

DICTAMEN

I. OBJETO DEL DICTAMEN: Consulta que se emite a petición del representante legal de la mercantil Aunosa, S.L., sobre contestación demanda que ha sido interpuesta contra él y otra por D. Pedro Montes Lázaro y la mercantil Dodo Machines, S.L.

CONSULTA. En la solicitud del presente **Dictamen** se requieren las siguientes cuestiones:

1.- Acción de nulidad por causa ilícita. Arts. 1261.3 y 1274 CC. Simulación. Inexistencia de causa. Posibilidad de que tal alegación prospere.

2.- ¿Permite el Código de Familia de Cataluña vigente en la fecha en que se tramitó la separación conyugal de los Sres. Montes y Gordo la venta de la vivienda familiar sin autorización de uno de los cónyuges? ¿Y según la normativa aplicable en la actualidad?

3.- Rescisión por fraude de acreedores. Posibilidad de que prospere la acción prevista en los arts. 1291.3 y 1294 CC.

4.- ¿La vivienda objeto de transmisión puede considerarse “objeto litigioso”?

5.- Acción declarativa de la posesión y derecho de retención por gastos útiles. Posibilidades de que prospere.

II. ANTECEDENTES

De los documentos aportados para realizar el dictamen y de la información verbal facilitada por el representante legal de la Mercantil Aunosa S.L se enumeran los siguientes antecedentes:

PRIMERO.- Nuestro cliente, que se dedica al sector inmobiliario, adquirió en fecha 31 de marzo de 2003 la mitad indivisa de una vivienda sita en C/ Del Mar, 20 Ático 1, de Badalona ante la Notaria D^a. María del Carmen Ruiz Altiva. Dicha vivienda se hallaba gravada con una hipoteca que en el momento de la compraventa se encontraba al corriente de pago. Una vez satisfecho el pago del impuesto de transmisiones patrimoniales procedió a la inscripción de la escritura de compraventa a su favor ante el Registro de la Propiedad oportuno.

En fecha 2 de abril de 2003 remitió un burofax al copropietario de la otra mitad indivisa D. Pedro Montes Lázaro para comunicarle las circunstancias de la venta de la mitad indivisa (precio: 81.428,28 euros, identificación de la finca y del comprador) y solicitarle un número de cuenta en el que efectuar los ingresos mensuales de la mitad del importe del recibo de la hipoteca.

SEGUNDO.- Con fecha 24/03/2003 se ha presentado en el Juzgado de 1º Instancia de Badalona, DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO contra él y contra Doña Nuria Gordo Expósito, ejercitando las siguientes acciones:

1ª: Declarar la nulidad de una compraventa que se dirá; y en el caso de que se desestime 2ª la acción de rescisión de contrato de compraventa por las causas establecidas en los apartados 3º y 4º del art. 1291, y en todo caso 2º) declarar que la posesión de la vivienda corresponde a su representado.

Asimismo solicita al Juzgado la adopción de medida cautelar de anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad de Badalona nº 1, sobre la finca de autos.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.-

PRIMERA CUESTIÓN.- 1.- Acción de nulidad por causa ilícita. Arts. 1261.3 y 1274 CC. Simulación. Inexistencia de causa. Posibilidad de que tal alegación prospere.

El Código Civil, establece en su art. 1261 como disposición general en cuanto a los requisitos esenciales para la validez de los contratos lo siguiente: *“No hay contrato sino cuando concurren los siguientes requisitos: Consentimiento de los contratantes; Objeto cierto que sea materia de contrato y Causa de la obligación que se establezca.”* En tal sentido todos los contratos deben tener una causa y además que sea verdadera y lícita. En cuanto al concepto de causa y según el art. 1274 CC: *“se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor”*. Por otro lado y en virtud del art. 1275 CC: *“Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”*.

En la demanda presentada contra nuestro cliente se argumenta que la compraventa realizada es nula por dos razones: 1ª) tiene una causa ilícita y 2ª) Por simulación: inexistencia de causa.

