a los acreedores el déficit concursal hasta la cantidad de 2.608.063,64 euros.

Las concursadas, Demetrio y Inocencio se opusieron a la calificación solicitada. Y, en relación con los hechos narrados en el informe de la administración concursal, presentaron un acta notarial con las siguientes manifestaciones: si bien en la solicitud de concurso se hablaba de la compra de 10 prensas nuevas, el contrato de 10 prensas del año 2005, fue sustituido por un nuevo contrato, por el que únicamente se adquirirían 6 prensas, por las que se desembolsó 1.468.053 euros. Esas seis prensas provenían de otras seis compradas por Metalúrgica Marina a Metasins por un importe de 754.980 euros, que fueron posteriormente renovadas.

A la vista de estas manifestaciones, la administración concursal y el ministerio fiscal, al inicio de la vista, cambiaron su petición de calificación: mantuvieron la petición de calificación culpable, si bien cifraron la imputación a la financiación de seis prensas, y redujeron el importe de la suma que debía ser objeto de reintegración a 1.101.032,73 euros. Esta cantidad se correspondería con el impacto que las garantías asumidas por las concursadas habrían tenido en sus masas pasivas, con ocasión de la financiación para la compra de las prensas.

3. El juzgado estimó la oposición y declaró el concurso fortuito, de acuerdo con el siguiente razonamiento:

«Pues bien, en el presente procedimiento, atendiendo a la falta de justificación del cambio operado por las partes que sostienen la calificación de culpabilidad (ciertamente, la cantidad se reduce, pero el título de imputación es distinto, pasando a reclamar lo que se pagó en los escritos rectores; a reclamar el equivalente a la repercusión que tiene en la masa pasiva el ingreso de efectivo previo al pago, en un momento inmediatamente anterior a la vista); dado que no se explica la razón de no haber sostenido la misma pretensión de culpabilidad en el concurso de Fersint central Europe, ni haberse intentado en alguno de los concursos alguna suerte de acción rescisoria (repárese en que la administración concursal es la misma en todos ellos); y puesto que no se verifica una concreta agravación de la insolvencia imputable a las conductas de las personas afectadas (cuanto menos, en relación al apoderado); debe concluirse que no existen argumentos para declarar el concurso culpable. Se vuelve a insistir en que, en definitiva, se está poniendo en duda la necesidad de hipotecar diversos bienes (con la lógica preferencia para el cobro de su crédito, respecto al resto de la masa



pasiva, que adquiere el acreedor correspondiente); lo que se relaciona con la acción rescisoria, que no se puede ejercitar en el presente marco, a pesar de que, en vez de solicitar alguna de las condenas del artículo 172 LECO, se solicite en el informe del órgano auxiliar del Juzgado el reintegro clásico del artículo 73 del mismo texto legal. Por todo ello, se estiman las oposiciones ejercitadas, declarando el concurso culpable».

4. La Audiencia estima el recurso de apelación formulado por la administración concursal, y declara el concurso culpable, de acuerdo con el art. 164.1 LC . La Audiencia razona en el siguiente sentido:

«no se trata de que el Administrador, y en su caso el Apoderado destinaran el importe de la financiación obtenida para algo que no estaba inicialmente previsto, sino que se obtuvo tal financiación, ocultando que el destino de los fondos era la reparación de la propia maquinaria, y no la adquisición de una nueva, lo que era el presupuesto para conseguir la financiación solicitada.

»Si las entidades públicas que otorgaron la financiación hubiesen conocido el real destino de los fondos, o no hubiesen concedido la financiación o hubiese sido menor, con lo que de no haber existido la ocultación de tal dato, o no existiría el pasivo de tal financiación, o en su caso sería menor.

»En todo caso se agravó la insolvencia de las concursadas, porque el aumento del pasivo en el importe de la financiación obtenida para la adquisición de diez máquinas nuevas (pues así se justificó ante el SPRI y Cofides), no se vio compensado por un incremento del activo de la empresa adquirente, derivado de la incorporación de tal maquinaria, continuando las concursadas con la misma maquinaria existente, pero con un pasivo mucho mayor, que en ningún caso se puede ver justificado porque 6 de las máquinas ya existentes fuesen modificadas, en un alcance indeterminado (...).

»En la intervención en los hechos que determinaron la insolvencia no es difícil apreciar la existencia al menos de culpa grave en la actuación del Administrador de las concursadas y de su apoderado, pues como hemos dicho se acordó incrementar el pasivo de la sociedad, siendo conocedores de que el hecho que justificaba tal incremento del pasivo, la adquisición de máquinas nuevas no se había producido, ocultando tal dato a los financiadores, y poniendo en riesgo la efectiva realización de su crédito frente a la empresa adquirente, lo que ya es de por sí revelador de una conducta impropia de un Administrador que debe velar por los intereses de su sociedad».

