

# **ESTUDIOS SOBRE LA LEY CONCURSAL**

**LIBRO HOMENAJE  
A MANUEL OLIVENCIA**

**SEPARATA**

**MONTE DE PIEDAD Y CAJA DE AHORROS DE RONDA,  
CÁDIZ, ALMERÍA, MÁLAGA Y ANTEQUERA — UNICAJA  
CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE CÓRDOBA — CAJASUR  
MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.  
MADRID 2005 BARCELONA**

# LA LIMITACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR CAUSA DE CONCURSO

Fernando OLEO BANET

Catedrático de Derecho Mercantil (s.e.)  
Universidad de La Laguna  
Letrado del Tribunal Constitucional

Aurora MARTÍNEZ FLÓREZ

Profesora Titular de Derecho Mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid

**SUMARIO:** I. LAS LIMITACIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR CAUSA DE CONCURSO.—1. La regulación legal.—2. Breve referencia a la situación anterior a la reforma.—II. EL ÁMBITO SUBJETIVO DE LAS LIMITACIONES.—1. El concursado.—2. Los administradores y liquidadores de la persona jurídica concursada.—3. El problema de la limitación de los derechos fundamentales de los representantes legales y voluntarios del deudor concursado.—III. EL ESTADO DEL CONCURSO EN EL QUE PUEDEN ACORDARSE LAS LIMITACIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—IV. EL PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LAS LIMITACIONES.—1. La competencia judicial.—2. Los sujetos legitimados para solicitar la limitación.—*a)* En el período comprendido entre la admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario y la declaración de concurso.—*b)* Con posterioridad a la declaración de concurso.—3. La adopción de oficio de la limitación por el Juez.—4. La resolución judicial que acuerda la limitación.—*a)* Motivación de la resolución.—*b)* Idoneidad de la medida.—*c)* Necesidad, proporcionalidad y duración de la medida.—5. La audiencia del Ministerio Fiscal.—6. La notificación y la impugnación de la decisión judicial que acuerda la limitación.—V. LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES.—1. Presupuestos y extensión de la medida.—2. La intervención de las comunicaciones postales y telegráficas.—3. La intervención de las comunicaciones telefónicas.—VI. EL DEBER DE RESIDENCIA Y EL ARRESTO DOMICILIARIO.—1. El deber de residencia.—2. El incumplimiento del deber de residencia. El arresto domiciliario.—VII. LA ENTRADA Y EL REGISTRO DOMICILIARIO.—1. El domicilio constitucionalmente protegido.—2. La entrada y el registro del domicilio en base a indicios racionales de existencia de documentos de interés para el concurso.—3. La entrada en el domicilio como medida necesaria para la adopción o práctica

de otra medida.—4. La resolución judicial que acuerda la entrada y el registro del domicilio.—VIII. LA EXTINCIÓN DE LAS MEDIDAS LIMITATIVAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—1. El transcurso del plazo de duración previsto. La prórroga de la medida.—2. La resolución judicial de cese de la medida.—3. La conclusión del procedimiento concursal.—4. La aprobación del convenio.—5. La desestimación de la solicitud de declaración de concurso y la revocación de los autos de declaración de concurso y de adopción de las medidas limitativas.—IX. A MODO DE CONCLUSIÓN.

## I. LAS LIMITACIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR CAUSA DE CONCURSO

### 1. La regulación legal

El artículo 41 de la Ley Concursal remite la regulación de las consecuencias de la apertura del proceso concursal sobre los derechos fundamentales del concursado a lo dispuesto por la Ley Orgánica para la Reforma Concursal (LORC). Esta remisión se justifica por la naturaleza de la materia regulada, que exige, conforme a la previsión del artículo 81 CE, rango de ley orgánica. El artículo 41 remite concretamente a la LORC el establecimiento de «los efectos de la declaración de concurso sobre los derechos y libertades fundamentales del deudor en materia de correspondencia, residencia y libre circulación». Basta, sin embargo, la simple lectura del contenido normativo del artículo 1 LORC (precepto receptor de la remisión) para comprobar que este precepto posee un contenido más amplio y parcialmente distinto al contemplado en la norma de remisión.

En primer lugar, porque, además de las limitaciones que pueden imponerse a los derechos mencionados de acuerdo con el artículo 41 de la Ley, el artículo 1 LORC incluye otras que afectan a la inviolabilidad del domicilio del deudor, así como se amplía la prevista intervención de la correspondencia del deudor a las comunicaciones que éste pueda entablar con terceros por cualquier otro medio distinto del postal, bien sea electrónico o telefónico. De esta manera, los efectos del concurso sobre los derechos y libertades fundamentales del deudor no se refieren sólo —como indica la rúbrica del art. 41 de la Ley Concursal— a las comunicaciones (y, por supuesto, no sólo a las postales y telegráficas), a la residencia y a la libre circulación. La Ley Orgánica para la Reforma Concursal, bajo una rúbrica general («Efectos del concurso sobre derechos fundamentales del concursado»), prevé la posibilidad no sólo de intervenir las comunicaciones (de cualquier tipo) y de acordar el deber de residencia del deudor y, en su caso, el arresto domiciliario, sino también la entrada en el domicilio del deudor y su registro.

En segundo lugar, conviene resaltar, en este contraste inicial entre el contenido de la norma de remisión y el de la remitida, el diferente presupuesto del que parte cada una de ellas, pues si el artículo 41 habla de los efectos de la “declaración de concurso” sobre los derechos y libertades fundamentales, el artículo 1 LORC, por su parte, anticipa la posibilidad de su existencia al momento de admisión a trámite de la solicitud de la declaración de concurso necesario. Esta última opción, es decir, la posibilidad de adopción de restricciones a los derechos fundamentales

del deudor antes de que se produzca la declaración formal de concurso por el órgano judicial, pone de manifiesto el papel instrumental como medidas cautelares que desempeñan algunas de estas limitaciones destinadas a facilitar el cumplimiento de la finalidad del proceso concursal, que no es otra que la mejor satisfacción de los acreedores.

Finalmente cabe resaltar el diferente ámbito subjetivo que describen ambos preceptos respecto de los sujetos destinatarios de las medidas limitativas, puesto que frente a la consideración singular del deudor como destinatario de estas limitaciones, prevista en el artículo 41 LC, el artículo 1 LORC, por su parte, extiende expresamente la aplicación de las mismas también a los administradores y liquidadores del deudor persona jurídica.

La finalidad que se persigue con la limitación de los derechos fundamentales del concursado y de los demás sujetos a los que puede afectar es la de garantizar y facilitar el desenvolvimiento del concurso como proceso orientado a la satisfacción de los acreedores. Las medidas limitativas de los derechos fundamentales sólo pueden ser acordadas cuando sean imprescindibles para la consecución de dicho objetivo. La reforma concursal ha tendido, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (especialmente la STC 178/1985, de 19 de diciembre), a moderar el alcance y rigor de esos efectos, suprimiendo los de naturaleza esencialmente represiva, y disponiendo estrictamente los necesarios, desde una perspectiva funcional, para garantizar y facilitar el desenvolvimiento del procedimiento concursal (Exposición de Motivos). A este fin, bajo una rigurosa exigencia de motivación y previa audiencia del Ministerio Fiscal, se atribuye al Juez del concurso la potestad de acordar las medidas limitativas, o algunas de ellas, de graduarlas y adecuarlas, atendiendo a las circunstancias concretas del caso y al estado de desarrollo del proceso. En la ponderación de aquellas circunstancias debe jugar un papel destacado la actitud mantenida por el propio deudor en orden a satisfacer los deberes de información y colaboración con la administración concursal y con el propio Juez del concurso que le impone el artículo 42 de la Ley Concursal.

## **2. Breve referencia a la situación anterior a la reforma**

De lo expuesto se desprende que la nueva legislación concursal rompe definitivamente con el automatismo que caracterizaba la aplicación de estas medidas en el sistema concursal precedente, que cuestionaba seriamente su constitucionalidad.

En efecto, en el viejo Derecho los procedimientos de tipo liquidatorio acarreaban esas limitaciones. Mientras que el concurso de acreedores llevaba aparejada la retención de la correspondencia (art. 1.173.1.<sup>a</sup> LEC), la quiebra comportaba, además, la limitación del derecho a la libertad. Uno y otro procedimiento podían acarrear también limitaciones al derecho a la inviolabilidad del domicilio, en la medida en que ello fuera necesario para la ocupación de los bienes y papeles del deudor (arts. 1.173.1.<sup>a</sup> LEC y 1.046 CCo de 1829). La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881

y el Código de Comercio de 1829 establecían, a este respecto, que, en el acto de hacerse por el Juzgado la declaración de quiebra o de concurso, se proveería «el arresto del quebrado» y «la detención de la correspondencia» del quebrado y del concursado, así como la ocupación de todos sus libros y papeles (arts. 1.173.1.<sup>a</sup> y 1.333 LEC y 1.044.2.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup> CCo de 1829). La retención de la correspondencia era una medida cautelar que se producía automáticamente con la declaración de quiebra o de concurso. Tenía por objeto facilitar el conocimiento de los asuntos relacionados con el procedimiento y se adoptaba con determinadas garantías: el deudor o su apoderado eran citados para su apertura (arts. 1.177 y 1.339 LEC). Pero, a pesar de ello, podía dudarse de su constitucionalidad, puesto que el derecho al secreto de las comunicaciones sólo puede ser limitado por resolución judicial (art. 18.3 CE); y, aunque es cierto que en caso de quiebra y de concurso la retención de la correspondencia se decretaba en la resolución judicial que iniciaba el procedimiento concursal, dicha retención se establecía con carácter automático por el simple hecho de ser declarada la quiebra o el concurso sin justificación precisa sobre la necesidad de adopción de la medida.

La Ley de Enjuiciamiento Civil y el Código de Comercio de 1829 configuraban también el *arresto del quebrado* como una medida que se producía *automáticamente* con la declaración de quiebra. El Juez debía ordenar en el auto de declaración de quiebra *el arresto del quebrado* en su casa, si diera fianza, y, en su defecto, en la cárcel (arts. 1.333 LEC y 1.044.2.<sup>a</sup> CCo de 1829), pudiendo ser levantado a solicitud del quebrado, una vez concluida la ocupación y el examen de los libros y documentos del tráfico del quebrado (art. 1.340 LEC), salvo en los casos que resultaran méritos para calificar la quiebra como culpable (art. 1.059 CCo de 1829). El arresto debía alzarse, en todo caso, cuando la quiebra fuera calificada como fortuita, sin necesidad de esperar a la firmeza de la Sentencia de calificación (arts. 1.143 CCo de 1829 y 1.385.II LEC). El Tribunal Constitucional declaró, sin embargo, que no podía admitirse el arresto automático, porque vulneraba la presunción de inocencia, de modo que las normas que establecían el arresto debían interpretarse como *una habilitación al Juez para que motivadamente pudiera adoptar la medida de restricción de libertad para proteger los bienes que la justifiquen*. Dicho Tribunal afirmó que «la necesidad de que el quebrado esté personalmente disponible para cuanto el proceso de quiebra demanda, y por el tiempo indispensable para asegurar la finalidad de dicho proceso»; «es una causa legítima para limitar su libertad». Pero esa limitación «ha de ser proporcionada al fin que la justifique, y esa proporcionalidad sólo existe cuando el arresto es domiciliario. Cuando el arresto se convierte en carcelario, subordinado a la disponibilidad económica de una fianza, excede manifiestamente de esa proporcionalidad entre el objetivo y la medida adoptada. En este sentido el arresto carcelario es incompatible con el artículo 17.1 de la Constitución». Además, la duración del arresto debe ser —según el Tribunal— tan sólo la *indispensable para asegurar la finalidad del proceso de quiebra* y —a salvo lo que proceda en caso de una quiebra que se repute punible— debe decretarse su alzamiento una vez concluida la ocupación y el examen de los libros, documentos y papeles concernientes al tráfico del quebrado (STC 178/1985, de 19 de diciembre). En suma, arresto motivado, domiciliario y por el tiempo indispensable para asegurar

el fin del proceso de quiebra. Tras esta Sentencia, no era posible entender ya, como venía haciendo la doctrina anterior, que el arresto del quebrado era una medida cautelar del eventual proceso penal. Su finalidad era exclusivamente asegurar el objetivo del procedimiento de quiebra: la satisfacción de los acreedores.

## II. EL ÁMBITO SUBJETIVO DE LAS LIMITACIONES

### 1. El concursado

Los sujetos que pueden ver limitados sus derechos fundamentales son los deudores declarados en concurso y aquellos respecto de los cuales haya sido admitida a trámite la solicitud de declaración de concurso necesario (*vid. infra*). Tales deudores pueden ser, en principio, tanto personas físicas como personas jurídicas. El Juez puede acordar, en efecto, la limitación de los derechos fundamentales del deudor persona jurídica si lo considera necesario para alcanzar el fin del procedimiento concursal, pues también las personas jurídicas son titulares de (algunos) derechos fundamentales. Ahora bien, existen limitaciones que no pueden ser aplicadas a las personas jurídicas porque afectan a derechos de los que sólo pueden disfrutar, por su propia naturaleza, las personas físicas. En este sentido, el deber de residencia y el arresto domiciliario sólo pueden acordarse —como, por lo demás, prevé expresamente la norma— respecto del deudor persona natural. Las medidas que puede adoptar el Juez respecto de las personas jurídicas se limitan a la intervención de las comunicaciones y a la entrada y registro del domicilio.

### 2. Los administradores y liquidadores de la persona jurídica concursada

La Ley establece que en el caso de concurso de una persona jurídica las medidas limitativas de los derechos fundamentales «podrán acordarse también 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» (apartado segundo). La razón que justifica la limitación de los derechos fundamentales de los administradores y liquidadores de la persona jurídica concursada radica igualmente en la necesidad de su adopción para satisfacer la finalidad del concurso. El conocimiento de la existencia de determinados bienes u operaciones de la persona jurídica concursada puede requerir la intervención de las comunicaciones de sus administradores, pues a ellos van dirigidas las comunicaciones relativas a la entidad; así como la limitación de su libertad ambulatoria para asegurar su presencia ante los órganos concursales cuando sean requeridos para que presten la información necesaria sobre la entidad concursada.

La Ley señala que las medidas limitativas pueden acordarse respecto de todos o algunos de los administradores o liquidadores. Las medidas se imponen, en su caso, a los administradores y liquidadores individualmente considerados, no al órga-

no de administración o de liquidación. Para determinar si las limitaciones deben afectar a todos los sujetos que en un determinado momento reúnen la condición de administrador o de liquidador o únicamente a alguno de ellos, el Juez deberá valorar la forma de organización de la administración o de la liquidación, las funciones encomendadas a cada uno, etc.; y sólo en la medida en que el sujeto de que se trate esté en condiciones de proporcionar información que sea necesaria para los fines del concurso, que emita o reciba comunicaciones relativas a asuntos relacionados con el concurso, que pueda tener en su domicilio documentación de interés para el mismo o que deba estar a disposición de los órganos del concurso porque su colaboración o su información pueda ser precisa para el procedimiento, podrá verse sometido a las medidas limitativas. El hecho de que exista una delegación permanente por el consejo de administración de las facultades administrativas en uno o varios consejeros delegados o en una comisión ejecutiva no significa que el resto de los consejeros no puedan ver limitados sus derechos fundamentales, pues la delegación no priva al consejo de su condición de órgano de administración y representación ni a los consejeros no delegados de la condición de administradores, pero puede suceder que la colaboración y la información que los administradores no delegados puedan ofrecer a los órganos del concurso sea, en determinados casos, de menor interés que la que puedan prestar los delegados.

Las limitaciones de los derechos fundamentales pueden recaer, en primer lugar, sobre quienes sean administradores o liquidadores «en el momento de la solicitud de declaración de concurso». Y, en segundo lugar, sobre quienes hubieran ostentado la condición de administradores o liquidadores «dentro de los dos años anteriores». La Ley no precisa si por «momento de la solicitud» debe entenderse el de presentación de la solicitud o el de admisión a trámite de la misma, al que se refiere, por el contrario, a la hora de fijar el momento temporal desde el que puede acordarse la limitación de los derechos fundamentales en el caso de concurso necesario. Por «momento de solicitud» suele entenderse el de presentación de la solicitud, y así es como debe interpretarse en este caso; y ello por dos razones fundamentales: de un lado, porque cuando la norma quiere referirse al tiempo de la admisión a trámite de la solicitud lo hace expresamente (*vid.* apartado 1); y, en segundo lugar, y sobre todo, porque existen casos en los que no hay admisión a trámite de la solicitud (en los concursos voluntarios), de manera que en tales concursos no existiría ese momento temporal desde el cual computar el plazo de dos años señalado por la Ley. La colaboración y la información que puedan proporcionar estos sujetos pueden ser también de gran interés para los órganos del concurso y, por esa razón, la Ley establece que ellos pueden ser igualmente sujetos pasivos de las medidas. Además, la aplicación de éstas solamente a quienes fueran administradores o liquidadores en el momento de la solicitud del concurso, podría incentivar a aquéllos a renunciar al cargo cuando previeran el concurso de la persona jurídica que administran o liquidan. Ahora bien, el hecho de que un sujeto no sea, en el momento de adoptar la medida limitativa, administrador o liquidador puede constituir un elemento importante que el Juez debe ponderar a la hora de determinar la proporcionalidad e idoneidad de la medida. En este sentido, es posible que la concurrencia de los requisitos para la adopción de la medida limitativa se produzca

con respecto a alguna (*v. gr.*, la entrada y registro del domicilio, en cuanto en él puedan existir documentos de interés para el concurso), pero no en relación con otras (por ejemplo, la intervención de las comunicaciones de un sujeto que dejó de ser administrador hace año y medio, pues es menos probable que quien dejó de ser administrador reciba comunicaciones que puedan tener interés para el concurso).