En cuanto a la primera razón, argumenta el demandante que existe causa, pero que la misma es ilícita. En tal sentido debemos analizar si tal como pretende el demandante, la compraventa realizada por nuestro cliente a la otra demandada, tiene causa ilícita, al sostener el demandante que la otra demandada, Sra. Gordo, conocedora de las deudas que mantenía con el demandante, así como con otra empresa, su intención era evitar pagar dichas deudas. En tal sentido según la jurisprudencia: *“En este supuesto lo que se invoca es la causa ilícita, pues la causa existe (que bien puede ser defraudar los legítimos derechos de la actora, bien aparentar una venta aunque en el fuero interno los bienes vendidos sigan siendo del vendedor); debiendo recordarse que dada la apariencia negocial, y el deseo de ocultar la verdad, debe acudir a la prueba de presunciones para estimar la existencia de una causa ilícita (Ts. 23 de septiembre de 1989 [RJ 1989, 6352]); siendo ejemplo de compraventas con causa ilícita aquella en que se persigue defraudar a un tercero (Ts. 20 de octubre de 1961 [RJ 1961, 3607] y 20 de diciembre de 1985). Sentencia 458/2007. Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Sección 1ª “.*

En lo relativo a la simulación por inexistencia de causa, según el TS en Sentencia de 8 de Febrero de 1.996, en que se considera que la simulación contractual *“se produce cuando no existe la causa que nominalmente expresa el contrato, por responder éste a otra finalidad jurídica distinta sin que se oponga a la apreciación de la simulación el que el contrato haya sido documentado ante fedatario público”*, simulación que puede ser, como indica la STS de 29 de Noviembre de 1.989, de dos clases en cuanto a la falsedad o fingimiento de la causa: Una en la que la falsa declaración es el más fiel exponente de la carencia de causa y que configura la simulación absoluta, y la otra, aquella en la que la declaración representa la cobertura de otro negocio jurídico verdadero y cuya causa participa de tal naturaleza y que opera con carta de naturaleza propia bajo la denominación de contrato disimulado o, simplemente, simulación relativa, que se caracteriza por *“encubrir un*

convenio, con inexistencia real, otro con realidad causal" (STS. 22 de Diciembre de 1.987), lo que permite declarar la nulidad del negocio simulado o ficticio y mantener la validez del negocio disimulado, cuando éste obedece a una causa verdadera y lícita"

Posibilidad de que tal alegación prospere.- A nuestro entender podemos asumir que se dan ciertos elementos para que la alegación no prospere. En cuanto a la ilicitud de la causa, no parece que pueda existir, teniendo en cuenta que los argumentos que esgrime el demandante es la existencia de unas cantidades de dinero que la otra demandada le adeudaba, constando solamente la demanda presentada por tales deudas; por tanto se puede considerar un argumento poco sólido. En cuanto a la simulación, tampoco parece desprenderse la existencia de la misma, puesto que fue realizada de forma legal, se pactó un precio y efectuó el pago del mismo, y en todo caso, debería ser el demandante quien tuviera que demostrar que el precio era ficticio o que no se pagó. En tal sentido y a efectos aclaratorios parece oportuno citar doctrina del TS: *“Es consolidada y uniforme doctrina de esta Sala (sentencias de 9 de Junio de 1990, 28 de Febrero y 24 de Junio de 1991, 29 de Enero de 1992, 24 de Junio y 20 de Julio de 1993, 16 de Mayo y 3 de Junio de 1995, por citar algunas de las más recientes) la de que la apreciación de la existencia o no de simulación contractual (absoluta o relativa), en cuanto integrante de una cuestión de hecho, es de la exclusiva incumbencia de los juzgadores de la instancia, cuya apreciación probatoria ha de ser mantenida en casación en tanto la misma no sea desvirtuada por medio impugnatorio adecuado para ello..”*(STS 6 marzo 1999)

SEGUNDA CUESTION.- ¿Permite el Código de Familia de Cataluña vigente en la fecha en que se tramitó la separación conyugal de los Sres. Montes y Gordo la venta de la vivienda familiar sin autorización de uno de los cónyuges? ¿Y según la normativa aplicable en la actualidad?

Como se desprende del documento de demanda la fecha de separación conyugal de los Sres. Montes y Gordo se produjo el 12 de febrero de 2001, estando en vigor por tanto, la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, vigente hasta el 1 de enero de 2011.

A los efectos que nos interesa, el art. 9.4 del citado código de Familia en lo relativo a la disposición de la vivienda familiar, establece que: *“En los casos de separación judicial, nulidad o divorcio, no se precisa el consentimiento del otro cónyuge ni la autorización judicial para disponer libremente de lo que había sido vivienda familiar, salvo en caso de que el cónyuge no titular o los hijos tengan derecho al uso de la citada vivienda, a menos que la disposición se haga respetando este derecho.”* Se desprende por tanto de este precepto que es preciso el consentimiento del cónyuge no titular para disponer de la vivienda familiar, salvo que en la disposición se respete el derecho de uso. Matizar que en el supuesto de que la vivienda dejase de ser “familiar” (supuesto que se da en el caso, si tenemos en cuenta el disfrute de la vivienda sólo por un año) no se exige el consentimiento del otro cónyuge ni la autorización judicial para disponer de la misma.

