

«La contratación entre cónyuges»

Por ANTONIO CABANILLAS SANCHEZ

Profesor Titular de Derecho civil de la Universidad de Alicante

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Antecedentes históricos y legislativos.*—III. *Derechos civiles especiales o forales:* 1. Derecho civil especial de Aragón. 2. Derecho civil especial de Cataluña. 3. Derecho civil especial de Baleares. 4. Derecho civil especial de Navarra.—IV. *Derecho comparado:* 1. Derecho francés. 2. Derecho portugués. 3. Derecho italiano. 4. Derecho alemán. 5. Derecho suizo. 6. Derecho inglés.—V. *Criterio acogido en el Código civil tras la promulgación de la Ley de 13 de mayo de 1981.*—VI. *Fundamento.*—VII. *Notas características.*—VIII. *Límites.*—IX. *Compraventa entre cónyuges.*—X. *Donación entre cónyuges.*—XI. *Sociedades entre cónyuges:* 1. Sociedades civiles. 2. Sociedades mercantiles.—XII. *Mandato entre cónyuges.*—XIII. *Fianza entre cónyuges.*—XIV. *Contrato de trabajo entre cónyuges.*—XV. *Restantes contratos entre cónyuges.*

I. INTRODUCCION

Dentro del marco de la importante reforma del Código civil operada por la Ley de 13 de mayo de 1981, una de las normas que más controversia ha suscitado en la doctrina ha sido la contenida en el artículo 1323, que establece un criterio totalmente permisivo de la contratación entre cónyuges y de la transmisión de bienes y derechos por cualquier título. En este estudio tratamos de precisar el significado de este precepto, que ha cambiado la óptica con un giro al que, como dice Díez-Picazo (1), cabe denominar sin exageración copernicano. Partiendo de este precepto hemos considerado necesario analizar los principales contratos que pueden celebrar los cónyuges entre sí, ya que sólo así puede apreciarse en toda su dimensión el cambio trascendental que en nuestro ordenamiento jurídico representa lo que dispone el citado precepto, y los concretos problemas que surgen de la absoluta libertad de contratación entre marido y mujer. Esta tarea va precedida de una exposición de los aspectos básicos de la evolución histórica del controvertido problema de los contratos entre cónyuges, pues es imprescindible su conocimiento para comprender adecuadamente el significado de

(1) Díez-Picazo, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º, ed. Tecnos, Madrid, 1984, p. 1512.

la reforma operada en esta materia por la citada Ley, y enfocar, con la necesaria perspectiva histórica, diversos problemas que surgen en torno a la misma. Históricamente la cuestión fundamental ha consistido en saber si existía o no un criterio general de validez de los contratos entre cónyuges, ya que sólo se establecían prohibiciones concretas. Este problema desaparece al haberse establecido un criterio totalmente permisivo en el artículo 1.323, por lo que los problemas surgen ahora a consecuencia de ello, pues es evidente que el contrato entre cónyuges, por estar afectado por la presencia del vínculo matrimonial, como precisa Carbonnier (2), no puede ser un medio para eludir el conjunto de derechos y deberes que surgen del matrimonio o para que los cónyuges modifiquen a su antojo las reglas por que han de regirse los bienes del matrimonio.

La trascendencia del tema viene señalada en la propia Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 14 de noviembre de 1979, al considerarse como aspecto social y económico de relieve en la regulación que se adopte la nueva libertad de los cónyuges para celebrar entre sí cualesquiera contratos.

Queda al margen de este estudio el análisis de las capitulaciones matrimoniales, pues si bien parece que tienen naturaleza contractual (art. 1.335 del Código civil), no creemos que sea oportuno tratarlas en este lugar por las profundas diferencias que existen entre los contratos a que se refiere el citado artículo 1.323 y las capitulaciones matrimoniales, que son un negocio de Derecho de familia (3) cuyo objeto no es otro que el establecimiento de las reglas relativas al régimen económico matrimonial.

Además del análisis de la problemática que surge en relación con la contratación entre cónyuges en el Código civil y en otros textos legales, se ha considerado imprescindible dar una información adecuada de la regulación existente sobre esta materia en nuestras Compilaciones de Derecho civil especial, máxime cuando la Compilación catalana ha sido profundamente reformada por la Ley de 20 de marzo de 1984. También se ha considerado conveniente dar noticia del Derecho comparado en la medida en que reporta elementos de gran utilidad para comprender mejor el criterio acogido por la Ley de 13 de mayo de 1981, y para evidenciar que el «polémico» artículo 1.323 establece una solución que no difiere esencialmente de la que ha sido adoptada en buena parte de los ordenamientos jurídicos, pues el mismo es un reflejo de la autonomía personal y patrimonial de los cónyuges dentro de la familia.

