

## 2. Impugnación de actos realizados por el marido sobre bienes gananciales, en fraude de su mujer (1)

SUMARIO.—I: Supuesto.—II: Breve esquema de los actos que sobre gananciales puede realizar el marido.—III: Análisis del acto realizado por el marido.—IV: Posición de la Jurisprudencia.—V: Examen de las posibles acciones a ejercitar por la mujer y de su fundamentación.—1) Inexistencia.—2) Falta de poder.—3) Nulidad de pleno derecho.—4) Anulabilidad.—5) Rescisión.—6) Acción de indemnización de daños y perjuicios.—VI: El problema de la restitución.—VII: La prodigalidad.—VIII: Conclusiones.

### I

#### SUPUESTO

1. Supuesto general: ¿Cómo impugnar los actos que sobre bienes gananciales realiza el marido en fraude de su mujer?

2. Supuesto especial: El régimen económico de un matrimonio es el de gananciales.

El marido compra con dinero ganancial usufructos cuyo término extintivo es su propia vida. (O bien: transmite la nuda propiedad de bienes gananciales a cambio del usufructo de otros bienes distintos, y reservándose el usufructo de aquellos cuya nuda propiedad transmite. El término extintivo es siempre su propia vida.)

El marido repite estas enajenaciones con frecuencia, hasta conseguir que la totalidad o casi totalidad de los bienes gananciales, queden sustituidos por derechos reales de usufructo en su favor (o en el de la sociedad) y que se extinguirán todos ellos al morir él.

La mujer quiere saber si tales actos pueden ser impugnados de alguna forma.

### II

#### BREVE ESQUEMA DE LOS ACTOS QUE SOBRE GANANCIALES PUEDE REALIZAR

##### EL MARIDO

- A) El marido puede, en relación con bienes gananciales:
- 1.º Administrar (Artículos 59, p. 1.º y 1.412 C. c.).
  - 2.º Enajenar y obligar a título oneroso sin el consentimiento de la mujer (Artículo 1.413, p. 1.º C. c.).
  - 3.º Disponer por testamento de la mitad que le corresponde (Art. 1.414 C. c.).
  - 4.º Hacer donaciones, en favor de hijos comunes, para su colocación o carrera (Arts. 1.409 y 1.415, p. 1.º C. c.).
  - 5.º Hacer donaciones moderadas, para objetos de piedad o beneficencia, pero sin reservarse el usufructo (1.415, p. 2.º C. c.).
- B) El marido no puede, en relación con bienes gananciales:

(1) Este trabajo es el resultado de una ponencia de su autor discutida en el Seminario del Anuario de Derecho Civil.

1.º Disponer a título gratuito por actos intervivos, con las excepciones antes señaladas (núms. 4.º y 5.º) (Arts. 1.413, p. 1.º y 1.415 C. c.).

2.º Disponer por testamento de más que de su mitad (Art. 1.414 C. c.).

C) El marido puede realizar enajenaciones o convenios, dentro de las facultades señaladas más arriba (A), pero si se hacen en contravención al Código civil o en fraude de la mujer, no perjudicarán a ésta ni a sus herederos.

Es de notar, aunque el Código parece unificar ambas cosas, que son distintos los efectos de los actos del marido en contravención del Código civil y de los realizados en fraude de la mujer. En el primer caso, la ineficacia vendrá dada, en cada caso, por el precepto infringido, y generalmente se tratará de nulidad de pleno derecho por aplicación del párrafo 1.º del artículo 4.º del Código civil. En el segundo caso, la regulación legal es muy imprecisa y su interpretación es objeto de estudio en este dictamen.

### III

#### ANÁLISIS DEL ACTO REALIZADO POR EL MARIDO

1. La sustitución de bienes gananciales en pleno dominio, por derechos reales de usufructo, en favor del marido y sobre su vida, o en favor de la sociedad de gananciales, pero también extinguiéndose con la vida de aquél, puede realizarse de dos maneras. Antes de exponerlas, indicaremos que es indiferente que el marido constituya el usufructo en su favor o en el de la sociedad, porque en todo caso, el usufructo es en favor de esta última, pues se adquirió a título oneroso con bienes gananciales (Art. 1.401, núm. 1.º y 1.407 C. c.) y aunque no fueran gananciales, los frutos o rentas que produjesen, si lo serían (artículo 1.401, núm. 3.º C. c.).

La primera forma de realizar el acto que analizamos consiste en transmitir el marido el pleno dominio de determinados bienes gananciales (probablemente dinero o fincas rentables) a cambio del usufructo de otros de más valor. Si los bienes cuyo usufructo se adquiere, no valen más que aquellos cuyo pleno dominio se pierde, creemos, aunque haya contraprestación, que se trata, en esencia, de un acto gratuito (la bilateralidad no excluye la gratuidad), pues se cambia un usufructo por otro (sobre bienes de igual valor) y se pierde, sin recibir nada a cambio, la nuda propiedad de los bienes que se transmiten en pleno dominio. En este último caso el acto es claramente nulo por infringir los artículos 1.413 y 1.415 del Código civil.

La segunda forma de realizar el acto que analizamos consiste en transmitir, reservándose el usufructo, la nuda propiedad de determinados bienes gananciales (probablemente fincas rentables), adquiriendo a cambio el usufructo de otros distintos.

2. El acto que examinamos, en cualquiera de sus variantes, es, con la salvedad señalada, de que encubra un acto gratuito, un acto a título oneroso, y, en principio, válido.

### IV

#### POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

1. La Jurisprudencia ha abordado varias veces el problema de la impugna-

ción por la mujer de actos relativos a gananciales, realizados por el marido, en fraude de aquélla. Vamos a ver las sentencias más interesantes:

A) S. T. S. DE 8-V-1900

a) Supuesto general: Matrimonio que vive bajo el régimen de gananciales, aceptado libremente en capitulaciones matrimoniales. En éstas se especifica la aportación de una serie de bienes de la mujer como dotales estimados e inestimados.

b) Actos del marido sospechosos de fraude:

1.º Arrendamiento por tres años de una casa que tiene el carácter de dotal inestimada, por un precio total de 15.000 pesetas. Antes del arrendamiento rentaba, en el mismo período de tiempo, 44.505 pesetas. El arrendatario cede con posterioridad a tercero su derecho de arrendamiento.

2.º Contrato de préstamo, en condiciones muy desfavorables, en el que el marido prestatario garantiza la devolución con hipoteca voluntaria sobre el derecho real de usufructo, que cree le corresponde, en las participaciones proindiviso que a su mujer pertenecen en varias casas que tienen el carácter de dotales inestimadas.

c) Diversas cuestiones surgidas:

1.º Varios acreedores del marido, entre ellos el prestamista (b, 2), incoan juicio ejecutivo contra aquél.

2.º El cesionario del arrendatario (b, 1.º) interpone tercera de dominio.

