

En Barcelona, a 28 de marzo de 2011

DICTAMEN AUN/1/2011
SOLICITANTE: AUNOSA, S.L.

ANTECEDENTES

I.- En fecha 31/03/2003, la mercantil AUNOSA, S.L., dedicada al sector inmobiliario le compró a la Sra. Nuria Gordo Expósito la mitad indivisa de la vivienda que fue su domicilio conyugal hasta la separación con su esposo el Sr. Pedro Montes Lázaro. La vivienda está situada en la calle del Mar, 20 Àtic 1, de Badalona y en el momento de la compraventa, se hallaba gravada con una hipoteca al corriente de pago. El negocio se formalizó ante la Notaria Sra. María del Carmen Ruiz Altiva, y tras pagar el ITP se procedió a inscribir la escritura de compraventa en el Registro de la Propiedad a favor de AUNOSA, S.L.

II.- El 2 de abril 2003, AUNOSA, S.L en su condición de compradora remitió un burofax al copropietario de la otra mitad indivisa, Sr. Pedro Montes Lázaro, para comunicarle las circunstancias de la venta de la repetida mitad indivisa por 81.428,28 €, los datos del comprador y, además, pedirle un número de cuenta para efectuar los ingresos mensuales de la mitad del importe del recibo de la hipoteca.

III.- El 24-04-2003 el Procurador de los Tribunales D. Antonio Borqué interpone demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia de Badalona, en nombre y representación de Pedro Montes Lázaro y DODO MACHINES, SL., contra Nuria Gordo Expósito y AUNOSA, S.L, ejercitando las siguientes acciones:

1. Acción de nulidad de la compraventa
2. Subsidiariamente, acción de rescisión del contrato de compraventa por las causas establecidas apartados 3º y 4º del art. 1291
3. Acción declarativa de la posesión de la vivienda vendida y derecho de retención por gastos útiles.

IV.- La mercantil Aunosa, S.L. es emplazada a contestar la citada demanda interpuesta y con objeto de informarse del desarrollo y posible resultado del litigio, el representante legal de AUNOSA, S.L. acude a nuestro despacho en la misma fecha en que recibe la citación y nos formula diversas cuestiones que pasamos a resolver a continuación.

DICTAMEN

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

En primer lugar hay que decir que el concepto de causa es objeto de múltiples controversias doctrinales y jurisprudenciales. Para los contratos onerosos, el art. 1274 CC dispone que “se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte.” Así, la causa del contrato se identifica con la función socio-económica que desempeña el tipo contractual, que en el caso de la compraventa (que es el que nos interesa), es el intercambio de cosa (el 50 % del piso de la c/ del Mar), por precio (los 81.428,28 € pagados). Con ello se pretende objetivar la causa, desligándola de los motivos (o la causa) de cada uno de los contratantes. Sin embargo, este planteamiento no puede llevarse a sus últimas consecuencias porque lo impide el art. 1275 CC al disponer que los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno” y que “es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.” Por ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia, aun partiendo del carácter objetivo y abstracto de la causa, acaba defendiendo los aspectos subjetivos de los contratantes cuando el fin práctico perseguido por los mismos es contrario a las leyes o a la moral. En definitiva, la causa es –frente al objeto y al consentimiento- el elemento esencial de mayor indeterminación en el marco contractual; llegando a desempeñar un papel de control de la adecuación de los contratos al sentir colectivo de la comunidad, pues cuando un contrato presenta aspectos desviados de ese sentir común, acaba siendo declarado nulo de pleno derecho en atención a su causa ilícita.

Con carácter general, puede decirse que un contrato es nulo de pleno derecho cuando contradice lo dispuesto en una disposición legal, concepto que comprende principalmente los siguientes:

- a) contratos que traspasan los límites de la autonomía de la voluntad (la ley, la moral y el orden público -art. 1.255 CC-)
- b) contratos inexistentes por faltar alguno de sus elementos esenciales (art. 1.261 CC: consentimiento, objeto y causa) o por haber prescindido de la forma legalmente prevista para el contrato tratándose éste de un contrato “ad solemnitatem”, o por falta de algún elemento exigido por razón del tipo negocial concreto (como el precio en la compraventa)

c) contratos con causa ilícita (Art. 1.275 CC)

La doctrina jurisprudencial emanada de las SSTS establece que la validez de los contratos exige, no sólo la capacidad y consentimiento de los contratantes, sino también la existencia de una causa y que ésta sea lícita (SS.14 de noviembre de 1956 [RJ 1956, 3816] y 8 de marzo de 1958 [RJ 1958, 1067], entre otras).

En las compraventas, lo que ocasiona la nulidad absoluta conforme a lo dispuesto en el art. 1275 CC¹ es la falta de causa, es decir la falta de precio, o la causa ilícita: que se haya celebrado con el exclusivo fin de defraudar a los

¹ Artículo 1275. 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.

acreedores (SSTS. 10 noviembre 1992, 6 octubre 1994, 27 junio 1996 y 13 marzo 1997). Dichas circunstancias pueden llevar al juzgador a considerar el acto como una simulación absoluta y decretar la nulidad de la escritura pública de compraventa, decretando asimismo la cancelación en el Registro de la Propiedad de la inscripción producida por la referida transmisión simulada, al ser declarado nulo el título en cuya virtud se hizo.

En un caso de venta por escritura pública realizada después de suscribir una póliza de crédito como fiadores solidarios, por un precio notoriamente inferior al de mercado y sin existencia de prueba de que el importe fuera hecho efectivo, la STS núm. 181/2000 de 1 marzo (RJ 2000\1302) resuelve en el sentido de considerar nula la compraventa plasmada en escritura pública por haber sido creada en «fraude creditoris», es decir, con el fin de sustraer la vivienda de su patrimonio y con ello provocar la ineffectividad del crédito de la entidad financiera. Podemos citar también la STS 23 de mayo 1980 (RJ 1980, 1958) que determina «que cuando el negocio que se pretende amparar por el Derecho es irreal [...] y trata de encubrir una finalidad maliciosa, es cuando surge la nulidad de dicho negocio jurídico por falta de causa lícita, puesto que la causa es uno de los requisitos exigidos ineludiblemente para la validez de todo contrato por el artículo 1261 CC, y su falta determina conforme al artículo 1275 de dicho Cuerpo legal, la invalidez y carencia de efectos del negocio».

La nulidad es radical y automática, en el sentido de que se produce ipso iure, y es por ello por lo que puede ser declarada de oficio por los Tribunales sin necesidad de petición expresa de parte. También goza de una amplia legitimación, de modo que puede ejercitarla cualquier persona que tenga interés legítimo y es imprescriptible.

Respecto a la simulación, en cuanto a lo que puede interesar a nuestro caso, debemos decir que hay simulación de negocio cuando, de común acuerdo, las partes entre sí emiten una declaración que no coincide con la voluntad interna, con el fin de engañar a terceros. La simulación puede ser absoluta o relativa, dependiendo de que tras el negocio simulado falte todo negocio o se oculte uno total o parcialmente distinto, verdaderamente querido pero disimulado. Es decir, que en la simulación absoluta no hay ningún negocio, sino únicamente la apariencia; y en la relativa hay uno, que no es el aparente. El art. 1276 CC establece la nulidad del contrato simulado, al decir que “la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita.” La jurisprudencia que declara la nulidad del negocio es muy abundante. Unas veces dice que es nulo, otras que es inexistente, otras que es nulo por falta de causa, etc.

El TS distingue ² entre la simulación absoluta cuando el propósito negocial inexistente por completo por carencia de causa y la simulación relativa que es cuando el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado. Las doctrinas científica y jurisprudencial han expresado que las reglas generales relativas al contrato simulado se encuentran en el Art. 1276 del C. Civil al tratar de la causa falsa. La ciencia jurídica afirma, mayoritariamente, que:

² SSTS 28-4-93 [RJ 1993, 2952] y 29-7-93 [RJ 1993, 6493]

- la figura de la simulación está basada en la presencia de una causa falsa y que la simulación absoluta está afectada de nulidad total tanto por la tajante declaración del Art. 1276 como por lo dispuesto en los Arts. 1275 y 1261-3 del CC, en relación con el Art. 6.3
- la "simulatio nuda" es una mera apariencia engañosa carente de causa y urdida con determinada finalidad ajena al negocio que se finge (SSTS 10-7-84 [RJ 1984, 3847])
- la falsedad de la causa equivale a su no existencia y por consiguiente produce también la nulidad del negocio en tanto no se pruebe la existencia de otra verdadera y lícita (STS 21-3-56 [RJ 1956, 1520]).