(2) CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 2.º, *La famille, les incapacités*, París, 1977, p. 129.

(3) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, pp. 194-195 y 275; DÍEZ-PICAZO, *El negocio jurídico de Derecho de familia*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1962, pp. 788-790. En la doctrina alemana, LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München, 1980, p. 289.

II. ANTECEDENTES HISTORICOS Y LEGISLATIVOS

De las fuentes consultadas no parece posible deducir una prohibición general de la contratación entre cónyuges en el Derecho romano. Existieron algunas prohibiciones concretas, como la prohibición de la intercesión (*intercessio*) de la mujer a favor del marido y la de las donaciones entre cónyuges.

Un edicto de Augusto, confirmado después por Claudio, prohibió específicamente el acto de intercesión de la mujer a favor del marido, según referencia de Ulpiano, que considera estos edictos como precedentes del Senadoconsulto Veleyano: *Et primo quidem temporibus divi Augusti, mox deinde Claudii edictis eorum erat interdictum, ne feminae pro viris suis intercederent* (D. 16, 1, 2; Nov. 134, 8; C. 4, 29, 22) (4).

La prohibición de las donaciones entre cónyuges, sobre cuyo origen tanto han discutido los romanistas (5), aparece claramente formulada en un conocido texto de Ulpiano: *Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent, hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate* (D. 24, 1, 1). En otros muchos textos se alude también a esta prohibición: Ulpiano, D. 24, 1, 3; Paulo, D. 24, 1, 2; Pomponio, D. 24, 1, 31, 7; Papiniano, D. 23, 4, 27. De estos textos se desprende que el fundamento de la prohibición se encuentra en *ne mutuo amore invicem spoliarentur* o en *ne cesset eis studium liberos potius educendi* o en evitar que *discuterentur matrimonia, sic non donaret is qui posset* o bien *ne concordia pretio conciliari videretur* o *ne venalia essent matrimonia*. En cualquier caso, tal vez no sea extraña al origen de la prohibición la finalidad de impedir que en los matrimonios *sine manu*, a través de copiosas donaciones, los bienes pudieran pasar de la familia agnaticia de un cónyuge a la del otro (6).

El rigor de la prohibición fue atenuado por un Senadoconsulto del año 206 (d. J.C.), bajo Severo y Caracalla, denominado en las fuentes *Oratio divi Antonini*, en el que se dispuso que la donación se esti-

(4) Se enmarcan dentro de la prohibición (de *intercedere*) la fianza, la deuda solidaria, la pignoraticia, la liberación del deudor por novación, los negocios que evitan al tercero contraer obligaciones (KASER, *Römisches Privatrecht*, München, 1981, p. 227). Los negocios de intercesión de la mujer son válidos, pero privados de eficacia en virtud de la *exceptio scti Velleiani* (KASER, *Römisches Privatrecht*, cit., p. 227; JORS-KUNKEL-WENGER, *Römisches Recht*, Berlín, Heidelberg, New York 1978, pp. 217-218).

(5) Vid. BRONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, 2.ª ed., trad. Manuel FAIREN, pp. 663 ss.; LAURIA, *Il divieto delle donazioni fra coniugi*, en *Studi in memoria de Albertoni*, Padova, 1938, vol. 2.º, pp. 513 ss.; ALIBRANDI, *Ricerche sull'origine del divieto delle donazioni fra coniugi*, en *Studi e documenti di Storia e Diritto*, año XIII, 1892, pp. 65 ss.; ARU, *Le donazioni fra coniugi in Diritto romano*, Padova, 1938, pp. 6 ss.

(6) BRONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, cit., pp. 679 ss.; KASER, *Römisches Privatrecht*, cit., p. 239; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto romano*, Napoli 1943 p. 581.

maría convalidada (*convalescunt*) si el donante fallecía en vida del donatario sin haber manifestado intención de revocarla, en cuyo caso valdría como donación por causa de muerte (Ulpiano, D. 24, 1, 32). La *Oratio* parte de la idea de que es *durum et avarum* que los herederos del donante hagan valer la nulidad de la donación que el mismo donante no quiso hacer valer en vida (7).

Se consideró nulo cualquier tipo de acto realizado *donationis causa*, aunque se hiciera a través de persona interpuesta. Es muy significativo el siguiente texto de Ulpiano: *Generaliter tenendum est, quod inter ipsos aut qui ad eos pertinent aut per interpositas personas donationis causa agatur, non valere; quod si aliarum extrinsecus rerum personarumve causa commixta sit, si separari non potest, nec donationem impediri, si separari possit, cetera valere, id quod donatum sit non valere* (D. 24, 1, 5, 2) (8).