3.º La mujer interpone demanda de tercera de mejor derecho, impugnando varios contratos realizados por su marido, entre ellos los referidos arrendamientos y préstamo. Antes del fallo en primera instancia, presenta, además, sentencia de otro Juzgado declarando pródigo al marido. El Juzgado dicta sentencia: se estima la tercera interpuesta por el cesionario del arrendatario; se desestima, en cambio, la rescisión y nulidad de los contratos sospechosos celebrados por el marido, pero, reconociendo a la mujer, que tiene un derecho preferente a reintegrarse, antes que el prestamista, con los productos de los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, del valor de su dote estimada y del de determinados bienes de la inestimada, enajenados, y cuyo precio ha percibido su marido.

d) Contra dicha sentencia apelan el prestamista, el cesionario del arrendatario y la mujer. La Audiencia dicta sentencia, declarando ineficaces en cuanto pudieran perjudicar los derechos de la mujer, los dos contratos reseñados (b 1.º y 2.º), así como el de cesión del arrendamiento (b 1.º).

e) Interponen recurso de casación el cesionario del arrendatario y el prestamista contra la sentencia de la Audiencia. El Tribunal Supremo falla a favor de la mujer manteniendo la sentencia de la Audiencia. El Tribunal Supremo, entre otras cosas, dice: «... es evidente que la sentencia de la Audiencia no puede menos de prevalecer en cuanto en ella se declara la ineficacia de dichos contratos... puesto que el párrafo 2.º del artículo 1.413 del Código civil, terminantemente establece que toda enajenación o convenio que sobre los bienes de la sociedad de gananciales haga el marido en fraude de la mujer, no perjudicará ni a ésta ni a sus herederos... El fraude se determina por el objeto y finalidad con que el marido celebra los contratos..., que pueden ser válidos en

si mismos e ineficaces en cuanto a la mujer si se han realizado con visible intento de perjudicar a ésta sin fin alguno de beneficio para la sociedad...»

B) S. T. S. DE 12-XII-1929

- a) Supuesto general: Matrimonio bajo régimen legal de gananciales.
- b) Supuesto especial: El marido vende bienes gananciales a un pariente de una sirvienta con la que mantiene amistad íntima.
- c) Fallo del Tribunal Supremo: Puede resumirse en los siguientes puntos:
- 1.º Se admite la fraudulencia, que se considera cuestión de hecho.
  - 2.º Puede utilizarse el derecho de impugnación desde que se realiza la enajenación fraudulenta.
  - 3.º Tiene la sentencia el valor de una información *ad perpetuam*, a fin de obtener la base necesaria, para que, llegado el caso de hacer el inventario del artículo 1.418 del Código civil, pueda traerse a colación el importe de las enajenaciones que deban considerarse ilegales o fraudulentas.
  - 4.º Se niega la anotación preventiva de la sentencia, por considerarse que la Ley Hipotecaria no la concede expresamente.

C) S. T. S. DE 14-III-1932

- a) Supuesto general: Matrimonio bajo régimen legal de gananciales.
- b) Supuesto especial:
- 1.º La mujer interpone demanda de divorcio obteniendo sentencia que condena al marido al pago de 500 pesetas por *litis expensas* y 75 pesetas mensuales por alimentos.
  - 2.º Se decreta embargo de bienes del marido que se hace efectivo en la mitad indivisa de una casa. Esta mitad indivisa tienen carácter ganancial.
  - 3.º El marido vende en una misma escritura, y a una hermana suya, la mitad indivisa de la casa dicha (b 2.º), que fué adquirida, después del matrimonio, por él y por su hermana, en régimen de comunidad. En la misma escritura vende, también a su hermana, una finca rústica, comprada por el marido, también después del matrimonio, y en la que se habían hecho edificaciones, así como una finca urbana, propiedad del marido.
- c) La mujer solicita en primera instancia la rescisión, por fraude, de la venta de la finca rústica ganancial y de la mitad indivisa, también ganancial, de la casa. El Juzgado estima rescisión total, por fraude, de dichos contratos.
- d) El demandado apela y obtiene que sólo se estime la demanda de la mujer en la parte relativa a la efectividad de los alimentos, «litis expensas» y costas. Es decir, los contratos, según la Audiencia, sólo son rescindibles en cuanto no puedan satisfacerse los alimentos, «litis expensas» y costas señaladas en b 1.º
- e) La mujer recurre en casación, donde prevalece la tesis del Juzgado, de rescisión total, si bien se hace la misma reserva, en cuanto a la ejecución de la sentencia, que se señaló en la S. T. S. 12-XIII-1929 (B. c. 3.º).

D) S. T. S. DE 17-IV-1950

- a) Supuesto general: Matrimonio bajo régimen legal de gananciales.
- b) Supuesto especial: El marido vende bienes gananciales a un pariente suyo.

c) La mujer impugna en primera instancia, después de la muerte del marido, las enajenaciones, obteniendo sentencia favorable, en la que se dice: «... Que son nulas y carentes de toda eficacia, por simulación de la causa y falsedad de la misma, las escrituras de compraventa celebradas por el marido y el comprador...»

d) La Audiencia da asimismo la razón a la mujer diciendo: «... Que procede rescindir los contratos de compraventa contenidos en las escrituras de (fechas) celebrados entre el marido y el comprador, cuyos contratos se declaran rescindidos en lo que sea necesario para pagar a la viuda... y adjudicarle la mitad... de los gananciales.»

e) El T. S. dice: «Considerando que la sentencia, en tal sentido, no infringe los artículos 1.291 y 1.294 del C. c., disposiciones reguladoras de la rescisión con carácter general, pero cuya aplicación al caso de autos ha de subordinarse a la especial, para tal caso, contenida en el art. 1.413 C. c., que, interpretado, ... permite a la mujer ejercitar su acción desde la enajenación de bienes de la sociedad conyugal, para obtener la declaración de perjuicios y fraude, como base para reclamar después de la disolución de dicha sociedad los derechos que le concede el art. 1.413, si al hacerla no hubiese otro medio de reparar el perjuicio..., lo que no puede determinarse hasta la disolución de la sociedad conyugal...»

#### E) OTRAS SENTENCIAS

Conocemos varias sentencias más que tratan, más o menos directamente, el mismo tema, pero que no añaden, a nuestro juicio, ningún elemento nuevo a lo ya expuesto, entre otras las SS. T. S. de 29-X-1907, 13-XII-1913 (que declara la rescisión del acto fraudulento sin hacer ninguna especificación en cuanto al tiempo de ejecución de la sentencia, como se hace en las otras examinadas más arriba, salvo en la de 8-V-1900), 13-XI-1917, 26-V-1930, etc.

2) Breve comentario a la Jurisprudencia.

La Jurisprudencia citada comienza con una sentencia del año 1900, que es, para nosotros, la más perfecta de cuantas conocemos relacionadas con el caso en cuestión. El T. S. declara llanamente la ineficacia de los actos fraudulentos, sin ninguna reserva en cuanto a la ejecución de la sentencia. Esta, por tanto, podrá ejecutarse de manera inmediata. La protección de la mujer es eficaz.

Otras sentencias posteriores (la citada de 13-XII-1913) se mantienen dentro de la misma línea.

La S. T. S. de 12-XII-1929 introduce una importante novedad, que puede frustrar, en gran número de casos, la protección que a la mujer le concede el art. 1.413, p. 2.º: la sentencia, que puede obtenerse en vida del marido, no tiene otro valor que el de constatar el fraude, para que, después de disuelta la sociedad y al hacer el inventario del art. 1.418, pueda traerse a colación el importe de la enajenación fraudulenta. Y para que la indefensión sea aún mayor, no cabe siquiera obtener anotación preventiva, sobre los inmuebles afectados, por la declaración de fraude, de la sentencia que lo declara. El adquirente, en fraude, de los bienes, que conoce por la sentencia el peligro que corre, se apresurará, normalmente, a hacer desaparecer los bienes, fingir una insolvencia, etc...

