

NOM
DESPATX

DICTAMEN 01/2011

DE: Miguel Angel Mas Fusta (advocat del despatx X)

PER A: Aunosa, S.L.

ASSUMPTE: Consulta jurídica formulada pel Sr. X, representant legal de Aunosa, S.L., en relació a l'estratègia a seguir enfront una demanda que s'ha presentat contra dit sol·licitant

DATA: X de X de 2011

1.-Consulta formulada

El client sol·licitant demana dictamen sobre diverses qüestions relatives a la compravenda d'un habitatge, adquirit pel propi client en la seva meitat indivisa. Els dubtes que es plantejen són:

- a) Acció de nul·litat per causa il·lícita. Arts. 1261.3 i 1274 CC. Simulació. Inexistència de causa. Possibilitat que tal al·legació prosperi.
- b) Permet el CF vigent en la data en què es va tramitar la separació conjugal dels Srs. Montes i Gordo, la venda de l'habitatge familiar sense autorització d'un dels cònjuges? I segons la normativa aplicable en l'actualitat?
- c) Rescissió per frau de creditors. Possibilitat que prosperi l'acció prevista en els arts. 1291.3 i 1294 CC.
- d) L'habitatge objecte de transmissió pot considerar-se "objecte litigiós » ?
- e) Acció declarativa de la possessió i dret de retenció per despeses útils. Possibilitats que prosperi.

2.-Raonaments jurídics

a) Pel que fa a la primera qüestió plantejada, l'art. 1275 CC estableix que els contractes amb causa il·lícita no produiran efectes, entenent per causa il·lícita aquella que s'oposi a la llei o a la moral. D'altra banda, el següent precepte assenyala que l'expressió de causa falsa en els contractes donarà lloc a la nul·litat, excepte prova en contra. Finalment, en els contractes onerosos s'entèn per causa la prestació o promesa d'una cosa o servei (art. 1274 CC), de tal forma que, en la compravenda, la

causa ha de portar aparellada l'entrega de la cosa i del preu. En aquest punt, recordem que la causa és un element essencial dels contractes (art. 1261.3 CC).

De la documentació aportada pel sol·licitant d'aquest Dictamen, es desprèn que, en la demanda presentada contra aquest, dos són els fonaments en què es basa el demandant per a considerar la nul·litat del contracte de compravenda: la causa il·lícita i la inexistència de causa per simulació.

A.- En quant al primer d'ells (causa il·lícita), és cert que la Sra. Gordo va procedir a alienar la seva part de la vivenda ocupada pel Sr. Montes, sabent que era part demandada en un procés judicial on se li reclamava quantitat i costes, havent procedit *a posteriori* a dita transmissió però quedant-se, presumiblement, amb un patrimoni que, no obstant, li hauria de permetre afrontar futurs deutes (compta amb la meitat indivisa d'un apartament a Andorra). També és cert que la Sra. Gordo era coneixedora de la Sentència de separació judicial dictada el 12 de febrer de 2001 pel Jutjat de Primera Instància número 3 de Badalona, en la qual es disposava que s'hauria de procedir a la divisió de la vivenda conjugal en els termes exposats en l'informe elaborat pel pèrit Sr. Grecia, per tal d'adjudicar-la en subhasta pública. En això sembla basar-se l'argument del demandant Sr. Montes.

Ara bé, aquests fets comprovables no semblen suficients per a concloure que el negoci jurídic celebrat entre la Sra. Gordo i la mercantil del nostre client fos nul per causa il·lícita. La quantitat que el Sr. Montes reclama a la demandada no és un crèdit exigible *ipso facto*, atès que l'òrgan judicial corresponent encara no ha resolt sobre la demanda en qüestió, i el demandant no presenta cap altre document que acrediti l'existència del citat deute. Per tant, no sembla que la Sra. Gordo hagués volgut eludir el pagament de cap deute mitjançant la celebració d'un negoci amb causa il·lícita.