En nuestro caso, consideramos que no es probable que la acción de nulidad basada en causa ilícita prospere. De los datos que disponemos no se desprende que estemos ante un contrato sin causa o con causa ilícita. La compraventa es real, su causa es lícita y no se hace con el exclusivo fin de perjudicar a terceros. AUNOSA satisfizo un precio de mercado y podemos acreditar documentalmente tanto la previa existencia del dinero en su cuenta, como el pago realizado, con los justificantes bancarios de la transferencia. A partir de la compra, AUNOSA hace frente a las cargas hipotecarias y ni ha simulado negocio alguno ni el negocio trae su causa en el perjuicio de terceros. Los motivos personales que pueda tener la Sra. Nuria Gordo para vender ni forman la causa del contrato ni le incumben a AUNOSA, S.L. que compra de buena fe por razón de su actividad inmobiliaria, y evidentemente con el ánimo de lucro inherente a toda sociedad de carácter mercantil, que no sólo es lícito sino exigible. Incluso si los motivos de la Sra. Gordo estuviesen relacionados con la intención de distraer el dinero, éstos no pueden contaminar la buena fe de AUNOSA, S.L. que desconoce esas intenciones. AUNOSA compra siendo consciente que debe asumir la carga hipotecaria y gastos por mitad hasta que se venda el bien en los términos de la sentencia de separación. Realmente, muchos matrimonios en crisis prefieren vender a un tercero y repartirse el dinero, que adjudicarse el piso uno de ellos compensando al otro. Tampoco es inusual que una pareja que se separa o divorcia tenga ciertos problemas económicos, además de los sentimentales, pero eso no significa que todo negocio que realicen sea ilícito o en fraude de acreedores. Está claro que AUNOSA sabe que la sentencia de separación decreta la extinción del régimen de comunidad existente sobre la vivienda, y que debe procederse a su división en ejecución de sentencia por pública subasta, de acuerdo con lo establecido en el art. 404 CC (tal como le comunica al copropietario por burofax). Para dicha sociedad se trata de una inversión que forma parte de su lícita actividad. Distinto sería si la inmobiliaria hubiese acordado con la Sra. Gordo simular una venta para sacar el piso del patrimonio de la deudora en fraude de sus acreedores. Además, se debe partir de la presunción «iuris tantum» de existencia y licitud de causa, que establece el artículo 1277 del CC: aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario. Esta presunción es desarrollada y aplicada, entre otras, por las SSTS de 19 de noviembre de 1990 (RJ 1990\8957) y 23 de julio de 1994 (RJ 1994\6585). Improbada la carencia de causa, queda en pie la presunción de su existencia y licitud (S. 9-10-86 [RJ 1986, 5335]).

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?

I.- La separación de los cónyuges se decretó por sentencia de 12-02-2001, fecha en la que estaba vigente la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia. (Vigente hasta el 31 de diciembre de 2010). En dicha sentencia se atribuye al Sr. Montes el uso de la vivienda conyugal por un periodo de un año.

Según el art. 9.4 del citado texto legal, 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. Es decir, que desde la fecha de la separación hasta el 12-02-2002 la Sra. Nuria Gordo no podía enajenar la vivienda sin el consentimiento de su cónyuge, salvo que en la venta se respetara el derecho de uso y disfrute del Sr. Montes. Extinguido el derecho de uso y disfrute, la Sra. Gordo podía vender sin consentimiento del otro cónyuge por estar separados.

II.- La norma aplicable actualmente entró en vigor el 1 de enero de 2011 y se trata de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, en concreto el Artículo 231-9.

Según este precepto, con independencia del régimen económico matrimonial aplicable, el cónyuge titular, no puede hacer acto alguno de enajenación o disposición de su derecho sobre la vivienda familiar o sobre los muebles de uso ordinario que comprometa su uso, aunque se refiera a cuotas indivisas, sin el consentimiento del otro. Este consentimiento no puede excluirse por pacto ni otorgarse con carácter general. Si falta el consentimiento, la autoridad judicial puede autorizar el acto, teniendo en cuenta el interés de la familia, así como si se da otra justa causa.

Si el cónyuge titular realiza la venta o disposición sin el citado consentimiento, el acto es anulable a instancia del otro cónyuge, si vive en la misma vivienda, en el plazo de cuatro años desde que tiene conocimiento de él o desde que se inscribe el acto en el Registro de la Propiedad.

El acto mantiene la eficacia si el adquirente actúa de buena fe y a título oneroso y, además, el titular ha manifestado que el inmueble no tiene la condición de vivienda familiar, aunque sea una manifestación inexacta. No existe buena fe si el adquirente conocía o podía razonablemente conocer en el momento de la adquisición la condición de la vivienda. En cualquier caso, el cónyuge que ha dispuesto de ella responde de los perjuicios que haya causado, de acuerdo con la legislación aplicable.

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

La acción rescisoria es subsidiaria a la de nulidad, y se basa en que el contrato de compraventa se ha celebrado en fraude de acreedores, resultando aplicable el art. 1291.3 del CC en relación con el 1.111 CC.

Según el art. 1291.3, son rescindibles los contratos “celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba”; y el 1.111 dispone 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.”

Para distinguir las acciones rescisorias de las acciones de nulidad, podemos decir que las primeras se refieren a «contratos válidamente celebrados» que devienen ineficaces, a causa de la lesión injusta (tipificada legalmente) que experimenta otro sujeto por consecuencia del contrato; en cambio las de nulidad, se refieren a apariencias contractuales que ante la falta de cualquier requisito exigible para su existencia y validez, necesitan establecerse, por vía judicial, para declarar su ineficacia «ab initio». Como ya hemos mencionado en el primer apartado de este dictamen, hay simulación absoluta y, por tanto, nulidad contractual, cuando el contrato no tiene causa, o ésta es ilícita o falsa. Por ello, es nulo el contrato con causa falsa expresada con la única motivación de defraudar a los acreedores. Esta motivación aproxima, de algún modo, la nulidad del contrato, originada con el exclusivo fin de defraudar a los acreedores, con la rescisión del contrato celebrado en «fraude de acreedores», sin que ello signifique mezcolanza o confusión entre las respectivas acciones rescisorias y de nulidad, que tienen fundamentos jurídicos diferenciados. (V. STS de 27-4-1998 (RJA 2991))

Según el Art. 1294 CC, la acción de rescisión es subsidiaria y no puede ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio. Por ello, la acción rescisoria por fraude de acreedores, ha sido concebida en doctrina y jurisprudencia como un remedio «in extremis» (v. STS 485/1999 de 31 mayo RJ 1999\4062) de carácter subsidiario cuyo objeto es evitar el perjuicio que un acto fraudulento de un deudor pueda causarle al acreedor, en su crédito.

En definitiva, para que proceda el ejercicio de esta acción se requiere: que el crédito para cuya protección se ejercita sea exigible, y que el acto de que se trate produzca un perjuicio al acreedor y, además, sea fraudulento. El crédito debe ser anterior al acto pretendidamente fraudulento, aunque puede ser posterior si se prueba que el acto se ejecutó en consideración y perjuicio del crédito futuro.

De estimarse, el efecto es el mismo que la declaración de nulidad por simulación: el contrato impugnado es ineficaz frente al acreedor demandante, de forma que la cosa "enajenada", reingresa "libre" en el patrimonio del deudor, a fin de que los acreedores puedan proceder contra ésta, salvo terceros adquirentes de buena fe a título oneroso. (V. SAP de Barcelona (Sección 13) de 7 marzo 2000, JUR 2000\188667)

Para valorar las posibilidades de que prospere dicha acción rescisoria (también llamada revocatoria o pauliana) debemos poner en relación los requisitos de la

misma (perjuicio y fraude, puesto que la exigibilidad de los créditos no se discute) con los hechos aportados por nuestro cliente.