El criterio de la sentencia de 12-XII-1929 es mantenido por las posteriores de 14-III-1932 y 17-IV-1950.

Otros datos interesantes, que podemos entresacar de la Jurisprudencia, son: La fraudulentencia es una simple cuestión de hecho a decidir en cada caso por los Tribunales (S. T. S. 12-XII-1929 y otras) y la figura jurídica, en la que encaja la impugnación, parece ser la rescisión. Sobre este último punto insistiremos más adelante.

## V

### EXAMEN DE LAS POSIBLES ACCIONES A EJERCITAR POR LA MUJER Y DE SU FUNDAMENTACIÓN

1) Inexistencia. Si el acto fraudulento (declarado en cada caso concreto como fraudulento por los Tribunales) fuera inexistente, la sentencia no haría sino declarar esta cualidad del mismo. La acción no correría por el cauce de los arts. 1.300 y siguientes, ni se le aplicaría la caducidad del art. 1.301.

No parece viable esta solución, que no encuentra apoyo legal. Las escasas normas que han dado lugar a la teoría de la inexistencia (arts. 1.261, 1.300, 1.310, 1.081, etc. del C. c.) no parecen tener aquí el más mínimo encaje. El acto fraudulento, por el solo hecho de serlo, no carece de ningún elemento esencial (consentimiento, objeto, causa, forma en su caso, etc., si se trata de un contrato). Estos, en cada caso, y según la clase de acto (contrato generalmente), existirán, o no, con independencia del fraude.

2) Falta de poder. Puesto que el marido es el representante legal de la sociedad de gananciales, salvo pacto en contrario, puede sostenerse, quizá, que siempre que sobrepase el ámbito de su poder (arts. 1.714 y 1.727 C. c.), su actuación es nula, salvo la posible ratificación del representando (artículos 1.727, p. 2.º, y 1.259, p. 2.º). Como aquí a quien representa es a la sociedad de gananciales (en último término, a un conjunto de bienes en régimen de comunidad, si bien, esta comunidad tenga una configuración legal especial), el otro cotitular de la misma puede verificar esta ratificación, de la misma manera que hubiera podido otorgar conjuntamente el acto de enajenación, excluyéndose así su posible impugnación por fraude (práctica que sería muy útil que se introdujese en el comercio jurídico).

El problema estriba en saber si un acto fraudulento del marido, y concretamente, si el contrato de adquisición de usufructo que nos sirve de tema es, en efecto, un acto que excede del contenido del poder que la Ley le confiere. Para nosotros, la solución es negativa. Sería ir demasiado lejos lo contrario. El marido «puede» actuar a título oneroso de manera amplísima, y por eso mismo, y como medida correctora, está la posible impugnación por fraude. Nuestra Jurisprudencia, creemos, que ni siquiera sospecha esta posibilidad. Otra cosa distinta es el considerar el que en una reforma legal, la cotitularidad de los cónyuges sobre los gananciales, se traduzca en unas facultades dispositivas conjuntas. Si acaso, como mecanismo corrector, y para evitar la oposición injustificada de uno de ellos, podría arbitrarse una licencia judicial que sería el elemento sustitutivo de la voluntad que falta. Y no es que la licencia judicial (quizá «consentimiento judicial») pueda sustituir nunca a una voluntad, pero es que, en la práctica, no queda otro remedio (como tampoco

queda otro recurso, en las ejecuciones, que el de que el juez otorgue la escritura de venta a nombre del ejecutado, si éste no lo verifica: art. 1.514 L. E. C., 127 L. H., etc.).

### 3) Nulidad de pleno derecho.

Dos bases legales existen para admitir esta fundamentación de la impugnación de la mujer: la infracción del art. 1.413, p. 2.º, o la del art. 1.275. El contrato fraudulento infringe, evidentemente, el art. 1.413, y parece que también el art. 1.275.

Pero examinando la primera cuestión: la infracción del art. 1.413, ¿da lugar o no a la nulidad de pleno derecho del art. 4.º, p. 1.º, C. c.? Es decir, ¿la Ley quiere que el acto sea nulo, o simplemente le otorga una eficacia distinta, o le somete a una impugnación que debe correr por las vías de los arts. 1.300 y ss. (anulabilidad) o de los arts. 1.290 y ss. (rescisión)? Los límites entre la nulidad y la anulabilidad no están nada claros en nuestro Derecho. No vamos a examinar aquí estos conceptos, pero sí, sólo, a indicar que hay que acudir a preceptos dispersos para construirlos, y que, en caso de duda, no quedan otros caminos que la analogía y la lógica. Vamos a dejar de lado el problema de si la ilicitud o la falsedad de la causa dan lugar a nulidad de pleno derecho (arts. 1.275 y 1.276 C. c.) o sólo a anulabilidad (arts. 1.301, p. 4.º; 1.305 y 1.306), y siguiendo la opinión más común vamos a admitir la primera posición, como base para nuestra argumentación. Siguiendo con la primera cuestión, a un acto, que reúna todos los elementos esenciales exigidos por el Derecho, pero al que se superponga la voluntad de defraudar, ¿puede aplicársele el art. 4.º C. c.? ¿Equivale a un contrato con causa falsa o ilícita? ¿O es, por el contrario, un acto perfecto en sí y que, por el ánimo de defraudar, es equivalente a un contrato con consentimiento viciado (por error, violencia, intimidación o dolo: arts. 1.265 y ss. C. c.), y por tanto, solamente anulable? (art. 1.301 C. c.). Es decir, la oposición a la Ley, el ir contra ella, ¿es algo tan definido, tan terminante, que debe aplicarse el artículo 4.º, o se trata de un simple vicio (art. 1.300 C. c.) y el contrato es anulable? La solución es muy difícil. Si el art. 1.413, p. 2.º, dijese «sin embargo, toda enajenación o convenio que sobre dichos bienes haga el marido, en contravención a este Código o en fraude de la mujer serán nulos», nos inclináramos por la nulidad de pleno derecho; pero el final de este artículo parece querer excluir la nulidad radical al decir solamente «no perjudicará a ésta ni a sus herederos». Esta opinión se confirma con el texto del párrafo 2.º del artículo 1.419, que no prescribe la nulidad plena del acto, sino solamente el traer a colación el importe de lo defraudado (y precisamente el importe, y no los mismos bienes enajenados). La Jurisprudencia del T. S., desde luego, no apoya la teoría de la nulidad radical.