La compraventa, el arrendamiento, la sociedad y, en general, cualquier tipo de contrato oneroso, puede ser celebrado entre sí por los cónyuges, si bien será nulo en la medida en que oculte una liberalidad (Ulpiano, D. 18, 1, 38; Papiniano, D. 24, 1, 52; Ulpiano, 24, 1, 32, 24) (9).

En el marco del Derecho histórico español se aprecia que, a diferencia del Derecho romano, el Derecho visigótico no se mostró contrario a la validez de las donaciones entre cónyuges. El *Liber Iudiciorum* declara válida y eficaz cualquier donación que, después de un año de matrimonio, haga el marido a la mujer (L I, 3, 1, 6). El Código de Eurico regula las donaciones entre vivos (C E, 308) sin que se establezcan impedimentos para que este tipo de donaciones pudiesen realizarse entre cónyuges (9 bis).

La circunstancia de estar admitidas legalmente las donaciones entre cónyuges, y la inexistencia de preceptos que prohibiesen las relaciones contractuales entre marido y mujer, hace pensar que en el Derecho visigótico se mantuvo un criterio favorable a la contratación entre uno y otra.

En cambio, las Partidas acogieron el criterio imperante en el Derecho romano sobre la prohibición de las donaciones entre cónyuges y la validez de las mismas a la muerte del donante si éste no las ha revocado en vida: «*E poreda si las fiziere, despues que el matrimonio es acabado, no deve valer, si el uno se fiziere por ello mas rico, el*

(7) Vid. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, cit., pp. 679 ss.; KASER, *Römisches Privatrecht*, cit., p. 239; JORS-KUNKEL-WENGER, *Römisches Recht*, cit., p. 247; SCHULZ, *Derecho romano clásico*, trad. SANTA CRUZ TEIGEIRO, Barcelona, 1960, p. 116.

La trascendencia de la *Oratio* y la explicación de cómo un supuesto de nulidad absoluta pudo ser convalidado a la muerte del donante, ha dado lugar a múltiples opiniones y a un acalorado debate entre los romanistas. Sobre ello véase la excelente exposición de VALLET DE GOYTISOLO, *Donación, condición y conversión jurídica material*, en este ANUARIO, 1952, fasc. 4.º, pp. 1290 ss.

(8) BIONDI *Sucesión testamentaria y donación*, cit., pp. 667 ss.

(9) BIONDI, *loc. cit. ant.*

(9 bis) Vid. LALINDE ABADÍA, *Los pactos matrimoniales catalanes (Esquema histórico)*, en ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO, 1963, pp. 143 ss.

otro mas pobre, fueras ende, si aquel que fiziesse tal donacion, nunca la revocase, nin la defiziesse en su vida» (P. 4, 11, 4) (10).

Las Leyes de Toro incidieron también en el tema de la contratación entre cónyuges. En relación con la fianza la Ley 61 dispuso que *la muger no se puede obligar por fiadora de su marido aunque se diga é alege que se convirtió la tal deuda en provecho de la muger* (11).

La Ley 5 de Toro, a pesar de que García Goyena (12) diese a entender que a partir de ella cualquier tipo de contrato entre cónyuges, con excepción de los permitidos por la Ley, debe entenderse prohibido, no constituía en modo alguno un obstáculo en contra de la contratación entre marido y mujer, puesto que la citada Ley se limita toda ella a tratar sobre la licencia marital sin entrar en la cuestión propuesta. Es significativo que los comentaristas de las Leyes de Toro encuentren la razón de la licencia marital en la protección del marido, para que éste no sufra ningún perjuicio por el contrato de la mujer (13).

Las específicas prohibiciones señaladas evidencian la inexistencia de una prohibición general de la contratación entre cónyuges, habiéndose acogido una solución semejante a la del Derecho romano. Es por ello lógico que nuestros clásicos lo pusieran de relieve. Gregorio López (14), al glosar el texto mencionado de las Partidas (glosa *son defendidas*), afirma lo siguiente: «*Et nota, quod licet donatio sit prohibita inter coniuges, reliqui tamen contractus sunt permisi sicut inter caeteros contrahentes*». En análogo sentido Antonio Gómez (15) dirá que

(10) En la glosa *non deue valer* Gregorio LÓPEZ establece la absoluta ineficacia de las donaciones entre cónyuges durante el matrimonio, en tanto que no nace de ellas obligación natural siquiera (*in tantum quod neque ex oritur naturalis obligatio*). En la glosa en *su vida* señala que «*nam si no revocatur morte confirmatur*» (*Las siete Partidas del sabio Rey don Alfonso el nono, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez del Consejo Real de Indias de su Majestad*, vol. 2.º, Salamanca, 1555, pp. 29-30).

