

HERRERO GARCIA, M.^a J.: “Contratos onerosos entre cónyuges”. Publicaciones del Departamento de Derecho Civil. 2.^a cátedra, Salamanca, 1976, 518 págs.

I. Con esta sólida monografía de María José Herrero García se inicia una nueva colección de publicaciones científicas que ha venido a enriquecer nuestra literatura jurídica. Se trata de la que ha inaugurado la 2.^a Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca, a cargo de su titular, el profesor José Luis De los Mozos, según él mismo la anuncia en el *Prólogo* (p. IX-XV), verdadero estudio preliminar a la obra que aquí reseñamos. En una primera fase, tal colección estará dedicada a recoger las variantes diversas que el problema de la reforma del Derecho de Familia ofrece, desde una perspectiva histórica y comparatista, lo que significará, ciertamente, una aportación valiosa y saludable al análisis crítico de las mismas, sobre todo de cara a la preparación y estudio a conciencia de las modificaciones legislativas en esa materia tan necesitada de reformas, cuya puesta en acción ha comenzado ya, no sin algún retraso, en nuestro país. Ni el tema ni el método son ajenos al libro que ocasiona estas notas, el cual nos brinda una buena muestra de lo que esta colección promete llegar a ser en un futuro que, esperamos, no sea lejano.

II. María José Herrero García es doctora en Derecho y profesora adjunta de Derecho civil en la Universidad de Salamanca. Su personalidad científica se ha formado y madurado en el campo de su especialidad civilista bajo la dirección de maestros consumados como son los profesores Espín y De los Mozos, siendo una buena prueba de esto las publicaciones menores que han precedido la aparición de esta primera gran monografía que debemos a ella, cuya base está en su tesis doctoral que, leída y calificada con la puntuación máxima en 1975, es el resultado que ahora hace público tras seis largos años de estudio fecundo, de investigación rigurosa y de cuidada elaboración. Especializada de preferencia en temas de Derecho de Familia, ha publicado, en efecto, “Los contratos onerosos entre cónyuges en la historia del Derecho catalán y su vigente *Compilación*”, en la “*Revista de Derecho Notarial*”, y pendiente de publicación, “Los contratos onerosos entre cónyuges en el Derecho aragonés”, en el “*Anuario de Derecho Aragonés*”, sin descuidar otras materias como nos lo muestra su participación activa en varias reuniones científicas, tales como las Jornadas Italo-Españolas de Derecho Agrario de 1972 y de 1975; en las Jornadas de Propiedad Horizontal realizadas en Salamanca y en Valladolid el año 1975 y en las que pronunció una importante conferencia relativa a “La Junta de Propietarios. La función representativa del Presidente”, cuyo texto está pendiente de publicación en la “*Revista de Derecho Privado*” y en las Jornadas de Derecho Foral llevadas a efecto en Jaca, en 1976, aparte de su perfeccionamiento anterior en el campo del Derecho Comparado al asistir a los cursos que la Facultad Internacional de Estrasburgo ha celebrado en Salamanca, Pescara y Lisboa, en 1971 y en 1972. Ello le ha dado un sentido analítico particularmente equilibrado y un criterio muy maduro y mesurado a la hora

de optar por las soluciones, de lo que es un ejemplo palpable el libro que comentamos, y la ha colocado en condiciones óptimas para ejercer la actividad docente en la Universidad.

III. El estudio es minucioso, rico en datos e informaciones de interés, tanto acerca del Derecho antiguo como sobre la legislación nacional y extranjera más reciente y está construido con arreglo a una sistemática ejemplar. El plan de trabajo que la autora se ha trazado, cuya finalidad, según ella misma señala, "es la de tratar de encontrar en el Código civil español, como ordenamiento vigente, cual será el criterio que, en ausencia de una regulación concreta en la que sólo se señalan contadas excepciones, podría determinar, en fin, la consideración de las relaciones contractuales onerosas entre marido y mujer" (p. 41), está desarrollado con rigor y seriedad. El método, siguiendo la línea abierta por la doctrina más actual en Derecho de Familia, es el estudio comparativo de los datos normativos, ponderados debidamente con los de la realidad social, método que se matiza con la técnica que los juristas alemanes llaman *Dogmengeschichte*, en la que la doctora Herrero García se desenvuelve con destreza y seguridad.