La ilicitud de la causa, desde el ángulo que ahora la enfocamos, constituye una posibilidad muy interesante. No nos hace falta ya el p. 2.º del art. 1.413, sino que basta el art. 1.275 para atacar el acto fraudulento. Un acto realizado por un marido, sobre bienes gananciales, con la finalidad de defraudar a su mujer, es un acto, desde luego, contrario a la moral (art. 1.255 C. c.), a las buenas costumbres (art. 1.271 final C. c.) y, probablemente, con causa ilícita (art. 1.275 C. c.). La doctrina clásica de la causa suele distinguir ésta (como algo objetivo) del motivo (como algo subjetivo) para negar relevancia jurídica

a este título, como algo que escapa entre los agujeros, excesivamente gruesos, de la malla del Derecho. Pero una corriente nueva, consagrada ya por la Jurisprudencia, viene dando relevancia al móvil en los casos en que supone ilicitud, para obtener como consecuencia, la nulidad radical del acto. Casos de extraordinario interés son las SS. T. S. de 2-IV-1941, 12-IV-1944 y 12-IV-1946. Las dos últimas relativas, respectivamente, a la ilicitud de la causa del contrato de venta simulada para defraudar legitimarios, o de donación con la misma finalidad, presentan una analogía importante con el problema que examinamos. Pero, ¿y si sólo el marido actúa con ánimo fraudulento? En los casos citados, parece que ambas partes estaban afectadas por el móvil ilícito. Creemos que, en efecto, para que el móvil, a caballo sobre la causa, tenga relevancia jurídica, debe radicar en todas las partes contratantes. Un importante elemento de analogía puede proporcionarlo el requisito de la complicidad en el fraude, exigido por la Jurisprudencia, por la doctrina y por la Ley (arts. 1.295, p. 2.º; 1.297 C. c. y 37 L. H.) para que pueda prosperar la Acción Pauliana. Por todo ello, concluimos, que para considerar que el contrato a título oneroso celebrado por el marido, con ánimo de defraudar a su mujer, es, radicalmente nulo, por oposición a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o por ilicitud de la causa, se requiere connivencia entre el marido y la otra parte contratante. Así, pues, con absoluta independencia de la impugnación por vía de rescisión, que parece patrocinar nuestro T. S., la mujer puede gozar de una impugnación mucho más fuerte (pedir que se declare que el acto fué radicalmente nulo) y no subordinada al resultado del inventario que exige la liquidación de gananciales (art. 1.419, p. 2.º C. c.). Pero, ¿aceptará esta tesis nuestro más Alto Tribunal y tendrá éxito la mujer, si fundamenta su impugnación en la ilicitud de la causa? Es muy dudoso. Pero no vemos inconveniente en que se pida la nulidad radical por ilicitud de la causa, y, subsidiariamente, por sí los Tribunales no la aceptan, la rescisión en los términos que veremos más adelante.

4) Anulabilidad. Si se admite la simple anulabilidad, el acto es válido, pero impugnabile, y el plazo para la impugnación es de sólo cuatro años (artículo 1.301 C. c.). (Pero, ¿desde cuándo corre el plazo? ¿Desde el acto fraudulento o desde la disolución del matrimonio?). Cabe confirmación (art. 1.309 C. c.).

Estamos en el reverso de la moneda. Donde termina la nulidad de pleno derecho comienza la anulabilidad. Pero, ¿dónde termina aquella? Si se considera que la infracción del art. 1.413 o del art. 1.275 da lugar a nulidad de pleno derecho, es inadmisibile la anulabilidad; pero, en caso contrario, hay que aceptar esta última, o bien la rescisión. Nosotros, para no salirnos del tema, insistiremos solamente en que, si la impugnación se basa en el artículo 1.275, dependerá, del encaje previo que demos a la ilicitud de la causa, el que exista una nulidad radical (art. 1.275 C. c.) o una simple anulabilidad (artículos 1.301, p. 4.º; 1.305 y 1.306 C. c.). Por tanto, todo lo dicho antes vale aquí, y si el acto, por aplicación de la teoría general de la causa y de la anulabilidad de pleno derecho, no es radicalmente nulo, es anulable (o rescindible). Desde luego, la opinión dominante, basada en el art. 1.275, considera que el contrato con causa ilícita es radicalmente nulo y no anulable.

Si pasamos al estudio de la infracción del art. 1.413, nos ocurre algo similar. Ya indicábamos antes, que era muy dudoso que este artículo, en relación

con el 1.419, «quisiera» la nulidad radical del acto contrario a él, y nos inclinábamos a rechazar la teoría de la nulidad de pleno derecho. Pero, en este caso, caben dos variantes. El acto puede ser anulable o rescindible. La posibilidad de rescisión la estudiaremos en epigrafe aparte. La anulabilidad, volvemos a decirlo, se aplica donde no quepa la nulidad. Si el acto va «contra» la Ley, es nulo. Si tiene un vicio, solamente es anulable (art. 1.300 C. c.). Si prescindiésemos de la jurisprudencia del T. S. no podríamos ocultar nuestra inclinación hacia la anulabilidad. Es muy duro decir que el acto fraudulento es radicalmente nulo. El fraude, ¿no es algo superpuesto, añadido, al acto, y que debe probarse en juicio? ¿No tiene una gran analogía con el dolo, la intimidación, la violencia o el error, que hacen solamente anulable el acto? ¿Cómo admitir que sin necesidad absoluta de juicio (que sin embargo será necesario para deshacer una falsa apariencia, proteger a terceros, etc.), y sin plazo prescriptivo especial, el acto es nulo? ¿Cómo van a calificarlo los Notarios, Registradores, etc? ¿Debe negársele la entrada en los Registros públicos. sin necesidad de una declaración judicial previa? ¿Es posible que no pueda ser confirmado válidamente por la mujer? Todo eso habrá que admitir, si se sigue el sistema de la nulidad radical. La anulabilidad tiene notables ventajas: plazo breve (cuatro años) para el ejercicio de la acción (creemos que se cuenta desde el acto fraudulento si lo conoce en su integridad la mujer, y si lo desconoce, desde la disolución del matrimonio); necesidad en todo caso de una declaración judicial; presunción favorable a su validez; entrada en los Registros públicos, de toda clase, etc. Pero, ante las normas legales, ¿cabe admitir la anulabilidad? Creemos que sí. Y esta admisión puede ir compaginada con la reserva de la ejecución hasta la disolución de la sociedad de gananciales (art. 1.419 C. c.). Entre la rescisión que parece patrocinar nuestro T. S. y la anulabilidad, no hay diferencias prácticas de importancia. Todas las consecuencias que predicábamos más arriba de la anulabilidad van unidas a la rescisión. Pero para admitir la rescisión hay que saltar un gravísimo escollo: el núm. 5.º del artículo 1.291, el art. 1.293 y el art. 1.294 C. c. Es decir, en la duda, es aplicable, por mandato legal, la anulabilidad. A la rescisión sólo se acude en último lugar (art. 1.294 C. c.), en los casos predeterminados por la ley (art. 1.291, número 5.º C. c.), y si la base es la lesión, no hay más casos predeterminados por la Ley que los del art. 1.291, núm. 1.º y 2.º (art. 1.293 C. c.) Pero sobre todo esto insistiremos al tratar de la rescisión.

Para concluir: si no existiese una jurisprudencia, que parece sostener lo contrario, nosotros defenderíamos la anulabilidad, ejercitable inmediatamente después de realizado el acto fraudulento, y pudiendo ejecutarse la sentencia que la declare, sin esperar a la liquidación de la sociedad de gananciales. Lo demás es dejar a la mujer en la más completa indefensión. Pero a la vista de la interpretación de la Jurisprudencia, creemos que, mientras que en esta materia no se reforme el Código, no es viable sostener ante los Tribunales la anulabilidad de ejecución inmediata, sino la rescisión de ejecución diferida.