VALLET DE GOYTISOLO, que se refiere con rigor y detenimiento al problema de la conversión de la donación entre cónyuges por causa de muerte del donante sin revocarla, considera especialmente significativa la opinión de Antonio GÓMEZ, que dice lo siguiente: «*Quia illo tempore jam cessat illa ratio impeditiva, et unus libere potest instituire alium, vel ei legata, et fideicommissa relinquere: ergo ex tacita voluntate videatur confirmata talis donatio et habere vim relictii. Vere tamen et realiter est donatio, et sic species contractus..., ut talis donatio valeat et confirmetur morte, non requiritur haereditatis aditio*» (*Variae Resolutiones iuris civilis, communis et regii*, II, 4, 23, Lugduni, 1701). Véase VALLET DE GOYTISOLO, *Donación, condición y conversión jurídica material*, cit., pp. 1299 ss.

(11) Comentando la Ley 61 de Toro, LLAMAS y MOLINA (*Comentario crítico, jurídico literal, a las ochenta y tres Leyes de Toro*, Madrid, 1852 (Barcelona, 1974), p. 462, ap. 9) recuerda que la razón de la prohibición de Justiniano no pudo ser otra que el mayor estímulo que tenían las mujeres para prestar fianzas por sus maridos en razón del respeto y subordinación que le tenían, o mayor afecto que les profesaban, lo que podía dar ocasión a que degenerasen en unas donaciones paliadas entre marido y mujer.

(12) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo 3.º, Madrid, 1852 p. 274.

(13) LLAMAS y MOLINA, *Comentario crítico, jurídico, literal, a las ochenta y tres Leyes de Toro*, cit., p. 452, ap. 2.

(14) Gregorio LÓPEZ, *Las siete Partidas*, cit., p. 30.

(15) Antonio GÓMEZ, *Variae Resolutiones iuris civilis, communis et regii*, cit,

si la donación no vale entre los cónyuges, *tamen contractus emptioinis et venditionis et quilibet alius contractus onerosus, bene valet inter eos neque amor ille maximus et intensus qui inter eos habetur; et quo ad inuicem se diligunt, impedit talem contractum.*

En el período de la codificación el Código civil francés de 1804; de tan evidente influencia en nuestro propio Código civil, no estableció expresamente una prohibición general de la contratación entre cónyuges. No acogió el criterio hostil de la mayor parte de las costumbres francesas, al que se refiere Pothier (16), si bien aparecen en él notables diferencias con el sistema romano, ya que en éste se consideraban nulas en su origen las donaciones entre cónyuges, mientras que el artículo 1.096 del Código civil francés va a admitir este tipo de donaciones con tal de que sean esencialmente revocables (17). Pero el contrato de compraventa solamente se permite en tres casos determinados en el artículo 1.59. No faltaron autores, sin embargo, que a pesar de no existir una prohibición general de la contratación entre cónyuges entendieron que los contratos entre marido y mujer estaban prohibidos, excepto en aquellos casos en que los autorizaba formalmente el Código civil. La regla general era la prohibición de la contratación entre cónyuges. Los motivos esenciales que justificaban la prohibición del artículo 1.595 (18) habían de aplicarse a todos los contratos onerosos

II, 2, 3. También *Ad leges Thauri commentarium absolutissimum*, Matriti, 1794, núm. 66, p. 618.

(16) POTHIER (*Traité du douaire et des donations*, tomo IX, nueva edición de SIFFREIN, París, 1821, pp. 342 ss.) señala que el Derecho francés ha sido más precavido que el romano para impedir las liberalidades indirectas que los cónyuges podrían hacerse a través de los distintos tipos de contratos, de forma tal que pasarían de uno a otro parte de sus bienes. En las costumbres esto se ha tenido en cuenta (costumbre de Normandía, art. 410; costumbre de Nivernois, art. 23; costumbre de Bourbonnois, art. 226).

(17) El carácter esencialmente revocable de las donaciones entre cónyuges fue explicado en los trabajos preparatorios del Código civil francés. BIGOT DE PREAMENEAU (en FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tomo XII, París, 1836, p. 572) se refiere al sistema romano, adoptado en los países de *droit écrit*, y al sistema del *droit coutumier*, y señala que de estos dos sistemas se ha tomado lo que es más conveniente a la dignidad del matrimonio, al interés recíproco de los esposos y al de los hijos.