B.- En quant al segon fonament (inexistència de causa per simulació), cal tenir en compte que l'existència de la causa es presumeix tot i que admet prova en contra. Per tant, sembla difícil que pugui prosperar l'argument de la simulació doncs, tal i com reconeix el demandant en el propi escrit de demanda, la Sra. Gordo va vendre la meitat indivisa de la vivenda a una mercantil que va pagar-ne el preu estipulat, va atorgar l'escriptura pública, va liquidar-ne l'ITPAJD i, amés, va inscriure l'operació al registre corresponent. En resum, serà difícil provar una suposada "simulació".

b) Pel que fa a la segona qüestió, cal tenir en compte que la separació judicial del Sr. Montes i la Sra. Gordo es va produir en la data en la qual es va dictar la Sentència de separació, això és, el 12 de febrer de 2001. Dit això, la Llei 25/2010, de 29 de juliol, del Llibre segon del CCC, relatiu a la persona i la família (DOGC 5686), va derogar, en virtut de la seva Disposició Derogatòria única, la Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de Família (CF), amb efectes de 1 de gener de 2011 (data d'entrada en vigor de la primera llei citada, de conformitat amb la seva Disposició Final Cinquena). Ara bé, atesa la data dels fets del cas, cal considerar que aquesta darrera és la normativa aplicable per tal de resoldre la consulta. De fet, la Disposició Transitòria Tercera del Llibre segon CCCat confirma que, pel que fa als efectes de la separació judicial, la llei aplicable serà la vigent en el moment de començar el procés.

En aquest sentit, l'art. 9.4 CF estableix que, "*en els casos de separació judicial, de nul·litat o de divorci, no cal el consentiment de l'altre cònjuge... per a disposar*

lliurement del que havia estat habitatge familiar, tret del cas en què el cònjuge no titular o els fills tinguin dret a l'ús de l'esmentat habitatge". Per la seva banda, l'art. 233-25 CCCat disposa que, pel que fa als efectes de la separació judicial, "el propietari o titular de drets reals sobre l'habitatge familiar en pot disposar sense el consentiment del cònjuge que en tingui l'ús i sense autorització judicial, sens perjudici del dret d'ús".

Per tant, essent aplicable el CF, sembla que, *a priori*, el consentiment seria necessari si consideréssim que el Sr. Montes tenia l'ús de la vivenda familiar; ara bé, en la Sentència on es va decretar la separació judicial, aquest dret d'ús es va estipular pel termini d'un any, motiu pel qual difícilment podem considerar que l'habitatge tenia la consideració, encara, de "familiar". Així doncs, l'autorització de l'altre cònjuge no hauria de ser necessari. I tampoc seria necessari si poguéssim aplicar el CCCat (cas en què no ens trobem), atès que, aquí, es podria prescindir del consentiment fins i tot si l'altre cònjuge gaudís del dret d'ús del repetit habitatge familiar.

c) Segons l'art. 1291 CC, són rescindibles els contractes celebrats en frau de creditors (apartat 3) i els referits a objectes litigiosos (apartat 4). D'altra banda, l'art. 1294 CC estableix que *"la acción de rescisión es subsidiaria..."*. L'art. 1295 CC disposa que no tindrà lloc la rescissió *"cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe"*. Finalment, l'art. 1297 CC *in fine* estableix que *"también se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia..."*, per indicar tot seguit, en l'art. 1298 CC, que *"el que hubiese adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores, deberá indemnizar a éstos de los daños y perjuicios que la enajenación les hubiese ocasionado..."*. L'acció rescissòria té una durada de 4 anys (art. 1299 CC).

Dit això, cal considerar que la jurisprudència consolidada sosté que un dels requisits de l'acció rescissòria o pauliana és *"el propósito de defraudar ("consilium fraudis")*. *Es preciso que haya propósito defraudatorio, tanto del que enajena, como del adquirente de la cosa objeto de enajenación. La exigencia ha sido flexibilizada por la doctrina jurisprudencial en el sentido de que no se requiere malicia en el vendedor, ni intención de causar perjuicio en el adquirente, bastando la conciencia de que se puede ocasionar dicho perjuicio a los intereses económicos de la parte acreedora. El "consilium fraudis" se entiende de manera amplia como "conciencia en el deudor del empobrecimiento real o fingido que causa al acreedor". Basta que el deudor – enajenante- haya conocido o debido conocer la eventualidad del perjuicio, pero se requiere también la complicidad o el conocimiento de la persona con quien se contrata. Para este conocimiento resulta suficiente la conciencia de causar daño o perjuicio - "scientia fraudis"*. (Sentències de la Sala Primera del Tribunal Suprem de 25 de juny de 2010 (FD3), 31 d'octubre de 2002 (FD4) i 23 de març de 2011 (FD2), entre altres).