La Ley no se refiere a los administradores y liquidadores nombrados con posterioridad a la solicitud de declaración de concurso pero es posible que la limitación de sus derechos fundamentales sea también necesaria para la consecución de los fines del procedimiento concursal. El hecho de que la Ley se fije en el momento de la solicitud de concurso no parece que pueda llevar a afirmar que no cabe limitar los derechos fundamentales de los administradores y liquidadores nombrados tras la solicitud de concurso. No cabe descartar *a priori*, por ejemplo, que sea necesario acordar el deber de residencia de quien es nombrado administrador o liquidador pendiente el concurso para asegurar su presencia ante los órganos del concurso siempre que sea requerido. En este sentido, no existe inconveniente para acordar la limitación cuando la misma sea idónea en relación con el estado del procedimiento y cuando sea proporcionada para alcanzar el objetivo previsto; es decir, cuando concurren los requisitos que establece la Ley para su adopción. Por ese motivo, la referencia legal hay que entenderla en el sentido de que pueden limitarse los derechos fundamentales de quienes desempeñen las funciones de administrador o de liquidador en el momento de acordar la medida limitativa, que puede ser tras la admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario, al tiempo de la declaración de concurso o con posterioridad a la misma. La razón de que la Ley aluda a los administradores y liquidadores que «lo sean en el momento de la solicitud de declaración de concurso» radica seguramente en precisar que pueden verse afectados también los anteriores, dentro del período que establece, y no que puedan serlo los posteriores.

La Ley no indica quién tiene la condición de administrador o de liquidador a estos efectos, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en materia de calificación del concurso, que se refiere expresamente a los administradores y liquidadores, tanto de derecho como de hecho (*vid.* art. 172.2.3.º). Sin embargo, atendiendo a la función que desempeñan estas medidas, habrán de entenderse incluidos en aquellos conceptos no sólo los administradores y liquidadores de derecho, sino también los administradores y liquidadores de hecho. La ley prevé la limitación de los derechos fundamentales de los administradores y liquidadores, y son tales los que desempeñan la función de administración o liquidación, funciones que, evidentemente, desarrollan los administradores y liquidadores de hecho. Y lo mismo cabe decir del administrador judicial (art. 630 LEC), puesto que «los derechos, obligaciones, facultades y responsabilidades del administrador judicial serán los que correspondan con carácter ordinario a los sustituidos» (art. 632.1 LEC). En el supuesto de que el administrador de la persona jurídica concursada sea otra persona jurídica, las medidas limitativas de los derechos fundamentales podrán adoptarse tanto respecto de la persona jurídica administradora (*v. gr.*, registro domiciliario) como de la persona

física que dicha persona jurídica hubiera designado como representante suyo para las funciones específicas del cargo.

En el caso de concurso de sociedades cooperativas en las que exista un consejo rector, las medidas limitativas pueden acordarse respecto de todos o algunos de los miembros de dicho consejo (art. 32 LCoop). En la hipótesis de que la persona jurídica sea una asociación, las limitaciones pueden imponerse a los asociados miembros del órgano de representación (art. 11.4 LOA). En el supuesto de concurso de una fundación, la administración y liquidación de la misma corresponde al patronato (arts. 14, 19.2 y 33 Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones), por lo que a estas medidas quedarán expuestos, en su caso, los patronos. Si la concursada fuese una sociedad mercantil de tipo personalista, en la que no se hubiera limitado por acto especial la función de administración a favor de alguno de sus socios, las medidas limitativas pueden imponerse a todos los socios personalmente responsables de las deudas sociales, incluidos los industriales, pues todos ellos tendrán, en principio, la condición de administradores (art. 129 CCo). En la hipótesis de que la administración estuviera encomendada a un gerente estatutario al que se le hubiera nombrado un coadministrador (*ex art. 132 CCo*), las medidas examinadas pueden afectar igualmente a ambos. También podrán recaer tales medidas sobre los socios de una sociedad civil concursada, cuando en el contrato no se hubieran previsto tampoco reglas sobre la administración de la sociedad, pues entonces todos ellos serán administradores (art. 1.695 CC).

El cese del administrador o del liquidador tras la limitación de sus derechos fundamentales no supondrá, en principio, la extinción de la medida limitativa. Pero dicha circunstancia deberá ser valorada por el Juez del concurso a efectos de revisar la adecuación (proporcionalidad) de la limitación del derecho fundamental a efectos de acordar su atenuación o cese conforme a las exigencias constitucionales.

### **3. El problema de la limitación de los derechos fundamentales de los representantes legales y voluntarios del concursado**

Los *menores o incapacitados* que sean declarados en concurso podrán ser sometidos a algunas medidas limitativas, pero en ambos casos la legitimidad de aquéllas estará particularmente condicionada por el singular estado que afecta a dichos concursados, por lo que habrá de estarse a las circunstancias del caso concreto: edad del menor o incapacitado, capacidad de discernimiento, etc. En estos casos debe tenerse presente, de un lado, que tales sujetos no disponen del pleno *ejercicio* del derecho fundamental a elegir libremente su residencia y de circular por el territorio nacional por encontrarse sometidos a quienes ejercen la patria potestad o la tutela. Y, de otro lado, que estas medidas no serán normalmente idóneas para alcanzar el objetivo previsto, porque por su propia condición el menor y el incapacitado concursado no estarán habitualmente en disposición de poder colaborar y facilitar información necesaria para la sustanciación del concurso.

Aunque la Ley no contempla expresamente la limitación de los derechos fundamentales de los *representantes legales de los menores o incapacitados concursados*,

no hay inconveniente para entender que pueden ser también sujetos pasivos de las medidas limitativas, porque, al igual que cuando se trata de las personas jurídicas, el concursado menor o incapacitado necesita actuar necesariamente por medio de otro. La Ley sólo alude expresamente a los representantes de las personas jurídicas, sin duda, porque tiene en cuenta el supuesto paradigmático de actuación necesaria de un sujeto (persona jurídica) por medio de otro (persona natural); pero sin caer en la cuenta de que hay otros sujetos que necesitan actuar igualmente de forma necesaria por medio de representante. Por la misma razón que pueden ser sometidos a las limitaciones de los derechos fundamentales los que actúan por cuenta de una persona jurídica pueden serlo igualmente los que lo hacen por cuenta de otros sujetos que no pueden obrar personalmente; pues serán los representantes legales los que reciban y dispongan de información y de documentos de interés para el concurso, los que deberán colaborar con los órganos de éste y, por lo tanto, los que deberán ser sometidos a las limitaciones necesarias para asegurar la finalidad del concurso. Dado que los deberes de colaboración e información cuyo cumplimiento trata de ser facilitado o asegurado por medio del deber de residencia o del arresto recaen sobre los representantes legales (art. 42 LC), a éstos deben afectar las limitaciones que se dirigen precisamente a facilitar el cumplimiento de tales deberes. Lo mismo puede decirse de las demás limitaciones de los derechos fundamentales previstas por la Ley, en la medida en que se dirigen a conseguir la información, la documentación o los elementos del patrimonio del concursado que no pueden obtenerse por voluntad del representante legal del concursado.

En suma, las medidas limitativas de los derechos fundamentales podrán acordarse respecto de los representantes legales de los menores o incapacitados cuando sean necesarias para alcanzar el fin del concurso y concurren los requisitos establecidos por la propia Ley para su adopción (la idoneidad, la proporcionalidad, etc.). La limitación de los derechos fundamentales de estos representantes legales no se basa en una interpretación analógica de la norma, inadmisibles cuando de este tipo de limitaciones se trata, sino en una interpretación lógica y finalista de la misma que lleva a aplicar las limitaciones a los sujetos sometidos a los deberes cuyo cumplimiento trata de ser facilitado con las limitaciones o el incumplimiento de los cuales motiva la adopción de las restricciones de los derechos fundamentales (unidad de sentido). Tampoco puede afirmarse que de este modo se está haciendo una interpretación restrictiva de los derechos fundamentales, pues es la propia Ley la que establece la limitación de estos derechos por considerarla necesaria para preservar otros intereses (los tutelados por el concurso).

Por las mismas razones debe entenderse que las medidas limitativas pueden afectar también a quienes en los dos años anteriores a la solicitud del concurso han tenido la condición de representantes legales de los menores o incapacitados concursados.

Lo dicho para los representantes legales de los menores e incapacitados vale también para los administradores de la herencia concursada, a quienes corresponde la representación de la misma (art. 798 LEC).

El precepto examinado tampoco prevé expresamente la limitación de los derechos fundamentales de los *apoderados* del concursado, a diferencia de lo que sucede

con el régimen de los deberes de comparecencia, colaboración e información, que se imponen específicamente a los apoderados del deudor y a quienes lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso (art. 42 LC). Sin embargo, los apoderados generales de la persona jurídica concursada o quienes lo hubieran sido en los dos años anteriores podrán ver limitados sus derechos fundamentales si materialmente hubiesen desempeñado funciones como administradores o liquidadores de hecho, por tener esa condición los que desempeñan efectivamente las funciones de administración o de liquidación, según expusimos con anterioridad (*supra*, apartado 2). Pero cuando se trate de apoderados de una persona natural o de una persona jurídica en la que no merezcan la calificación de administradores o liquidadores de hecho, la cuestión es más dudosa, porque no existe apoyo normativo alguno al respecto. En estas circunstancias, y dado que las normas limitativas de derechos fundamentales deben interpretarse de acuerdo con el principio *pro libertate*, lo razonable es entender que los apoderados no pueden ver limitados sus derechos fundamentales a causa del concurso de su representado; la limitación podrá imponerse, en su caso, al representado concursado, sin perjuicio de las facultades de éste para requerir al apoderado la información de interés para el concurso y de los propios órganos concursales para exigirle el cumplimiento de los deberes de comparecencia, colaboración e información al amparo de lo establecido en el artículo 42 de la Ley Concursal. La razón de la diferente solución ofrecida para los representantes legales es clara: en el caso de concurso de su representado, los representantes legales son los únicos sujetos que pueden cumplir los deberes impuestos por la Ley que tratan de ser asegurados o facilitados por la limitación de los derechos fundamentales o cuyo incumplimiento motiva la limitación de los derechos fundamentales; en el supuesto de los representantes voluntarios, en cambio, tales deberes pueden ser cumplidos por el concursado representado o por sus representantes necesarios.

### III. EL ESTADO DEL CONCURSO EN EL QUE PUEDEN ACORDARSE LAS LIMITACIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La Ley señala que las medidas limitativas de los derechos fundamentales pueden acordarse *en cualquier estado del procedimiento*, tanto si el deudor está suspendido como si está intervenido en el ejercicio de las facultades de administración y de disposición. Lo realmente decisivo es que concurran los requisitos que autorizan la limitación de que se trate (la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad) y no la situación en que se encuentre el concursado respecto del ejercicio de sus facultades patrimoniales; aunque, naturalmente, los requisitos de cada una de las limitaciones, individualmente consideradas, podrán verse influidos por la capacidad de actuación en la que se halle el concursado. En este sentido, pudiera sentirse quizá una mayor necesidad de adoptar algunas de estas medidas en aquellos supuestos en los que el deudor esté suspendido en el ejercicio de las facultades administrativas y de disponer. Y ello porque si el concursado continúa ejerciendo las facultades de administrar y de disponer, no serán necesarias aquellas medidas que tuvieran por objeto poner a disposición de la administración concursal los elementos

necesarios para el ejercicio de tales facultades ante la negativa del concursado a facilitarlos voluntariamente (*v. gr.*, los documentos imprescindibles para el ejercicio de los derechos). Además, la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer puede exigir, por su propia naturaleza, la intromisión o vulneración de algún derecho fundamental, de manera que, a falta de consentimiento del afectado, será necesaria una resolución judicial que cumpla los requisitos de las medidas limitativas (*v. gr.*, la entrada en el domicilio para la ocupación del mismo con el fin de poder ejercer las facultades de administrar y de disponer de los bienes integrantes de la masa activa). A ello hay que añadir que en muchos casos con las medidas limitativas se persigue la obtención de la información necesaria para que el procedimiento concursal pueda cumplir su fin y si el concursado o sus representantes siguen ejerciendo las facultades de administración y de disposición de los bienes integrantes del patrimonio concursal las necesidades de información de los órganos concursales pueden ser menores que si éstos tuvieran encomendado el directo ejercicio de tales facultades (en este sentido, por ejemplo, si el deudor ha sido suspendido, la administración concursal necesitará disponer de la información precisa para poder continuar la actividad *ex art.* 44.3 LC, cosa que no sucederá o, al menos, no con la misma intensidad, si el concursado sigue ejerciendo personalmente la actividad). Ahora bien, la misma necesidad de limitar los derechos fundamentales puede surgir en los casos de intervención, en los que el acceso de informaciones relevantes para el concurso se vea dificultado por la continuación del concursado al frente de la administración de su patrimonio.

Pero las restricciones de los derechos fundamentales no presuponen la limitación de las facultades patrimoniales del deudor. Las medidas limitativas de los derechos fundamentales pueden ser acordadas tanto cuando el deudor no ha sido intervenido ni suspendido todavía como cuando ya ha dejado de estar sometido a estos efectos. Teóricamente las limitaciones pueden adoptarse en cualquier momento, desde la iniciación del procedimiento concursal hasta la conclusión del mismo. No obstante, el *momento inicial* en el que pueden acordarse depende de la clase de concurso de que se trate. En efecto, aunque el artículo 41 de la Ley Concursal habla de los efectos de la declaración de concurso sobre los derechos y libertades fundamentales, presuponiendo así que la declaración de concurso es presupuesto necesario de la limitación de los mismos a causa del concurso, la Ley Orgánica para la Reforma Concursal permite que los derechos fundamentales puedan limitarse *desde la admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario* (núm. 1); en un momento en el que, por lo tanto, el deudor no tiene limitadas las facultades patrimoniales, salvo que se hubiera acordado algún tipo de limitación como medida cautelar. En el concurso voluntario, en cambio, la restricción sólo puede acordarse «desde la declaración de concurso». En la práctica, sin embargo, en muchos casos no será posible acordar dichas medidas antes de la declaración de concurso, puesto que las mismas deben ser necesarias, idóneas y proporcionadas (*vid. infra*) y en tal momento pueden no cumplir estos requisitos, porque el deudor todavía no estará sometido a otros deberes (de colaboración, de información o de puesta a disposición de la administración concursal de los libros y documentos: arts. 42 y 45 LC) cuyo cumplimiento constituirá la vía para alcanzar por procedimientos menos gravosos

la finalidad a la que se dirigen las medidas limitativas de los derechos fundamentales. En este sentido, no será frecuente que el Juez pueda acordar antes de la declaración de concurso la intervención de las comunicaciones del deudor con el fin de obtener información de interés para el concurso (sobre la existencia de bienes, la existencia de acreedores, etc.), pues ésta podrá conseguirse por medio del deber de información al que está sometido el deudor declarado en concurso al amparo del artículo 42 de la Ley Concursal. Lo mismo puede decirse de la entrada en el domicilio del deudor y de los representantes de la persona jurídica concursada y su registro cuando pretenda fundarse en indicios racionales de existencia de documentos de interés para el procedimiento concursal, *no aportados*, porque entonces presupone el incumplimiento del deber de información, de colaboración o de puesta a disposición (la no aportación de los documentos) por el deudor o por sus representantes (arts. 42 y 45 LC). Mayores dudas se plantean en el caso del deber de residencia. El Juez podría acordar dicho deber —e incluso el arresto domiciliario— en el caso de que el deudor se hubiera fugado o existieran razones fundadas para entender que puede hacerlo antes de la declaración de concurso, pues entonces sí pueden concurrir los requisitos necesarios para la limitación de los derechos fundamentales (la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad). Y algo parecido puede decirse de la entrada y registro del domicilio en el supuesto de que esta medida constituya el instrumento para la adopción o práctica de otra que pueda acordarse antes de la declaración de concurso. En este sentido, la entrada y el registro del domicilio o sólo la entrada puede ser necesaria para la adopción o ejecución de una medida cautelar (p. ej., el aseguramiento de la documentación del deudor) acordada por el Juez antes de la declaración de concurso a instancias del legitimado para solicitar el concurso necesario (art. 17 LC).

Las restricciones de los derechos fundamentales estarán llamadas a desplegar sus efectos, sobre todo, durante la tramitación de la fase común del concurso, pues en ella se trata de determinar la situación patrimonial del deudor, los bienes de los que dispone y los acreedores que deben ser satisfechos con ellos, tareas para las que las medidas limitativas de los derechos fundamentales pueden ser imprescindibles. En este sentido, las limitaciones previstas por la Ley o algunas de ellas pueden ser precisas para que la administración concursal pueda elaborar el informe, el inventario de la masa activa y la lista de acreedores (arts. 75, 82 y 85 ss. LC). Pueden ser necesarias igualmente para conocer los bienes que salieron del patrimonio del deudor indebidamente antes de la declaración de concurso y poder ejercitar así las acciones de reintegración; esto es, para conocer los actos perjudiciales para la masa realizados por el deudor en los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso (art. 71 LC). Pero no hay que descartar su necesidad con posterioridad a la conclusión de la fase común; durante la tramitación de la fase de convenio o de liquidación, especialmente en esta última, pues la apertura de la liquidación lleva aparejada la suspensión del deudor en el ejercicio de las facultades de administración y de disposición (art. 145.1 LC). La limitación de los derechos fundamentales puede ser imprescindible incluso durante la tramitación de la sección de calificación del concurso para proceder justamente a determinar la calificación del mismo dado que, junto a la función sancionadora, la calificación

cumple también una importante función de reintegración de los acreedores (art. 172.2.3.º y 3 LC). El Juez podrá acordar, en efecto, la limitación de los derechos fundamentales cuando se abra la sección de calificación del concurso con el fin de dilucidar si en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o de sus representantes, si antes de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos, etc. (*vid.* art. 164 LC). La sección de calificación se formará en el caso de que se declare la apertura de la liquidación o se apruebe un convenio especialmente gravoso para los acreedores (art. 163 LC); en este último supuesto las medidas limitativas de los derechos fundamentales aparecen desconectadas de los efectos del concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor, las cuales habrán dejado ya de surtir efectos (art. 132.2 LC).