Según JAUBERT (en FENET, op. cit., tomo XII, pp. 620-621), con la revocabilidad de las donaciones hechas durante el matrimonio se trata de evitar que el esposo que ha dado todo lo que tenía al otro sea despreciado y abandonado, y que se introduzcan en el matrimonio las razones de interés y la seducción.

La revocación se permite sin necesidad de autorización, lo cual faculta al cónyuge, según dice FAVART (en FENET, op. cit., tomo XII, pp. 645-646), liberarse sin soportar peligros.

Razones semejantes van a ser expuestas por los comentaristas del Código civil francés para justificar lo dispuesto en el artículo 1.096: TROPLONG, *Droit civil expliqué. Des donations entre-vifs et des testaments*, tomo 4.º, 3.ª ed., París, 1872, pp. 480 ss.; MOURLON, *Repetitions écrites sur le deuxième examen du Code Napoleon*, vol. 2.º, París, 1855, p. 446.

(18) PORTALIS (en FENET, Op. cit., tomo XIV, p. 815) justificó el texto del artículo 1.595 diciendo que se ha temido, con razón, el abuso de autoridad del marido y el que la compraventa tuviera su fuente en la influencia que la mujer pudiese ejercer sobre éste. Sin embargo, existen circunstancias que determinan que el contrato esté basado en una justa causa, y casos en que no existe

entre cónyuges, y si este precepto sólo se refería a la compraventa, era porque este contrato constituye el tipo general (19). Dos razones esenciales determinaron la disposición contenida en el artículo 1.595, según señaló Portalis (20) en la Exposición de Motivos del Proyecto definitivo del Código civil presentado al Cuerpo Legislativo. De un lado, el posible abuso de autoridad del marido sobre la mujer, o la influencia que ésta pudiese ejercer sobre aquél, haría temer que entre personas tan íntimamente unidas la compraventa encubriese casi siempre una donación. De otro lado, repugna que se pueda ser a la vez juez y parte (*nemo potest esse auctor in re sua*), como lo sería el marido que autoriza a la mujer a contratar con él.

Otros comentaristas (21) del Código civil francés entendieron, en cambio, que sólo existían específicas prohibiciones legales a la contratación entre cónyuges que no habían de extenderse analógicamente. Podría suceder que se produjeran abusos, pero existe una suprema garantía: el derecho que tiene toda parte interesada para impugnar el contrato y denunciar el fraude.

El Código civil italiano de 1865, que también fue tenido en cuenta por nuestros codificadores, no siguió el ejemplo del Código civil francés, ni el del Derecho romano, ya que estableció de modo absoluto la prohibición de todo acto de liberalidad entre cónyuges (artículo 1.054) (22). Esto determinaba que el marido y la mujer no pudiesen constituir una sociedad universal (art. 1.704). Sin embargo, no se puso ningún tipo de limitación legal a la compraventa y, en general, a la contratación onerosa entre cónyuges.

Los antecedentes expuestos incidieron decisivamente en los diversos Proyectos de Código civil y, en definitiva, en nuestro Código civil de 1889. De igual manera que en el Derecho romano, las Partidas, las Leyes de Toro, el Código civil francés de 1804 y el Código civil italiano de 1865, no apareció formulada en ellos ni en el Código

tanto una compraventa propiamente dicha como un pago forzoso o un acto de administración.

FAURE (en FENET, Op. cit., tomo XIV, p. 155) justificó la prohibición en el temor de las donaciones ocultas, y GRENIER (en FENET, Op. cit., tomo XIV, p. 191) en la protección de los acreedores.

En esta línea se pronuncian los primeros comentaristas del Código civil francés: GUILLOUARD, *Traité de la vente et de l'échange*, tomo 1.º, París, 1889, pp. 164-65; LAURENT, *Principes de droit civil français*, tomo XXIV, París-Brujelas, 1877, pp. 40-41; TROPLONG *Droit civil expliqué. De la vente*, tomo 1.º, París, 1845, pp. 254 ss.

(19) Así LAURENT (*Principes de droit civil*, tomo XXIV, cit., pp. 40-41) dice que PORTALIS ha señalado los motivos de la prohibición con términos muy acertados. Véase DEMOLOMBE (*Traité du mariage et de la séparation de corps*, tomo 2.º, París, 1869, pp. 279 ss.) que expone con amplitud esta teoría a fin de comentarla críticamente.

(20) PORTALIS, en FENET, Op. cit., tomo XIV, pp. 115-116.