I.- En primer lugar y respecto al perjuicio, es importante señalar que para que se produzca un perjuicio al acreedor, el deudor debe provocar una disminución tal en su patrimonio que lo deje insuficiente para atender el crédito, cuando el acreedor no tiene otro medio de hacerlo efectivo. Dicha insolvencia o insuficiencia ha de proceder del acto cuya revocación se persigue con la acción rescisoria. Tal como dispone, entre otras, la STS 1102/1996 de 24 diciembre (RJ 1996\9375), a los acreedores no les debe resultar posible obtener el reintegro de la deuda por otro medio posible, debido al acto defraudatorio concebido y ejecutado con ese fin, debiendo darse también la concurrencia de que los bienes perseguidos no hayan pasado a tercero de buena fe (SS. 27 febrero 1992 y 27 mayo y 26 noviembre 1992 [RJ 1992\4386 y RJ 1992\9591]).

Manuel Albadalejo matiza que “el acreedor de verdad no tiene que probar la insolvencia, sino simplemente no conocer la existencia de otros bienes, o sea, creer que el deudor es insolvente.”; y añade que el perjuicio sólo existe si se carece de otro camino para conseguir el cobro, razón por la que la acción rescisoria es subsidiaria.

De lo expuesto, se deduce fácilmente que en nuestro caso se incumplen los presupuestos enunciados, pues ni es cierto que los demandantes no puedan cobrar de otra manera sus créditos, ni puede decirse que la deudora no tenga otros bienes o derechos que el piso de la c/ del Mar, cuya venta se pretende impugnar. Por ello, falta el presupuesto de subsidiariedad, que proclama el artículo 1294 del CC. Además, los acreedores saben perfectamente que la Sra. Gordo es copropietaria (el otro copropietario es precisamente uno de los demandantes) de un apartamento de mucho valor sito en el edificio Eurostar de Canilló, la parroquia que posee la estación de esquí más extensa de Andorra, con la nieve garantizada durante toda la temporada.

II.- Faltando el perjuicio, no sería necesario analizar el fraude, pues la ausencia del primer requisito conlleva la ausencia del segundo. En ese sentido se pronuncia el TS en su Sentencia de 31-3-1989 (RJA 2289) en un caso en que se pretende impugnar una donación:

[...] los dos requisitos esenciales que condicionan el éxito de la acción revocatoria o Pauliana son: a) que el deudor carezca de bienes suficientes para atender al pago del crédito en cuestión, lo que, en definitiva, integra el llamado requisito de la subsidiariedad de esta acción, y b) que la transmisión que se impugna sea fraudulenta. La no concurrencia o falta del primero de los apuntados requisitos (por tener el deudor bienes suficientes -además del transmitido a título gratuito- para atender al pago de sus deudas) lleva lógicamente aparejada también la ausencia del segundo, pues al no entrañar perjuicio para el acreedor la transmisión impugnada no puede ésta ser calificada de fraudulenta., como expresamente lo establece el párrafo segundo del artículo 643 del CC, que sólo presume que la donación ha sido hecha en fraude de acreedores «cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella».

No obstante, y para el hipotético caso de que la ausencia de perjuicio no fuera estimada, pasamos a analizar el segundo requisito: que el acto sea fraudulento.

II.- Para que exista el fraude, el adquirente debe participar en la maquinación, o tener conocimiento del perjuicio que su adquisición originará, aunque la ley sólo estime como revocable el acto cuando se ha adquirido de mala fe (argumento del art. 1295 CC). La jurisprudencia estima suficiente que el adquirente conozca el fraude o la malicia del deudor o sea cómplice del mismo. Las opiniones sobre cuándo obra fraudulentamente el deudor son bastante variadas, pero podemos decir que basta que el deudor se percate de que con su enajenación no le quedarían al deudor bienes bastantes (localizables) para el pago de su deuda.

Por todo lo expuesto, consideramos que la demanda debe ser desestimada, pues tal como dicta la STS de 8-5-1996 (nº 377/1996; recurso nº 3225/1992), no se puede estimar tal pretensión si no se acredita que la deudora se haya situado como consecuencia del referido contrato en una situación de insolvencia, la que hubiera supuesto una incapacidad de su patrimonio, para soportar la deuda que pesa sobre ella, incumpléndose, por lo tanto, la condición establecida en el artículo 1.291 del Código Civil. En definitiva, para que prospere la referida acción hace falta como condición, primero que se pruebe la inexistencia de otros bienes suficientes para cubrir el crédito correspondiente al acreedor accionante (la prueba de que el deudor no tiene bienes suficientes para cubrir la deuda, "racionalmente" (STS 12 de Junio de 1.985, 16 de Marzo de 1.989, 13 de Febrero de 1.992, 6 de Abril de 1992), y luego la existencia del fraude, el propósito del deudor de perjudicar a sus acreedores (consilium fraudis).

Por último citaremos la STS 1268/2001 de 28 diciembre (RJ 2002\3093) que establece los requisitos para que pueda prosperar la acción revocatoria o pauliana, encaminada a la rescisión de los contratos celebrados en fraude de acreedores:

1. Que exista un crédito a favor del actor (STS 637/2008, de 26 junio (RJ 2008, 3306)) y que sea exigible frente al demandado (STS 327/2004, de 22 abril (RJ 2004, 2082)).
2. Que se ejecute un acto de transmisión de bienes por el deudor a favor de terceros (STS 498/2008, de 30 mayo (RJ 2008, 3191)).
3. Que el crédito sea anterior al acto perjudicial que se impugna (STS 406/2010, el 25 junio (JUR 2010, 236125)).
4. Que el acreedor no tenga otro recurso legal para el cobro de lo que se le adeuda (STS 19 julio 2005 (RJ 2005, 5342)).
5. Que el deudor realice el acto conociendo o debiendo conocer que resulta perjudicial para sus acreedores (STS 191/2009, de 25 de marzo (RJ 2009, 1662)).
6. Que la acción se ejercite en tiempo.

4.- La vivienda objeto de transmisión puede considerarse “cosa litigiosa”?

El Art. 1291. 4 señala como 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.” El citado precepto se refiere a bienes muebles o inmuebles cuyo dominio se discute en un juicio entre demandante y demandado, es decir que la cosa es litigiosa desde que se traba la litis.

La acción de rescisión de cosas litigiosas pretende prevenir la posible inutilidad del litigio cuando la cosa que es objeto del mismo ha sido enajenada y, en consecuencia, eliminada de la litis. Los requisitos para que se produzca son tres:

- i) que el contrato celebrado entre el propietario demandado y el tercero se refiera a la cosa que es objeto del pleito
- ii) que se haya celebrado por el demandado, siendo indiferentes al demandante los pactos a que hayan llegado las partes en relación a la litigiosidad por ser *res inter alios acta*, y
- iii) que la enajenación haya tenido lugar sin el conocimiento del demandante o sin la autorización judicial.

La rescisión prevista en el Art. 1291, 4º CC constituye un supuesto semejante a la acción pauliana, de modo que rescindido el título del comprador, le queda al demandante perjudicado la posibilidad de obtener satisfacción con las cosas enajenadas o bien, si ello no es posible, obtener la compensación prevista en el Art. 1295.3 CC.

Cuando AUNOSA adquirió la vivienda, ésta no tenía el carácter de litigiosa puesto que no había ninguna litis pendiente sobre ella. El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Badalona dictó sentencia de separación atribuyendo el uso y disfrute de la vivienda al esposo durante un año, decretando la extinción del régimen de comunidad existente sobre la misma, y disponiendo su división en ejecución de sentencia por pública subasta. Al no ser recurrida dicha sentencia, ni existir proceso alguno pendiente, no podía hablarse de litispendencia alguna. Como acertadamente recuerda la STS 689/2009 de 28 octubre (RJ 2009\5816) “para que quepa hablar de cosa litigiosa es necesaria, en primer término, la existencia de un proceso pendiente.” Así, el carácter litigioso del objeto del negocio jurídico a rescindir debe ser consecuencia de su integración en un proceso iniciado y pendiente. La finalidad del citado art. 1291. 4 no es otra³ que evitar una potencial defraudación de los derechos del tercero demandante que espera ser beneficiado por la decisión judicial que ponga fin al litigio a que se encuentra sometida la cosa.