#### IV. EL PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LAS LIMITACIONES

##### 1. La competencia judicial

La adopción de las medidas limitativas de los derechos fundamentales corresponde al Juez del concurso, que —como es sabido— será el Juez de lo Mercantil con competencia territorial (art. 10), a quien pertenece en exclusiva la competencia objetiva de dirección del procedimiento concursal y la adopción de cuantas resoluciones requiera la sustanciación del concurso, respecto del cual aquellas medidas poseen una función puramente instrumental. La Ley no confiere tal competencia a los órganos judiciales superiores que puedan conocer, por vía de recurso, del procedimiento concursal, como puede ser el caso de la Sección correspondiente de la Audiencia Provincial respectiva. Así se desprende de la previsión normativa contenida en el apartado sexto del artículo 1 LORC, que prevé la posibilidad de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de las decisiones judiciales estimatorias de tales medidas restrictivas de derechos fundamentales. Ello significa que la Audiencia podrá revocar, moderar o limitar las medidas de esta índole que pudiera haber acordado el Juez *a quo*, pero la ausencia de recurso frente a las decisiones del Juez del concurso denegatorias de su adopción, pone de manifiesto la carencia de competencia del órgano *ad quem* para acordar la imposición de estas restricciones. Esta opción legislativa se muestra razonable y coherente en el marco de la estricta función instrumental que cumplen tales medidas y la rigurosa exigencia de motivación que impone la afectación de derechos fundamentales, para cuya valoración se encuentra en mejor disposición el Juez del concurso por el mayor grado de conocimiento e inmediatez que posee en relación con las circunstancias del caso que condicionan la ordenación del proceso.

##### 2. Los sujetos legitimados para solicitar la limitación

La restricción de los derechos fundamentales puede ser acordada por el Juez a instancia de parte. La legitimación para interesar del Juez la adopción de las

medidas limitativas depende del momento en el que se efectúe la solicitud y de quién sea el solicitante del concurso.

a) *En el período comprendido entre la admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario y la declaración de concurso*

En el caso de concurso necesario, las medidas limitativas de los derechos fundamentales pueden ser acordadas por el Juez desde la admisión a trámite de la solicitud de declaración de concurso a instancias del legitimado para instarlo. Como es sabido, la Ley establece que el concurso es necesario cuando es solicitado por persona legitimada distinta del deudor y cuando, a pesar de haber sido solicitado por el propio deudor, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiera presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque éste hubiera desistido, no hubiera comparecido o no se hubiera ratificado (art. 22 LC). Y, como también es sabido, están legitimados para instar el concurso necesario los acreedores; en el caso de concurso de persona jurídica, están legitimados igualmente los socios, miembros o integrantes de la persona jurídica que sean personalmente responsables de las deudas de la misma; en el supuesto de concurso de la herencia, también lo están los herederos del deudor fallecido (art. 3 LC). En la hipótesis de concurso de empresas de servicios de inversión, estará legitimada igualmente la Comisión Nacional del Mercado de Valores (art. 76 bis LMV) y en el caso de concurso de una entidad aseguradora está legitimado asimismo el Consorcio de Compensación de Seguros (art. 37.5 y 6 LOSSP).

No precisa la Ley si todo legitimado para instar el concurso necesario está legitimado igualmente para solicitar al Juez la adopción de las medidas limitativas de los derechos fundamentales aun en el caso en que no haya presentado la solicitud de concurso. La redacción de la norma (que habla «del legitimado» para instarlo) podría inducir a restringir la legitimación a aquel sujeto que haya presentado la solicitud de declaración de concurso, pero no existe razón para la limitación, de modo que la adopción de las medidas podrá ser instada por el primer solicitante de la declaración de concurso, por los que presenten otra solicitud con posterioridad a la admisión a trámite de la primera, los cuales serán tenidos por comparecidos (art. 15.2 LC), así como por cualquier otro sujeto legitimado para solicitar la declaración de concurso necesario que se persone ante el Juez solicitando le tenga por comparecido y que acuerde las medidas limitativas de los derechos fundamentales que considere conveniente.

Ahora bien, existe un supuesto de concurso necesario en el que no cabe la solicitud de las medidas limitativas de los derechos fundamentales antes de la declaración de concurso. Se trata de aquel que ha sido solicitado por el propio deudor, cuando, en los tres meses anteriores a la fecha de su solicitud, se hubiera presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque éste hubiera desistido, no hubiera comparecido o no se hubiera ratificado (art. 22 LC). En esta hipótesis, es obvio que el concursado no solicitará al Juez la adopción de medidas limitativas de sus derechos fundamentales porque no tendrá ningún interés en ello. Pero, ade-

más, no cabe la adopción de dichas medidas desde la admisión a trámite de la solicitud por ningún sujeto, porque cuando el concurso es solicitado por el deudor no existe admisión a trámite de la solicitud; el Juez dictará inmediatamente el concurso o puede conceder un plazo para que el deudor complete la documentación que acredite la insolvencia; pero no hay admisión a trámite de la solicitud (art. 14 LC). En este caso de concurso necesario, por tanto, para poder solicitar las medidas limitativas de los derechos fundamentales habrá que esperar a la declaración de concurso.

b) *Con posterioridad a la declaración de concurso*

Tras la declaración de concurso voluntario o necesario, la limitación de los derechos fundamentales puede ser acordada por el Juez a instancia de *cualquier interesado*. Se otorga, pues, legitimación, a cualquier “interesado”, término más amplio que el de “legitimado para instar el concurso”, y se tiene en cuenta la posibilidad de que con la declaración judicial de concurso surjan nuevos interesados.

La determinación del concepto de interesado debe hacerse en atención a la medida concreta que se solicite y al objetivo que se persigue con la misma. Ahora bien, cuando trata de determinarse el concepto de interesado en abstracto pueden adoptarse dos posiciones: o bien hacerlo en atención al fin al que se dirigen las medidas limitativas de los derechos fundamentales, que no es otro que garantizar y facilitar el desenvolvimiento del concurso como medio orientado a la satisfacción de los acreedores; o bien considerar como interesado a todo aquel cuyos derechos o expectativas puedan verse afectados de alguna manera o dependan de que el procedimiento concursal se desarrolle de modo que cumpla la finalidad para la que se abrió. Desde la primera perspectiva el concepto de interesado es más estricto que desde la segunda. En efecto, desde aquella óptica, tienen la condición de interesados, en primer lugar, los sujetos legitimados para solicitar la declaración de concurso necesario, lo hayan solicitado o no en el caso concreto de que se trate, pues si están legitimados antes de la declaración de concurso con mayor motivo lo estarán a partir de este momento; y, además, porque en todos ellos puede apreciarse un interés a que el procedimiento concursal se desarrolle normalmente para cumplir la finalidad que tiene encomendada. Entre ellos están los acreedores concursales, en cuyo beneficio se tramita el procedimiento concursal (*vid.* Exposición de Motivos); los socios, miembros o integrantes de la persona jurídica concursada que sean personalmente responsables de las deudas de la misma, pues deberán pagar a los acreedores concursales la parte de sus créditos que no sea satisfecha en el procedimiento concursal, estando sometidos a tal efecto a la acción de reintegración de la masa ejercitada por la administración concursal tras la aprobación del convenio o la liquidación del patrimonio social (art. 48.5 LC). Es interesado también el Consorcio de Compensación de Seguros cuando sea declarada en concurso una entidad aseguradora, como lo demuestra el hecho de que pueda «anticipar los gastos que sean precisos, con cargo a sus propios recursos, al objeto del adecuado desarrollo del procedimiento concursal» (art. 38.1 LOSSP, modificada por la Dis-

posición Final vigésima séptima) y que con cargo a sus propios recursos y con la finalidad de mejorar y conseguir una más rápida y eficaz satisfacción de los derechos de los asegurados, beneficiarios y terceros perjudicados pueda ofrecerles la adquisición por cesión de sus propios créditos (art. 38.2 LOSSP, modificado por la Disposición Final vigésima séptima LC), subrogándose entonces en su lugar. Está legitimada asimismo la Comisión Nacional del Mercado de Valores cuando se trata del concurso de una empresa de servicios de inversión, pues entre sus funciones se encuentra la supervisión y la inspección de la actividad de tales entidades y la protección de los inversores (art. 13.II LMV) y para el cumplimiento de las mismas será necesario que el procedimiento de concurso se desarrolle adecuadamente. En este sentido, la actividad supervisora y la tutela de los inversores, sean acreedores o propietarios o ambas cosas a la vez, puede requerir la limitación de los derechos fundamentales del concursado o de sus administradores o liquidadores: *v. gr.*, a los efectos de descubrir bienes que deben destinarse a su satisfacción, de asegurar la comparecencia de los administradores o liquidadores ante los órganos del concurso para que proporcionen la información necesaria, etc.

En segundo lugar, la declaración de concurso puede dar lugar a la aparición de otros interesados. Entre ellos pueden citarse los acreedores de la masa, pues para la satisfacción de sus créditos puede ser necesario contar con bienes que han salido indebidamente del patrimonio del concursado y cuya existencia sólo puede conocerse mediante la limitación de algún derecho fundamental. Interesada puede ser asimismo la administración concursal, en la medida en que para el adecuado cumplimiento de sus funciones puede ser preciso adoptar una o varias medidas limitativas de los derechos fundamentales; más concretamente, para poder ejercer las facultades de administración y de disposición de bienes de la masa activa o intervenir dicho ejercicio del modo más conveniente para los intereses del concurso, para la elaboración del informe, del inventario y de la lista de acreedores, etc. (*vid.* arts. 40, 43 y 74-75 LC). A ellos deben añadirse otros nuevos acreedores que pueden surgir precisamente como consecuencia de la apertura del procedimiento concursal. Éste es el caso del Fondo de Garantía de Inversiones, que se subroga, una vez hecha efectiva la garantía por el mismo tras la declaración de concurso de una empresa de servicios de inversión, «en los derechos que los inversores ostenten frente a la empresa de servicios de inversión, hasta un importe igual a la cantidad que les hubiese sido abonada como indemnización» (art. 77.7 LMV). Y lo mismo sucede con los Fondos de Garantía de Depósitos en establecimientos bancarios, cajas de ahorros y cooperativas de créditos, a los que esté adherida la entidad concursada, puesto que se subrogan en los derechos de los depositantes frente al concursado por las cantidades que hubieran satisfechos a aquéllos (art. 5.1 ter RDL 18/1982, de 24 de septiembre), y con otros Fondos, tales como el de Garantía Salarial, que se subroga en los derechos y obligaciones de los trabajadores (art. 33 LET). Ahora bien, los citados fondos tendrán la consideración de interesados incluso antes de haber pagado, en la medida en que del procedimiento concursal pueda derivarse responsabilidad (así, expresamente, el art. 184.1 LC, respecto del Fondo de Garantía Salarial, el cual deberá ser citado como parte). Finalmente, puede ser interesado el Ministerio Fiscal en la medida en que vaya a tramitarse la sección de calificación,

pues el mismo es parte en esa sección y tiene que emitir el informe correspondiente sobre la calificación del concurso (arts. 169.2 y 184.1 LC).

En tercer lugar, estarán legitimados determinados órganos públicos en el caso de concurso de entidades sometidas a su supervisión, aun cuando no estén legitimados para solicitar el concurso, y ello porque tienen encomendada por la Ley la tutela de sujetos que resultarán acreedores (concursoales o de la masa) de tales entidades concursadas al mismo tiempo que la protección de otros intereses generales. Esto es lo que ocurre con el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en el supuesto de concurso de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales sometidas a su tutela, las cuales tienen encomendada la gestión de determinadas prestaciones de la Seguridad Social, y al menos parte de que su patrimonio pertenece a la propia Seguridad Social y está afectado al cumplimiento de los fines de ésta (*vid.* arts. 68, 71 y 74 LSS); el Ministerio de Trabajo podría solicitar las medidas limitativas de los derechos fundamentales cuando lo considerara necesario para garantizar la adecuada dispensación de las prestaciones por la entidad a sus trabajadores protegidos. Desde esta perspectiva, también puede estar legitimado el Ministerio de Economía y Hacienda en la hipótesis de concurso de una entidad aseguradora, pues a él le corresponde velar «por el correcto funcionamiento y desarrollo ordenado del mercado de seguros, fomentando (...) la transparencia, el respeto y adecuación de sus instituciones, así como la correcta aplicación de los principios propios de la técnica aseguradora» (art. 70 LOSSP), debiendo ejercer, además, «el control financiero» sobre las entidades aseguradoras, el cual consistirá en la comprobación «del estado de solvencia y de la constitución de provisiones técnicas, así como de los activos que las representan» (art. 71 LOSSP); y no es dudoso que para el cumplimiento de esas funciones en beneficio de asegurados, beneficiarios y terceros perjudicados —afectados por el procedimiento concursal de la entidad aseguradora—, puede ser necesaria alguna de las limitaciones de derechos fundamentales previstas en la Ley. Este Ministerio podrá instar del Juez del concurso la limitación de los derechos fundamentales de la entidad concursada o de sus administradores o liquidadores bien directamente o a través de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, en la medida en que puedan contribuir al ejercicio de las funciones que tiene encomendadas en beneficio de sujetos directamente afectados por el procedimiento concursal (*v. gr.*, para determinar la necesidad o no de adoptar alguna medida de control especial o de garantía de la solvencia futura de la entidad concursada: arts. 39 y 39 bis LOSSP). Lo mismo puede decirse del órgano autonómico competente, cuando se trate de una entidad aseguradora «cuyo domicilio social, ámbito de operaciones y localización de los riesgos en el caso de seguros distintos del de vida y asunción de compromisos en el supuesto de seguros de vida que aseguren se circunscriban al territorio de la respectiva Comunidad Autónoma» y ésta haya asumido competencias en la materia, pues en el ámbito de las competencias de ejecución «les corresponde las de ordenación y supervisión de los seguros privados que se otorgan a la Administración general del Estado en la presente Ley, entendiéndose hechas al órgano autonómico competente las referencias que en la misma se contienen al Ministerio de Economía y Hacienda y a la Dirección General de Seguros» (art. 69 LOSSP). En fin, en caso de concurso

de una entidad de crédito, puede ser interesado el Banco de España; es evidente que éste tiene un interés especial en conocer la solicitud de concurso y el auto de declaración por múltiples razones (como gestor de sistemas de pagos en los que puede participar la entidad concursada, con el fin de informar sobre los sistemas de pagos y de compensación y liquidación a los que pertenece la misma, a los efectos de poder informar a autoridades supervisoras extranjeras, etc.), y, por eso, la Ley Concursal establece que debe serle comunicada tanto la solicitud como el auto de declaración de concurso (art. 13 y 21); pero puede tener interés también, y esto es lo relevante a estos efectos, en que el procedimiento concursal se desarrolle normalmente y cumpla su fin (la satisfacción de los acreedores en la mayor medida posible), pues entre sus funciones está «promover e buen funcionamiento y estabilidad del sistema financiero» [art. 7.3.b) Ley 13/1994, de 1 de junio], así como supervisar «la solvencia, actuación y cumplimiento de la normativa específica de las entidades de crédito» (art. 7.4 Ley 13/1994), tanto en beneficio de los depositantes como del conjunto de la economía, y para ello puede ser necesario adoptar la limitación de algún derecho fundamental, al objeto de conocer la situación patrimonial y de todo orden de la entidad de crédito concursada.