(21) DEMOLOMBE, *Traité de mariage et de la séparation de corps*, tomo 2.º, cit., pp. 279 ss.; GUILLOUARD, *Traité du contrat de mariage*, tomo 1.º, París, 1855, pp. 208-209.

(22) Vid. VENZI, *Manuale del diritto civile italiano*, Firenze, 1922, pp. 468-469; RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, vol. 2.º, Messina, 1926, p. 404.

civil una prohibición general de la contratación entre cónyuges, sino específicas prohibiciones a determinados contratos. Se observan, sin embargo, como vamos a ver ampliamente, importantes diferencias a la hora de establecerlas, tanto respecto de las Partidas, que sólo prohíben expresamente las donaciones entre cónyuges, como del Código civil francés, que admite la validez de la donación entre cónyuges si tiene carácter revocable, o del Código civil italiano, que sólo prohíbe la donación entre cónyuges. A diferencia de lo establecido en las Leyes de Toro, no se prohíbe que la mujer pueda ser fiadora o interceder por su marido.

En el Proyecto de 1836, concretamente en el artículo 1.024, se prohibió la compraventa entre cónyuges, a no ser que por separación judicialmente decretada cualquiera de los dos cónyuges vendiese al otro parte de sus bienes para pago de lo que se deba. En contraste con el criterio del Código civil francés, también fueron prohibidas las donaciones entre cónyuges, exceptuándose algunos casos señalados en el artículo 1.630. Sin embargo, con claridad, en la Exposición de Motivos de este Proyecto se justifica que la mujer, en contra del Derecho antiguo, puede ser fiadora de su marido. Las disposiciones que establecían que las mujeres no pudiesen ser fiadoras de sus maridos —se dice— pudieron sostenerse cuando las mujeres no tenían la consideración e importancia social que se les da en el presente Código; pero habilitadas ya para ejercer la patria potestad y administrar los bienes sociales por incapacidad del marido, sería una gran inconsecuencia negar a la mujer la facultad de fiar, concediéndole la de enajenar y disponer de sus bienes propios (23).

En el Proyecto de 1851 se establecieron también concretas prohibiciones de contratar en relación con la donación (art. 1.259), la compraventa (art. 1.380), la permuta (art. 1.472) y la sociedad universal (art. 1.571).

En el artículo 1.259 se dispuso que toda donación de un cónyuge a otro durante el matrimonio será nula. No se comprenden en esta regla los regalos módicos que los cónyuges acostumbran a hacerse en ocasiones de regocijo para la familia. Según García Goyena (24), los motivos de la prohibición expresados en las leyes 3 y 32 Romanas y copiados en la 4 de Partida, son *ne concordia pretio conciliari videretur, ne melior in paupertatem incideret, deterior, ditior fieret*: estos mismos motivos hacen hoy y harán siempre necesaria la prohibición fuera de que no pueda haber obligación contractual entre la mujer y el marido según lo dispuesto en la sección 1, capítulo 3, título 3, libro 1.

En el artículo 1.380 se estableció que el marido y la mujer no pueden venderse recíprocamente bienes, sino cuando hubiere separa-

(23) Cfr. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española. Codificación civil*, vol. 2.º, Madrid, 1979, pp. 130 ss.

(24) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo 3.º, Madrid, 1852, p. 274.

ción judicial de éstos, con arreglo al capítulo 5, título 6 de este libro. Basándose en la Ley 55 de Toro, García Goyena (25) señaló que por la misma razón que el tutor y curador no pueden vender a los menores y personas que tienen bajo su guarda: nadie puede contraer consigo mismo ni ser parte y juez en su negocio, *nemo potest esse auctor in re sua*. Además sería fácil hacer ilusoria por este medio la prohibición del artículo 1.259, por lo difícil que generalmente es la prueba de la simulación. De consiguiente, les está prohibida la dación en pago, que es tenida por venta, *vicem venditionis obtinet*, a no ser que el marido ceda algunos bienes a la mujer en pago de su dote; ley 4, título 45, libro 8 del Código.

En el artículo 1.571 se precisó que no pueden contraer sociedad universal entre sí las personas a quienes esté prohibido otorgarse recíprocamente alguna donación o ventaja. Apunta García Goyena (26) que los motivos de este artículo quedan expuestos en el artículo 1.569: habría una donación real con el nombre de sociedad. No puede hacerse indirectamente y bajo la apariencia de una sociedad lo que está prohibido expresamente como verdadera donación; en una palabra, que lo ilícito llegue a ser permitido cubriéndose con la máscara de socios al verdadero donador o donatario.