5) Rescisión. La rescisión tiene, en nuestro Derecho, una configuración imprecisa. No se acaba de ver su diferencia con la anulabilidad. El plazo para el ejercicio de la acción es de cuatro años en ambos casos (arts. 1.299 y 1.301 del C. c.), sus efectos similares (devolución de lo percibido: arts. 1.295, 1.303 C. c.), y la posibilidad de confirmación, que se regula sólo para la anu-

labilidad (arts. 1.309 a 1.313), es aplicada, en general, por la doctrina, también a la rescisión. Parece que esta última es una variante de la anulabilidad, o quizá, la misma anulabilidad, a la que, en casos especiales (arts. 1.291 y 1.292 C. c.), la Ley dedica normas especiales también. Así, pues, resulta que la rescisión es excepcional, y que solamente en los casos señalados en la ley cabe aplicarla (art. 1.291, núm. 5.º, C. c.), que es subsidiaria (art. 1.294 C. c.) y habiendo otro medio de reparar el perjuicio, a éste debe acudir, y que, cuando se basa en la lesión (art. 1.293 C. c.) ni la misma ley puede señalar otras causas que las del art. 1.291, núms. 1.º y 2.º.

Ante estas normas, sería preferible considerar el art. 1.413, párrafo 2.º, como un caso de anulabilidad. El contrato fraudulento, en sí es perfecto, pero a la causa se le suma un móvil ilícito. Este móvil ilícito la hace viciosa, y un contrato en que concurren los requisitos del artículo 1.261, pero que adolecen «de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley» es anulable (art. 1.300 C. c.). Pero ya hemos estudiado más arriba la posible aplicación de la anulabilidad.

Ahora bien, de admitirse la rescisión, ¿por qué causa? Caben dos variantes fundamentales: rescisión por fraude de acreedores y rescisión por lesión.

La primera tiene las siguientes ventajas: la posibilidad clara de apoyarse en la Ley (art. 1.291, núm. 3.º, C. c.) y la de aplicar la teoría, muy elaborada, de la Acción Pauliana. Pero observamos que la mujer no es acreedora de los bienes de la sociedad de gananciales, sino cotitular. No obstante, si al disolverse la sociedad se comprueba que algunos de los bienes que debía haber en la misma han salido de ella fraudulentamente, en virtud del párrafo 2.º del artículo 1.413 y del párrafo 2.º del artículo 1.419, la mujer tiene derecho a exigir la colación de «su importe». Pues bien, en este caso, el marido está obligado a dicha colación, es «deudor» de dicho importe. Y es deudor, como cualquiera, con todos sus bienes (art. 1.911 C. c.), tanto propios, como gananciales por mitad. Si con la mitad que al marido corresponde en los gananciales, y con todos sus bienes propios, no tiene bastante para satisfacer a la mujer la mitad de los «verdaderos» (sin enajenaciones fraudulentas) gananciales, podrán impugnarse, al amparo del artículo 1.111 y 1.291, número 3.º, las enajenaciones tanto de bienes gananciales como propios, siempre que se den todos los requisitos que la Acción Pauliana exige. Pero se plantea un problema muy importante. La Acción Pauliana requiere que la enajenación en fraude sea posterior al crédito. Pero el crédito de la mujer ¿cuándo nace? Porque si nace al liquidar la sociedad, la enajenación es anterior al crédito, y, por tanto, inatacable. Luego la única posibilidad de aplicar la citada acción es considerar que la mujer es, en todo momento, acreedora de la mitad de los gananciales. Esto, técnicamente, no es exacto; pero, ¿cómo considerar que quien es cotitular tiene menos defensas que quien es sólo acreedor? Por otra parte, y ya que por imperativo de la Jurisprudencia, la acción es rescisoria y el supuesto parecido al de la enajenación en fraude de acreedores, no vemos inconveniente en aplicar analógicamente la teoría y la jurisprudencia elaboradas sobre la Acción Pauliana, aunque la acción en cuestión, si bien rescisoria, no es Pauliana. Lo que ocurre es que, en la práctica, la mujer no es tal cotitular. El marido es el único propietario, en vida, de los gananciales. El los administra, él los enajena. La Ley tan sólo prevé una especie de sucesión

por mitad de la mujer, y, por ello, se prohíben al marido los actos dispositivos a título gratuito. Entiéndase bien, que esta consideración que hacemos de los gananciales, se deriva, no de lo que la Ley pretende, sino de lo que, en la práctica, resulta de los preceptos de aquélla, excesivamente rigurosos para la mujer. La sociedad de gananciales es la más leonina que se conoce.

En cuanto a la rescisión por lesión es, para nosotros, totalmente inadmisible, por lo terminante del artículo 1.293.

Vamos, por último, a estudiar la posibilidad de una rescisión especial, atípica. Esta es la solución, y no porque la Ley lo establezca claramente, sino por imperativo de la Jurisprudencia. Nuestro Tribunal Supremo emplea una terminología poco uniforme. A veces se habla ampliamente de «ineficacia» (sentencia T. S. 8 mayo 1900); otras, concretamente, de «rescisión» (sentencia T. S. 17 abril 1950). Pero en esta última sentencia, los términos son suficientemente claros. Ya la Audiencia ha empleado la palabra «rescisión», y el Tribunal Supremo, de manera concretísima, la vuelve a emplear, para decir, además, que la sentencia de aquélla no infringe los artículos 1.291 y 1.294, cuya aplicación ha de subordinarse a la rescisión del artículo 1.413. Estamos, pues, ante rescisión, sin lugar a dudas, según la Jurisprudencia. Pero estamos ante una rescisión rarísima. Una rescisión que no puede ejecutarse, y que no es más que base para reclamar, después de la disolución de gananciales, si no hay otro medio de reparar el perjuicio, la ineficacia, total o parcial, del acto fraudulento. Y todo ello, porque se subordina la ineficacia del acto a que no haya otro medio de reparar el perjuicio, lo que no puede determinarse hasta la disolución de la sociedad conyugal. Más que aplicar la teoría de la rescisión, se ha creado una acción nueva, especial, distinta de toda otra, de «constatación» (llamémosla así), que el Tribunal Supremo compara con una información *ad perpetuam* (sentencias T. S. de 12 diciembre 1929 y 14 marzo 1932), y que sirve de base a una actuación posterior. Así las cosas, la acción que tiene más probabilidades de prosperar ante los Tribunales es la de rescisión, con las especialidades indicadas.

Hay un problema que no ha abordado el Tribunal Supremo y que no es fácil de resolver: el plazo prescriptivo. Si la acción es rescisoria, ¿son cuatro años?, o ¿a pesar de emplearse la palabra rescisión, no es de aplicar este breve plazo? Y, en el primer caso, ¿cuándo empieza a correr? El Tribunal Supremo autoriza a ejercitar la acción desde la enajenación de bienes, pero parece que no obliga a ello, y que puede esperarse a la disolución de la sociedad. Así lo creemos. La mujer puede ejercitar la acción en vida del marido aunque hayan pasado más de cuatro años desde el acto fraudulento, y durante cuatro años desde la disolución del matrimonio. Es de lógica, que si se subordina la eficacia de la acción a que no existan bienes suficientes al disolverse la sociedad, la mujer puede renunciar a constatar el fraude antes de dicha disolución, y al hacerla, comprobar que no existen bienes suficientes y ejercitar la acción. Sirve de elemento analógico, en apoyo de esta opinión, el párrafo 5.º del artículo 1.301. No obstante, y mientras el Tribunal Supremo no diga lo contrario, aunque hayan pasado los cuatro años desde la disolución de la sociedad, puede intentarse la acción, cuyo éxito dependerá de muchas cosas; entre otras, de que no sea alegada la caducidad por la otra parte.