Por último, si se opta por una concepción amplia de interesado que englobe también a cualquier otro sujeto cuyos derechos o expectativas puedan verse afectados o dependan de alguna manera de que el procedimiento concursal se desarrolle normalmente (lo que puede encontrar apoyo en la propia Ley Concursal: *vid.* art. 184.4), el círculo de legitimados será mucho más amplio. Éste sería el caso, por ejemplo, de los trabajadores (en cuanto no tengan la consideración de acreedores), pues aunque el procedimiento concursal no se dirige, en principio, a la satisfacción de sus intereses (sino a los de los acreedores —*vid.* Exposición de Motivos LC—), los mismos no son ajenos a su tramitación; antes al contrario, el concurso puede afectar directamente a sus derechos en la medida en que puede suponer la extinción, la suspensión o la modificación de los contratos de trabajo (*vid.* arts. 64 y 65 LC). Lo mismo habría que decir, en el caso de concurso de una persona jurídica, de la propia persona jurídica (a través de su órgano de administración y representación o por medio del órgano deliberante), pues ésta podría estar interesada en solicitar la limitación de los derechos fundamentales de algunos de sus administradores o liquidadores, o de quien lo hubiera sido en los dos años anteriores al momento de la solicitud del concurso. Y ello porque la persona jurídica tiene interés en que el procedimiento concursal se desarrolle con normalidad con el fin de satisfacer en el mayor grado posible a los acreedores, pues en tanto deudora de éstos tiene interés en liberarse y esto puede depender de que el procedimiento concursal se tramite correctamente y se traigan todos los elementos que deben integrar la masa activa para pagar a los acreedores. Y también los socios podrían estar interesados en la limitación de los derechos fundamentales, tanto de la persona jurídica de la que forman parte como de sus administradores y liquidadores, y, respecto de éstos, no sólo de los que lo sean al tiempo del concurso, sino también de los que hubieran tenido esa condición en los dos años anteriores, en la medida en que de la normal tramitación del procedimiento concursal puede depender su derecho a obtener una cuota de liquidación (en caso de liquidación de la sociedad)

o su derecho a continuar en sociedad. En el supuesto de concurso de una persona jurídica fundación, podía ser interesado el fundador, así como el sujeto que realice aportaciones a la misma, en cuanto interesados en el cumplimiento de los fines fundacionales, los cuales pueden verse influidos por la correcta tramitación del procedimiento concursal; podría ser interesado asimismo el Protectorado, en cuanto encargado de «velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales» (art. 35.1 Ley 50/2002), cumplimiento que puede verse afectado por el procedimiento concursal. En fin, entre los interesados cabe mencionar también al fiador del concursado, en la medida en que su reintegración puede depender de la adecuada tramitación del concurso.

### **3. La adopción de oficio de la limitación por el Juez**

Aunque ningún interesado solicite la limitación de los derechos fundamentales del concursado o de los demás sujetos que pueden verse sometidos a ella, el Juez puede acordarla de oficio, tras la declaración de concurso, cuando considere que es necesaria para la tramitación del procedimiento concursal y para alcanzar el fin del concurso. La función de dirección del procedimiento concursal que atribuye la Ley al Juez del concurso se manifiesta también en la potestad que posee para decretar el establecimiento de las medidas limitativas de oficio en cualquier momento del procedimiento, si existe motivación suficiente para acordarlas, alejándose entonces de los postulados del principio acusatorio. Los efectos que puede acarrear el concurso para los derechos fundamentales del concursado o de los demás sujetos pasivos no se desencadenan automáticamente con la declaración de concurso (a diferencia de lo que sucede con los efectos del concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor o con los deberes de comparecencia, colaboración, información y puesta a disposición de los libros de contabilidad, que se dirigen también a asegurar el fin del procedimiento concursal y que se producen automáticamente con la declaración de concurso: arts. 40, 42 y 45 LC), pero el Juez puede acordarlos de oficio cuando los considere imprescindibles para la tramitación del concurso, algo que no ocurre con otros efectos del concurso sobre el concursado: en este sentido, por ejemplo, los efectos del concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor sólo pueden ser modificados por el Juez, tras la declaración de concurso, a solicitud de la administración concursal (*vid.* art. 40.4 LC).

### **4. La resolución judicial que acuerda la limitación**

La Ley establece que corresponde al Juez del concurso acordar la limitación de los derechos fundamentales mediante decisión judicial motivada, pero no indica cuál es la forma que debe revestir la misma. Ante el silencio legal, hay que entender que debe adoptar la forma de auto, pues no puede encajarse en las providencias, porque no tiene por objeto la ordenación material del proceso y tampoco se trata de una resolución judicial que decida definitivamente el pleito o causa, en cuyo caso deben adoptar la forma de sentencias (art. 245 LOPJ). Ahora bien, la cuestión

que surge es si ese Auto puede ser el de admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario. Varios argumentos conducen a una respuesta negativa. En primer lugar, que la Ley establece que puede acordarse la limitación de los derechos fundamentales «desde la admisión a trámite de la solicitud», queriendo significar que la resolución judicial de admisión a trámite marca el punto de partida para la limitación de los derechos fundamentales, a diferencia de lo que sucede cuando se trata de las medidas cautelares necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor, las cuales pueden ser acordadas por el Juez «al admitir a trámite la solicitud» (art. 17 LC). No se trata de un argumento concluyente, porque puede considerarse igualmente que la citada expresión legal no impide que en la misma resolución judicial que declara la admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario se acuerde la limitación de los derechos fundamentales, siempre que se den entonces los requisitos que establece la Ley a tal efecto (la idoneidad, la necesidad, la proporcionalidad), porque la admisión a trámite es presupuesto de la limitación de los derechos fundamentales, pero en dicho instante ya se cumple este requisito. Lo cierto es, sin embargo, y en segundo lugar, que en la práctica será difícil que al admitir a trámite la solicitud de concurso necesario concurren los requisitos necesarios para la restricción de los derechos fundamentales, más concretamente la audiencia previa del Ministerio Fiscal. Y ello porque la Ley Concursal establece que «[e]n el mismo día o, si no fuera posible, en el siguiente hábil al de su reparto, el Juez examinará la solicitud de concurso y, si la estimara completa» dictará auto admitiéndola a trámite (arts. 13.1 y 15.1 LC). «Si el Juez estimara que la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen de algún defecto, señalará al solicitante un plazo de justificación o subsanación que no podrá exceder de cinco días. Justificado o subsanado dentro del plazo, el Juez en el mismo día o, si no fuera posible, en el siguiente hábil» dictará auto admitiendo a trámite la solicitud y ordenando el emplazamiento del deudor (arts. 13.2 y 15.1). Además, como ya se indicó, al admitir a trámite la solicitud no podrán apreciarse en muchos casos los requisitos que justifican la limitación (la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad).

Por la misma razón, la resolución judicial que acuerda la limitación de los derechos fundamentales no podrá ser normalmente tampoco el auto de declaración de concurso voluntario. En efecto, al igual que sucede cuando la solicitud la presentan los acreedores, el Juez debe examinar la solicitud en el mismo día o, si no fuera posible, en el siguiente hábil al de su reparto, y si la estima completa debe dictar auto que declare el concurso si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resulta la existencia de alguno de los hechos que acreditan la insolvencia (arts. 13.1 y 14.1 LC). Y «si el Juez estima insuficiente la documentación aportada, señalará al solicitante un plazo que no podrá exceder de cinco días, para que complementemente la acreditación de la insolvencia alegada» (art. 14.2 LC). Ahora bien, si se trata de concurso, necesario, es posible que en el momento de la declaración de concurso —o incluso antes— el Juez haya oído ya al Ministerio Fiscal y que, por lo tanto, pudiera acordar la limitación de los derechos fundamentales en el auto de declaración de concurso. Es cierto que la Ley Concursal no prevé expresamente la audiencia del Ministerio Fiscal antes de la declaración de concurso,

pero eso no impide que, solicitada la limitación de los derechos fundamentales por sujeto legitimado para instar el concurso y admitida a trámite la solicitud, el Juez pueda dar audiencia inmediatamente al Ministerio Público y que se cumpla este trámite al mismo tiempo que se ventila la oposición del deudor a la solicitud de declaración de concurso (*vid.* arts. 18-20 LC). Es igualmente exacto que la Ley Concursal determina el contenido del auto de declaración de concurso y que en él no figura expresamente la posible limitación de los derechos fundamentales (*vid.* art. 21). Sólo se contemplan «las medidas cautelares que el Juez considere necesarias para asegurar la integridad, la conservación o la administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo» (apartado 1, núm. 4.º) y entre ellas no parece que puedan incluirse las limitativas de los derechos fundamentales. Sin embargo, ello no constituye un obstáculo insuperable, porque la enumeración legal de los pronunciamientos del auto de declaración de concurso no es taxativa.

En el caso de que la resolución judicial que acuerda la medida limitativa sea una resolución específica habrá de adoptarse en pieza separada dentro de la sección correspondiente (*vid.* art. 183 LC), por el cauce incidental.

a) *Motivación de la resolución*

El auto que acuerde la limitación de los derechos fundamentales, sea el auto de declaración de concurso u otro que tenga ese preciso objeto, debe estar debidamente *motivado* (art. 1, núm. 3, LORC). La válida adopción de cualquiera de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales del concursado o de las personas a las que cabe extender las mismas se supedita al cumplimiento de una rigurosa exigencia de justificación o motivación de la misma por el Juez del concurso, como garantía esencial del justiciable frente a la arbitrariedad (arts. 9.3, 24.1 y 120.3 CE), permitiendo, de este modo, comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad (STC 116/1998, FJ 5). Conforme ha precisado la jurisprudencia constitucional, «deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión» (STC 14/1991). Esa misma jurisprudencia constitucional ha venido exigiendo un específico y reforzado deber de motivar las resoluciones judiciales, entre otros supuestos, en aquellos en los que se ven afectados derechos fundamentales (STC 116/1998, FJ 4, entre otras), como ocurre en el presente caso.

La resolución limitativa o restrictiva de los derechos fundamentales del concursado ha de expresar, por tanto, las razones que justifican la adopción de estas medidas. Ha de indicar, en primer lugar, *el resultado u objetivo* que se persigue con la limitación. No basta, por tanto, con afirmar que con ella se trata de conseguir la finalidad esencial del concurso, que consiste primordialmente en alcanzar la máxima satisfacción posible de los acreedores. La Ley exige que se exponga de manera concreta el resultado u objetivo perseguido (descubrir la existencia de bienes que

hubieran salido indebidamente del patrimonio del concursado antes o después de la declaración de concurso; conocer las cuentas bancarias que el concursado pueda tener abiertas en el extranjero; obtener documentos necesarios para ejercitar las facultades de administración o de disposición de bienes o derechos integrantes de la masa activa; conseguir la información necesaria para comprobar si en la gestión del patrimonio o de la actividad profesional o empresarial del deudor ha mediado culpa o dolo; asegurar la disponibilidad del concursado en interés de la administración concursal, etc.).

b) *Idoneidad de la medida*

En segundo lugar, de conformidad con la doctrina constitucional y con el propio texto del artículo 1 de la LORC (núm. 3), la adecuada motivación de la restricción de un derecho fundamental exige del órgano judicial una ponderación o juicio de *idoneidad* de la medida desde la perspectiva de los fines perseguidos con su adopción. El juicio de idoneidad debe asegurar que la medida adoptada (intervención de las comunicaciones, entrada y registro en el domicilio, deber de residencia o arresto) *es apta*, de un lado, *para alcanzar el objetivo perseguido*; en nuestro caso: obtención y preservación de la información necesaria para el cumplimiento de los fines del concurso; aseguramiento de la disponibilidad del concursado y de los demás sujetos pasivos en favor de los órganos del concurso; obtención de documentos necesarios para el ejercicio de los derechos por la administración concursal, etc. Pero, de otro lado, debe garantizar también que la medida *es adecuada en relación con el estado del procedimiento* [núm. 3.a)]. Desde este ángulo, podría ser inadecuada en relación con el estado del procedimiento, por ejemplo, la intervención de las comunicaciones del deudor tras la aprobación del convenio si lo que se pretende es averiguar si el concursado tiene otros acreedores, pues los acreedores del concursado han tenido que quedar determinados antes de la aprobación del convenio; y, además, el convenio vincula «a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos» (art. 134.1 LC). Sin embargo, no parece que el estado en que se encuentre el procedimiento constituya en todo caso un elemento determinante en la valoración de la idoneidad de la medida, sino más bien de su necesidad y proporcionalidad, pues la medida puede ser idónea para alcanzar el objetivo perseguido por la misma, pero ser al mismo tiempo innecesaria y, por tanto, desproporcionada. Ciertamente, lo habitual será que se manifieste con mayor evidencia la necesidad de adoptar estas medidas limitativas de derechos fundamentales en las primeras fases del procedimiento, en las que el acopio de información sobre la situación patrimonial del deudor concursado constituye objetivo prioritario, pero nada impide pensar que ese mismo factor de necesidad pueda presentarse igualmente, y con igual intensidad, en cualquiera de las fases posteriores de desarrollo del procedimiento concursal.

c) *Necesidad, proporcionalidad y duración de la medida*

La motivación de la resolución judicial exige, por otro lado, la ponderación por el Juez de la *necesidad* y la *proporcionalidad de la medida*, exigencia que responde a un principio de injerencia o afectación mínima del ejercicio de los derechos fundamentales (v. gr., SSTC 156/2001, FJ 4; 14/2003, FJ 9). La medida restrictiva ha de ser, en efecto, *necesaria y proporcional*. *Necesaria*, en el sentido de que no existe otra medida para la consecución del propósito perseguido que sea menos lesiva para los derechos fundamentales del concursado con igual grado de eficacia. En este sentido, el Juez no podrá acordar la limitación de los derechos fundamentales cuando pueda conseguir el mismo resultado (v. gr., la obtención de información, la obtención de documentos, etc.) exigiendo el cumplimiento de los deberes de colaboración e información y de puesta a disposición de los libros y documentos sancionados por los artículos 42 y 45 de la Ley Concursal.

Además, la limitación del derecho fundamental debe ser también *proporcional*, entendido en el sentido de que de la adopción de la medida se deriven más beneficios o ventajas para el interés general, o para el interés que el legislador ha considerado digno de superior protección que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (proporcionalidad en sentido estricto). Para verificar el contraste de constitucionalidad de la medida restrictiva no es suficiente, por tanto, con la consideración de los criterios que satisfacen la motivación de las resoluciones judiciales constitucionalmente exigida (art. 120.2 CE) en términos de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ni dicha ponderación puede hacerse sobre la base del principio de interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 CE (así, SSTC 66/1985; 142/1993, entre otras). La valoración constitucional de la medida ha de hacerse necesariamente desde un juicio de proporcionalidad, en el que se estimen o consideren, por este orden, la idoneidad y necesidad de la medida, entendida ésta como carencia de otra medida alternativa menos lesiva.

Finalmente, en la resolución judicial que acuerda la limitación de los derechos fundamentales el Juez debe determinar *la duración de la medida* «con fijación del tiempo máximo de vigencia, que no podrá exceder del estrictamente necesario para asegurar el resultado u objetivo perseguido, sin perjuicio de que, de persistir los motivos que justificaron la medida, el Juez acuerde su prórroga con los mismos requisitos» [núm. 3, letra d), del art. 1 LORC]. De este modo, la Ley no sólo somete la medida a límites que garanticen la seguridad jurídica del deudor concursado, rechazando, con ello, su indefinición temporal, sino que, por otro lado, obliga al órgano judicial a que, en su caso, deba ponderar de nuevo, con las mismas exigencias de motivación, la conveniencia de su prórroga y las condiciones en que deba ser renovada, atendiendo las circunstancias que concurren en el momento de expiración del término de vigencia de la medida (STC 49/1999).

En algunos casos puede resultar relativamente fácil determinar el tiempo necesario para alcanzar el objetivo previsto. Esto es lo que sucederá normalmente en el supuesto de entrada y registro del domicilio, si su objetivo es examinar la docu-

mentación existente en él y, en su caso, poner a disposición de los órganos del concurso aquella que sea de interés para el procedimiento; o también cuando la entrada en el domicilio tenga por objeto permitir la puesta en práctica de otra medida, como, por ejemplo, la intervención de las comunicaciones. E incluso en algunos casos el propio acto de ejecución de la medida limitativa agota en sí mismo el cumplimiento del requisito temporal (*v. gr.*, la aprehensión de una única comunicación postal). Sin embargo, es posible que en otros supuestos el Juez no conozca de antemano cuánto tiempo es necesario para lograr el objetivo perseguido (p. ej., la intervención de las comunicaciones con el fin de determinar la posible existencia de bienes del concursado en el extranjero), pero eso no le autoriza a acordar la medida limitativa por tiempo indefinido. Lo procedente en esta hipótesis será que el Juez señale el tiempo que razonablemente le parezca imprescindible y si, transcurrido el mismo, siguen persistiendo los motivos que justificaron la medida, podrá acordar su prórroga. Y, por el contrario, si el objetivo se alcanza antes del transcurso del tiempo fijado en la resolución limitativa, el Juez deberá acordar su cese o su atenuación (*vid. infra*). El sometimiento a término de estas medidas no excluye en ningún momento la condición puramente provisoria de las mismas y que, por tanto, el Juez del concurso de oficio o a instancia del deudor, previo informe del Fiscal, pueda atenuar o remover las medidas adoptadas atendiendo al grado de cumplimiento del objetivo perseguido con las mismas. Si el tiempo fijado por el Juez en la resolución que acuerda la restricción del derecho fundamental excede claramente del necesario, la medida limitativa carecerá de uno de los requisitos para su validez y podrá ser recurrida en apelación.

## 5. La audiencia del Ministerio Fiscal

Las limitaciones de los derechos fundamentales deben acordarse previa audiencia del Ministerio Fiscal (núm. 3, art. 1, LORC), salvo que las medidas limitativas se adopten a instancias de éste por el Juez en la sección de calificación, en cuyo caso ha de entenderse satisfecho el requisito de audiencia previa del Fiscal. La intervención del Ministerio Fiscal se justifica tanto por el interés público que subyace a la propia índole de las medidas, relativa a los derechos fundamentales del concursado [arts. 124.1 y 162.1.b) CE], como por la necesidad de asegurar la defensa de los derechos de terceros que pueden verse directamente afectados por las mismas (*v. gr.*, en la intervención de las comunicaciones o en la entrada y registro del domicilio) [art. 3.3 EOMF]. Por ello, constituye función primordial del mismo velar por que los derechos fundamentales del concursado no se vean comprometidos más allá de lo estrictamente necesario para la satisfacción de los fines del concurso.