A) Ello se refleja en la estructura de su estudio que distribuye la materia en bien organizados nueve capítulos. Tras un planteamiento general del tema (pp. 5-43), se estudia el origen de la prohibición de liberalidades entre cónyuges en el Derecho romano y la validez de los contratos onerosos entre los mismos (pp. 47-99). Sigue un breve análisis de la problemática fundamental de las relaciones contractuales entre cónyuges en el Derecho común europeo, referido, especialmente, al Derecho italiano y al francés (pp. 103-133), así como a los precedentes anteriores a la codificación del Derecho español (pp. 137-208). Luego de esta investigación historiográfica, se analizan las soluciones de la codificación francesa, italiana de 1865 y de 1942 y la disciplina que a los contratos onerosos entre cónyuges da implícitamente nuestro Código civil de 1889 y los proyectos que le preceden (pp. 211-273). Tras el estudio comparativo, viene la fase del examen crítico desarrollada en los cuatro capítulos finales que se destinan a destruir los viejos prejuicios levantados contra la admisibilidad de los contratos onerosos entre cónyuges en nuestro Derecho, bien en relación con la diversa situación que a cada uno de ellos atribuye su estatuto personal, considerada tanto como un obstáculo institucional (pp. 277-320) cuanto doctrinal (pp. 323-395), bien en relación con las reglas del estatuto patrimonial que se materializa, a este respecto, en la prohibición de celebrar los contratos de compraventa (pp. 399-459) y de sociedad (pp. 463-488). A esto se une una Bibliografía muy completa (pp. 489-509) y un detallado Índice General (pp. 511-518).

B) El problema que investiga tan detalladamente la doctora Herrero García es el de establecer si los contratos onerosos entre cónyuges son posibles en nuestro Derecho, posibilidad que depende, en definitiva, del fundamento en virtud del cual se han plasmado en el Código civil las prohibiciones de compraventa, de donación y de sociedad que consagran los artículos 1.458, 1.334,1 y 1.677, respectivamente. La clave del tema, como reconoce De los Mozos en el Prólogo, sigue estando en la *ratio iuris* del

artículo 1.458, precepto que no ha sido tocado por la reciente reforma de la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges llevada a cabo por la ley de 2 de mayo de 1975 (vid. pp. XI-XII y XIII). “El problema que se plantea ahora —escribe la autora, en efecto— es determinar si, de estas normas particulares, puede deducirse la imposibilidad genérica para los cónyuges de contratar entre sí” (p. 5), materia que, por tanto, radica en el terreno de la construcción dogmática pura. En el sistema elaborado por la tradición dogmática, se ha formulado un criterio negativo en base a una serie de argumentos que son tenidos hoy por las opiniones más autorizadas como “endebles”, “insostenibles” e “insuficientes” para mantener la prohibición general de la contratación intramatrimonial (vid. p. 7). Así, la vieja teoría de la *unitas carnis*, tan traída y tan llevada en la dogmática del *common law*, parece a la autora totalmente superada por cuanto no puede ser considerada sino como una ficción a la que, en nuestro sistema jurídico, se opone el régimen de separación pactada que regulan los artículos 1.315 y siguientes y concordantes del Código civil y el propio artículo 1.458 que admite la compraventa entre los cónyuges en la hipótesis de separación de bienes (vid. p. 8) y la posible coacción que entre los cónyuges impediría la formación normal del consentimiento no encuentra apoyo suficiente, tampoco, en los artículos 1.261, 1.265, 1.266, 1.267 y 1.269 que, con el contrario, dan a entender claramente que el matrimonio no es causa que impida a los cónyuges contratar entre sí (vid. pp. 8-10). Sin embargo, y aquí es posible apreciar el equilibrado sentido crítico de la doctora Herrero García, cuando no infiere de ello la admisibilidad de los mismos sin más, sino que matiza una respuesta afirmativa con mucha ponderación. Esta se apoya *a priori* en el criterio seguido en este punto por el Derecho foral catalán y aragonés; en la *regula iuris* según la cual todo lo que no está prohibido expresamente en Derecho privado ha de entenderse como permitido; en la no inclusión del matrimonio en el artículo 1.261, Código civil; en el trato de favor a la concubina que la prohibición entre los cónyuges implicaría; en la utilidad que la contratación puede significar en determinados supuestos para los mismos (pp. 12-14); en la autonomía contractual limitada que el estatuto personal del patrimonio produce (pp. 14-24) y en la insuficiencia de la noción clásica de orden público para explicar la distinta posición jurídica que corresponde a cada cónyuge en el mismo (pp. 24-40), únicos fundamentos estos dos últimos en los que puede basarse la prohibición. Todo ello hace aconsejable una revisión de las fuentes y de las experiencias del Derecho comparado en este punto, lo que la autora emprende con pulcritud.