Otro problema básico es el de si se requiere complicidad en el fraude por

parte del que contrató con el marido la constitución de los usufructos en cuestión. Creemos que sí. El marido, en todo caso, está obligado a reparar el perjuicio derivado del fraude. Los bienes gananciales, y sus propios bienes, servirán para ello. Si no bastan, se acudirá a la rescisión total o parcial del acto fraudulento, sólo si la otra parte contratante actuó de mala fe. Entendemos por mala fe la complicidad en el fraude, y creemos que existe tal complicidad en el simple conocimiento de la finalidad de defraudar a la mujer, que persigue el marido, aunque la otra parte contratante no obtenga en la operación un lucro excesivo. Pero si la operación es a título gratuito, o si, sin serlo, la otra parte contratante obtiene un enriquecimiento desproporcionado) cabe también la rescisión. En el primer caso, la rescisión puede ser total, si es necesario; en el segundo, entra en juego la teoría del enriquecimiento injusto, y puede exigirse la devolución del lucro excesivo realizado en detrimento de los gananciales, en cuanto redundó en perjuicio de la mujer.

Por último diremos, en continuación de lo que más arriba apuntábamos, sobre la posibilidad de aplicación de la Acción Pauliana, que, aunque, a nuestro juicio, la rescisión especial del artículo 1.413, párrafo 2.º, no es una rescisión por fraude de acreedores, como los supuestos son bastante parecidos, a falta de otra regulación, pueden llenarse los huecos de esta rescisión especial, con las teorías, y, sobre todo, con la jurisprudencia, muy abundante, sobre la Acción Pauliana.

6) Acción de indemnización de daños y perjuicios. Aparte de la impugnación del acto fraudulento del marido, creemos que existe una posibilidad, por completo independiente: la de que la mujer reclame una indemnización de daños y perjuicios al marido, que por acción u omisión, interviniendo culpa o negligencia (no hace falta, por tanto, probar el fraude) causa un daño a aquélla (art. 1.902 C. c.). El plazo para ejercitar la acción es sólo de un año (art. 1.968, número 2.º, C. c.).

Esta acción puede ser utilísima. El marido puede tener bienes propios. Si en estas condiciones enajena fraudulentamente bienes gananciales, la mujer puede exigir que indemnice, no a ella misma, sino a la sociedad de gananciales (comunidad de gananciales, sería mejor decir), del daño que ésta sufre. O sea, el marido realiza una operación culposa (mucho más si es fraudulenta) que ocasiona a la sociedad una pérdida, y entonces la mujer, como cotitular de la sociedad, y en favor de ésta, reclama al marido, para que con sus propios bienes, indemnice a la sociedad. Contra esta teoría puede alegarse: que no se sabe si va a haber daño para la mujer hasta la disolución de la sociedad; y que la mujer no está legitimada para reclamar indemnizaciones en favor de la sociedad, sino sólo en su favor. A esto puede responderse: que lo que se alega no es el daño de la propia mujer, sino el daño de la sociedad (en último término la disminución de bienes, puesto que la sociedad no tiene personalidad jurídica) de la que es cotitular la mujer, que de rechazo sufre un daño, cuya cuantía exacta no se conocerá hasta la disolución de la sociedad. En cuanto a su legitimación, no está concedida ni negada por la Ley, y en su defecto, podemos aplicar las reglas de la comunidad de bienes (argumento arts. 1.395 y 1.669 C. c.) y en ésta la jurisprudencia concede a cualquier comunero legitimación para el ejercicio de acciones beneficiosas para la comunidad (sentencias T. S. 5 junio 1918, 4 abril 1921, 18 diciembre 1933-2).

Además, como el ejercicio de la acción es contra el marido, debe prescindirse totalmente de la anuencia de éste (art. 60 C. c.).

Dudamos también de la acogida que nuestra Jurisprudencia podrá dar a una acción de indemnización de daños y perjuicios ejercitada por la mujer. Podría acumularse con la acción rescisoria que aquella viene admitiendo. Dentro del año del acto fraudulento la mujer puede interponer demanda solicitando que se declare su fraudulencia, que el marido indemnice a la sociedad, inmediatamente, en el perjuicio sufrido por ésta y, por último, que si al disolverse la sociedad y a pesar de la indemnización, la mujer resulta perjudicada, se le conceda, si no hay otro medio de reparar el perjuicio, la rescisión, en la medida necesaria, del acto fraudulento. (Hay una frase, en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1950, que hace temer que el Tribunal Supremo considera que la indemnización del perjuicio (partiendo de que es la mujer y no la sociedad la perjudicada) queda diferida también a la disolución de ésta. Habla, en efecto, de «... obtener la declaración de perjuicios y fraudes... para reclamar después de la disolución de la sociedad los derechos que le concede el artículo 1.413, si al hacerlo no hubiese otro medio de reparar el perjuicio...»). Es decir, parece que el mecanismo del Tribunal Supremo es el siguiente: la mujer sufre un perjuicio debido a un fraude; la sentencia lo constata; se espera a la disolución de la sociedad; se comprueba al realizarse ésta que la mujer sufre un perjuicio efectivo; se trata de repararlo con bienes del marido; si éstos no alcanzan se acude a rescindir en la medida necesaria el acto que se constató como fraudulento.

Dudamos por ello de que prospere la acción de indemnización en vida del marido, pero no vemos que se pierda nada con intentar, además de la constatación del fraude, la indemnización de presente, acumulando esta petición a aquella. Los Tribunales, en su fallo, pueden negar esta última, pero acceder a la primera, como probablemente ocurrirá.

## VI

### EL PROBLEMA DE LA RESTITUCIÓN

Cualquiera que sea la figura jurídica en la que encajemos la acción de la mujer, es evidente que su resultado favorable dará como consecuencia la ineficacia total o parcial de un acto jurídico, si bien, con arreglo al criterio de la Jurisprudencia, esta eficacia está subordinada a que se haya disuelto la sociedad de gananciales, y la mujer defraudada no tenga otro medio de reparar el perjuicio.

Pues bien, la ineficacia tiene un resultado típico: la restitución. Bien claro lo establece el Código en los únicos casos que regula con algún detalle «los contratantes deberán devolverse las cosas con sus frutos y el precio con sus intereses» (arts. 1.295 y 1.303 C. c.). Naturalmente que en los casos de inexistencia y nulidad de pleno derecho, si ha habido entrega de cosas o pago de precio, la regla es la misma, pues las partes deben volver al *status quo* anterior al contrato radicalmente nulo.