Para la válida adopción de la medida la Ley exige únicamente la audiencia previa del Fiscal, pero no que éste emita informe favorable. El Juez podrá acordar la limitación de los derechos fundamentales si, a su juicio, concurren los requisitos que autorizan la limitación, aun cuando el Fiscal haya mostrado su parecer contrario a la misma.

## 6. La notificación y la impugnación de la decisión judicial que acuerda la limitación

La resolución judicial que acuerde la limitación de los derechos fundamentales debe ser notificada a los sujetos afectados con el fin de que conozcan su existencia y puedan cumplir las limitaciones (por ejemplo, no cambiando de residencia o no saliendo de su domicilio en el caso de arresto domiciliario), así como interponer, en su caso, el recurso correspondiente frente a las mismas. Sin embargo, cuando se trata de la intervención de las comunicaciones, la eficacia de la medida obliga a la adopción de la misma sin ponerla inicialmente en conocimiento de la persona afectada (*vid. infra*).

La Ley establece que «[l]as decisiones judiciales estimatorias podrán ser recurridas en apelación por el deudor en el plazo de cinco días, sin efectos suspensivos, ante la Audiencia Provincial» (núm. 6, art. 1 LORC). Pero, además del deudor, las citadas decisiones judiciales podrán ser recurridas también por otros sujetos respecto de los que hubieran sido acordadas igualmente las medidas limitativas de los derechos fundamentales. En este sentido, no es dudoso que el administrador de la sociedad concursada o el que lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, así como los liquidadores o quienes hubieran tenido tal condición en los dos años anteriores, cuyos derechos fundamentales hubieran sido limitados en la forma establecida en la Ley podrán interponer el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial. Además, nada impide extender esa misma legitimación al Ministerio Fiscal por ser materia que entra en el ámbito de su competencia funcional, según hemos señalado anteriormente.

El recurso de apelación será el procedente, aun cuando la limitación de los derechos fundamentales constituyera un pronunciamiento del auto de declaración de concurso. No entra en juego en este supuesto la previsión de la Ley Concursal en el sentido de que si se trata de recurrir únicamente alguno de los pronunciamientos del auto de declaración de concurso distinto de la estimación o desestimación de la solicitud las partes podrán oponerse a las medidas adoptadas mediante recurso de reposición (*vid. art. 20.2, in fine*). Y ello porque ha de entenderse que la decisión del Juez del concurso acordando la medida es una resolución definitiva a los efectos del artículo 451 LEC, que determina las resoluciones recurribles en reposición por relación a lo dispuesto en el artículo 207.1 LEC.

La Ley no precisa el *dies a quo* del cómputo del plazo de cinco días que establece para el ejercicio del derecho de recurso, pero por vía de remisión (art. 197.1 y Disposición Final quinta LC) habrá de estarse a la norma común que rige el cómputo del plazo procesal del recurso de apelación frente a resoluciones dictadas en la primera instancia (art. 457.1 LEC), a tenor del cual el plazo correrá desde la fecha en la que se comunicó al concursado, o al sujeto afectado, la decisión de adoptar la medida o medidas limitativas de que se trate. Así se establece, por otro lado, respecto de la preparación del recurso de apelación frente a la resolución (auto) que resuelva sobre la solicitud de declaración de concurso (art. 20.4 LC). Ahora

bien, cuando se trate de la intervención de las comunicaciones, el cómputo del plazo habrá de realizarse desde el momento en que el afectado tenga conocimiento de la misma, dado que —como se ha señalado— la propia eficacia de la medida, como instrumento de investigación, excluye la previa notificación al afectado.

El recurso es admisible en un solo efecto, es decir, en el devolutivo, sin que su presentación y admisión entrañen, por tanto, suspensión de la eficacia de la medida adoptada. Pero al mismo tiempo, dada la naturaleza restrictiva de derechos fundamentales de estas medidas, la Ley prevé la tramitación del recurso con carácter preferente. Esto significa que el órgano judicial encargado de la resolución del recurso deberá tramitarlo con prioridad respecto de otras actuaciones pendientes de sustanciación del procedimiento concursal, e incluso respecto de otros procedimientos en los que no concurra ese carácter preferente.

La Ley sólo contempla la posibilidad de recurso de apelación frente a la resolución judicial (auto) que acuerda la medida, no así frente a aquella que la deniegue. Esta solución supone el establecimiento de una reserva de competencia a favor del Juez del concurso para la adopción de estas medidas, sin que, por tanto, en vía de recurso frente a una resolución desestimatoria, puedan ser acordadas las medidas limitativas por el órgano judicial superior. De este modo, se asegura la función de dirección del procedimiento concursal del Juez de concurso como Juez “universal” y se preserva la relación de inmediación que el mismo posee respecto de las circunstancias que determinan la necesidad de adopción de las mismas (*vid. supra*). La exclusión de revisión de la decisión judicial desestimatoria de la adopción de la medida queda compensada en parte, sin embargo, con la posibilidad de reiteración de la solicitud por parte del interesado si se produce un cambio de circunstancias que propicie su oportunidad, pues, por la propia función que cumple la adopción de estas medidas, ha de entenderse que la resolución que se adopte sobre las mismas se efectúa siempre con carácter provisional e indiciario, revisable en cualquier momento del procedimiento atendiendo a las circunstancias cambiantes en las que se desarrolla el mismo.

Por último, tratándose de medidas limitativas de derechos fundamentales y, en concreto, de aquellos reconocidos en los apartados segundo y tercero del artículo 18 y en el artículo 19 de la Constitución, el sometido a ellas tiene abierta la vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE), del que el procedimiento descrito anteriormente respecto del recurso de apelación ante la Audiencia, constituye la vía judicial previa cuyo agotamiento exige el principio de subsidiariedad de la jurisdicción constitucional de amparo [art. 44.1.a) LOTC].

## V. LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES

### 1. Presupuestos y extensión de la medida

Para la investigación de hechos o circunstancias necesarias para el desarrollo y sustanciación del concurso, la LORC prevé la posibilidad de que el Juez del con-

curso pueda acordar la intervención de las comunicaciones del deudor o de las personas a las que se refiere el apartado segundo del artículo 1 de dicho texto legal (administradores y liquidadores de la persona jurídica concursada). El legislador autoriza al Juez, por tanto, para limitar o restringir en estos casos el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones proclamado en el artículo 18.3 CE. El secreto o libertad de las comunicaciones constitucionalmente garantizado se refiere a cualquier procedimiento de comunicación privada efectuada por cualquiera de los medios técnicos que sirven dicha finalidad interlocutoria. La Constitución menciona expresamente a título meramente enunciativo los medios más tradicionales y habituales de comunicación, como es la comunicación postal, telefónica y telegráfica, pero sin que deban excluirse otros medios de comunicación más modernos, como los electrónicos u otros que pudieran desarrollarse en el futuro, pues lo relevante a los efectos del derecho fundamental reconocido no es tanto el medio empleado como el acto mismo de comunicación (STC 70/2002, FJ 9), independientemente de la naturaleza o contenido de la misma, sea éste relativo a la vida privada de las personas o de cualquier otra naturaleza (SSTC 114/1984, FJ 7; 34/1996, FJ 4).

La protección del secreto de las comunicaciones, se proyecta exclusivamente sobre el propio proceso de comunicación. Concluido el acto mismo de comunicación, la protección constitucional de lo comunicado se efectúa, en su caso, a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos fundamentales (*v. gr.*, la inviolabilidad del domicilio con la finalidad de un registro domiciliario; *vid.* SSTC 70/2002, FJ 9 y 123/2002, FFJJ 4 y 5). Siendo, pues, el núcleo de la garantía constitucional la protección contra la interceptación de las comunicaciones ajenas, conviene precisar que el secreto garantizado se impone frente a los terceros, sin que se encuentren sometidos al mismo los partícipes de la propia comunicación. Éstos quedarán vinculados, en su caso, por el necesario respeto a la intimidad de su interlocutor en el marco del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.1 CE (STC 114/1984, recientemente reiterada por la STC 56/2003, FJ 3). Por esa misma razón cabe cuestionarse fundadamente que nos hallemos en el específico marco de la intromisión en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del deudor concursado, cuando, siendo el destinatario de la comunicación una persona jurídica concursada, se produzca la suspensión en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer y su sustitución por la administración concursal (arts. 40 y 44.3 LC). En este caso, la alteración producida en la estructura de la administración de la entidad concursada no modifica los elementos subjetivos entre los que se desenvuelve el acto de comunicación, ni entraña, por tanto, la intromisión en una comunicación ajena por parte de la administración concursal. No concurre, en este caso, el elemento de la ajenidad de la comunicación sobre el que descansa el supuesto de hecho que describe el régimen del derecho al secreto de las comunicaciones (SSTC 114/1984, FJ 7 y 70/2002, FJ 9), pues la administración concursal no es tercero respecto de las comunicaciones de la entidad que administra, sino que, por el contrario, es el destinatario natural de las mismas. De igual modo, siguiendo esta línea de razonamiento, cabría plantearse legítimamente si tal situación debe predicarse también en relación al concursado empresario individual suspendido y sustituido

en la administración de la empresa por la administración concursal, respecto de los actos de comunicación que se formalicen por relación al nombre comercial o la denominación del establecimiento (por ejemplo: Muebles Ruiz; Electricidad Venecia; Tipográfica el Sol; etc.) que utiliza el empresario concursado como signos distintivos sobre los que gira la propia actividad empresarial. En este caso, difícilmente puede afirmarse que los administradores concursales que sustituyen al deudor en la administración del patrimonio empresarial desempeñada por éste no son, sin embargo, los destinatarios naturales de dicha comunicación. Piénsese, por ejemplo, como supuesto más elocuente, en la declaración de concurso de un empresario cuya actividad mercantil consiste en la comercialización de bienes y servicios en el mercado precisamente por medio de diferentes vías de comunicación personal, como puede ser el caso de la venta por correo, la venta telefónica o la venta por medios electrónicos, es decir, empleando estos diversos medios de comunicación como instrumentos estructurales de la propia organización empresarial (ventas a distancia; arts. 38-48 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista). En estos casos la suspensión y sustitución del deudor en la administración del patrimonio empresarial del concursado y su asunción por la administración concursal entraña necesariamente la sustitución en la posición que como interlocutor ocupa el comerciante concursado en relación con los actos de comunicación relativos a la actividad empresarial así desarrollada. En tales circunstancias, no nos encontraríamos dentro del ámbito normativo propio del derecho fundamental ahora examinado, sino ante la consecuencia natural de la sustitución en la administración de una actividad empresarial desarrollada a través de los diferentes medios de comunicación a distancia. Bien pudiera afirmarse, como conclusión, que aquí no hay intervención de las comunicaciones, sino simplemente “intervención” de la actividad mercantil.

De lo expuesto se desprende que el mecanismo de la suspensión del deudor en el ejercicio de las facultades de administración y de disposición y su sustitución por la administración concursal juega un papel singularmente destacado en la determinación del alcance y grado de cobertura de la garantía constitucional examinada en el marco del procedimiento concursal. La intervención de las comunicaciones del deudor concursado o de aquellas personas a las que se extiende la aplicación de la medida por la LORC cobra significación para aquellos actos y medios de comunicación a los que la administración concursal no tiene acceso como administradora del patrimonio del deudor concursado (*v. gr.*, por entablarse la relación de comunicación singularmente con aquellas personas, o por utilizarse medios de comunicación que exceden la capacidad de control del administrador, como, por ejemplo, los aparatos telefónicos de uso personal del concursado) o cuando desempeña una mera función de intervención, sin sustitución de la capacidad interlocutoria del concursado respecto de la administración de la empresa, como masa patrimonial dotada de cierto grado de existencia individualizada en relación con aquel conjunto patrimonial indisolublemente unido a la personalidad de su titular.

En el contexto del procedimiento concursal, la medida de intervención de las comunicaciones del deudor o de los demás sujetos pasivos de la misma posee una finalidad simplemente facilitadora del fin del concurso. Su significación como instrumento de investigación para verificar la existencia de determinadas circunstancias

relevantes para la determinación de las masas activa y pasiva del concurso hace que aparezca desprovista, en principio, de la consideración de medio probatorio de conductas ilícitas que desempeña además en el proceso penal. La problemática que suscita esta medida en el procedimiento concursal no es el de la tradicional discusión sobre el valor de la intervención de las comunicaciones como prueba de cargo o imputación suscitada en el ámbito del proceso penal (salvo que nos hallemos ante un supuesto de insolvencia punible), sino más bien el de la ponderación de la intervención de las comunicaciones como simple medida de investigación o fuente de conocimiento en el marco de los fines propios del concurso.

Desde este ángulo, el respeto del derecho fundamental exige, de un lado, la garantía del secreto de los contenidos que sean ajenos al interés del concurso (conforme indica expresamente el art. 1 LORC) y, de otro lado, que la medida de alzamiento del secreto de las comunicaciones no se adopte con una finalidad puramente prospectiva, esto es, para satisfacer una necesidad genérica de conocimiento de la situación del patrimonio concursado, o para despejar simples sospechas sin la menor base objetiva, pues de lo contrario se desvanecería la garantía constitucional (por todas, STC 49/1999, FJ 8, aunque referida en particular al secreto de las comunicaciones telefónicas, lo referido es plenamente aplicable a cualquier medio de comunicación personal). La validez constitucional de la medida limitativa exige la existencia de sospechas fundadas en algún dato objetivo que permita realizar un juicio de proporcionalidad de la medida, es decir, la existencia de un presupuesto habilitante sobre el que fundar la razonabilidad de la limitación, que habrá de estimar la idoneidad y la necesidad de la medida para alcanzar el objetivo perseguido con la misma. En nuestro caso, dicho objetivo será la obtención de informaciones sobre circunstancias concretas relevantes para la adecuada satisfacción de los fines del concurso, orientados a la satisfacción del interés de los acreedores. Dicha hipótesis puede verificarse en aquellos casos en los que existan indicios —no simples sospechas— de que el deudor concursado o sus administradores o liquidadores hubiesen ocultado bienes o documentos de especial relevancia para la resolución del concurso (*v. gr.*, por el hallazgo en un registro domiciliario de notas que apuntan la posibilidad de un ocultamiento de importantes sumas de dinero en paraísos fiscales en el extranjero; por existir sospecha fundada de ocultación de una importante “cartera” de títulos-valores emitidos al portador; o, en fin, por la constancia de datos que apuntan a la existencia de acuerdos concluidos por el deudor con terceros con la finalidad de distraer bienes de la masa activa del concurso, o para alterar artificialmente la masa pasiva). En todo caso, la gravedad de la medida del alzamiento de la garantía constitucional demanda la correlativa relevancia del hecho investigado para la consecución del fin, constitucionalmente legítimo, que lo autoriza (juicio de proporcionalidad). Ese juicio de relevancia corresponde efectuarlo al Juez del concurso, quien deberá valorar si el hecho investigado tiene la suficiente entidad para adoptar una medida de esta naturaleza. Tal circunstancia hará que la intervención de las comunicaciones encuentre aplicación en este ámbito sólo en contadas ocasiones.

La legitimidad de la medida aparece condicionada, de este modo, por la necesaria expresión por el órgano judicial tanto de la existencia de los presupuestos

materiales de la intervención, relativos a los datos objetivos que apunten la realidad de los hechos investigados y su conexión con la persona sobre la que recae la intervención de las comunicaciones, como del carácter necesario e idóneo de la medida, es decir, la expresión de las razones y finalidad de la misma. De esta manera, la exteriorización del “presupuesto habilitante” que legitima la medida permite contrastar el ineludible juicio de proporcionalidad de la misma sobre criterios de idoneidad y necesidad. A ello cabe añadir que, conforme dispone el artículo 1 LORC, el órgano judicial deberá fijar, de forma ponderada y atendiendo a criterios de experiencia, el tiempo de vigencia de la intervención, teniendo en consideración que la limitación del derecho fundamental debe siempre satisfacer el principio de mínima injerencia; máxime en la restricción de una garantía constitucional como es la de secreto de las comunicaciones que, por su propia naturaleza y función, ha de adoptarse sin conocimiento, al menos en un principio, de la persona afectada por la medida. A este respecto, puede considerarse aplicable al caso la previsión contenida en el artículo 759.3 LECrim, que dispone una duración máxima de la intervención de tres meses, sin perjuicio de su prórroga por iguales períodos.

## **2. La intervención de las comunicaciones postales y telegráficas**

El régimen legal del derecho a la inviolabilidad de la correspondencia se proyecta en el plano jurídico-administrativo sobre los deberes de ejecución de la medida que incumbe al servicio postal [arts. 14 y 15 de la Ordenanza Postal (Decreto 1113/1960, de 19 de mayo) y en los arts. 26,28 y 30 del Reglamento de los Servicios de Correos (Decreto 1653/1964, de 14 de mayo)], y en el orden procesal (arts. 579 y ss. LECrim), sobre los requisitos materiales de la ejecución de la restricción de este derecho. En particular, la Ley procesal se refiere a la detención, apertura y examen de la correspondencia privada postal y telegráfica que remitiere o recibiere el sujeto sometido a esta medida (naturalmente, en la LECrim, el procesado). La detención consiste en la aprehensión del soporte material que contiene la información que se remite (carta, paquete postal, mensaje telegráfico) en el transcurso del envío con la finalidad de evitar que el mismo llegue a poder del destinatario. De no procederse a la detención, la ocupación del correo habría de efectuarse mediante la correspondiente diligencia de registro de libros y papeles a la que se refieren los artículos 573 y siguientes de la propia Ley Procesal Penal. En este supuesto, se hará preciso autorizar la entrada y registro, que, en casos, de referirse al domicilio constitucionalmente protegido, habrá de acordarse con todas las garantías que impone la limitación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. De otro lado, debe considerarse comprendida en la referencia legal a la correspondencia privada postal y telegráfica tanto aquella realizada por medio del servicio público postal como también la comunicación efectuada a través de los servicios privados de mensajería, si bien en este último caso la ejecución de la medida puede resultar especialmente difícil.