En el Derecho romano halla la doctora Herrero García que la situación de los cónyuges sufre una evolución notable “desde una época en la que, como consecuencia de los conceptos imperantes de unidad económica, única potestad de la familia, se hacía imposible toda relación jurídica de tipo económico y con carácter independiente entre sus miembros, a otros momentos, sucesivos en este progresivo desenvolvimiento, en los que ya los cónyuges juegan, en las relaciones personales y patrimoniales, un papel más o menos independiente y que va a dar lugar a su libre inter-

vección en las relaciones jurídicas, entre las que podemos encontrar la celebración de contratos, cuando se ha reconocido la independencia de patrimonios y la posibilidad de gestión libre de cada cónyuge de sus propios bienes” y, en particular, se ha consagrado ya la personalidad y capacidad jurídica plenas de la mujer (pp. 47-48). En este contexto, entiende la autora, que “uno de los medios principales para conseguir la separación y autonomía de los patrimonios de marido y mujer, que impera, al menos durante la época clásica, es la prohibición de donaciones entre ellos” (p. 73), razón por la cual estudia detenidamente los textos recogidos en D. 24.1.1 y 3; 24.1.2; 24.1.31.7 y 23.4.27 en los que se fundamenta y regula con mayor explicitud tal prohibición, con el matiz que le dan los fragmentos de D. 24.1.4 y 24.1.56, en el sentido de aplicarla a todos los actos que supongan un enriquecimiento del donatario y un empobrecimiento del donante (vid. pp. 76-89). De este análisis de las fuentes infiere la doctora Herrero García, conforme con gran parte de la romanística, el principio de validez de los contratos intramatrimoniales que no fueran constitutivos de donación, para lo que se apoya en un texto de Pomponio que recoge el D. 24.1.31.6, principio al que afecta la excepción de los contratos de compraventa y de sociedad en los que, de acuerdo con la interpretación tradicional de los fragmentos de D. 18.1.38 y D. 4.4.16.1, exista o pueda presumirse que exista una causa *donationis* (vid. pp. 91-99).

Por otra parte, grandes son las dificultades que se encuentran para reconstruir el instituto y detectar su continuidad en los textos de nuestro Derecho más antiguo, de las que la autora nos advierte oportunamente (vid. p. 137). Sin embargo, ello no le ha impedido salvarlas con destreza y llegar a conclusiones relativamente seguras, las que nos limitamos a recoger. Así, respecto al Derecho visigótico, concluye que puede afirmarse, literalmente, “la existencia de un criterio de validez de los contratos entre cónyuges, por la posibilidad de regulación privada de las relaciones patrimoniales, que los cónyuges libremente puedan establecer y, a falta de pactos, basándonos estrictamente en los preceptos legales, podemos mantener el mismo criterio, ya que, admitidas concretamente las donaciones, la viabilidad de los contratos onerosos se manifiesta claramente, pues siguen el principio de la contraprestación exigida para que las donaciones puedan valer en el primer año del matrimonio, prohibiéndose en caso contrario” (p. 163). Conclusión que, en el mismo sentido, mantiene en relación con los datos normativos del viejo Derecho castellano-leonés al manifestar que, en síntesis, “la ausencia de normas prohibitivas nos puede llevar a concluir sobre el principio de validez de las relaciones contractuales onerosas entre cónyuges. Aunque no podremos determinar su frecuencia en la práctica —agrega—, en esta época caracterizada por la conjunción de ideas de colaboración, de una parte, y respeto a la independencia de bienes privativos, de otra, se mantienen los elementos necesarios para afirmar la posibilidad de celebración entre marido y mujer de cualquier tipo de contrato que respete el estado de su patrimonio y evite la confusión entre sus bienes” (p. 183). Igualmente, con la recepción, las Partidas, ateniéndose en este punto “a los principios (romanistas) de separación económica en cuanto al patrimonio de los cónyuges para cuyo res-