Con la entrada en vigor, a partir de enero del 2011 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, y en cuanto a los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación judicial, sobre los actos dispositivos sobre la vivienda sujeta a derecho de uso, se establece en su art. 233-25 que: *“El propietario o titular de derechos reales sobre la vivienda familiar puede disponer de ella sin el consentimiento del cónyuge que tenga su uso y sin autorización judicial, sin perjuicio del derecho*

de uso". Se deduce por tanto, que no es preciso el consentimiento, pero habrá que respetar el derecho de uso.

Por otro lado, tal como establece el art. 43.1 del Código de Familia de Cataluña, vigente en aquél momento: *"En los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y de ejecución en el orden civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas a que hace referencia el artículo 42, de matrimonios sujetos al régimen de separación de bienes, cualquiera de los cónyuges puede ejercer simultáneamente la acción de división de cosa comuna con respecto a los que tengan en pro indiviso.*

TECERA CUESTION.- Rescisión por fraude de acreedores. Posibilidad de que prospere la acción prevista en los arts. 1291.3 y 1294 CC.

El Art. 1111 del CC establece que: *"Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho."* En virtud de este precepto se establece la facultad que tienen los acreedores para impugnar los actos que el deudor haya realizado en perjuicio de sus intereses. (La acción pauliana). La viabilidad de la misma, exige según la Jurisprudencia una serie de requisitos, en tal sentido, según STS 10 abril de 1995: *"Los requisitos que condicionan la viabilidad de la acción revocatoria o pauliana son los siguientes: la existencia de un crédito anterior en favor del accionante y en contra del que enajena la cosa; realización de un acto por virtud del cual salga el bien del patrimonio del que lo enajena; el propósito defraudatorio en perjuicio del acreedor; ausencia de todo otro medio que no sea la rescisión de la enajenación para obtener la reparación del perjuicio inferido al acreedor».*

Por tanto Lo que se pretende con esta acción es dejar sin efecto un acto jurídico válido realizado por el deudor.

En tal sentido y a los efectos que no interesa, el fraude de acreedores, el artículo 1291.3 del CC establece que son rescindibles los contratos *"celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba."*

Ciñéndonos a los hechos de nuestro cliente, y tal como ya hemos reflejado para llevar a cabo la acción pauliana se exige en primer lugar la existencia de un crédito, y además debe ser cierto (*"al seguir vigente la doctrina jurisprudencial de que el primer requisito para considerar un contrato como fraudulento es la existencia de un crédito a favor de quien promueve la rescisión, sin que aparezca acreditado cuando pende de previa declaración judicial en otro procedimiento."* STS 15/11/1995). Además ese crédito, en términos generales, debe ser previo a la realización del contrato objeto de litigio (*«Si bien la doctrina jurisprudencial exige que el crédito en que se funde la acción rescisoria sea anterior al acto rescindible, ello ha de entenderse en términos generales, siendo preciso que cada caso se estudie en concreto y con arreglo a las peculiaridades que presente, especialmente en aquellos supuestos en que la intención defraudatoria viene determinada por la próxima y segura existencia posterior del crédito.»* STS de 28 de junio de 1994).

Asimismo se exige en la realización del negocio, una actitud fraudulenta, tanto por parte del deudor como el que lleva a cabo el negocio con éste. En este punto concreto debemos considerar importante tener en cuenta esta cuestión, puesto que se desprende que la persona que contrata con

el deudor debe ser también partícipe en el fraude. Por otro lado, el art. 1295 CC: *“Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe.”*. Se deduce de este último precepto que para que prospere la acción pauliana, ante una disposición a título oneroso es requisito ineludible que el adquirente, nuestro cliente, haya procedido de mala fe, es decir con constancia de que al realizar el negocio jurídico perjudicaban los derechos del demandante.