La resolución judicial, además de motivar suficientemente la pertinencia de la adopción de esta medida limitativa, deberá precisar la correspondencia que haya

de ser detenida y registrada mediante la indicación de las circunstancias que la hagan fácilmente identificable. Asimismo, para la válida adopción de la medida, deberá fijarse el tiempo máximo de duración de la misma (art. 1 LORC); lo que, sin embargo, no será necesario cuando lo que se ordene sea la detención y registro de un único acto de comunicación.

Por último, cabe destacar, por la incidencia que tienen en el plano de la legitimidad de la medida, el conjunto de garantías para la ejecución material de la intervención que contempla la referida regulación procesal, particularmente en relación con la notificación al sujeto afectado por esta medida para su asistencia al acto de apertura y registro de la correspondencia aprehendida (art. 584), la entrega al afectado de la correspondencia que no sea de interés para el concurso (art. 587), etc. El Juez deberá adoptar, además, todas las medidas necesarias para garantizar el secreto de los contenidos que sean ajenos al interés del concurso (art. 1.1.<sup>a</sup> LORC).

### 3. La intervención de las comunicaciones telefónicas

El apartado 4 del artículo 1 de la LORC remite expresamente el régimen de la ejecución de la intervención de las comunicaciones telefónicas de los sujetos pasivos sometidos a esta medida a lo dispuesto sobre esta materia en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta ley procesal penal destina un único precepto a esta cuestión (art. 579), siendo de todos conocida la grave insuficiencia que padece el régimen legal de las escuchas telefónicas desde la perspectiva constitucional de protección de los derechos fundamentales. Esta circunstancia ha sido reiteradamente denunciada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (*vid.*, al respecto, STEDH de 18 de febrero de 2003, “caso Prado Bugallo c. España”), debido a la carencia de regulación que presenta el referido precepto en aspectos relevantes de dicha medida, como son: la determinación de los supuestos que justifican la intervención, el procedimiento y objeto de ejecución de la medida, los requisitos de la transcripción de las conversaciones interceptadas, custodia y destrucción de cintas, etc. Así lo ha declarado insistentemente también nuestro Tribunal Constitucional, entre otras, en la reciente Sentencia del Pleno del Tribunal de 23 de octubre de 2003 (STC 184/2003), en la que literalmente se afirma que «el artículo 579 LECrim adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos por el artículo 18.3 CE para la protección del derecho al secreto de las comunicaciones, interpretado, como establece el artículo 10.2 CE, de acuerdo con el artículo 8.1 y 2 CEDH» (FJ 5).

A colmar esas lagunas normativas se ha aplicado la jurisprudencia constitucional (art. 5.1 LOPJ), que ha venido precisando las condiciones y requisitos que deben concurrir en la medida de intervención telefónica de conformidad con la Constitución. Dichas exigencias se refieren a: «la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial [no hay previsión sobre la injerencia en el derecho de los interlocutores]; la naturaleza de las infracciones susceptibles

de poder dar lugar a ella; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida; el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a observar para comunicar intactas y completas las grabaciones realizadas, a los fines de control eventual por el Juez y la defensa; las circunstancias en las cuales debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreseimiento o puesta en libertad» (STC 49/1999, FJ 5; esta sentencia unifica y consolida la doctrina constitucional sobre la materia).

Objeto de esta medida lo serán tanto las comunicaciones celebradas mediante el sistema tradicional de telefonía fija por cable, como también aquellas efectuadas por telefonía móvil (STC 34/1996, FJ 5), o las realizadas mediante fax y a través de sistemas informáticos, al compartir estos medios una base tecnológica común con aquellos otros más tradicionales.

La exigencia constitucional de garantizar el secreto de los contenidos intervenidos que sean ajenos al interés del concurso impone al Juez un control preciso de la ejecución de la intervención autorizada. Con esta finalidad deberá ordenar que se ponga a su disposición, lo antes posible, el contenido íntegro y original de las grabaciones realizadas, al objeto seleccionar las conversaciones de interés para la investigación y desechar las que carezcan del mismo, que deben quedar bajo su custodia hasta su destrucción; garantizando, de este modo, la reserva de los contenidos ajenos al interés del concurso a que obliga expresamente el artículo 1.1 LORC.

## VI. EL DEBER DE RESIDENCIA Y EL ARRESTO DOMICILIARIO

La LORC contempla la posibilidad de someter a un deber de residencia al deudor persona natural y a los administradores y liquidadores de la persona jurídica deudora, así como a quienes hubieran tenido esta condición en los dos anteriores a un deber de residencia, llegando incluso a permitir su arresto domiciliario si llegaran a incumplir el citado deber o existieran razones fundadas para temer que pudieran incumplirlo (art. 1.1.2.<sup>a</sup>). Con estas medidas, la Ley pretende garantizar la disponibilidad de las personas sometidas a ellas en favor de la administración concursal y del propio Juez del concurso, para asegurar, de este modo, la obtención de información y la cooperación que les sea requerida, facilitando, con ello, el cumplimiento de los deberes de información y de colaboración que impone al deudor y a sus representantes el artículo 42 de la Ley Concursal. Se trata, pues, de medidas limitativas que poseen una naturaleza esencialmente cautelar.

### 1. El deber de residencia

La Ley establece que el Juez “podrá” acordar el deber de residencia en la población del domicilio de los sujetos pasivos. Por domicilio habrá de entenderse, de conformidad con el artículo 40 del Código Civil, el lugar de residencia habitual en el momento en el que el Juez acuerda la medida limitativa; el lugar donde real-

mente está asentado el sujeto. Por población del domicilio hay que considerar la demarcación territorial dotada de unidad y autonomía administrativa en la que tiene la residencia habitual el sujeto (el municipio).

El Juez sólo podrá acordar el deber de residencia cuando sea necesario para la normal tramitación del procedimiento concursal, necesidad que no puede apreciarse por el mero hecho de que sea admitida a trámite la solicitud de concurso necesario o porque sea declarado el concurso voluntario o necesario. La necesidad de la medida surgirá cuando las circunstancias del caso concreto indiquen que la disponibilidad del concursado o de los demás sujetos pasivos en favor de los órganos del concurso para que faciliten información y colaboren con ellos es indispensable en un determinado momento o durante un período de tiempo para la normal tramitación del concurso (por ejemplo, porque tales sujetos son los únicos que pueden proporcionar informaciones y prestar la colaboración precisa para poder continuar la actividad empresarial necesaria para lograr una mínima satisfacción de los acreedores) y ese resultado no puede conseguirse por otro medio menos gravoso. Por ello, esta medida no será necesaria en buena parte de los casos, porque con el actual desarrollo de los medios de comunicación ese resultado de disponibilidad a favor de los órganos del concurso con el fin de facilitar el cumplimiento de los deberes de información y colaboración por el deudor y por los demás sujetos pasivos puede conseguirse (por medios informáticos, electrónicos, etc.) sin necesidad de obligarles a permanecer en una determinada población. Pero incluso en aquellos supuestos en los que la localización y la comunicación con los sujetos pasivos no pueda satisfacerse por esas otras vías, el deber de residencia sólo podrá acordarse cuando su fin no pueda conseguirse exigiendo el cumplimiento de otros deberes menos gravosos, como el deber de comparecencia. El Juez del concurso no podrá acordar el deber de residencia si no existe un incumplimiento previo del deber de comparecencia, sea tras la declaración de concurso (art. 42 LC), sea tras la admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario (art. 15.1 LC), o la sospecha fundada de que el deudor puede no comparecer cuando sea requerido (*v. gr.*, porque en diferentes ocasiones ha eludido la acción de la justicia). Podría afirmarse, en fin, que, si no existe un incumplimiento previo del deber de comparecencia o la sospecha fundada de que el mismo puede producirse, el deber de residencia no sería necesario, pues la disponibilidad de los sujetos afectados en favor de los órganos concursales podría alcanzarse por la vía menos gravosa de exigir el cumplimiento del deber de comparecencia.

Pero, además de necesario, el deber de residencia debe ser idóneo para asegurar el cumplimiento de los deberes de colaboración e información a que está sometido el sujeto pasivo. En principio, la idoneidad de la medida es independiente de que el concurso se tramite en el mismo lugar o en lugar diferente al del domicilio del sujeto, pues lo que se persigue con el deber de residencia no es tanto asegurar la disponibilidad de los sujetos afectados en el lugar del concurso como tenerlos localizados en un determinado espacio en interés del mismo. Por ello, la medida no deja de ser idónea en el supuesto de que el deudor se haya fugado antes del concurso, pues el sometimiento al deber y la posible amenaza de sanción vinculada a su incumplimiento puede llevar al sujeto afectado al cumplimiento del mismo

y a ponerse a disposición de los órganos concursales, cumpliéndose así con la finalidad propia de la medida.

Finalmente, para que la imposición del deber de residencia sea legítima debe ser proporcionada; esto es, debe reportar más ventajas a los intereses del concurso que perjuicios al sujeto pasivo de la medida o a otros sujetos. En este sentido, la medida no será proporcionada cuando los beneficios que consiguiera reportar quedaran contrarrestados por los perjuicios que pudiera ocasionar a los intereses del propio concurso y al afectado (*v. gr.*, si el deber de residencia impidiera al concursado continuar ejerciendo su actividad profesional, privando así a la masa de los ingresos obtenidos por esta vía y originando al afectado graves perjuicios profesionales y personales). Pero para evitar esos perjuicios, el Juez podrá adaptar la medida a las necesidades del caso concreto y a la nada inusual circunstancia de que el domicilio del sometido a la medida limitativa se encuentre en población diferente de aquella en la que se halla el centro de su actividad laboral o empresarial (*vid.* art. 10 LC, en relación con la determinación del Juez competente), que no queda suspendida, necesariamente, por la declaración de concurso, aun cuando el deudor estuviera suspendido o intervenido en el ejercicio de las facultades de administración y de disposición de los bienes integrantes de la masa activa (arts. 40 y 44 LC). En estos casos, el Juez podrá acordar, por ejemplo, el deber de residencia en la población del domicilio, pero autorizando el desplazamiento a una población distinta en la que ejerza habitual u ocasionalmente su actividad profesional.

Aunque el artículo 1 de la LORC solamente se refiere de modo expreso a la restricción de la libertad de residencia del concursado o de las demás personas afectadas por la misma, conviene precisar que la imposición del deber de residencia condiciona también en determinado grado la libertad de circulación, puesto que ambas libertades (elección de residencia y de circulación) se hallan íntimamente ligadas en su consideración constitucional (art. 19.1 CE). Ello es así porque el concepto de residencia que sustantiva esta libertad reconocida constitucionalmente no coincide necesariamente con la noción de domicilio propia del Derecho civil o de otras ramas del Derecho, sino que posee un carácter autónomo y más amplio, que abarca tanto el lugar donde la persona se asienta de modo estable como aquellos otros lugares de estancias simplemente pasajeras u ocasionales. También la Exposición de Motivos de la ley parece partir de esta consideración cuando señala que el arresto domiciliario «ha de contemplarse (...) como una medida extrema en aquellos casos en que se infrinja el deber de residencia, incumpla la prohibición de ausentarse sin autorización judicial o existan motivos fundados para temer que lo haga». Esto supone que el sujeto afectado por el deber de residencia lo estará infringiendo cuando salga de la población de su residencia habitual para una estancia ocasional por motivos personales, familiares, etc., a no ser que lo haga con autorización judicial. El sometimiento al deber de residencia en la población del domicilio puede comportar también para el sujeto pasivo la obligación de trasladarse de la residencia ocasional a la residencia habitual (por ejemplo, si cuando se acuerda el deber de residencia, el concursado se encuentra pasando unas vacaciones en una población distinta de aquella en la que tiene su residencia habitual, la imposición de este deber le obligará a trasladarse a su residencia habitual). El deber de residencia

lleva implícita la prohibición de salir del territorio nacional, cuando el sujeto se hallara en dicho territorio al tiempo de ser acordada la medida. Por el contrario, el deber de residencia no impide cambiar de residencia dentro de la misma población. Ahora bien, el cambio de domicilio deberá ser comunicado al Juez del concurso, por virtud de lo establecido en el artículo 155.5 LEC. Para verificar el cumplimiento del deber de residencia el Juez puede disponer las medidas que considere necesarias, como, por ejemplo, la imposición de un régimen de comparecencias periódicas ante el Juzgado (*vid. mutatis mutandis*, STC 85/1989).

## 2. El incumplimiento del deber de residencia. El arresto domiciliario

El incumplimiento del deber de residencia por el sujeto afectado o la existencia de «razones fundadas para temer que pudiera incumplirlo» pueden llevar a la adopción por el Juez de las *medidas necesarias*, incluido el *arresto domiciliario*. Dicho de otro modo, el incumplimiento del deber de residencia o la sospecha fundada del mismo no llevan aparejado necesariamente el arresto. Entre ambos términos, el deber de residencia y el arresto, el Juez puede adoptar otras medidas intermedias que considere necesarias y adecuadas para asegurar el cumplimiento del deber de residencia (*v. gr.*, la prestación de una caución por los administradores de la persona jurídica concursada).

El requisito de la necesidad de cualquier medida limitativa de los derechos fundamentales exige que el arresto sólo pueda ser acordado cuando el Juez llegue a la convicción de la inadecuación de otras medidas alternativas menos gravosas para asegurar la finalidad perseguida con la adopción del arresto. El arresto es, pues, una medida de carácter extremo que afecta al contenido básico del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE). El Juez no puede, por tanto, acordar el arresto domiciliario sin haber decretado previamente el deber de residencia y sin que se produzca su incumplimiento o *la existencia de razones fundadas para temer que pudiera ser incumplido*. Existirá incumplimiento del deber de residencia cuando el deudor se haya trasladado a residir definitiva u ocasionalmente, de hecho o de derecho, fuera de la población del domicilio (esto es, fuera de la población de la residencia habitual). Por su parte, existirán razones fundadas para temer que el sujeto pasivo puede incumplir el deber de residencia cuando se den circunstancias que objetivamente exijan el cambio de residencia habitual (*v. gr.*, la aceptación de un trabajo o actividad profesional que exija la permanencia del deudor en lugar diferente del de su residencia, o cuando con anterioridad el deudor se hubiera sustraído a la acción de la justicia).

Finalmente, es necesario que el arresto sea idóneo y proporcionado. A este respecto, debe tenerse en cuenta que el arresto, a diferencia del deber de residencia, impide al concursado y a los demás sujetos pasivos no sólo desplazarse fuera de la población del domicilio, sino también dentro de dicha población. Esta medida obliga al sujeto pasivo a permanecer en su domicilio durante el tiempo de vigencia del arresto. Por esa razón, a la hora de adoptar esta medida, el Juez del concurso debe valorar si esta limitación puede resultar perjudicial para los intereses del con-

curso. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto en el que el concursado intervenido o suspendido sigue ejerciendo la actividad profesional que venía desempeñando al tiempo de la declaración de concurso, en la que por su propio carácter personalísimo no pudiera ser sustituido por otro en su ejercicio, y para cuya realización necesita desplazarse a diario fuera de su domicilio. El arresto domiciliario tendría como consecuencia la interrupción de la actividad del concursado, de manera que dejarían de integrarse en la masa del concurso los ingresos “embargables” que el deudor obtuviera con el ejercicio de la misma, perjudicando, de este modo, a los acreedores. Por tanto, el Juez debe tener en cuenta si los beneficios que se obtienen teniendo al concursado bajo arresto en su casa son mayores que los perjuicios que de dicho arresto pueden derivarse, pues sólo en el caso de que los beneficios superen a los perjuicios sería adecuada y proporcionada esta medida del arresto domiciliario. A tenor de estas circunstancias el Juez podría moderar la medida, permitiendo al sujeto arrestado salir de su domicilio únicamente para acudir al centro de trabajo.

Cualquier salida del domicilio del sujeto arrestado tendrá que ser autorizada por el Juez. En caso contrario, se incumplirá el arresto. Frente al incumplimiento de la medida de arresto por el afectado, el Juez podrá acordar, mediante nueva resolución, la imposición de medidas de coerción de la conducta rebelde del arrestado, como, por ejemplo, la imposición de multa coercitiva, cuando pueda hacerse efectiva, o el apercibimiento de delito de desobediencia (art. 556 CP).

## VII. LA ENTRADA Y EL REGISTRO DOMICILIARIOS

Por último, el artículo 1 LORC contempla la entrada y registro del domicilio del deudor concursado y de los administradores y liquidadores de la persona jurídica concursada y de quienes lo hubieran sido en los dos años anteriores como otra de las medidas a disposición del Juez del concurso, estableciendo que el Juez podrá autorizar la misma cuando los sujetos afectados nieguen su consentimiento (apartado 1.3.<sup>a</sup>). Por expresa disposición legal, dicha restricción habrá de fundarse *en indicios racionales de la existencia de documentos en el domicilio que sean de interés para el procedimiento concursal*, que no hayan sido aportados, o *en la necesidad de esta medida* para la adopción de cualquier otra procedente para la satisfacción del interés del concurso.