Una vez interpuesta la acción de nulidad y subsidiariamente rescisión del contrato de compraventa, la vivienda se convierte en “vivienda litigiosa” por litispendencia. El momento en que debemos entender que un proceso está pendiente, es una cuestión procesal resuelta por el art. 410 LEC: “la

³ [entre otras SSTS. de 9 de abril de 1.999, 28 de septiembre de 2.000 (RJ 2000, 9181), 9 de octubre de 2.007 (RJ 2007, 7403)]

litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida. (v. STS de 9 de octubre de 2.007, antes citada)

Por otra parte, la rescisión no nos parece probable porque la vivienda está en manos de un tercero (AUNOSA) cuya mala fe debería probarse (v. art. 1295.2 CC)

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

I.- En primer lugar interesa aclarar que el Derecho distingue entre posesión de buena y mala fe, y establece efectos distintos entre una y otra en cuanto a los gastos hechos en la vivienda. El artículo 521-7.1 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a derechos reales lo hace de la siguiente manera: “La buena fe en la posesión es la creencia justificable de la titularidad del derecho. En caso contrario, la posesión es de mala fe.”

II.- En el momento de la separación, el uso de la vivienda familiar en esos casos se regulaba en el art. 83 de Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, que en su apartado 2.b) disponía que “[...] la atribución tiene lugar con carácter temporal, mientras dure la necesidad que la motivó, sin perjuicio de prórroga, en su caso.” El mismo carácter temporal se mantiene en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia que entró en vigor el 1 de enero de 2011. El art. 233-20, en su apartado 5 especifica que la atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges “[...] debe hacerse con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga debe solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado y debe tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas.” El Tribunal Superior de Justicia de Catalunya se ha pronunciado ya reiteradamente sobre la interpretación del uso de la vivienda, y tal como nos recuerda en la STSJC núm. 38/2008 de 10 noviembre RJ 2009\3142, “la limitación temporal del uso es la regla general en tales supuestos, cuando pueda preverse mediante una ponderación racional la duración de la necesidad del cónyuge más necesitado de protección y sin perjuicio de la posibilidad que a éste se reconoce de instar la prórroga del uso si llegado el momento subsistiese esa necesidad.”

A la vista de esta doctrina, consideramos que el Sr. Pedro Montes no puede mantenerse en la posesión de la que fue la vivienda conyugal por haberse extinguido su derecho. Es más, consideramos que su posesión de buena fe se convirtió en mala una vez transcurrido el plazo fijado en la sentencia. Si realmente hubiese existido una razón que le hubiese impedido proveerse de una nueva vivienda, nada le impedía solicitar la prórroga legalmente prevista. Así, nos encontramos con una posesión material del Sr. Montes carente de título, sin perjuicio del derecho de retención que le pudiera asistir hasta que le sean abonados los gastos necesarios y útiles desembolsados, como veremos más adelante.

III.- En los casos de atribución del uso de la vivienda por separación o divorcio, los gastos de conservación y mantenimiento de la vivienda que resulten imprescindibles e indispensables para dicha finalidad deben ir a cargo de los copropietarios, pero los gastos útiles que redunden necesariamente en beneficio del usuario debe soportarlos éste.

Es decir, que el derecho de uso y disfrute concedido por el órgano judicial conlleva, en todo caso, la necesidad de sufragar aquellos gastos que beneficien directamente al usuario de la vivienda, por ejemplo, los derivados de los suministros (luz, agua, teléfono..) y los servicios susceptibles de valoración y disfrute individual. Los otros costes que aparezcan como consustanciales a la vivienda para su conservación y preservación, deberán correr por cuenta de los copropietarios con independencia de quien habite la vivienda o el cauce por el que haya entrado en posesión de la misma.

Respecto a las cuotas de la comunidad de propietarios, discrepamos de lo expuesto en el Hecho Tercero de la demanda, cuando se afirma que la Sra. Gordo “también está obligada al pago”, pues es criterio mayoritario que las cuotas ordinarias de la comunidad sean de cuenta del usuario de la vivienda conyugal, mientras que las extraordinarias se abonen por los propietarios en sus respectivas cuotas de participación (en nuestro caso por mitad). Esto es así porque las cuotas ordinarias se refieren a elementos y servicios (ascensor, agua, luz,..) cuyo disfrute es inmediato y exclusivo a favor del usuario, mientras que los extraordinarios consisten habitualmente en derramas para la conservación o mejora del inmueble y apuntan al mantenimiento del patrimonio, por lo que han de correr de cuenta de los propietarios.

III.- La distinción entre gastos necesarios y gastos útiles que refiere el art. 453 CC, es un tema apasionante que incita a hacer un recorrido en torno a la doctrina y jurisprudencia que excedería el objeto del presente dictamen. Como señala la AP de Lleida (Sección 2ª) Auto núm. 295/1999 de 22 mayo (AC 1999\997): “gasto necesario y gasto útil , son en cualquier caso y en definitiva, conceptos relativos que han de ponderarse en función de las circunstancias concretas.”

En cuanto interesa a nuestro caso, basta señalar que:

- los gastos necesarios son aquellos imprescindibles para mantener íntegra la cosa en su normal función económica y cuya omisión supondría o la destrucción o el deterioro de la misma o de su estado o utilización económica.
- y que los llamados útiles o de mejora se contemplaban en las Partidas (Ley 10, Título XXXIII, Partida 7ª) como «E tales y ha que dizen ÚTILES que tanto quiere decir como provechosos, e estas son llamadas así porque se mejora la renta de la cosa en que son fechas por ella»; y se perfilan por Montel cuando señala que «La indemnización no se debe si la mejora no lo es en relación a la función específica y concreta del bien y, por el contrario, se debe también si se trata de gastos que el reivindicante no habría efectuado, ya que la ley no permite valorar la mejora con respecto a las condiciones personales del reivindicante, sino que impone una apreciación en abstracto;

finalmente, para que la ley encuentre aplicación ha de tratarse de mejora causada por el poseedor (...)».

Dicho esto, podemos pasar a contestar la cuestión planteada sobre los gastos útiles, acudiendo al art. 522-4 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro quinto del Código civil de Cataluña, que es el que regula los efectos de la posesión sobre dichos gastos.

El mencionado precepto dispone que:

Quien tiene un mejor derecho a poseer debe pagar los gastos útiles hechos en el bien por los poseedores de buena fe si las mejoras o el aumento de valor que han originado subsisten en el momento de la liquidación.

Los poseedores, tanto de buena como de mala fe, pueden optar por retirar las mejoras hechas siempre que no se deteriore el objeto sobre el que recaen. Sin embargo, en el caso de los poseedores de mala fe, quien tiene un mejor derecho a poseer puede hacer suyas las mejoras pagando su valor.

Además, según el art. 453 CC, los gastos necesarios se deben abonar a todo poseedor, pero sólo el de buena fe podrá retener la cosa hasta que se le satisfagan; y los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, [...] Así, en el caso de poseer de mala fe, el poseedor sólo tiene derecho al abono de los gastos necesarios, pero no a los útiles, o de lujo o de recreo. Como vemos las posibilidades de que prospere el derecho de retención por gastos útiles dependerá de la naturaleza de la posesión en cuanto a su buena o mala fe. A nuestro entender, el Sr. Pedro tiene derecho al resarcimiento y derecho de retención por los gastos útiles realizados durante el año en que la sentencia le adjudica la vivienda y poseía de buena fe. Los gastos útiles soportados una vez transcurrido el año no le otorgan derecho ni al resarcimiento ni a la retención. Efectivamente, una vez transcurrido el plazo otorgado, se produce una interrupción legal de su derecho sin que el Sr. Pedro cese en la posesión, iniciando así una posesión de mala fe. El art. 435 CC dispone que la posesión adquirida de buena fe perderá este carácter desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente. Por ello, insistimos en la mala fe del Sr. Pedro que pese a conocer exactamente el momento de la extinción de su derecho de uso y disfrute de la vivienda la continúa ocupando sin solicitar la prórroga.