Així doncs, considero que no hauria de prosperar aquesta acció si tenim en compte que l'ànim defraudatori no està present en el nostre client. De fet, l'existència de complicitat o ànim defraudatori entre els que perfeccionen un negoci jurídic (la compravenda, en aquest cas) és una qüestió de fet que admet tot tipus de proves: venda d'una vivenda a un preu molt inferior al de tassació; relació prèvia existent entre comprador i venedor, etc. Però cap d'elles concorre en el present supòsit. La presumpció de frau és una presumpció *iuris tantum*, i aquell que n'és afectat ha

d'acreditar la seva inexistència, fonamentalment mitjançant l'acreditació de l'existència d'altres béns amb què fer front als crèdits deguts (en aquest cas, la meitat indivisa de l'apartament d'Andorra). Però això no pressuposa que, en el present cas, es pugui considerar la concurrència de frau als efectes de prosperar l'acció rescissòria. La jurisprudència predominant aplica una concepció intermitja, segons la qual cal provar els resultats produïts pel suposat frau, i també que aquest va ser conegut (o hagués hagut de ser-ho) pel deutor i també pel tercer adquirent. En fi, el frau és un pressupòsit necessari per a rescindir el contracte, però aquell frau no s'ha produït.

d) En relació a la quarta qüestió plantejada (si l'habitatge pot ésser considerat "objecte litigiós"), considero que la resposta ha d'ésser negativa. En primer lloc, l'objecte de l'acció exercitada pel Sr. Montes deriva del negoci jurídic consistent en la compravenda de la meitat indivisa de l'habitatge, és a dir, aquest no és l'objecte del litigi. En segon lloc, certament, resta pendent l'execució d'una Sentència en la qual s'ha de procedir a la divisió d'aquella vivenda, però això no impossibilita que la propietària actual de la meitat indivisa pugui alienar la seva quota de titularitat. Finalment, tampoc es pot invocar el dret del Sr. Montes a usar l'habitatge familiar, atès que aquell dret es va establir, en la Sentència de 12 de febrer de 2001, pel termini d'un any, i observem que la demanda es presenta contra ell el dia 24 d'abril de 2003. En conseqüència, i en virtut de tot l'exposat, l'habitatge objecte de transmissió no pot considerar-se "objecte litigiós".

e) Analitzant la darrera qüestió, se'ns plantegen dues preguntes: una relativa a l'acció declarativa de la possessió i l'altra relativa al dret de retenció per despeses útils.

Pel que fa a la primera, hem de partir de la base que el demandant és, també, copropietari de l'habitatge, de tal forma que no pot reclamar la possessió d'una cosa pròpia (no aliena) que ja té, en virtut de l'art. 394 CC.

En relació a la segona qüestió, tampoc sembla raonable la petició del dret de retenció per despeses útils, previst en l'art. 453 CC, atès que el dret de retenció resta limitat als casos en què el posseïdor de bona fe necessiti assegurar el reintegrament de les despeses útils i necessàries fetes a la cosa retinguda; en el nostre cas, és quant menys qüestionable que es consideri al Sr. Montes "posseïdor de bona fe" si tenim en compte que el termini judicial en què podia usar l'habitatge ja ha expirat, i el Sr. Montes continuava ocupant la vivenda que hauria d'haver-se dividit per a la seva adjudicació en subhasta. D'altra banda, la "retenció" no pot operar enfront qui no reclama la possessió de l'objecte o cosa. En tot cas, hauria de provar que aquelles despeses realment tenen la consideració d'"útils".

3.-Conclusions

En fi, si els arguments emprats en aquest Dictamen formen la base de la contestació a la demanda (i llevat de l'aparició de nous fets o documents dels quals no en tingués coneixement), no hauria de prosperar cap de les accions que sol·liciten el Sr. Montes i la mercantil Dodo Machines, S.L., en la demanda presentada contra el nostre client el dia 24 d'abril de 2003 en el Jutjat de Primera Instància X de Badalona.

Miguel Angel Mas Fusta