### 1. El domicilio constitucionalmente protegido

La entrada y registro del domicilio afecta al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio que proclama el artículo 18.2 CE. Según tiene declarado la jurisprudencia constitucional, la protección constitucional del domicilio se concreta en dos reglas. La primera define su inviolabilidad, que constituye una garantía del ámbito de privacidad dentro de un espacio limitado elegido por la propia persona (respecto del alojamiento hotelero, así lo reconoce la STC 10/2002), que permanece inmune a la invasión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas

las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos o electrónicos. Esta garantía aparece así íntimamente conectada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), del que es emanación (STC 136/2000, FJ 3). La inviolabilidad domiciliaria posee, pues, carácter instrumental respecto de la protección de la intimidad personal y familiar (STC 22/1984, FJ 5). La segunda regla supone una aplicación específica de la anterior, consistente en el establecimiento de una prohibición de entrada y registro domiciliarios, en la que esta última prohibición de registro es la interdicción esencial por relación a la entrada que es medio instrumental de aquélla. Fuera de los casos de flagrante delito, sólo son constitucionalmente admisibles la entrada y el registro en el domicilio realizados con consentimiento de su titular o al amparo de una resolución judicial. Por ello, la jurisprudencia constitucional ha destacado el contenido esencialmente negativo de este derecho: lo que se garantiza —se afirma— *es la facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y de la autoridad pública para la práctica de un registro* (STC 22/2003, FJ 3). Esa íntima conexión entre el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y el derecho a la inviolabilidad del domicilio ha llevado a un sector doctrinal a poner en cuestión, con algún fundamento, la extensión del reconocimiento de este derecho o garantía fundamental en beneficio del domicilio de las personas jurídicas. No sin algún grado de vacilación, el Tribunal Constitucional ha venido a reconocer, en diferentes ocasiones, la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas (SSTC 137/1985, FFJJ 2 y 3; 69/1999), aunque matizando su alcance en este caso, al reconocer la menor intensidad de la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas y, particularmente, de las sociedades mercantiles. Como consecuencia de ello, el grado de exigencia de los requisitos necesarios para la limitación, cuando del domicilio de la persona jurídica se trata, no es comparable al considerado en aquellos casos en los que la protección de la inviolabilidad domiciliaria se predica del domicilio de la persona física, en el que se pone en riesgo el núcleo esencial de la garantía constitucional, consistente en la preservación de la intimidad personal y familiar, por lo que el canon de enjuiciamiento (adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida) debe ser más riguroso.

En lo que se refiere al *concepto de domicilio* protegido por el derecho fundamental, la jurisprudencia constitucional ha distinguido entre el derecho fundamental y la protección de la propiedad de los inmuebles y de otras titularidades reales u obligacionales que permiten a su titular la exclusión de terceros como contenido propio del derecho de propiedad. Así, se ha afirmado que no todo local sobre cuyo acceso posee poder de disposición su titular debe ser considerado domicilio a los fines de la garantía constitucional. De otro lado, también se ha señalado que no existe una plena correlación entre el concepto legal de domicilio y el de domicilio constitucionalmente protegido, siendo éste de mayor amplitud que el concepto jurídico privado (art. 40 CC, que requiere habitualidad) o jurídico público (*vid.* SSTC 10/2002, FJ 6; 69/1999, FJ 2; 22/1984, FJ 2). Ni el carácter cerrado del espacio ni el poder de disposición sobre el mismo de su titular constituyen rasgos determinantes de la noción de domicilio constitucionalmente protegido. Así como

tampoco la falta de habitualidad en el uso o disfrute impide en todo caso la calificación del espacio como domicilio (ATC 58/1992 y STC 10/2002, FJ 6).

En el caso de las personas físicas, el domicilio inviolable *es el espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima* (SSTC 22/1984, FJ 5; 171/1999, FJ 9b; 119/2001, FJ 5). Cuando se trata de personas jurídicas y, más concretamente, de las sociedades mercantiles, la protección de la inviolabilidad del domicilio *sólo se extiende a los espacios físicos indispensables para que pueda desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros* (STC 69/1999, FJ 2). Así, por ejemplo, se ha negado la consideración de domicilio a estos efectos: a almacenes, fábricas, oficinas y locales comerciales (AATC 171/1989; 58/1992; 223/1993; 333/1993); los establecimientos abiertos al público o donde se lleve a cabo una actividad laboral o comercial por cuenta de una sociedad mercantil que no esté vinculada con la dirección de la sociedad o de un establecimiento, o se custodien sus documentos (STC 69/1999, FJ 3); en general a «aquellos lugares cerrados que por su afección tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad» (SSTC 283/2000, FJ 2; 228/1997, FJ 7). Ello no quiere decir que estos espacios carezcan de protección jurídica, sino que ésta encuentra cobertura en derechos de legalidad ordinaria conectados al derecho de propiedad (art. 33 CE). Así, por ejemplo, el artículo 91.2 LOPJ prevé también la correspondiente autorización judicial para la entrada en espacios distintos del domicilio, cuyo acceso requiera el consentimiento del titular. Pero esta garantía sólo alcanza consideración de estricta legalidad, sin que su incumplimiento o irregularidad, en aquellos casos, represente vulneración del derecho constitucional proclamado en el artículo 18.2 CE.

## **2. La entrada y el registro del domicilio en base a indicios racionales de existencia de documentos de interés para el concurso**

La autorización judicial de entrada y registro del domicilio ha de fundarse, ante la falta de consentimiento del afectado, en primer lugar, *en indicios racionales de existencia en dicho domicilio de documentos de interés para el procedimiento concursal, no aportados*. A este respecto, por un lado, hay indicios racionales de existencia en el domicilio de documentos cuando existan elementos de los que se deduzca que tales documentos tienen existencia (*v. gr.*, porque en otros libros o documentos se hace referencia a los mismos, porque así es afirmado por acreedores, por terceros o por el propio concursado, porque se trata de actos que por su propia naturaleza exigen su constancia en un determinado documento o porque en la práctica normalmente se documentan, etc.) y que se encuentran en dicho domicilio (por ejemplo, porque tal circunstancia ha sido manifestada por el concursado en alguna comparecencia ante el Juez, porque en la documentación incautada en las oficinas o establecimientos en los que se realizan los actos o actividades a los que se refieran

se indique que los documentos de los que se trata se hallan en el domicilio, porque existen pruebas de que los documentos fueron otorgados en el propio domicilio, etc.). No son suficientes, las meras sospechas o conjeturas de la existencia de estos documentos en el domicilio. Los indicios no son únicamente circunstancias anímicas, sino que necesitan apoyarse, para que puedan entenderse fundados, en datos objetivos que deberán plasmarse en la resolución judicial que acuerde la limitación.

Por otro lado, ha de tratarse de documentos de interés para el concurso. Por documento ha de entenderse cualquier soporte material que contenga información relevante para el procedimiento concursal. El *interés del documento para el concurso* debe considerarse en sentido amplio. A este respecto, habrán de estimarse de interés para el concurso, por una parte, aquellos documentos que formalizan o se refieren a actos y relaciones de contenido patrimonial directa o indirectamente referidos al patrimonio concursado. Entre ellos, tienen especial importancia «los libros de llevanza obligatoria y cualesquiera otros libros, documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad profesional o empresarial» que no hayan sido puestos a disposición de la administración concursal (art. 45.1 LC). Pero, de otra parte, también serán de interés para el concurso aquellos documentos cuyo contenido no se refiera a actos de gestión, administración o disposición de elementos pertenecientes al patrimonio del deudor, por tener un contenido ajeno a aquel patrimonio, pero que resulten de utilidad, sin embargo, para la consecución de los fines del procedimiento concursal. Piénsese, por ejemplo, en los títulos de propiedad sobre bienes pertenecientes a los socios subsidiariamente responsables y administradores de la sociedad (socios colectivos), o a los administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada, cuya aportación es requerida por el Juez del concurso a los efectos de proceder a su embargo, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas (art. 48.3 y 5 LC). No serán de interés para el procedimiento concursal los documentos relativos a la vida personal o familiar del concursado o de los demás sujetos a los que puede aplicarse esta medida limitativa.

Finalmente, debe tratarse de *documentos no aportados*. La entrada y registro es una medida o “diligencia” de averiguación (*vid.* art. 261.2 LEC) que presupone, además de la falta de consentimiento del afectado, el incumplimiento por el sujeto pasivo del deber de colaboración (art. 42 LC) o de puesta a disposición de los libros, documentos y registros de interés para el concurso (art. 45 LC; *vid.* también art. 261.2.<sup>a</sup> LEC, sobre de diligencia de exhibición de documentos).

La entrada y registro del domicilio sólo será necesaria cuando los documentos de interés para el concurso no puedan ser obtenidos exigiendo el cumplimiento del deber de colaboración o de puesta a disposición de libros y documentos que incumbe al deudor y a otros sujetos pasivos. La necesidad de la medida puede producirse tanto si el concursado está suspendido como si tiene intervenido el ejercicio de las facultades de administración y de disposición, aunque en este último supuesto será menos frecuente, pues, si el deudor sigue administrando y disponiendo, la necesidad de los órganos concursales de disponer de algunos documentos será menor;

pero, desde luego, no hay que descartarla, porque incluso en las situaciones de intervención la administración concursal y el propio Juez del concurso necesitarán conocer los documentos relacionados con el concurso; cosa distinta será que el incumplimiento del deber de colaboración pueda ser tenido en cuenta también por el Juez para acordar, a solicitud de la administración concursal, el cambio de la situación de intervención a la de suspensión del concursado (art. 40.4 LC).

La finalidad u objetivo de la autorización judicial de entrada y registro fundada en indicios racionales de existencia de documentos de interés para el concurso no aportados puede ser conseguir *información* necesaria para la adecuada tramitación del procedimiento concursal (por ejemplo, para que la administración concursal pueda elaborar el informe, para que pueda valorar adecuadamente las propuestas de convenio presentadas, etc.) u *obtener los documentos imprescindibles* para que los órganos concursales puedan ejercitar las facultades de administración y de disposición de los bienes integrantes de la masa activa cuando el concursado ha sido suspendido en su ejercicio, circunstancias que habrán de ser expresadas en la resolución judicial que acuerde la medida limitativa.

### **3. La entrada en el domicilio como medida necesaria para la adopción o práctica de otra medida**

La Ley establece que la autorización judicial de entrada y registro puede fundarse, en segundo lugar, en *la necesidad de esta medida para la adopción de cualquier otra procedente*. A pesar de que la norma contempla únicamente la necesidad de la entrada y el registro para la *adopción* de otra medida, la entrada puede ser precisa también para la *práctica o la ejecución de otra medida ya adoptada previamente o que ya está desplegando sus efectos*. Además, la entrada no tiene necesariamente la finalidad de permitir el registro del domicilio, puede servir también a otros fines (v. gr., a la ocupación del domicilio o de determinados bienes situados en el mismo). A este respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que los términos entrada y registro, «no obstante su aparente concreción, deben considerarse comprensivos de toda invasión que rompa el bien jurídico protegido» (la inviolabilidad del domicilio: STC 22/1984, FJ 3). El motivo en relación al que la entrada y el registro del domicilio, o solamente la entrada, cumple una función instrumental puede ser la limitación de las facultades patrimoniales del deudor concursado. En efecto, la entrada en el domicilio será necesaria en todos aquellos supuestos en los que sea preciso acceder al mismo para ejercer las facultades de administración y de disposición de los bienes integrantes de la masa activa y el concursado no preste su consentimiento, es decir, cuando el concursado haya sido suspendido en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer. En este supuesto la autorización puede no ser sólo para entrar en el domicilio, sino también para permanecer en el mismo, esto es para ocuparlo, al efecto de poder ejercer las facultades de administración y de disposición, como puede suceder en el concurso de una persona jurídica (no parece, por el contrario, que tal hipótesis pueda plantearse respecto de la persona natural concursada o de aquellas otras personas físicas a las que

la Ley extiende la aplicación de esta medida). Y esto tiene consecuencias importantes, porque entonces la duración de la medida no podrá fijarse de antemano en la resolución judicial que la acuerda, sino que la misma vendrá determinada por la duración de la limitación de las facultades patrimoniales. En el caso de que la suspensión sea consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la entrada en el domicilio y la ocupación del mismo puede prolongarse durante toda la tramitación de la misma. La entrada y registro del domicilio puede ser necesaria igualmente para la ejecución de alguna medida cautelar adoptada por el Juez antes de la declaración de concurso a instancia del sujeto legitimado para instar el concurso necesario con el fin de asegurar la integridad del patrimonio del deudor (art. 17 LC) o al declarar el concurso y hasta que los administradores concursales acepten el cargo (art. 21.1.4.º LC), así como para ejecutar alguna medida adoptada por el Juez con el fin de conservar o administrar el patrimonio concursal del modo más conveniente para los intereses del concurso (por ejemplo, para ocupar algún bien que el concursado no entrega voluntariamente para constituir sobre el mismo un depósito: art. 43 LC). La entrada en el domicilio puede ser precisa también para la limitación de otro derecho fundamental (*v. gr.*, la intervención de comunicaciones).

#### **4. La resolución judicial que acuerda la entrada y el registro del domicilio**

Como cualquier otra limitación de derechos fundamentales, la presente restricción deberá acordarse por medio de resolución judicial suficientemente motivada sobre la base de los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (*vid.* STC 22/2003, FJ 4) e indicando claramente el objetivo perseguido (la obtención de documentos, la ocupación del domicilio al objeto de que los administradores concursales puedan ejercer en él las facultades de administración y de disposición, la toma de posesión de un bien para constituirlo en depósito, etc.). Cabe, sin embargo, dejar simplemente apuntado que, en aquellos casos en los que no aparece comprometido —según se indicó— el núcleo esencial del objeto de protección de esta garantía constitucional (la intimidad personal y familiar), como sucede respecto del acceso al domicilio de las personas jurídicas, podría estimarse que la misma resolución judicial de declaración del concurso es, en algunos casos, autorización suficiente o bastante en su valoración constitucional para la entrada y registro domiciliarios, sin necesidad, en todo caso, de un pronunciamiento judicial específico de alzamiento de la inviolabilidad del domicilio social. En los casos en que la declaración de concurso de una persona jurídica lleve aparejada la suspensión en el ejercicio de las facultades de administración y de disposición del deudor sobre el patrimonio concursado y su sustitución por la administración concursal (art. 40.2 y 3 LC), podría entenderse que la propia declaración judicial de concurso satisface la exigencia constitucional de autorización judicial de la medida, constituyendo título habilitante suficiente para franquear la entrada a la administración concursal en el domicilio de la persona jurídica concursada. Así lo ha estimado la jurisprudencia constitucional en casos de ejecución de resoluciones judiciales firmes que, por su propia naturaleza, implican necesaria y directamente el acceso al domicilio (STC

160/1991, FFJJ 8 y 9, que expresamente rectifica en este sentido la doctrina anterior, contenida en la STC 22/1984, que exigía, no obstante, en semejantes casos una segunda autorización judicial específica sobre el acceso al domicilio como un segundo control judicial). Recae una resolución judicial que adquiere firmeza (el auto de declaración de concurso es ejecutivo, art. 21.2 LC) y *que dé lugar, por su naturaleza y contenido, a una entrada domiciliaria*, tal resolución podría ser considerada título bastante para esa entrada y se habría cumplido la garantía del artículo 18 CE (STC 160/1991, FJ 9, *in fine*), sin que sea necesaria una segunda resolución que, por lo demás, ya no sería propiamente de autorización, sino un mandato judicial de entrada en el domicilio, pues en estos casos en modo alguno la administración concursal podría considerarse tercero respecto del interés protegido por la garantía de la inviolabilidad del domicilio de la persona jurídica. Lo mismo puede decirse de la resolución judicial que acuerda el cambio de la situación de intervención a la de suspensión de la persona jurídica concursada en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer (art. 40.4 LC) o de la que declara la apertura de la liquidación de la misma (art. 145.1 LC).

La menor intensidad en la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas, ya apuntada tiene reflejo también en el grado de exigencia de los requisitos y formalidades que autorizan la restricción del derecho, en comparación con el mayor rigor que se impone en su limitación cuando ésta afecta al núcleo esencial de protección de la intimidad personal en el domicilio de la persona física. Ello incide tanto en el juicio de proporcionalidad y ponderación de intereses que podrá ser menos estricto, en la medida en que no aparecen afectados otros derechos fundamentales, como en el grado de minuciosidad de la formulación de las menciones que deben constar en la autorización judicial de la medida, que no es necesariamente el mismo en uno y otro caso por ser diferente la naturaleza del domicilio protegido. Así, además de expresar la resolución judicial la causa de la autorización (interés del concurso), el local/espacio afectado (domicilio) y el objeto de la entrada (obtención de documentación, ocupación de determinados bienes, etc.) [STC 50/1995], otros elementos de la autorización, tales como la fecha, la hora, o la duración de la ejecución de la medida, ven debilitada su relevancia constitucional en el caso de la persona jurídica, en contraste con el carácter perentorio que poseen en la entrada al domicilio personal (*vid.* STC 69/1999, FJ 5).

La resolución judicial que acuerde la medida o la que se considere que constituye autorización suficiente para la entrada y el registro facultará para ello a los órganos concursales y, en su caso, a los auxiliares delegados de la administración concursal (art. 32 LC). La ejecución de la medida deberá realizarse, a falta de una norma específica al respecto, cumpliendo los requisitos legales establecidos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 552 ss.).