BREVES CONCLUSIONES

Por todo lo expuesto, y salvo opinión mejor fundada en Derecho consideramos que:

1.- La acción de nulidad no debe prosperar porque la causa del contrato de compraventa es perfectamente lícita y no se produjo simulación alguna. El CC establece una presunción de existencia y licitud de causa. AUNOSA es un comprador de buena fe que acredita la realidad del pago y el origen del dinero,

sin que pueda serle atribuida otra causa que ejercer la actividad que la sociedad tiene por objeto.

2.- En el momento de la venta, el derecho de uso y disfrute de la vivienda se había extinguido, y según el art. 9.4 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, la Sra. Gordo podía vender sin consentimiento del otro cónyuge por estar separados.

3.- Consideramos que la acción rescisoria, subsidiaria a la de nulidad, también debe ser desestimada al faltar los requisitos de perjuicio y fraude. Efectivamente, ni se ha producido el perjuicio, porque la Sra. Gordo no ha disminuido su patrimonio hasta el punto de no poder atender sus créditos, ni tampoco puede hablarse de fraude y mucho menos de complicidad de AUNOSA que adquiere de buena fe.

4.- Como consecuencia de la separación el piso no puede considerarse “cosa litigiosa”, pero adquiere tal condición (vivienda litigiosa) con la interposición y admisión de la demanda.

5.- La posesión del Sr. Montes no puede continuar puesto que su derecho se extinguió al finalizar el plazo de un año concedido en la sentencia de separación, siendo procedente su desahucio. Respecto a los gastos útiles, su resarcimiento se limitará a los realizados mientras poseía de buena fe siempre y cuando su desembolso quede debidamente acreditado. El derecho de retención queda condicionado a que la posesión lo fuera de buena fe (a nuestro entender durante el periodo señalado en la sentencia). En cualquier caso, el Sr. Montes puede optar por retirar las mejoras hechas siempre que no se deteriore el objeto sobre el que recaen.

Fdo. Luis Miguel López Fabra

En Barcelona, a 26 de abril de 2011

DICTAMEN AUNOSA/2/2011

ANTECEDENTES

Los actores, Pedro Montes Lázaro y DODO MACHINES, SL, formularon demanda contra Nuria Gordo Expósito y AUNOSA, S.L, solicitando que se declarase la nulidad del contrato de compraventa sobre la mitad indivisa de una finca celebrado entre estas últimas, y subsidiariamente, su rescisión por haberse efectuado en fraude de acreedores. Además, Pedro Montes solicitó que se declarase su derecho de retención hasta que se le pagasen los gastos útiles que dijo haber realizado en la finca.

El 28 de marzo de 2011, emitimos dictamen (N/Ref. AUN/1/2011) en el sentido de considerar que las acciones ejercitadas no prosperarían.

La sentencia de primera instancia desestimó totalmente la demanda, alzándose los demandantes alegando determinadas infracciones procesales, y en cuanto al fondo del asunto, la infracción de los arts. 9 y 45 del Codi de Família. Las actuaciones se elevaron ante la AP de Barcelona que, mediante sentencia de 8-05-2006, declara no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia de fecha 05-07-2005 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Badalona y confirma íntegramente dicha resolución, con imposición a los apelantes de las costas de la alzada.

Como el asunto se ha visto ya en dos instancias, AUNOSA desea saber si existe alguna posibilidad de que los actores acudan a un tribunal superior y solicita un segundo dictamen que considere las posibilidades genéricas existentes para ello.

DICTAMEN

Con carácter previo, interesa analizar la sentencia de la AP, con objeto de valorar si cumple los requisitos de exhaustividad, congruencia y motivación que debe contener ex art. 216 y ss LEC. Además, según el art. 465.4, debe pronunciarse únicamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso, tratando su objeto tal como se planteó por los apelantes, debiendo referirse también al objeto planteado por el apelado. Pues bien, a nuestro entender la sentencia de la AP es suficientemente clara, precisa y congruente. Se pronuncia motivadamente sobre todas las peticiones de la demanda y contiene los distintos pronunciamientos que debe tener respecto a las infracciones invocadas, tanto las de carácter procesal, como las que se refieren al fondo del asunto. Todo ello hace que, a priori descartemos la existencia de una infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.

Respecto a los posibles recursos, debemos señalar que contra las sentencias dictadas por las AP en la segunda instancia de cualquier proceso civil, las partes legitimadas pueden optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal (REIP), o el recurso de casación. Ambos son de naturaleza extraordinaria porque únicamente proceden, por motivos limitados, contra resoluciones determinadas dictadas en un recurso de apelación que ponga fin a la segunda instancia. Por otra parte, tienen naturaleza anulatoria, pues en caso de estimarse queda sin efecto la resolución recurrida y se dicta otra no viciada, sea por el mismo órgano que la dictó, sea por el que conozca del recurso. Los recursos se preparan mediante escrito presentado ante

el tribunal que haya dictado la sentencia, en los 5 días siguientes a su notificación. En los 20 días siguientes, la parte recurrente debe presentar escrito de interposición del recurso exponiendo los motivos, pudiendo solicitar la celebración de la vista. El vigente régimen de dichos recursos se regula en la Disposición final decimosexta LEC, que establece un sistema provisional entretanto no se atribuya competencia a los TSJ. De momento, ambos recursos se atribuyen a la Sala de lo Civil del TS. El de casación sólo tiene contenido material y persigue la unificación de la jurisprudencia en la aplicación del Derecho Privado. Sin embargo, cuando se trata de Derecho civil, especial o foral, propio de una CA, la competencia no se atribuye al TS, sino a la Sala de lo Civil y Penal de los TSJ (en nuestro caso al TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal)

Si se tramitan conjuntamente REIP y recurso de casación, la Sala examina primero si la resolución recurrida es susceptible de recurso de casación, y si no lo es, acuerda la inadmisión del recurso por infracción procesal. Si se admiten los recursos, se resuelve primero el REIP y, sólo si se desestima, se examinará y resolverá el recurso de casación. En ese caso, la desestimación del REIP y la decisión sobre el recurso de casación se contendrán en una misma sentencia. Las sentencias se dictan dentro de los 20 días siguientes al de finalización de la vista, o al señalado para la votación y fallo y contra las mismas no cabe recurso alguno.

A nuestro entender, las posibilidades de que prospere un recurso extraordinario son tan limitadas, que pensamos que ni siquiera van a intentarlo. Esto es así, porque estos recursos no suponen una tercera instancia y el tribunal superior no resuelve sobre los mismos elementos que sirvieron de base al juzgador de instancia, sino exclusivamente respecto de la concurrencia de los motivos en que se fundamentan los recursos.

Si analizamos los motivos previstos en la LEC, vemos que:

I.- El recurso extraordinario por infracción procesal (art. 469.1) sólo puede fundarse en los siguientes:

1. Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional.
2. Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia según los arts. 216 y ss (que ya hemos descartado inicialmente).
3. Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión.
4. Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE (tutela judicial efectiva, indefensión, utilización de los medios de prueba pertinentes, ..)

Es preciso que la infracción se haya denunciado en la instancia y, de haberse producido en la primera, haberse reproducido en la segunda instancia (art. 469.2). Además, si la violación de derecho fundamental hubiere producido falta o defecto subsanable, deberá haberse pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas. Pero, como sabemos, ninguna infracción procesal se ha cometido en la sentencia de primera instancia. Así lo afirma la SAP, que además comparte plenamente la valoración de la prueba practicada que en ella se contiene. Tampoco podemos hablar de infracción procesal ni vulneración de derechos fundamentales en la segunda instancia, por lo que descartamos la viabilidad de este recurso. Lo más probable es que, al no concurrir los requisitos, el Tribunal dicte un Auto rechazando el recurso frente al que sólo cabrá Recurso de Queja. Si el recurso se hubiese promovido conjuntamente con la casación, la desestimación de sus motivos determinará que la Sala entre a conocer de los de casación, conteniéndose en la misma sentencia ambos pronunciamientos.

