



Juzgado de lo Mercantil N° .. 1 de Alicante/Alacant, Auto de 22 May. 2009, proc. 428/2008

Ponente: Fuentes Devesa, Rafael.

Nº de Recurso: 428/2008

Jurisdicción: CIVIL

PROCEDIMIENTO CONCURSAL. Pieza separada de medidas cautelares. Solicitud de adopción de dos medidas cautelares respecto del administrador de la concursada. Estimación parcial. En relación con la primera -consistente en la fijación del domicilio de residencia en España, con el deber de residir en él-la medida se considera idónea para la adecuada tramitación del proceso que precisa la presencia personal del administrador. La segunda, en cambio, se deniega, por cuanto la medida interesada de prohibición de salida del territorio nacional y retirada de pasaporte, implica una limitación al derecho constitucional consagrado en el artículo 19 de la CE. Existencia además de un déficit legal que impide al juzgador imponer directamente una medida restrictiva de derechos fundamentales como la interesada. COSTAS PROCESALES. No procede su imposición por lo novedoso de la cuestión y la ausencia de jurisprudencia sobre la misma.

Normativa aplicada

TEXTO

En Alicante, a 22 de Mayo de 2009

JUZGADO DE LO MERCANTIL NUM UNO DE ALICANTE

C/Pardo Gimeno,43

TIno.965936093-4-5-6

Alicante

Procedimiento concursal num 428/2008 I

Sección Primera

Pieza separada de medidas cautelares personales

Parte demandante: ADMON CONCURSAL

Parte demandada: Braulio , administrador societario de RIVIERA COAST INVEST SL

Ministerio Fiscal



CONCURSADA: RIVIERA COAST INVEST SL

Procurador: JOSE CORDOBA ALMELA

FOGASA,

SUMA GESTION TRIBUTARIA.

TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACION TRIBUTARIA

0) Everardo

1), Marisol

2) Remedios , 3) Vanesa , 4) Adelina , 5) Blanca , 6) Iván ,7) Manuel , 8) Pascual , 9) Esperanza , 10) Juliana , 11) Jose Ramón , 12) Jesús Carlos , 13) Rosa , 14) Alejandro , 15) Belarmino , 17) Damaso , 18) Fernando , 19) Angelina , 20) Moises , 21) Gabriela , 22) Manuela , 23) Segundo , 24) Susana , 25) Adelaida ,

26) Pedro Francisco , 27) Claudia , 28) Evangelina , 29) Marta ,30) Reyes , 31) Clemente , 32) María Esther) 33) Belinda , 34) Graciela , 35) Jenaro , 36) Milagrosa , 37) Narciso , 38) Sofía , 39) Leonardo , 40) Bibiana , 41) Luis Antonio , 42) Anibal , 43) Felipe , 44) Adela ,45) Caridad , 46) Jacobo , 47) Eugenia

A U T O

ANTECEDENTES DE H E C H O

Primero.- Por la Admón Concursal se presentó escrito solicitando la adopción de medidas cautelares respecto de Braulio , administrador societario de RIVIERA COAST INVEST SL al amparo del artículo 1 de la Ley Organica 8/2003 , formándose pieza separada

Segundo.- De dicha solicitud se dio traslado al Ministerio Fiscal y partes personadas, que evacuaron en el sentido que consta en los mismos

Tercero.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales y demás de pertinente aplicación al supuesto de autos, excepto los plazos judiciales por la acumulación de señalamientos y asuntos concursales de preferente tramitación ascendiendo a 573 el número de asuntos registrados a fecha del dictado de la presente resolución que superan de manera considerable el módulo de asuntos anuales previstos por le CGPJ para un órgano judicial de esta clase

FUNDAMENTOS JURIDICOS



Primero.- Con arreglo al artículo 1 de la LO 8/2003 desde la admisión a trámite de la solicitud de declaración de concurso necesario, a instancias del legitimado para instarlo, o desde la declaración de concurso, de oficio o a instancia de cualquier interesado, el juez del concurso, previa audiencia del Ministerio Fiscal, podrá acordar en cualquier estado del procedimiento determinadas medidas restrictivas de derechos fundamentales del deudor enumeradas en ese precepto, que en caso de ser el concursado una persona jurídica, podrán acordarse respecto de todos o alguno de sus administradores o liquidadores, tanto de quienes lo sean en el momento de la solicitud de declaración de concurso como de los que lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores

Segundo.- En el caso presente, y cumplimentado los requisitos procesales, procede analizar las medidas interesadas que afectan a la libertad ambulatoria del administrador de la concursada - Braulio - que asimismo lo es también de RIVIERA INVEST MAROC, que según consta en el informe del art 75 LC es participada en un 49,962 % por la concursada RIVIERA COAST INVEST SL , siendo el 50,03% titularidad de RIVIERA COAST INVEST PATRIMONIO SL (cuyos socios son el Sr. Braulio y su esposa) y el Sr. Braulio , Felisa y Pedro con un 0.003€ cada uno de ellos

Estas medidas son de dos tipos: a) fijación del domicilio de residencia en España, con el deber de residir en él y b) prohibición de salida del territorio nacional y retirada de su pasaporte a Braulio

Respecto de lo primero, al margen de si era o no conocido por la Admon Concursal el lugar de residencia (doc num 8), que es dudoso cuando algunos interesados exponen que se designó en actuaciones judiciales penales un domicilio en Madrid distinto al ahora indicado, de lo actuado resulta que esa medida se considera idónea para la adecuada tramitación del proceso, que precisa la presencia personal del administrador (art 42 y 45 LC) para esclarecer los complejos mecanismos de la amalgama de sociedades creadas y el destino de las sumas percibidas o transferidas a la cuenta de socios, no siendo desproporcionada si se pone en relación con el interés general que se busca y persigue con la misma (SS TC 207/1996, de 16 Dic. y 3 Abr. 2002) ni implicar injerencia alguna, al ser admisible como tal el lugar de residencia familiar indicada en Benidorm, que esta ubicado en la misma provincia en la que está domiciliada la SL