## VIII. LA EXTINCIÓN DE LAS MEDIDAS LIMITATIVAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

### 1. El transcurso del plazo de duración previsto. La prórroga de la medida

Las medidas limitativas de los derechos fundamentales concluyen por el transcurso del plazo de duración fijado en la resolución judicial que las autorizó. La terminación se producirá automáticamente con la llegada del término previsto. Ahora bien, la terminación puede exigir la adopción de las medidas materiales necesarias para que dejen de tener aplicación (por ejemplo, dar las instrucciones correspondientes a la Administración de Correos o Telégrafos para que dejen de retener la correspondencia, hacer lo mismo con la compañía suministradora del servicio telefónico, eliminar los dispositivos instalados para la intervención de algún tipo de comunicación, etc.).

La Ley establece, sin embargo, que, «de persistir los motivos que justificaron la medida», el Juez puede acordar su prórroga «con los mismos requisitos que su adopción». Por tanto, para la prórroga es necesario que el Juez dicte una nueva resolución judicial motivada que cumpla los mismos requisitos que la que acordó inicialmente la limitación, sin que sea suficiente la remisión a la motivación contenida en la resolución originaria (STC 49/1999). En este sentido, el Juez debe indicar, en primer lugar, que el objetivo o resultado perseguido cuando se acordó la medida no ha sido alcanzado o no plenamente y eso exige la continuación de la limitación. En segundo lugar, es imprescindible que la limitación de los derechos fundamentales siga siendo idónea para alcanzar el objetivo previsto e idónea también en relación con el estado del procedimiento. En tercer lugar, es preciso que la medida siga siendo necesaria, en el sentido de que no existe otra menos gravosa para lograr el resultado previsto. En cuarto lugar, la limitación debe continuar siendo proporcionada, en el sentido de que de la misma se derivan más ventajas para el concurso que perjuicios para el sujeto afectado por la limitación. Finalmente, el órgano jurisdiccional debe fijar la duración de la prórroga, que no debe exceder del tiempo estrictamente necesario para asegurar el resultado previsto. La medida puede prorrogarse una o más veces, siempre que en el momento de la prórroga concurren los requisitos necesarios para acordar la limitación.

### 2. La resolución judicial de cese de la medida

La limitación de los derechos fundamentales terminará también cuando se dicte una resolución judicial de cese de la misma, aun cuando no haya transcurrido el tiempo de duración previsto en la resolución judicial que la hubiera acordado. El sometimiento a término de estas medidas no excluye en ningún momento la condición puramente provisoria de las mismas y que, por tanto, el Juez del concurso, de oficio o a instancia del deudor, previo informe del Fiscal, pueda atenuar o remover las medidas adoptadas atendiendo al grado de cumplimiento del objetivo per-

seguido con las mismas. La Ley Orgánica establece, en este sentido, que «[d]urante el tiempo de vigencia de la medida, el Juez podrá acordar en cualquier momento su atenuación o cese». Puede tratarse, pues, de un cese total o parcial. El cese puede deberse a que se ha alcanzado el resultado u objetivo previsto antes del transcurso del plazo fijado o a que ha desaparecido alguno de los requisitos necesarios para la adopción de la limitación. En este sentido, la exigencia de ponderación de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida no sólo opera en el momento de su adopción, sino también durante la vigencia de la medida restrictiva ya adoptada. Los controles que representan el juicio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad deben modular la permanencia y vigencia de la medida, atendiendo a la variación de las circunstancias que justificaron su adopción para cubrir el objetivo perseguido por ella. De ahí que el Juez pueda y deba revisar la vigencia temporal y material de la medida adoptada, debiendo acordar su remoción en el momento en que el estado del procedimiento concursal haga innecesaria la medida para alcanzar el objetivo perseguido con la misma.

El Juez puede acordar la atenuación o el cese de la restricción de los derechos fundamentales de oficio o a solicitud del interesado. También puede hacerlo a instancia del Ministerio Fiscal, pues a éste corresponde promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos (art. 124.1 CE). La resolución judicial que acuerde la atenuación o el cese debe ser notificada al sujeto afectado, a los efectos de que en lo sucesivo pueda ejercer sus derechos fundamentales (*v. gr.*, cambiando de residencia, circulando libremente por el territorio nacional o extranjero). Aun cuando la medida se adopte sin conocimiento del afectado, como sucede por su propia finalidad en la intervención de las comunicaciones, particularmente de las telefónicas, la existencia y cese de la medida debe ser desvelado al sujeto afectado, también mediante la correspondiente notificación, para que pueda adoptar las medidas que estime oportunas en defensa de su derecho fundamental (*v. gr.*, en su caso, el recurso de amparo constitucional). La resolución debe ser comunicada igualmente al Ministerio Fiscal.

En el caso de que el sujeto afectado por la medida limitativa solicite su atenuación o cese y el Juez desestime su petición, hay que entender que, por analogía con lo que sucede cuando el Juez acuerda la limitación, el interesado podrá recurrir la decisión judicial en apelación en el plazo de cinco días, sin efectos suspensivos, ante la Audiencia Provincial. A la decisión judicial denegatoria del cese o de la atenuación debe otorgarse el mismo tratamiento que a la que acordó la medida, pues supone también que el sujeto afectado no puede disfrutar de sus derechos fundamentales.

### **3. La conclusión del procedimiento concursal**

La conclusión del procedimiento concursal lleva aparejada necesariamente la extinción de las medidas limitativas de los derechos fundamentales que estén en vigor. Lo habitual será que estas medidas, o por lo menos algunas de ellas, no se encontrarán en vigor en el momento terminal del concurso, por haber dejado

de ser necesarias, así sucederá especialmente cuando el procedimiento termine con la liquidación del patrimonio concursal y el reparto del producto entre los acreedores, pero no es descartable que las mismas se encuentren vigentes cuando en fases anteriores del procedimiento se produzca alguna causa que determine su conclusión. Esto puede ocurrir, en efecto, cuando se revoque la declaración de concurso (art. 176.1-1.º LC) cuando quede firme la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos (176.1.5.º LC); cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores (art. 176.1.4.º LC) o cuando se produzca la íntegra satisfacción de los acreedores por un tercero (art. 176.1.3.º LC). La extinción automática de las medidas limitativas de los derechos fundamentales con la conclusión del procedimiento concursal se justifica por su finalidad instrumental y cautelar y, por lo tanto, terminado el procedimiento, aquellas medidas carecen de razón de ser, lo mismo que sucede con aquellas otras que pretendían asegurar el resultado del proceso (los efectos del concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor: art. 178 LC).

El auto de conclusión del concurso supondrá la extinción automática de las limitaciones de los derechos fundamentales, pero puede ser necesario realizar determinados actos para que las limitaciones dejen de producir efecto. En este sentido, el Juez en el mismo auto en que declara la conclusión del concurso debe adoptar las medidas necesarias para que las limitaciones de los derechos fundamentales dejen de surtir efecto (*v. gr.*, notificar la extinción a la Administración de Correos o a la compañía suministradora del servicio telefónico o eliminar los dispositivos colocados en equipos informáticos o de otro tipo para hacer efectiva la limitación, etc.).

#### **4. La aprobación del convenio**

La aprobación del convenio no pone fin al procedimiento de concurso, sino su cumplimiento (art. 176.1.2.º LC) y, por lo tanto, en principio, no existe inconveniente para que durante la fase de cumplimiento del convenio continúen produciendo sus efectos las medidas limitativas de los derechos fundamentales. De manera que frente a lo que sucede con los efectos de la declaración de concurso, más concretamente, con la intervención o la suspensión, que cesan «desde la eficacia del convenio» (la cual tiene lugar con la sentencia de su aprobación, salvo que recurrida, quede afectada por las consecuencias del acuerdo de suspensión que puede adoptar el Juez), sin perjuicio de los deberes de comparecencia, colaboración e información que establece la Ley para el deudor y sus representantes (art. 133.2 LC), los efectos del concurso sobre los derechos fundamentales (que no son, en sentido estricto, efectos de la declaración de concurso, sino de la resolución judicial que los acuerda) podrían continuar tras la aprobación del convenio. Lo cierto es, sin embargo, que en algunos casos la limitación de los derechos fundamentales con posterioridad a la aprobación del convenio no tendrá razón de ser, porque en ese momento se conocerán todos los elementos (del activo, del pasivo, etc.) necesarios

para que el procedimiento concursal alcance su fin, es decir, con la aprobación del convenio desaparecerán los requisitos de la necesidad y de la idoneidad de la medida. Ahora bien, no hay que descartar que en algunos supuestos esté justificada la continuación de las medidas limitativas de los derechos fundamentales o incluso la adopción *ex novo* de las mismas a partir de la aprobación del convenio, cuando «tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años», pues entonces se formará la sección de calificación (art. 163.1.1.º LC), para cuya tramitación y la correspondiente calificación del concurso podría ser pertinente la limitación de alguno de los derechos fundamentales en la forma prevista por la Ley. En la regulación de la sección de calificación no se contempla expresamente esa posibilidad (*vid.* arts. 168 ss. LC), pero la satisfacción de los acreedores (fin del procedimiento concursal) puede depender, en todo o en parte, de la calificación del concurso, para cuya tramitación puede ser necesaria la limitación de los derechos fundamentales. La limitación de los derechos fundamentales podría plantearse incluso en fase de cumplimiento del convenio en las hipótesis de incumplimiento de los deberes de comparecencia, colaboración de información del deudor (que pueden ser, a su vez, supuestos de incumplimiento del convenio) que perduran tras la aprobación del convenio.

##### **5. La desestimación de la solicitud de declaración de concurso y la revocación de los autos de declaración de concurso y de adopción de las medidas limitativas**

Las medidas limitativas de los derechos fundamentales terminarán igualmente de forma automática con la desestimación de la solicitud de declaración de concurso cuando hubieran sido adoptadas tras la admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario. Ahora bien, si se interpone recurso de apelación frente al auto que desestima la solicitud de concurso y el Juez excepcionalmente acuerda el efecto suspensivo del mismo hay que entender, por analogía con lo establecido para las medidas cautelares adoptadas para la conservación del patrimonio concursal, que dicho órgano jurisdiccional habrá de pronunciarse sobre el mantenimiento o no de las medidas limitativas de los derechos fundamentales (*vid.* art. 20.2 LC).

En el supuesto de desestimación de la solicitud de concurso, una vez firme el auto, el deudor podrá reclamar al solicitante del concurso la indemnización de los daños y perjuicios que se le hubieran ocasionado como consecuencia de la solicitud (art. 20.1 LC), a los que hay que añadir, en su caso, los ocasionados por las medidas limitativas de los derechos fundamentales adoptadas.

Las limitaciones de los derechos fundamentales terminarán también con la revocación del auto de declaración de concurso. La interposición de recurso de apelación contra el auto que declaró el concurso no tiene efecto suspensivo, salvo que el Juez acuerde excepcionalmente lo contrario (art. 20.2 LC). En tanto el Juez no decida el efecto suspensivo, las medidas limitativas de los derechos fundamentales

pueden seguir produciendo los efectos que le son propios mientras se tramita la apelación siempre que sean necesarias para la sustanciación del procedimiento concursal y sigan cumpliendo los requisitos que motivaron su adopción. Si la Audiencia Provincial revoca el auto de declaración de concurso, las limitaciones de los derechos fundamentales cesarán igualmente de forma automática cuando la resolución revocatoria de la Audiencia Provincial adquiera firmeza, produciéndose entonces también la conclusión del concurso (art. 176.1.1.º LC).

Finalmente, las restricciones de los derechos fundamentales cesarán con la resolución judicial de la Audiencia Provincial que estime el recurso de apelación interpuesto contra la decisión judicial que acordó las medidas limitativas. Las limitaciones concluirán asimismo con la resolución del Tribunal Constitucional que estime el recurso de amparo interpuesto por el afectado.

## IX. A MODO DE CONCLUSIÓN

De lo expuesto con anterioridad puede concluirse que el artículo 1 de la LORC supone un importante avance en la adaptación de nuestro Derecho concursal a los principios constitucionales en esta materia, alejándose de lo establecido en el Derecho derogado, pues en éste las limitaciones de los derechos fundamentales del concursado se producían automáticamente con la apertura del procedimiento concursal. En la nueva Ley, sin embargo, tales limitaciones sólo pueden acordarse —siguiendo las normas y la jurisprudencia constitucionales— por el Juez mediante decisión judicial motivada cuando las circunstancias del caso así lo reclamen.

En efecto, en el artículo 1 de la LORC, al regular la posibilidad de acordar la intervención de las comunicaciones, el deber de residencia y el arresto domiciliario y la entrada en el domicilio y su registro, se ha tratado de alcanzar un difícil equilibrio entre la preservación de las tradicionales medidas de limitación de los derechos fundamentales del concursado y la moderna doctrina constitucional acerca de los requisitos que deben concurrir para que tales limitaciones puedan ser consideradas legítimas. El resultado será posiblemente la escasa operatividad de estas medidas limitativas de los derechos fundamentales en el concurso, con la excepción quizás de la consistente en la entrada y registro del domicilio, pues los requisitos que ha ido perfilando la jurisprudencia constitucional y que acoge la propia LORC como imprescindibles para que puedan acordarse las limitaciones van a impedir que en muchos casos puedan llegar a surtir efectos.

Por lo que se refiere a la intervención de las comunicaciones, sorprende que el legislador concursal remita expresamente el régimen de esta limitación del derecho fundamental a la LECrim cuando de comunicación telefónica se trata y no lo haga, sin embargo, respecto de la regulación contenida en la misma Ley en relación con la intervención de las comunicaciones postales o telegráficas, que gozan de una más completa y detallada regulación en dicho texto legal. Además porque es bien conocida la grave insuficiencia que padece desde la perspectiva constitucional el régimen de las escuchas telefónicas de aquel texto legal, desaprovechando el

legislador la ocasión de introducir en la Ley, al menos con respecto a esta materia, algunas de las abundantes consideraciones de nuestra jurisprudencia constitucional en torno a esta medida. Por otro lado, de lo expuesto se desprende que el mecanismo de la suspensión del deudor en el ejercicio de las facultades de administración y de disposición y su sustitución por la administración concursal juega un papel singularmente destacado en la determinación del alcance y grado de cobertura de la garantía constitucional examinada en el marco del procedimiento concursal. La intervención de las comunicaciones del deudor concursado o de aquellas personas a las que se extiende la aplicación de la medida por la LORC cobra significación para aquellos actos y medios de comunicación a los que la administración concursal no tiene acceso como administradora del patrimonio del deudor concursado o cuando desempeña una mera función de intervención, sin sustitución de la capacidad interlocutoria del concursado respecto de la administración de la empresa de que sea titular.

En el caso del deber de residencia hay que señalar, en primer lugar, que si la finalidad de la medida es —como parece— asegurar la disponibilidad del concursado y de los demás sujetos pasivos, esto es, la localización permanente de dichos sujetos por los órganos concursales a los efectos de que cumplan los deberes de colaboración e información que les impone la Ley, hubiera sido más razonable establecer el deber de residencia en el domicilio y no en la población del domicilio, pues el deber de residencia en la población del domicilio permite a los afectados cambiar el lugar de residencia dentro de dicha población y eso puede dificultar la localización de esos sujetos, aunque no cabe olvidar que —por aplicación de lo establecido en la LEC— los sujetos pasivos deben comunicar el cambio de domicilio al Juzgado. En segundo lugar, es dudosa la idoneidad y la proporcionalidad del deber de residencia en el momento actual. Es cierto que, en otros tiempos, el deber de residencia podía ser la única medida idónea para tener localizado al deudor en un determinado lugar, facilitando así su colaboración con los órganos concursales, pero en la actualidad, con el desarrollo de los medios de comunicación, ese resultado de disponibilidad y localización permanente del deudor y de los demás sujetos pasivos puede conseguirse sin necesidad de obligarles a residir en una determinada población o en un concreto lugar. En esta línea, la propia Ley Concursal contempla la posibilidad de que las «notificaciones, comunicaciones y trámites del procedimiento» puedan darse a conocer por medios telemáticos, informáticos y electrónicos (art. 23 LC) y no existe inconveniente para que estos mismos medios sean utilizados para asegurar la disponibilidad y la localización de los sujetos pasivos de las medidas limitativas de los derechos fundamentales por los órganos del procedimiento y seguramente con mayor efectividad que obligándoles a residir en la población del domicilio. A ello hay que añadir que es discutible que el deber de residencia y el arresto domiciliario sean medidas idóneas, con carácter general, para alcanzar el fin último perseguido con las mismas, que no es otro que asegurar el cumplimiento por los sujetos afectados del deber de información y colaboración a que están sometidos, pues si éstos no están dispuestos a informar y a colaborar voluntariamente, no parece muy probable que ese resultado vaya a alcanzarse someténdolos a un deber de residencia o al arresto.

Por otro lado, ha de señalarse que probablemente hubiera sido más lógico fijar el mismo ámbito subjetivo de aplicación para los deberes de comparecencia, colaboración e información (art. 42 LC) y para las limitaciones de los derechos fundamentales. En efecto, si los primeros se dirigen al mismo fin que las segundas (a la obtención de la información y de la documentación necesaria para la tramitación del procedimiento, a asegurar la presencia del deudor y de los demás sujetos que deben colaborar y proporcionar dicha información, etc.) y constituyen la vía para evitar la puesta en práctica de las restricciones de los derechos fundamentales, lo razonable es que se aplicaran a los mismos sujetos. Y, desde luego, hubiera sido deseable que se hubiera previsto expresamente la posibilidad de limitar los derechos fundamentales de los representantes legales de los menores o incapacitados e incluso de la herencia, pues si está justificada la limitación de los derechos fundamentales de los administradores y liquidadores de la persona jurídica, también lo está la de los derechos fundamentales de tales sujetos.