II.- El art. 477.1 LEC, dispone que el recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Es decir, que la casación tiene atribuida solamente una función relativa al derecho sustantivo, con exclusión de preceptos de naturaleza procesal (V. Auto TS, Sala 1ª, de 26 de febrero de 2002 (JUR 2002, 77848))

El apartado 2º del citado art. 477 dispone que son recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las AP, en los siguientes casos:

1. Sentencias recaídas en procesos para la tutela civil de derechos fundamentales distintos de los previstos en el art. 24 CE
2. Cuando la cuantía del asunto exceda de 150.000 €
3. Cuando la resolución del recurso presente interés casacional.

El motivo contemplado en el art. 477.2.1 no resulta aplicable, pues se refiere al proceso previsto en el art. 53.3 CE que ahora se regula en el art. 249.1, 2º de la LEC como proceso ordinario: la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y a procesos en los que se pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo los que se refieran al derecho de rectificación.

En cuanto al fondo del asunto, hay que estar a la cuantía del mismo, pues para que la infracción de una norma material tenga acceso a la casación, es necesario que el litigio cumpla con el presupuesto procesal de exceder la cuantía de 150.000 € (V. Auto TS. Sala de lo Civil. Sección 1ª) de 7 marzo 2006 (JUR 2006\170620)). Por ello, rechazamos esta posibilidad, ya que tal como consta en el Fundamento III de la demanda la cuantía asciende a 42.598, 16 €

También negamos que la resolución del recurso presente interés casacional por no concurrir en la SAP ninguna de las características previstas en el art. 477.3 LEC, como son: Oponerse a doctrina jurisprudencial del TS (común o autonómica); resolver cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las AP; o aplicar normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina del TS relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

BREVES CONCLUSIONES. Como ya hemos apuntado anteriormente, opinamos que no puede prosperar recurso extraordinario alguno.

Desde el punto de vista procesal, no se ha cometido infracción alguna. De hecho, en ningún momento se ha denunciado ni planteado cuestión alguna sobre la jurisdicción o competencia, y no puede decirse que la sentencia carezca de corrección procesal, por falta de congruencia, claridad, motivación o cualquier otra causa. La parte actora ha podido valerse de los medios de prueba que ha estimado pertinentes y el proceso se ha seguido con todas las garantías procesales, sin que se haya producido indefensión ni vulnerado ningún derecho fundamental reconocido en el art. 24 CE.

Tampoco resulta admisible el recurso de casación por no reunir los requisitos legales correspondientes al objeto litigioso, la cuantía, o el interés casacional. La STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, en su Auto de 11 marzo 2010 (JUR 2010\184472) nos recuerda que “[...] procede la inadmisión cuando la parte recurrente, [...] intenta reproducir, sin más, la controversia ante esta sede desde su particular planteamiento, olvidando así que el recurso de casación no constituye una tercera instancia, sino una modalidad de recurso extraordinario, en el que prevalece la finalidad de control de la aplicación de la norma y de creación de doctrina jurisprudencial, lo que exige plantear al TS o TSJ, cuestiones jurídicas, de un modo

preciso y razonado, pero siempre sin apartarse de los hechos, pues no cabe la revisión de la base fáctica de la Sentencia de segunda instancia.”

En Barcelona, a 19 de mayo de 2011, a petición del Sr. Carbón, en su condición de Consejero Delegado de la mercantil Comercial XOP, S.L., el Letrado que suscribe, en su labor de asesoramiento jurídico, elabora el presente informe concerniente a una sustracción realizada por el anterior gerente de la empresa solicitante.

ANTECEDENTES

En julio de 2003 Comercial XOP, S.L tuvo conocimiento de que Gaspar, su antiguo gerente, había sustraído 8.000 € durante ese año y el anterior, mediante la elaboración de unas facturas falsas por cargos y servicios inexistentes. Formulada querrela criminal por un delito de falsedad y un delito de estafa, Comercial XOP se encuentra con la sorpresa de que, a pesar de declarar probados los hechos, la AP de Barcelona acaba dictando fallo absolutorio en base a los siguientes razonamientos:

En cuanto al delito de estafa continuada, señala que los hechos podrían ser constitutivos de un delito de apropiación indebida, pero no de estafa, debiendo respetarse las exigencias del principio acusatorio, dada la heterogeneidad de ambas figuras penales.

Y en cuanto al delito de falsedad en documento mercantil, considera que la confección de facturas falsas para dar soporte contable al cobro indebido de unos talones constituye un supuesto de autoencubrimiento impune.

Vistos los términos de dicha sentencia, Comercial XOP se dirige a nuestro bufete para saber si:

1.º Dada la sentencia absolutoria y las facultades de revisión del TS en casación, la casación podría prosperar o, por el contrario, la exigencia de inmediación que deriva de la doctrina del TC excluye esta posibilidad.

2.º En el caso concreto, y a la vista del razonamiento de la sentencia de la Audiencia respecto a la relación de heterogeneidad delictiva entre la estafa y la apropiación, esta tesis de la heterogeneidad delictiva ha sido aplicada correctamente o si, por el contrario, parece viable un recurso que pretendiera que el acusado sea condenado por apropiación indebida, a pesar de que sólo fue acusado por estafa.

DICTAMEN

I.- En primer lugar interesa señalar que los motivos por los que se puede recurrir en casación se relacionan en los arts. 849 a 852 LECRIM y son los siguientes:

- Por infracción de ley: cuando se infringe un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal; o cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.
- Por quebrantamiento de forma: cuando se entienden vulneradas normas procesales, como por ejemplo denegar alguna diligencia de prueba propuesta en tiempo y forma por las partes, negar un testigo, etc.. (v. art. 850 LECRIM)
- Por infracción de precepto constitucional: al verse afectados derechos o garantías reconocidos en la CE.

En nuestro caso, consideramos que no es factible denunciar un error en la apreciación de la prueba ni argumentar vicios o indefensiones del procedimiento o de la sentencia. En cambio, encontramos un motivo de casación por infracción de ley (ex art. 849.1), en el hecho de que no se aplicara el art. 392 CP por la falsificación de las facturas realizada por Gaspar.

Efectivamente, tal como consta en los hechos probados, el Gerente elaboró 14 facturas falsas. Es evidente que las 9 primeras sirvieron de instrumento para justificar las ilícitas disposiciones y, por lo tanto, no puede aplicarse la doctrina del autoencubrimiento impune. Esas primeras facturas formaron parte de la estrategia elaborada para obtener el dinero. Cobrar los cheques, retirar el efectivo y elaborar los soportes contables, son el conjunto de acciones que permitieron el lucro, el “modus operandi” de Gaspar. Por ello, las facturas deben considerarse un medio de obtener ilícitamente un beneficio económico, y no una forma de autoencubrimiento.

El autoencubrimiento impune supone un acto propio dirigido expresamente a buscar la impunidad de otro acto anterior, por lo que insistimos en que no puede aplicarse a las primeras facturas. Distinto es el caso de las 5 facturas elaboradas posteriormente a nombre de Ratiz Services, s.l. que, efectivamente, pretendían encubrir la anterior apropiación del dinero. En ese sentido se pronuncia la STS (Sala de lo Penal, Sección núm. 1009/2009 de 14 octubre RJ 2009\7467 que deja sentado que en el autoencubrimiento “[...] Lo que se busca, al fin y al cabo, es ocultar el acto ya ejecutado, debiendo ser reputado como un acto copenado y, por tanto, impune, al estar sometido a la regla de consunción impuesta por el art. 8.3 del CP o, desde otra perspectiva doctrinal, a la regla de la subsidiariedad tácita del art. 8.2 del mismo texto legal (cfr. STS 406/2009, 17 de abril)”.