Pero en el caso que examinamos ¿qué devuelve la mujer a la que se defraudó convirtiendo bienes gananciales en usufructos sobre la vida del ma-

rido? El marido, ya hemos visto que pudo celebrar el contrato de varias maneras diferentes. Para nosotros es evidente que en cualquier caso se aplica la regla de restitución antes señalada. Pero ¿cómo se aplica a cada caso concreto? Si con dinero ganancial se compró el derecho real de usufructo de determinados bienes, la mujer restituye dichos bienes (que normalmente estará poseyendo, pero sobre los que, desde que murió el marido, no tiene derecho alguno) y todos los frutos o rentas que hubiesen producido desde que se constituyó el usufructo (o su valor, si no se puede devolver *in natura*). La otra parte debe devolver el precio recibido y sus intereses legales. Un ejemplo aclarará la teoría. El marido compró con 100.000 pesetas el usufructo de una finca rústica que produjo una renta de seis mil pesetas al año durante los diez que aquél vivió. La mujer debe restituir la finca y sesenta mil pesetas de rentas, y la otra parte, cien mil pesetas de precio y cuarenta mil de intereses (interés legal). Es decir, suponiendo que los frutos no se puedan restituir *in natura*, entregará éste ochenta mil pesetas a la mujer (ciento cuarenta mil menos sesenta mil) y recuperará la posesión de su finca. Pero ¿y si lo que la mujer tiene que devolver vale más que lo que tiene que devolver la otra parte? En este caso es evidente que nada puede reclamar la mujer (se sigue el sistema del artículo 1.295, p. 1.º). Se aclara con otro ejemplo: El marido compró con cien mil pesetas el usufructo de una finca rústica que produjo una renta de quince mil pesetas al año, durante los diez que aquél vivió. Pues bien, la mujer para recuperar sus ciento cuarenta mil pesetas debe devolver las ciento cincuenta mil pesetas que rentó la finca. Luego su reclamación es inútil.

En el caso de que el marido haya enajenado la nuda propiedad de bienes gananciales a cambio del usufructo de otros, ¿cómo se realiza la devolución? La mujer devuelve lo que recibió, es decir, los bienes que recibió en usufructo (ya extinguido) y todos sus frutos mientras aquél duró. La otra parte devuelve la nuda propiedad de los bienes de la sociedad (es decir, que ésta consolidó su pleno dominio). Veámoslo con un ejemplo. El marido enajena la nuda propiedad de una finca rústica ganancial, reservándose el usufructo vitalicio de la misma, y adquiere a cambio el usufructo de una casa, también sobre su propia vida (ni que decirse tiene que tanto en este caso como en el anterior los usufructos, aunque se pacten a nombre del marido y sobre su vida, son gananciales: núms. 1.º y 3.º del art. 1.401). Al morir el marido después de diez años desde dicha operación, la mujer devuelve las rentas que produjo la casa en diez años (por ejemplo sesenta mil pesetas) y la otra parte devuelve (pierde) la nuda propiedad de la finca, cuyo pleno dominio corresponde a la sociedad (y al disolverse, por mitad a la mujer). Si la mujer no puede devolver las sesenta mil pesetas, se harán efectivas sobre la finca cuyo pleno dominio conserva la sociedad al recuperar, por la acción de la mujer, la nuda propiedad, y si no cubre las sesenta mil pesetas, tampoco tiene derecho al ejercicio de la acción rescisoria.

Apliquemos este criterio al mecanismo patrocinado por el Tribunal Supremo. La mujer ejercita su acción (en vida del marido, o después de fallecido), y, en el primer caso, espera a la disolución de la sociedad para hacerla efectiva. Al calcular, mediante inventario, los bienes de la sociedad, a los que existan, se les suma el valor de los enajenados fraudulentamente (art. 1.419, p. 2.º C. c.). La mujer tiene derecho a la mitad (art. 1.426 C. c.) de ese

total. Si con los bienes que hay en la sociedad no se le puede entregar su mitad, se acude a los bienes propios del marido, y si con éstos tampoco hay suficiente, se acude, y sólo por la diferencia, al mecanismo de la restitución antes expuesto. Pero ¿cómo se hacen estas restituciones en forma parcial y por qué parte? Se hacen en la forma antes dicha, y por toda y sólo la parte que sea necesaria, para que en la restitución, la mujer obtenga la parte de su mitad de gananciales que no pudo percibir de otra manera. Vémoslo en el primer ejemplo. El marido compró, con cien mil pesetas, el usufructo de una finca rústica que produjo una renta anual de seis mil pesetas durante los diez años que aquél vivió. Al disolverse la sociedad no hay gananciales, y el marido tiene bienes muebles propios por valor de diez mil pesetas. El inventario de los gananciales arroja un resultado de cero. Se le suman las cien mil pesetas de la enajenación fraudulenta (art. 1.419, p. 2.º C. c.). El total es de cien mil pesetas de las que la mujer tiene derecho a cincuenta mil. Se le entregan las diez mil pesetas de los bienes propios del marido, y aún le faltan cuarenta mil, que son las que tiene que cobrar rescindiendo (en la terminología jurisprudencial) parcialmente el acto de constitución del usufructo. La mujer devuelve solamente la mitad (treinta mil pesetas) de los frutos que percibió la sociedad (sesenta mil pesetas) y la otra parte devuelve sólo la mitad (sesenta mil pesetas) de lo que debería devolver (ciento cuarenta mil pesetas) de ser total la rescisión. Si por no poder devolverse los frutos *in natura*, la devolución es, por ambas partes, en metálico, se compensan las deudas y la mujer percibe las cuarenta mil pesetas necesarias para el cobro total de su mitad de gananciales (setenta mil menos treinta mil).

## VII

### LA PRODICALIDAD

Se nos presenta una posibilidad interesantísima: ¿Puede la mujer, en evitación de futuros actos fraudulentos del marido, en relación con los gananciales, pedir y obtener la declaración de prodigalidad de éste?

El Código no define la prodigalidad ni dice qué actos de una persona dan lugar a ella ni en relación con qué bienes.

Desde luego que las normas sobre prodigalidad no han previsto el supuesto que nos interesa; pero, a pesar de ello, ¿cabe encajarlo dentro de ellas? Si la prodigalidad es «conducta socialmente condenable de quien pone en injustificado peligro la situación patrimonial de su familia más cercana» (Federico de Castro, *Derecho civil de España*, tomo II, vol. 1.º, pág. 338), parece que en esa conducta pueden encajar ciertos actos del marido respecto a gananciales. Pero veámoslo con más detalles. Los requisitos de la prodigalidad son:

a) Una conducta. No basta un acto aislado. Así, pues, en el caso objeto de nuestro estudio, la constitución de un usufructo fraudulento no es causa de incapacitación por prodigalidad, pero la serie de actos de ese contenido, si, si concurren los restantes requisitos que señalamos a continuación.

b) Socialmente condenable. Este requisito creemos que se da claramente en este caso. La conducta del que pretende, burlando la Ley, privar a su mujer de los gananciales, es, socialmente, condenable.

c) Que ponga en injustificado peligro la situación patrimonial. Debe de haber peligro patrimonial, y además injustificado. Es evidente que los actos que examinamos ponen en peligro la situación patrimonial de su mujer y de sus restantes herederos forzosos. El problema estriba en que el peligro no es inmediato: mientras viva el marido subsisten los usufructos. Creemos que esto no obsta; basta el peligro, sea presente o futuro, para dar base a la acción de los legitimarios. Pero, y quizá esta es la clave, el peligro ha de ser injustificado. Si la actuación del marido se justifica por circunstancias de cualquier clase que sean (coyuntura económica, probabilidades de vivir mucho, situación angustiosa actual que fuerza a ello, etc.), no es posible hablar de prodigalidad. Es decir, no basta que el marido defraude a su mujer con el acto de que se trate, sino que se requiere, además, que el acto en sí, mejor dicho, la serie de actos, tengan un matiz de derroche, de despilfarro, para que, a nuestro juicio, se pueda aplicar la teoría de la prodigalidad.

d) De su familia más cercana. Este último requisito no crea problemas. La mujer está evidentemente legitimada para el ejercicio de la acción (artículo 222 C. c.).