Pero tan sólo declara persona afectada por la calificación al administrador legal Demetrio , «por su necesaria intervención en las operaciones que se cuestionan, de modo que sin ella las mismas no se hubieran producido». Y absuelve al apoderado de las concursada, Inocencio .

También condena a Demetrio a restituir la suma de 1.101.032,73 euros, al amparo del art. 172.3 LC , acogiendo la petición contenida en el recurso de apelación de la administración concursal. Al respecto lleva a cabo el siguiente razonamiento, que transcribimos en atención a los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal:

«Diremos en primer lugar, que la mención de tal precepto, en nada vincula a este Tribunal, pues el deber de conocer el Derecho y de juzgar conforme al mismo que a los Jueces y Tribunales impone el artículo 1.7 del Código Civil , como regla, autoriza a que el Tribunal sustente su decisión en preceptos jurídicos distintos de los invocados por las partes, y a aplicar la norma material que entiende adecuada para la decisión del caso; cuestión distinta es que debe de respetarse el deber de congruencia que impone el art. 218 LEC , y que se resume en la necesidad de correlación entre el fallo de la sentencia, lo pedido por la demandante y la causa de pedir, o hechos en los que se fundamenta la pretensión.

»Pues bien, lo cierto es que la pretensión de condena pecuniaria del Administrador Societario, tiene su fundamento en que se considera que su actuación ha ocasionado un perjuicio a la masa pasiva de las concursadas en el importe que se concreta, solicitándose por ello la indemnización del daño derivado, de la agravación del estado de insolvencia, por dolo o culpa grave, pretensión que tiene su encaje en lo dispuesto en el art. 172.2.3º LC , y que debe ser acogida pues ya ha quedado reflejada la conducta negligente del Administrador, correspondiéndose el importe de la condena con el déficit patrimonial que tal conducta generó».

5. Frente a la sentencia de apelación, Demetrio formula recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

SEGUNDO.- Recurso extraordinario por infracción procesal

1. Formulación de los motivos primero y segundo . El motivo primero se formula al amparo del ordinal 3º del art. 469.1 LEC . Denuncia la infracción por inaplicación de los arts. 400 y 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la vulneración de la prohibición de la *mutatio libelli* , en relación con la igualdad de armas integrada en el derecho de defensa.



En el desarrollo del motivo se razona que tanto el juzgado como el tribunal de apelación han admitido explícitamente que la administración concursal y el ministerio fiscal modificaron, en la vista, en relación con sus respectivos informe y dictamen, los hechos que sustentaban la calificación culpable de los concursos acumulados, por lo que alteraron la base fáctica de la causa de pedir.

El informe de la administración concursal basaba la calificación culpable del concurso, al amparo del art. 164.1 LC, en que se había obtenido financiación para la compra de 16 prensas inexistentes, y pedía la condena de las personas afectadas por la calificación al reintegro del precio abonado (2.608.063,64 euros). Y en la vista, la administración concursal y el ministerio fiscal cambiaron el título de imputación en cuanto que justificaban el carácter culpable del concurso en que se había obtenido una financiación fraudulenta, para la adquisición de seis prensas reparadas, lo que había agravado la situación económica de la empresa con el importe de la deuda financiera (1.101.032,73 euros). De ahí que se pidiera la condena al pago de 1.101.032,73 euros «a título del impacto o repercusión en la masa pasiva de los créditos obtenidos para comprar 6 prensas». Lo que se reclamaba inicialmente por la administración concursal y el ministerio fiscal era el importe del precio de compra de 16 prensas inexistentes y esta petición se cambió por el importe de las deudas asumidas para esa compra, pero de 6 prensas existentes, y con esa cantidad se cubriría parte del déficit concursal.

El *motivo segundo* se formula al amparo del ordinal 3º del art. 469.1 LEC. Denuncia la infracción por inaplicación del art. 456 EC y de la prohibición contenida en el principio *apellatione pendente nihil innovetur*.

En el desarrollo del motivo se aduce que por vía de recurso se han planteado cuestiones nuevas, que no fueron oportunamente debatidas en el pleito en primera instancia:

«La sentencia de la Audiencia Provincial, a la hora de resolver sobre el objeto modificado de imputación, a su vez, introduce una cuestión nueva: las condiciones en que se produjo la financiación de la compra de prensas, y en las que se hubiera producido si las prensas, en lugar de nuevas en sentido estricto, se supiera por los financiadores que habían sido para ser recompradas después de su renovación (*revamping*)».