El art. 392 CP. castiga con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, al particular que cometa en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del art. 390 CP, es decir:

- la alteración de un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial,
- la simulación de un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad,
- suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuir a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

Con independencia de que estemos ante una estafa o una apropiación indebida, la sentencia declara probada la elaboración de facturas falsas y ese hecho debe ser castigado. Según la jurisprudencia (v. STS núm. 869/1997 de 13 junio [RJ 1997\4895], las facturas tienen naturaleza de documentos mercantiles, por lo que dicha acción constituye un delito doloso que no puede quedar impune en base al citado art. 392 CP, en relación con el art. 390.1.2º CP (simulación de un documento...).

Respecto al principio de inmediación, entendemos que no entra en juego, pues el objeto de nuestro recurso no es subsumible en la doctrina iniciada por la STC 167/2002 referente a una nueva valoración de las pruebas. Lo que nos parece más correcto es aceptar íntegramente los hechos declarados probados y en su virtud solicitar la aplicación del art. 392 CP que es el precepto que sanciona la conducta típica.

II.- En relación con la tesis de la heterogeneidad, consideramos que ha sido aplicada correctamente, siendo inviable un recurso que pretenda la condena de Gaspar por apropiación indebida, cuando únicamente fue acusado por estafa. El motivo de que la estafa y la apropiación indebida no sean delitos homogéneos es que el elemento esencial del delito de estafa es el engaño, mientras que el sustrato principal del delito de apropiación indebida está constituido por el abuso de confianza. El TS ha venido reiterando el criterio de la heterogeneidad de ambos delitos, entre otras, en SS de 16 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 8591) , 17 de abril de 2001 y 30 de septiembre de 2002.

En un caso muy similar, la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 763/2008 de 20 noviembre RJ 2008\7273 dispuso que “el principio acusatorio exige que la defensa del imputado tenga cabal conocimiento de los hechos de la imputación, de manera que no es posible que el acusado por estafa, es decir por actuar una disposición económica mediante engaño, sea condenado por unos hechos distintos como la concurrencia de abuso de confianza para la apropiación de fondos, pues con independencia de los distintos elementos de ambas figuras delictivas, lo principal es que los hechos son distintos.”

También ha establecido TS en numerosas sentencias [entre otras: 21 de enero de 1997, 17 de enero de 1999, 17 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7191), 17 de abril de 2001 (RJ 2001, 2984)] que los Tribunales no pueden condenar a nadie por un delito distinto al que ha sido objeto de acusación, aunque la pena de una y otra infracción sean iguales, o incluso la correspondiente al delito innovado sea inferior a la del delito acusado, a menos que exista entre ambos una clara homogeneidad.

BREVES CONCLUSIONES.

Según el Tribunal de instancia, la apropiación de Gaspar no puede considerarse una estafa porque no recurrió al engaño para obtener el dinero, sino que, abusando de los poderes otorgados por razón de su cargo, obtuvo el dinero mediante unos cheques y un reintegro en efectivo. Después elaboró catorce facturas falsas: nueve durante la relación laboral y cinco extinguida la misma, que deben ser consideradas todas ellas como un autoencubrimiento que debe quedar impune.

A nuestro entender, descartada la estafa, los citados hechos suponen:

- por una parte, un delito de apropiación indebida tipificado en el art. 252 CP, del que no ha sido acusado y por lo tanto no puede resultar condenado.
- y por otra, de un delito continuado de falsedad documental tipificado en el art. 392 CP, del que sí ha sido acusado pero ha resultado absuelto.

Considerando que no pueden alterarse los hechos declarados probados y que el principio acusatorio impide que sea condenado por estafa, la mejor opción para conseguir que prospere el recurso de casación por infracción de ley, es solicitar que la falsificación de las facturas, al menos las nueve primeras, sea considerada como un delito continuado de falsedad en documento mercantil y, en aplicación del repetido art. 392 CP, se condene a Gaspar a la pena de prisión de tres años y multa de doce meses.

En caso de prosperar nuestra tesis, el TS declarará haber lugar al recurso de casación, casando y anulando la sentencia de la AP de Barcelona y dictará un segunda Sentencia condenando a Gaspar como autor del citado delito.

Este es mi criterio que así expreso, en el lugar y fecha señalados ut supra, según mi leal saber y entender, sujeto a mejor criterio fundado en Derecho.

Fdo. Luis Miguel López Fabra

En Barcelona, a 1 de junio de 2011, a petición del Sr. Carbó, en su condición de Consejero Delegado de la mercantil Comercial XOP, S.L., el Letrado que suscribe, en su labor de asesoramiento jurídico, elabora el presente informe, que viene a ampliar el anterior referente al Expte. 0042/2011.

ANTECEDENTES

I.- El pasado 26 de abril de 2011, el Sr. Carbó dirigió consulta a nuestro despacho con objeto de valorar la posibilidad de recurrir en casación la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona. En concreto, le interesaba conocer:

1. Si la exigencia de inmediación que deriva de la doctrina del TC excluía la posibilidad de obtener una revisión de los hechos probados al amparo del art. 849.2 LECrim.
2. Si la tesis de la heterogeneidad delictiva entre la estafa y la apropiación indebida había sido correctamente aplicada por el Tribunal de Instancia o si, por el contrario, era viable un recurso que permitiera una distinta cualificación punitiva.

II.- El 19 de mayo de 2011, emitimos informe escrito y exposición oral del mismo, pronunciándonos en el sentido de considerar:

1. Que por medio del recurso de casación, no es viable obtener la revisión de los hechos probados en base a la valoración de las pruebas personales practicadas en el juicio, para obtener una eventual condena por estafa.
2. Que tampoco es probable conseguir en casación una condena del acusado por apropiación indebida, dada la heterogeneidad entre este delito y el de estafa, por el cual el ex gerente fue acusado.

III.- El 20 de mayo de 2011, el Sr. Carbó solicita el estudio de la viabilidad del recurso de casación dejando de lado el tipo de estafa.

Por otra parte, también desea saber si, en el supuesto de que prosperara el recurso relativo al delito de falsedad, esto implicaría la condena a la responsabilidad civil para que el acusado restituyera las cantidades de que dispuso ilícitamente.

DICTAMEN

I.- Viabilidad del recurso de casación descartando el tipo penal de la estafa.

Descartada la estafa, centraremos nuestro análisis en los delitos continuados de falsedad en documento mercantil del inaplicado artículo 392.1 en relación con el art. 390.1.2º, ambos del CP. Dichos preceptos disponen que el particular que cometa falsedad, simulando un documento en todo o en parte será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. Bajo la expresión de “simulación” se incluyen los casos de creación íntegra de documentos (documentos apócrifos), siendo importante recordar que la jurisprudencia ha dejado sentado que las facturas tienen naturaleza de documentos mercantiles (v. STS núm. 869/1997 de 13 junio [RJ 1997\4895]).

Como sabemos, el art. 392 CP no fue aplicado por la Audiencia de instancia “por considerar que la conducta del acusado constituye un supuesto de autoencubrimiento impune”. Sin embargo, el autoencubrimiento supone un acto propio dirigido expresamente a buscar la impunidad de otro acto anterior, y de ningún modo puede aplicarse esa doctrina a unos actos que forman parte de una estrategia concebida para obtener ilícitamente un beneficio, como en el caso de Gaspar. Esta distinción es muy importante, porque si conseguimos que prevalezca la tesis de que las facturas falsas no tuvieron una finalidad autoexculpatoria, sino que realmente permitieron que el ex gerente obtuviera el dinero, la acción no puede integrarse en el denominado autoencubrimiento impune y debe aplicarse el citado art. 392 CP a la conducta típica falsaria.

De lo expuesto, se deduce la viabilidad de interponer el recurso de casación por infracción de ley del art. 849.1 LECrim. con muchas posibilidades de éxito. Dicho precepto se refiere a errores que afecten a normas aplicables a la sentencia. En concreto, dispone que se entiende infringida la ley “cuando dados los hechos que se declaren probados [...] se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal”. Con respecto a este motivo, hay que decir que se estima cometido el error determinante de la casación cuando, sobre una base fáctica establecida en la misma sentencia como “hechos probados” (y que por este motivo es intangible), se estime inaplicada o mal aplicada la debida norma jurídica. Además, la norma inaplicada o mal utilizada debe tener carácter sustantivo, pudiendo ser penal o de otra clase. Como vemos, este motivo se ajusta perfectamente a nuestro caso, puesto que la Audiencia de instancia declara como hechos probados las falsificaciones de las facturas efectuada por Gaspar y sin embargo, no aplica el art. 392 CP que es el precepto que tipifica tal conducta como un delito de falsedad documental.