Vamos a citar una importante sentencia (sentencia T. S. 25 marzo 1942) que perfila claramente la prodigalidad en apoyo de nuestra tesis. Dice, entre otras cosas: «Conducta desarreglada de la persona que por modo habitual disipa o compromete seriamente su patrimonio, ya por la propensión a los gastos inútiles y desproporcionados a su situación económica social, o bien por administrar sus bienes con descuido y ligereza, poniendo con ello en riesgo injustificado su caudal en perjuicio de sus familiares más íntimos: cónyuge, descendientes y ascendientes.»

Según esta sentencia, que abona cuanto hemos dicho, si los actos del marido pueden considerarse, por su repetición (y concretamente parece que sí), como conducta habitual, y ponen, en perjuicio de su mujer (puede ser que, además, de otros herederos forzosos), en riesgo injustificado su caudal, son constitutivos de la figura de la prodigalidad. Para nosotros el hecho de que generalmente Jurisprudencia y doctrina se refieran a la conducta que pone en peligro los bienes propios de una persona (el marido en este caso), no obsta a que la misma teoría sea aplicable a la conducta que pone en peligro los gananciales, bienes estos de los que es cotitular el marido, y que en una mitad constituyen una expectativa en favor de sus herederos forzosos, y en la otra mitad un derecho actual de su cónyuge.

Resumiendo, nuestra posición es la siguiente: para que sea aplicable la teoría de prodigalidad se requiere:

- 1.º Que los actos reiterados del marido reúnan todos los requisitos, sintéticamente expuestos, de la conducta del pródigo, delimitada por la Jurisprudencia y por la doctrina.
- 2.º Que no obsta a la aplicación de las normas de la prodigalidad el que dicha conducta vaya en contra de los bienes gananciales, en lugar de contra los bienes propios.
- 3.º Que el hecho de que el peligro no se convierta en ruina hasta el futuro, no excluye de que exista tal peligro.
- 4.º Que el cónyuge o los restantes legitimarios deben solicitar, expresamente, la declaración de prodigalidad.

5.º Que el que los actos fraudulentos del marido constituyan o no una conducta pródiga es algo a apreciar por los Tribunales en cada caso, no bastando, a nuestro parecer, el fraude, que debe ir unido a derroche.

6.º Que la declaración de prodigalidad no es suficiente para impugnar actos anteriores a ella (art. 226 C. c.) que podrán ser rescindidos, con independencia de aquella declaración, conforme hemos dicho y volveremos a decir en este dictamen.

7.º Que mientras no se arbitre otro medio, el de la prodigalidad es el único que goza la mujer para cortar una conducta del marido que ponga en injustificado peligro los gananciales.

## VIII

### CONCLUSIONES

Prescindimos, naturalmente, en nuestras conclusiones, de la reforma en estudio del Código civil, y nos atenemos a los textos vigentes y a la Jurisprudencia, pues aunque no estemos del todo en acuerdo con aquél ni con ésta, constituyen las únicas bases sobre las que puede apoyarse con éxito una reclamación ante los Tribunales.

Pasamos, según ello, a exponer las siguientes conclusiones:

1.ª La mujer puede ejercitar su acción en vida o después de fallecido su marido.

2.ª Si la ejercita en vida de aquél, debe esperar, para hacer efectiva la sentencia favorable, a que se disuelva la sociedad de gananciales.

3.ª En el inventario de los gananciales se computa o colaciona el importe de lo enajenado fraudulentamente.

4.ª La mitad que a la mujer corresponde de los gananciales adicionados, según acabamos de decir, se hace efectiva en los gananciales realmente existentes, en los bienes del marido, y si aún falta algo, se procede a la rescisión parcial o total, por la diferencia, del acto fraudulento.

5.ª La fraudulentencia del acto en cuestión deberá apreciarse por los Tribunales en cada caso. Por ello, conviene acumular cuantos datos sirvan de apoyo a la íntima convicción que aquéllos deben formarse. Pueden ser importantes: la persona con la que se contrataron los usufructos (por ejemplo, parientes del marido), el precio pagado (si es excesivo con relación al valor del usufructo), la edad (si es muy avanzada) y la salud (si es mala) del marido, el que los cónyuges no se lleven bien, etc.

6.ª No creemos que prescriba la acción hasta los cuatro años desde la disolución de la sociedad de gananciales. De todas maneras, parece conveniente ejercitarla en cuanto se conozca el acto fraudulento.

7.ª La acción correrá por los cauces de la rescisión, si bien, no obstarán a su ejercicio los artículos 1.291 y 1.294 del Código civil.

8.ª Para que pueda ser rescindido, en todo o en parte, el acto fraudulento, la parte que contrató con el marido deberá haber actuado de mala fe. Entendemos por mala fe la complicidad en el fraude, y creemos que existe tal complicidad en el simple conocimiento de la finalidad de defraudar a la mujer, que persigue el marido, aunque la otra parte contratante no obten-

ga en la operación un lucro excesivo. Pero si la operación es a título gratuito (cosa excepcional, pues el marido no puede disponer a título gratuito si no en contados casos) o si, sin serlo, la otra parte contratante obtiene un enriquecimiento desproporcionado, cabe también la rescisión. En el primer caso la rescisión puede ser total, si es necesario; en el segundo, entra en juego la teoría del enriquecimiento injusto y puede exigirse sólo la devolución del lucro excesivo realizado en detrimento de los gananciales, en cuanto redundó en perjuicio de la mujer. Cuando no pueda demostrarse el fraude, o el enriquecimiento injusto, si el contrato es a título oneroso, procederá todo lo dicho en la conclusión cuarta, menos la rescisión total o parcial del acto fraudulento.

9.ª Tampoco hay inconveniente ninguno, si bien no puede garantizarse el éxito ante los Tribunales en que si al ánimo de fraude por parte del marido se acumula una connivencia de la otra parte, se alegue la ilicitud de la causa del contrato fraudulento, y, en su virtud, se solicite la declaración de nulidad radical del mismo. Por si no prospera esta petición debe pedirse, subsidiariamente, la rescisión estudiada en las conclusiones primera a octava, que es la que tiene más probabilidades de éxito ante los Tribunales.

10.ª Con independencia de todo lo antes señalado, la mujer puede intentar, dentro del año siguiente al acto fraudulento, una acción de indemnización de daños y perjuicios contra su marido, basada en el artículo 1.902 y sin más demostración que la de la actuación culposa de aquél. Pero como es dudoso que esta acción prevalezca ante los Tribunales, debe acumularse la petición de rescisión antes estudiada.

11.ª Con independencia de toda otra acción puede la mujer (o cualquier legítimo del marido) intentar también incapacitar por prodigo a éste al amparo de los artículos 221 y siguientes del Código. Si los actos fraudulentos del marido son reiterados, suponen en alguna forma un derroche y ponen en injustificado peligro los bienes de la sociedad de gananciales, no es difícil que tenga éxito la acción. Por este procedimiento, la mujer puede obtener la administración de sus bienes dotales, parafernales, los de los hijos comunes y los de la sociedad conyugal; pero los actos anteriores del marido sólo pueden impugnarse por la vía de la rescisión estudiada en las conclusiones primera a octava.

FRANCISCO ESCRIVÁ DE ROMANÍ  
*Notario*