Procede estimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

2. Conformación del objeto litigioso en el incidente de calificación. En la Sentencia 10/2015, de 3 de febrero, aclaramos que, sin perjuicio de la eventual intervención de terceros, conforme al art. 168 LC, la legitimación para pedir que se califique culpable el concurso, con los consiguientes pronunciamientos, corresponde exclusivamente a la administración concursal y al ministerio fiscal. Solo a ellos les corresponde emitir «propuestas de resolución», según lo previsto en los dos primeros apartados del art. 169 LC:

«1. Dentro de los quince días siguientes al de expiración de los plazos para personación de los interesados, la administración concursal presentará al juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución. Si propusiera la calificación del concurso como culpable, el informe expresará la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación y la de las que hayan de ser consideradas cómplices, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores.

»2. Una vez unido el informe de la administración concursal, el Secretario judicial dará traslado del contenido de la sección sexta al Ministerio Fiscal para que emita dictamen en el plazo de diez días. El Juez, atendidas las circunstancias, podrá acordar la prórroga de dicho plazo por un máximo de diez días más. Si el Ministerio Fiscal no emitiera dictamen en ese plazo, seguirá su curso el proceso y se entenderá que no se opone a la propuesta de calificación.»

La Ley no sujeta el informe de la administración concursal, ni el dictamen del ministerio fiscal, a una formalidad específica. Pero como deben contener una solicitud concreta y las razones que justifican esta petición, que lógicamente se fundarán en una relación de hechos y en su valoración jurídica, la forma es equivalente a la demanda. Deben contener una propuesta clara de resolución (art. 169.1 LC), lo que permite relacionar estos escritos de alegaciones con la sentencia de calificación, pues ha de pedirse, en primer lugar, una calificación fortuita o culpable, y, en este segundo caso, lo que pretenden que recoja la sentencia de calificación culpable del concurso, conforme a los pronunciamientos previstos en el art. 172 (tras la Ley 38/2011, también el art. 172 bis LC): personas afectadas por la calificación culpable y, en su caso, los cómplices; tiempo de inhabilitación; pérdida de derechos en el concurso, obligación de restituir lo indebidamente percibido, indemnización de daños y perjuicios ocasionados por las conductas que motivan la calificación culpable, y la posible condena a los administradores (o liquidadores) para indemnizar el importe total o parcial de los créditos no satisfechos con la liquidación (actualmente, cobertura del déficit concursal).

Tanto el *petitum* como la *causa petendi*, conformada por los hechos y las razones jurídicas que justifican la concurrencia de la(s) causa(s) de calificación culpable y el resto de los pronunciamientos consiguientes, deben quedar claros en el informe y el dictamen que interesan la calificación culpable, pues con arreglo a ello



se emplaza a la concursada y a las personas respecto de las que se pide sean declaradas afectadas por la calificación o cómplices, para que puedan comparecer y oponerse.

Obviamente, estos «demandados» deberán contestar en función de la concreta calificación postulada y de las razones que la justificaban, de las que forman parte los hechos que las sustentan en la práctica, y no podrán ser juzgados por causas y hechos no alegados en el informe de la administración concursal o en el dictamen del ministerio fiscal. De tal forma que, a la vista del informe y el dictamen, con sus respectivos escritos de oposición se conforma el objeto litigioso, que, como ocurre en un juicio declarativo, impide que pueda ser juzgado algo distinto, a riesgo de incurrir en incongruencia la sentencia.

3. Estimación de los motivos primero y segundo. Es un hecho no discutido que el informe de la administración concursal y el dictamen del ministerio fiscal basaron su petición de calificación culpable del concurso en que, conforme al art. 164.1 LC, se había agravado la insolvencia mediante la compra de unas máquinas (prensas) inexistentes, razón por la cual también se pedía la condena de las personas afectadas por la calificación a la restitución del precio abonado por las máquinas (2.608.063,64 euros). La causa de pedir que justifica la calificación culpable de concurso venía constituida por el agravamiento de la insolvencia de las dos sociedades concursadas como consecuencia del pago de 2.608.063,64 euros para la compra de 16 prensas inexistentes.

Tanto las dos concursadas como su administrador, Sr. Demetrio, se opusieron a la declaración culpable del concurso sobre la base de esos hechos que conformaban la causa de pedir. Y para ello alegaron y acreditaron que no es que se hubiera pagado por 16 prensas inexistentes, sino que se había solicitado una financiación pública de 1.101.032,73 euros para la adquisición de seis prensas, que previamente habían sido reparadas, mediante una operación denominada *revamping*.