Tercero.- La controversia básicamente se centra en la segunda al exponerse por la concursada que: a) no tiene cobertura legal y b) en todo caso ni es proporcionada, es lesiva para el proceso concursal y está infundada

Respecto de lo primero el art 1. de la LO 8/2003 de reforma de la LOPJ contempla tres medidas restrictivas de derechos fundamentales: 1ª) La intervención de las comunicaciones del deudor; 2ª) El deber de residencia del deudor en la población de su domicilio y 3ª) La entrada en el domicilio del deudor y su registro, que tratándose de concurso de una persona jurídica, podrán acordarse también respecto de todos o alguno de sus administradores o liquidadores

Marginadas en este caso la 1ª y 3ª, la 2ª se completa con la previsión legal de que " Si el deudor incumpliera este deber (de residencia) o existieran razones fundadas para temer que pudiera incumplirlo, el juez podrá adoptar las medidas que considere necesarias, incluido el arresto domiciliario"



A la hora de su exegesis hay que tener en cuenta lo que al respecto indica el propio legislador en la Exposición de Motivos que apunta que " La reforma concursal ha de orientarse, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, en el sentido de atemperar el rigor de esos efectos, suprimir aquéllos de carácter represivo y limitarse a establecer los necesarios desde un punto de vista funcional, en beneficio de la normal tramitación del procedimiento y en la medida en que ésta lo exija, confiriendo al juez la potestad de graduarlos y de adecuarlos a las circunstancias concretas de cada caso, pero es inevitable que en algunos supuestos esos efectos alcancen a derechos fundamentales de la persona del deudor, como son los de libertad, secreto de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio y libre residencia y circulación por el territorio nacional" y añade " El arresto domiciliario del concursado ha de contemplarse, además, sólo como medida extrema en aquellos casos en que infrinja el deber de residencia, incumpla la prohibición de ausentarse sin autorización judicial o existan motivos fundados para temer que lo haga"

No hay, pues, una mención expresa en el art 1 a la medida interesada de prohibición de salida del territorio nacional, que implica una limitación al derecho constitucional consagrado en el art 19 CE , habiendo aclarado el TC que el que no mencione expresamente a los extranjeros (condición del aquí afectado) no significa que carezcan siempre y en todo caso del derecho a la libre circulación por el territorio español y, específicamente, que carezcan del derecho a salir del territorio español cuando han entrado en él de forma lícita (STC 94/1993, de 22 de marzo)

Y es doctrina constitucional que la previsión legal de una medida limitativa de derechos fundamentales es condición de su legitimidad constitucional. Así en relación con el derecho a la libertad de circulación [STC 85/1989, de 10 de mayo, (F. 3)], o el derecho a la libertad personal (SSTC 32/1987, de 12 de marzo; 86/1996, de 21 de mayo). En la STC 49/1999 se sostiene que «por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas, ora incida directamente en su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal. Esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución Española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro, en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos "únicamente al imperio de la Ley" y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995 , 47/1995 y 96/1996), constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho (STC 27/1981, -F. 10 -)»

Por tanto, y frente al parecer de la Admón Concursal, Ministerio Fiscal y acreedores, existe un déficit legal que impide al juzgador imponer directamente una medida restrictiva de derechos fundamentales como la interesada, que provoca que no pueda hacerse el análisis de su pertinencia como medida de protección del patrimonio de una sociedad participada por la concursada, reconociendo el propio sr. Braulio en otros incidentes cautelares que la totalidad del capital social que conforma la sociedad marroquí procede de la concursada, por lo que



los daños que pudiera causar con su actuación como administrador de esa mercantil repercutirán directamente en la concursada y de los que deberá responder en su caso el citado Sr. Braulio

Solamente, en su caso, podría plantearse tal medida en caso de incumplimiento del deber de residencia al amparo de la expresión "el juez podrá adoptar las medidas que considere necesarias, incluido el arresto domiciliario", sin dejar de apuntar los problemas que suscita la Ley desde la óptica constitucional , ya que como resume la STC de 16 de julio de 2001 " la legitimidad constitucional de cualquier injerencia del poder público en los derechos fundamentales requiere que haya sido autorizada o habilitada por una disposición con rango de Ley, y que la norma legal habilitadora de la injerencia reúna las condiciones mínimas suficientes requeridas por las exigencias de seguridad jurídica y certeza del derecho" y aquí no figura la habilitación de modo análoga a la prevista en el art 530 LECRIM ("Para garantizar el cumplimiento de esta obligación(de comparecencia), el juez o tribunal podrá acordar motivadamente la retención de su pasaporte»

Cuarto.- Por lo novedoso de la cuestión y la ausencia de jurisprudencia sobre la misma, no se imponen costas a ninguna de las partes de este incidente

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

PARTE DISPOSITIVA

Que estimando parcialmente la solicitud de la admon concursal se acuerda la medida cautelar siguiente:

Se impone a Braulio el deber de residir en la población de la provincia de Alicante designada como domicilio familiar (Benidorm)

Apercíbase al mismo que en caso de incumplimiento de este deber, podrá incurrir en delito de desobediencia y que se podrán acordar las medidas que se consideren necesarias para asegurar la presencia del referido, incluido el arresto domiciliario

Contra esta resolución cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Alicante a preparar ante este Juzgado en el plazo de 5 días

Así lo acuerda manda y firma D. RAFAEL FUENTES DEVESA; Juez Titular del Juzgado de lo Mercantil num Uno de Alicante