Se aprecia claramente que los argumentos esgrimidos por García Goyena son bastante similares a los de Portalis y los primeros comentaristas del Código civil francés, que se mostraron contrarios a la validez de los contratos entre cónyuges que no estaban expresamente admitidos en la Ley.

En el Anteproyecto de Código civil de 1882 aparecieron, con leves variantes gramaticales, las mismas prohibiciones a la contratación entre cónyuges (vid. arts. 1.354 y 1.484 y art. 14 del Título consagrado al contrato de sociedad) (27).

Con anterioridad a la publicación del Código civil, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado consideraron que los contratos entre cónyuges son nulos por regla general, quedando fuera de la expresada regla las excepciones contempladas por las Leyes. En este sentido se pronuncian claramente las sentencias de 23 de octubre de 1857 y 11 de enero de 1859, que siguen a otras precedentes, y las resoluciones de 1 de abril y 21 de junio de 1884, de conformidad con precedentes resoluciones. En la importante resolución de 1 de abril de 1884 se trata de fundamentar la existencia de un principio general prohibitivo de la contratación entre cónyuges. Se dice concretamente que el matrimonio en el orden jurídico produce como primera consecuencia una sociedad, en virtud de la cual se establece la comunidad de derechos e intereses entre los

(25) GARCÍA GOYENA, Op. cit. ant., p. 369.

(26) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo 4.º, Madrid, 1852, pp. 7-8.

(27) Vid. *Anteproyecto de Código civil español* (1882-1888), publicado con un estudio preliminar, notas y concordancias de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, con ocasión del Centenario de la Ley de Notariado, sección 4.ª, vol. 1.º, Madrid, 1965.

cónyuges, que bajo ese concepto, y por regla general, quedan confundidos para los efectos legales en una sola y única entidad jurídica. Que en esos principios se funda la regla general del Derecho civil, que prohíbe la celebración de contratos entre marido y mujer, salvo los casos expresamente exceptuados por las Leyes, como se declara en las sentencias de 23 de octubre de 1857 y 11 de enero de 1859... Que contra esta conclusión carece de importancia el argumento que se funda en que no debiera prohibirse al marido hacer en beneficio de la mujer lo que puede hacer en relación a cualquier extraño, porque ni con el extraño por serlo cabe la constante comunidad de intereses que crea el matrimonio, ni la influencia de un tercero puede tener por regla general la trascendencia de la que nace el lazo conyugal.

Tales decisiones no hallaron sufragio en la doctrina, que se limitó a remarcar la existencia de la prohibición recogida en las Partidas sobre las donaciones entre cónyuges (28). Morato resumía la doctrina vigente en el Derecho castellano, concluyendo que todas las donaciones, aun las prohibidas, se confirman con la muerte del donante, si éste no las ha revocado, por cuanto entonces adquieren el carácter de donaciones «mortis causa» por entenderse que el que las hizo persiste en su voluntad de donar en el momento de la muerte. Por su parte, Galindo y Escosura (29) criticaron la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, alegando que el argumento de la unidad de persona es falso, por cuanto en el matrimonio conviven las personalidades de ambos cónyuges. Lo que precisamente constituye la excepción, que es menester probar, es la de la prohibición, pues mientras no se demuestre que un determinado contrato está prohibido o que contraría las relaciones naturales entre marido y mujer, hay que estar por el tácito criterio de permisión (30).

En nuestro Código civil de 1889 aparecieron determinadas normas prohibitivas, en consonancia con los precedentes expuestos, pero no se estableció una prohibición general de la contratación entre cónyuges. Se dispone que será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio, sin incluirse los regalos módicos que los cónyuges se hagan en ocasiones de regocijo para la familia (art. 1.334); el marido y la mujer no podrán venderse bienes recíprocamente sino cuando se hubiese pactado la separación de bienes, o cuando hubiera separación judicial de los mismos bienes autorizada con arreglo al capítulo VI,

(28) Vid. MORATO, *El Derecho civil español con las correspondencias del Romano, tomadas de los Códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto Romano Hispano de D. Juan Sala*, tomo 1.º, Valladolid, 1877, pp. 157-158, GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho civil español*, tomo 5.º, Madrid, 1878, pp. 111 ss.; GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Elementos de Derecho civil y penal de España*, tomo 2.º, Madrid, 1861, p. 498.

(29) GALINDO y ESCOSURA, *Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar*, tomo 6.º, Madrid, 1886, pp. 60 ss.