Pasamos ahora a considerar la subsidiariedad de la acción pauliana. El art. 1294 CC establece: *“La acción de rescisión es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio”*. Al respecto, según la doctrina jurisprudencial: *“El carácter subsidiario de la acción rescisoria resulta tanto de lo dispuesto en el art. 1.291.3.º como del 1.294 y uno de los requisitos esenciales para que los contratos puedan rescindirse por razón de fraude está constituido por la exigencia de que el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe (art. 1.291.3.º del CC), pues dado dicho carácter, que proclama el art. 1.294 del CC, sólo puede ejercitarse cuando se carezca de todo otro recurso jurídico o medio legal para obtener la reparación del perjuicio (SS de 15 y 17 de febrero de 1986; 13 de junio y 17 de noviembre de 1987; ó 25 de enero de 1989), pero el concepto jurídico de fraudulento en un contrato de venta envuelve, además del engaño, el de insolvencia del vendedor y consiguientemente imposibilidad de cobrar su crédito el acreedor (Sentencia de 26 de febrero de 1927), bastando la simple conciencia del deudor de que deviene insolvente y el conocimiento por el adquirente de que esto es así, todo lo cual se valorará según las circunstancias del caso debatido. (STS 4 Sep. 1995).* Se deduce por tanto para poder ejercitar la acción pauliana, el acreedor deberá agotar todos los recursos jurídicos posibles, para reparar el perjuicio que considere le han causado.

Como conclusión, y en nuestra consideración para que prospere la acción de rescisión prevista en los artículos 1291.3 y 1294 CC, el acreedor deberá agotar todos los recursos jurídicos posibles, para reparar el perjuicio que considere le han causado. Asimismo se tiene que demostrar que nuestro cliente en el negocio jurídico citado ha obrado de mala fe, con conocimiento de causar un perjuicio al demandante; y por último matizar el hecho de la otra demandada era copropietario del piso de Andorra, por tanto era factible hacer frente a las posibles deudas.

CUARTA CUESTION.- ¿La vivienda objeto de transmisión puede considerarse “objeto litigioso”?

El art. 1291.4 CC establece son rescindibles: *“Los contratos que se refieran a cosas litigiosas, cuando hubiesen sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la Autoridad judicial competente.”* En este supuesto hay que valorar que el art 400 CC dispone que: *“Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común.”* Asimismo el art 43.1 del Código de Familia de Cataluña: *“En los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y de ejecución en el orden civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas a que hace referencia el artículo 42, de matrimonios sujetos al régimen de separación de bienes, cualquiera de los cónyuges puede ejercer simultáneamente la acción de división de cosa comuna con respecto a los que tengan en pro indiviso.”* Por otro lado, el art. 43.2 Del Código de Familia de Cataluña establece que: *“Si la sentencia da lugar a la acción de división de la cosa comuna, puede procederse a la indicada división de los bienes en el trámite de ejecución de la sentencia.”* En el caso de la exigencia del consentimiento del cónyuge no titular, como ya hemos reflejado es preciso en el supuesto de

considerarse vivienda familiar; ahora bien, el uso de la misma le fue otorgado por un año, concretamente el 12/02/2001, y como vemos la demanda se presenta el 24/04/2003, de lo que se deduce que yo era vivienda familiar, por tanto no era preceptivo el consentimiento. Asimismo, el hecho de que haya pendiente una ejecución de sentencia de división, no impide que pueda vender su mitad indivisa. En tal sentido y como conclusión la vivienda no puede considerarse un objeto litigioso, pues sobre ella no existe ningún litigio pendiente.

QUINTA CUESTION.- 5.- Acción declarativa de la posesión y derecho de retención por gastos útiles. Posibilidades de que prospere.

La Ley catalana 19/2002 de 5 de Julio de derechos reales de Garantía (derogada por La Ley 5/2006 de 10 de Mayo, que aprueba el libro Quinto del Código Civil de Cataluña, aplicable a partir de 1-07-06) en su art. 3 regula el derecho de retención y establece que: *“La persona poseedora de buena fe de cosa ajena, sea mueble o inmueble, que deba entregarla a otra persona puede retener la posesión de la cosa en garantía del pago de las deudas a que hace referencia el artículo 4, hasta el pago completo de la deuda garantizada.”*

En cuanto a las obligaciones que origina el derecho de retención, y relativo al caso objeto de análisis, el art. 5 de la citada ley recoge: *“el resarcimiento de los gastos necesarios para la conservación y la gestión de la cosa y el de los gastos útiles.”*

Posibilidad de que prospere.- No parece que se den los requisitos para ejercer el derecho de retención básicamente por tres razones. La primera, que el demandante no es, en este caso poseedor de cosa ajena, ya que es copropietario de la vivienda, y tal como contempla el art 394.CC: *“Cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho.”* La segunda, que de la lectura de la demanda, no se aprecian los elementos de constitución y las formalidades contempladas en el art 4 de la citada Ley. Y en tercer lugar, habrá que valorar si los gastos que el demandante alude, se pueden considerar gastos útiles y asimismo demostrar que son ciertos, ya que en este caso, sólo existe una demanda de reclamación de los mismos.

Celso Betancor Delgado.

Alumno Grado de Derecho. UOC