peto establece los límites en las liberalidades entre los mismos, contrasta con las normas limitadoras de estos actos en el Derecho real que viene a acortar la libre voluntad de los cónyuges no desde el punto de vista del régimen económico del matrimonio, sino que de la existencia o no existencia de hijos comunes hace depender la viabilidad de estos contratos" (p. 197). Y, aunque en la doctrina del *usus modernus Pandectarum* reine una "diversidad de soluciones, que responde a la complejidad de las cuestiones que los comentaristas se plantean, no obedece sino a las diferencias que se mantienen en el Derecho común de las Partidas y el Derecho Real, que ni las Leyes de Toro, ni posteriormente las recopilaciones van a unificar". Disparidad de criterios normativos, pues, a la que cabe juntar el obstáculo potencial que el sistema de la autorización marital, introducido por las Leyes de Toro, opone a la contratación onerosa intramatrimonial, si bien, como la propia doctora Herrero García expresa, "las dudas planteadas por la doctrina vienen generalmente suscitadas sobre la necesidad o no de esta licencia para unas relaciones contractuales, que parecen suponerse inicialmente válidas" (p. 208).

De un interés muy singular son las observaciones de la autora en tema de codificación por cuanto concibe la cuestión de los contratos entre cónyuges inmersa en el proceso de reforma del Derecho de Familia llevado a cabo en todos los países del occidente europeo en el siglo XX, y en particular, a lo largo de su segunda mitad. En Francia, aunque romanizado en este punto el Code de 1804 por la influencia determinante del *Droit écrit*, se consagra la prohibición expresa de la compraventa y de la sociedad, si bien se admiten las donaciones entre cónyuges con una reserva de derechos a favor de los herederos legítimos del donante y con entera independencia del régimen económico-matrimonial legal de comunidad (vid. pp. 220-221); materia en la que la legislación posterior introduce una cierta flexibilidad de extensión muy relativa, limitada solamente a ampliar la cantidad susceptible de ser donada y a permitir, por virtud de una ordenanza de 1958 y de una ley de 1966, las sociedades entre cónyuges, siempre que no impliquen una responsabilidad solidaria por tiempo indefinido entre los mismos (vid. pp. 221-225 y 467-471 y 483-485). En Italia, un esquema prohibitivo similar triunfa en los Códigos de 1865 y de 1942, con la salvedad de que este último, al modificar la sistemática del contrato de sociedad en sus artículos 2.247 y siguientes, parece no dar cabida a la prohibición de pactarlo entre cónyuges (vid. 225-231 y 470-471); esquema prohibitivo que, pese a la resistencia encontrada en la doctrina científica, en la jurisprudencia ordinaria y constitucional y en los proyectos legislativos que se inclinan insistentemente por su eliminación, la discutida ley sobre reforma del Derecho de Familia de 1975 ha mantenido sin modificar (vid. pp. 231-240). Y en nuestro país, no obstante que la doctrina (vid. pp. 240-245) y cierta jurisprudencia (vid. pp. 253-270) se mostraban favorables a admitir los contratos entre cónyuges, por medio del Proyecto de García Goyena de 1851 (vid. pp. 245-251), se introducen los preceptos que, según hemos recordado antes, consagran de forma fragmentaria un criterio negativo a los mismos en el Código civil (vid. pp. 270-273).

Una importancia particular presenta, también, la parte del estudio

que podemos llamar sistemática, pues discute la doctora Herrero García amplia y documentadamente en ella la incidencia negativa que han tenido en nuestro sistema jurídico los principios de unidad familiar y de jefatura del marido, los que han sido el fundamento tradicional para el rechazo de los contratos intramatrimoniales, sobre todo en base al régimen de representación y de licencia marital que consagraban los artículos 60 y 61 y concordantes del Código civil, en su redacción primitiva, punto de apoyo textual a la interpretación dominante contraria a los mismos (vid. pp. 277-290 y 290-320), interpretación en la que en su aplicación por la jurisprudencia judicial y registral, analizadas con mucho rigor por la autora, parece existir una mayor flexibilidad (vid. pp. 325-340). Y lo que es más importante, es que la sustitución de estos principios por los de innecesidad de licencia marital y de igualdad de los cónyuges no parece repercutir de forma inmediata en la disciplina de la contratación intramatrimonial ni conlleva a una nueva situación de legitimidad y de validez plenas de estos contratos, lo que no escapa al buen criterio de la doctora Herrero García, como lo demuestra en su estudio pormenorizado de la línea evolutiva marcada por la evolución legislativa en Italia y en Francia (vid. pp. 340-350 y 351-365) y lo pone de relieve De los Mozos en su Prólogo (vid. p. XIV).