En atención a estas manifestaciones, en la vista del incidente concursal, la administración concursal y el ministerio fiscal cambiaron la *causa petendi* de la declaración de concurso culpable. Mantenían que había existido un agravamiento del estado de insolvencia de las dos concursadas, pero los hechos que lo habían motivado no eran ya la compra financiada de 16 prensas que no se encontraban en poder de las concursadas, sino que se había obtenido una financiación fraudulenta y se había destinado para pagar reparaciones que no se habían realizado.

Existe una alteración de la causa de pedir porque es distinto basar el agravamiento de la insolvencia en la compra financiada de 16 prensas inexistentes, que hacerlo en haber accedido a una financiación pública de modo fraudulento para la reparación de 6 prensas existentes. La diferencia radica en que en el primer caso, la culpabilidad radica en la compra financiada de 16 prensas, inexistentes, por un importe 2.608.063,64 euros; mientras que en el segundo, la culpabilidad radica en la injustificación de haber pedido una financiación para una operación de *revamping* sobre 6 prensas, en atención al agravamiento de la insolvencia que la deuda financiera produjo. La entidad del cambio se manifiesta en las consecuencias que se derivan de la declaración de concurso culpable por una u otra causa: en el primer caso, una de sus consecuencias es la petición de restitución de las cantidades abonadas con la compra de las prensas inexistentes; mientras que en el segundo caso, la consecuencia es la petición de una cantidad a título del impacto o repercusión en la masa pasiva de los créditos obtenidos para comprar 6 prensas.

No se trata de una mera aclaración o concreción de la causa de pedir, pues se apoya en hechos y valoraciones jurídicas distintas, cuya alteración no puede venir justificada por la manifestación realizada por el administrador de las concursadas después de la emisión del informe y del dictamen.

En atención a la posición de la administración concursal, al tiempo transcurrido desde que toma posesión de su cargo hasta que elabora el informe de calificación, y a que entre tanto ha tenido que elaborar el informe del art. 74 LC, con sus anexos, así como a que además es la misma administración del concurso de la filial Fersint Central Europe, a la que fueron destinadas las prensas, el desconocimiento de la realidad contenida en el acta de manifestación no deja de serle imputable.

Si tal desconocimiento hubiera sido debido al incumplimiento de alguno de los deberes de colaboración del administrador de las sociedades concursadas con la administración concursal, debía haber sido denunciado y justificado. Y no lo ha sido.

Dicho de otro modo, lo que la administración concursal conoció tras el acta de manifestación debió haberlo conocido antes, pues estaba en condiciones de conocerlo, salvo que hubiera sido ocultado de forma fraudulenta, y, en ese caso, debería haberse explicado y justificado. La existencia de unas prensas en las empresas de las sociedades en concurso respecto de las que eran administradores concursales, para cuya adquisición se destinó el dinero obtenido con la financiación pública, salvo que hubiera existido un ocultamiento o alzamiento fraudulento, debía ser conocido por la administración concursal.



4. *Consecuencias de la estimación de ambos motivos* . Estimados los motivos primero y segundo, procede anular la sentencia y en su lugar dictar otra por la que se desestima el recurso de apelación y se confirma la sentencia de primera instancia.

La estimación los dos primeros motivos del recurso extraordinario por infracción procesal hace innecesario el análisis del tercero, y también del recurso de casación.

TERCERO.- Costas

Estimado el recurso extraordinario por infracción procesal, no imponemos las costas a ninguna de las partes (art. 398.1 LEC). Como la estimación de este recurso ha supuesto que no entráramos a analizar el recurso de casación, tampoco hacemos expresa condena de las costas de la casación.

Aunque a la postre ha sido desestimado el recurso de apelación, en atención a las dudas que podría conllevar, en este caso, la determinación de la alteración del objeto litigioso, entendemos justificado que no se haga expresa condena en costas.

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

FALLAMOS

1º.- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal de Demetrio contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia (sección 4ª) de 23 de septiembre de 2013 (rollo núm. 656/2012), que dejamos sin efecto.

2º.- Desestimar el recurso de apelación formulado por la administración concursal de Fersint Férricos Sinterizados, S.L. y Metales Sinterizados S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao de 28 de junio de 2011 (incidente concursal núm. 349/2011), cuya parte dispositiva confirmamos.

3º.- No imponer las costas de los recursos de apelación, de casación y extraordinario por infracción procesal a ninguna de las partes.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Francisco Marin Castan.- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo** , 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.