Dicho esto, interesa aclarar que, si bien consideramos que las facturas fueron instrumentalmente imprescindibles para alcanzar el objetivo de Gaspar, y por ello, no pueden considerarse un autoencubrimiento, no es menos cierto que de las catorce facturas falsas elaboradas, sólo en las nueve primeras concurre esa condición. Está claro que éstas sirvieron de instrumento para justificar las ilícitas disposiciones y que formaron parte de la estrategia elaborada para obtener el dinero. Cobrar los cheques, retirar el efectivo y elaborar los soportes contables (las facturas), son el conjunto de acciones que permitieron el lucro, el medio con el que se obtuvo ilícitamente un beneficio económico. En cambio,

las cinco facturas y los seis recibos absolutamente irreales que Gaspar presentó posteriormente al ser descubierto por la empresa, sí que pretendían encubrir un delito anterior y, por ello, pueden considerarse un autoencubrimiento. En ese sentido se pronuncia la STS (Sala de lo Penal, Sección núm. 1009/2009 de 14 octubre RJ 2009\7467) que deja sentado que en el autoencubrimiento “[...] lo que se busca, al fin y al cabo, es ocultar el acto ya ejecutado, debiendo ser reputado como un acto copenado y, por tanto, impune, al estar sometido a la regla de consunción impuesta por el art. 8.3 del CP o, desde otra perspectiva doctrinal, a la regla de la subsidiariedad tácita del art. 8.2 del mismo texto legal (cfr. STS 406/2009, 17 de abril)”.

Considerando que:

- Gaspar elaboró nueve facturas falsas con la finalidad de apropiarse de un dinero
- las facturas tienen consideración de documentos
- el CP tipifica la falsificación de las facturas como un delito de falsedad en documento mercantil
- las falsificaciones realizadas no pueden considerarse un autoencubrimiento porque formaron parte del sistema ideado para obtener el dinero
- la repetida falsificación consta en la sentencia como “hechos probados”
- la AP inaplicó el art. 392 CP

la conclusión es que resulta perfectamente factible obtener una sentencia estimatoria por la vía del art. 849.1 LECrim., y conseguir así que se condene a Gaspar como autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil.

De esta forma, la decisión condenatoria no se sustentaría en una alteración de los hechos declarados probados en la instancia, sino en una distinta consideración jurídica sobre la elaboración de las facturas falsas, a partir de unos datos objetivos que el órgano judicial recurrido da por acreditado

II.- La responsabilidad civil por restitución en caso de que prospere el recurso relativo al delito de falsedad.

Conforme al art. 100 de LECrim. “de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible.”

En nuestro caso, la acción civil se ha entablado junto a la penal, pues tanto el Fiscal como Comercial Xop, en su condición de acusación particular, solicitaron la condena a responsabilidad civil. Esto supone la acumulación de objetos heterogéneos dentro del mismo procedimiento, dando lugar al denominado “proceso civil acumulado”, cuyo objeto lo constituye la pretensión civil de restitución, atribuyendo al órgano penal la competencia para su conocimiento.

La sentencia de la Audiencia Provincial no se pronuncia sobre la RC porque al absolver a Gaspar desde el punto de vista criminal, no resulta necesario pronunciarse sobre la absolución civil. Además, no habiendo responsable penal es imposible declarar la responsabilidad civil (salvo los supuestos excepcionales del art. 118 CP). La responsabilidad civil derivada de delito sólo puede ser objeto de pronunciamiento en el ámbito del proceso penal, cuando (habiéndose pedido) preexiste una declaración de algún "responsable" por tal delito. Ese es el término que emplea el art. 116 CP, reiterado en el art. 123 CP para las costas, lo que supone la existencia de una acción típicamente antijurídica y culpable, e incluso punible.

Contestando directamente a la pregunta formulada, si planteado, admitido y tramitado el recurso de casación es finalmente estimado, Gaspar será condenado como autor del delito falsificación, y la nueva sentencia dictada por el TS debe forzosamente resolver sobre la cuestión referente a la responsabilidad civil (v. art. 142 LECrim.). En realidad se dictarían dos sentencias:

- la primera, declarando haber lugar al recurso y casando y anulando la resolución recurrida, ordenando la devolución del depósito y declarando las costas de oficio.
- la segunda, separada de la anterior, resolviendo sobre el fondo del asunto y como ya hemos dicho, sobre la responsabilidad civil puesto que es objeto del proceso penal.

La estimación en la sentencia firme de la pretensión civil acumulada de restitución del dinero apropiado por Gaspar, se sometería, en cuanto al régimen de ejecución, a las previsiones previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La regla general es atender primero al cumplimiento voluntario por parte de Gaspar, procediendo a la ejecución en caso contrario.

Consecuencias de un fallo desestimatorio del TS.

En ese caso, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona se convertiría en firme, quedando expedita la vía civil. Es decir, que para obtener la restitución del dinero, Comercial Xop deberá iniciar una acción civil. Según el art. 116 de la LECrim, "la extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer." De ello se deriva una doble consecuencia: que las resoluciones dictadas por los Tribunales de lo Penal no producen la excepción de cosa juzgada en el orden civil, y que la extinción de la acción penal no lleva consigo la de lo civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho del que lo civil hubiera podido nacer. Por tanto, la acción civil es perfectamente viable, ya que la SAP declara como hecho probado que Gaspar se apropió del dinero, si bien termina absolviéndole por las razones que ya hemos comentado. Las sentencias penales sólo vinculan al Juez civil en aquellas afirmaciones fácticas declaradas probadas que son integrantes del

tipo que se define, y siendo absolutoria, la sentencia penal sólo vincula al Juez civil respecto a la declaración de inexistencia del hecho del que pudiera nacer la acción civil. Sin embargo, en los casos en que una sentencia absolutoria declara como probados los hechos típicos desde el punto de vista criminal, así como la participación del acusado en los mismos, pero que por cualquier otra circunstancia decreta su absolución (como es nuestro caso), los hechos fijados por el Juez penal deben ser respetados por el Juez civil.

Respecto al plazo para interponer la acción, consideramos que al no haber sido condenado por la perpetración del delito que dio lugar a la iniciación del proceso penal, la acción civil a entablar por Comercial Xop en el orden jurisdiccional civil no es la acción civil «ex delicto», sino la acción sujeta al plazo de prescripción de un año, contenido en el artículo 1968.2 del Código Civil .

BREVES CONCLUSIONES.

Respondiendo directamente a las dos cuestiones planteadas, podemos concluir:

1ª. Que es viable que prospere nuestra tesis de que la primera falsificación de las nueve primeras facturas no es una acción exculpatoria, sino que entra de lleno en la conducta típica de la falsedad documental, debiendo aplicarse el art. 392.1 CP. De ser así, el TS declarará haber lugar al recurso de casación, casando y anulando la sentencia de la AP de Barcelona y dictando una segunda Sentencia condenando a Gaspar como autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil por la falsificación de dichas facturas mientras ostentaba el cargo de Gerente de Comercial Xop.

2ª. Que habiéndose solicitado la responsabilidad civil (tanto por la acusación particular, como por el Ministerio Fiscal), si se estima el recurso, el TS se pronunciará sobre la misma, resolviendo en el sentido de conceder la restitución del dinero ilícitamente obtenido, más los intereses y costas.

Para el caso de que el recurso fuese desestimado, quedaría expedita la vía civil. Ello retrasaría ostensiblemente el momento de obtener la restitución, ya que habría que iniciar acciones en vía civil. No obstante, al haberse declarado probado que hubo una apropiación indebida del dinero, la sentencia en vía civil sería favorable a Comercial Xop.

Éste es mi criterio, que como es habitual, someto a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

Fdo. Luis Miguel López Fabra