C) En el plano de las conclusiones, la doctora Herrero García llega a resultados de importancia. Tras analizar los nuevos datos introducidos al problema de la contratación entre cónyuges por la ley de 2 de mayo de 1975 y por la última ley de relaciones laborales de 8 de abril de 1976, concluye que ciertas relaciones inherentes al complejo de derechos y deberes de tipo personal que une a las partes pueden ser objeto de convenciones entre las mismas (vid. pp. 381-394). Como ella misma lo expresa con acierto, "hemos de concluir, pues, sobre el tema de la trascendencia de las normas del estatuto personal y los contratos entre cónyuges, que no hay en nuestro Derecho obstáculo previo, ni límite general, a la posibilidad de los mismos. Al enjuiciarse la viabilidad en cada caso concreto habrá de considerarse como dato fundamental la cualidad de casados de las partes contratantes y examinar si se respetan y cumplen las condiciones que tal cualidad impone, tanto al marido como a la mujer; en caso afirmativo, negarles la posibilidad de relación contractual sería poner un tanto en duda su plena capacidad y el consagrar un trato discriminatorio que, en último extremo, podría perjudicar el interés general del grupo familiar, cuando es lo que en principio se trataba de proteger" (p. 395). En cuanto al estatuto patrimonial de los cónyuges, organizado con arreglo al esquema típico del régimen legal de gananciales, el principio de mutabilidad del régimen económico-matrimonial que sanciona ahora el artículo 1.320 reformado, ha venido a barrer uno de los obstáculos opuestos tradicionalmente a esta clase de contratos, como lo acredita fundadamente la autora (vid. pp. 407-418), de la misma manera que el principio de subrogación real, por otra parte, permite mantener el necesario equilibrio entre las masas patrimoniales que conforme a tal esquema se forman (vid. pp. 418-459). Culmina el trabajo de la doctora Herrero García con un estudio muy sugestivo acerca de la admisibilidad del contrato de sociedad entre cónyuges en nuestro Derecho, posibilidad

respecto de la que concluye, finalmente, "que las sociedades entre cónyuges no tienen, en principio, en nuestro Código civil otra limitación que la derivada del artículo 1.677. Como criterio general puede deducirse, pues, la posibilidad de las mismas, si bien sin poder negar que podría existir fraude o ficción en algún supuesto", lo que habrá de sancionarse con arreglo a las reglas generales (pp. 487-488).

IV. La obra cuyos aspectos más relevantes, a nuestro modo de ver, hemos tratado de sintetizar, es ciertamente un estudio maduro y definitivo, una contribución valiosa a la investigación de un tema complejo, de tanta trascendencia teórica como práctica y en el que la doctora Herrero García se mueve con soltura, maneja una documentación abundante y trabaja con seguridad. Quien quiera que desee profundizar en el tema, inédito hasta ahora en nuestra literatura monográfica, deberá consultar este libro con la confianza de que encontrará en él soluciones atinadas para la mayoría de las cuestiones que, en el estado actual de desarrollo de la legislación en España y en el extranjero, se plantee. De lectura obligada, cabe destacar, por último, el acierto de su impresión tipográfica, hecha en los talleres de la Universidad Pontificia de Salamanca.

CARLOS VATTIER FUENZALIDA
Colegio Universitario de León
(Universidad de Oviedo)

LUCAS FERNANDEZ, Francisco: "Contratación en España por extranjeros", 5.^a edición. Madrid, 1976. Editorial Revista de Derecho Privado. Dos volúmenes de XVII + 1159 páginas.

La obra del distinguido Doctor en Derecho y Notario de Madrid, Lucas Fernández, es la más conocida y la más amplia en la materia referente al régimen jurídico del extranjero y respecto a la aportación de sus capitales como inversión. Al llegar a su quinta edición, aumentada y puesta al día, da idea del éxito y acogida que ha tenido, tan merecidamente, entre el público de lectores en general y de los juristas, asesores, economistas y demás especialistas en particular.

Esta obra, completa y detallada, consta de cuatro partes bien delimitadas: una de "introducción", otra sobre la "comparecencia del extranjero ante Notario", la de "problemas específicos de la contratación de extranjeros" y un "apéndice" legislativo.

La dedicación y experiencia del Doctor Lucas Fernández en esta materia le hacen una de las personas más idóneas en el examen de la problemática de esta materia referente a la posición jurídica de los extranjeros y, especialmente, sobre la inversión de capitales privados extranjeros en España. De aquí que en la introducción de su obra comience por establecer y presentar las ventajas de estas inversiones para nuestra economía, no sin dejar de advertir la otra cara de la moneda, sus inconvenientes, para concluir con una crítica general respecto a las nuevas normas que regulan actualmente el régimen español.