(30) MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, tomo X, vol. 1.º, 6.ª ed revisada por BLOCH, Madrid, 1969, pp. 172-173) acepta plenamente la argumentación de GALINDO y ESCOSURA, que considera lúcida.

título III de este libro (art. 1.458); sólo cabe la permuta entre cónyuges si se cumplen las condiciones concernientes a la venta (art. 1.541) y, por último, no pueden contraer sociedad universal entre sí las personas a quienes está prohibido otorgarse recíprocamente alguna donación o ventaja (art. 1.677).

Teniendo en cuenta esta normativa se alegaron en favor de un criterio general prohibitivo de la contratación entre cónyuges los siguientes argumentos: que los obstáculos puestos por el Código civil a la contratación entre cónyuges eran aplicación de una prohibición genérica, implícitamente contenida en nuestro ordenamiento jurídico, de pactar el marido y la mujer entre sí; que los cónyuges constituyen una sola persona; que el marido y la mujer no pueden dar un verdadero consentimiento a tales contratos; que existe el riesgo de que uno de los cónyuges abuse de su influencia o autoridad sobre el otro; que es lógico que el marido intervenga en un contrato como otorgante y como protector de su mujer; que es necesario garantizar los intereses de los terceros que contraten en la creencia de un determinado estado de fortuna de un cónyuge, pues podrían ser defraudados al permitirse las enajenaciones al otro; que es preciso impedir que se vulnere fraudulentamente la prohibición de las donaciones entre cónyuges y que se altere de forma encubierta el régimen económico matrimonial (31).

La mayor parte de los autores han rechazado esta argumentación (32), ya que en modo alguno bastaba para autorizar una generalización o extensión analógica de los preceptos prohibitivos concretos del Código civil. Lo que el Código pretende —señala Lacruz (33)— no es mantener la vieja teoría de la *unitas carnis*, sino salvaguardar la independencia de los cónyuges, la prohibición de donaciones y la de alterar el régimen económico del matrimonio, con reglas prohibitivas concretas, insusceptibles de aplicación analógica. Los cónyuges, pues, pueden contratar entre sí, cosa conveniente asimismo de *lege ferenda*, ya porque existirán frecuentemente relaciones de intereses entre los esposos que deben ser reguladas, ya porque hay contratos que, reposando sobre la confianza mutua entre las partes, están especialmente indicados entre los cónyuges.

Manresa (34), con pleno acierto, se opuso a la interpretación dada por García Goyena a la Ley 55 de Toro, en la que este autor justificaba

(31) Cfr. SANCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil. Derecho de familia*, vol. 5.º, Madrid, 1912, p. 801; MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, tomo XXIII., vol. 1.º, 2.ª ed. revisada por BONET RAMÓN, Madrid, 1970, pp. 638-639; SANTAMARÍA, *Comentarios al Código civil*, vol. 2.º, Madrid, 1958, pp. 493 y 708-709.

(32) Cfr. BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, Madrid, 1960, pp. 178-179; LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., p. 220; *Derecho de familia*, I, Barcelona, 1974, p. 143; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo X, 6.ª ed. revisada por BLOCH, Madrid, 1969, pp. 172-173; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, vol. 3.º, Madrid, 1974, p. 522; VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama de Derecho civil*, Barcelona, 1973, pp. 250-252.

(33) LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., p. 220.

(34) MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo X, cit., pp. 172-173.

fundamentalmente la prohibición de los contratos entre marido y mujer, salvo los admitidos. La precedente Ley de Toro se limita toda ella a tratar de la licencia marital sin entrar en la cuestión propuesta. Aun después de publicado el Código civil no hay un principio general prohibitivo de los contratos entre marido y mujer: hay, sí, prohibiciones particulares como la que contiene el artículo 1.458. Confesamos ingenuamente —dice— que no conocemos precepto ni principio de los que se pueda derivar tal criterio (prohibición general para contratar), pues el tradicional obstáculo de la unidad de persona no creemos que pueda hoy alegarse seriamente por nadie cuando es una verdad por todos reconocida la que afirma la coexistencia de la personalidad de cada uno de los cónyuges dentro de la personalidad jurídica familiar.

Sin embargo, señaló Lacruz (35), que ello no quería decir que únicamente estuviesen prohibidos entre esposos los contratos que como tales menciona el Código civil. A su vez, el estatuto jurídico, inderogable, de las relaciones entre cónyuges supone ciertas limitaciones al posible contenido de los negocios que entre sí celebran. Así, los contratos que no prohíbe la Ley podrán encontrar obstáculos a su validez en el principio de subordinación de la mujer al marido, o en las reglas concernientes a la patria potestad, o en los deberes recíprocos de ambos cónyuges, o en la indisponibilidad de la situación del esposo, o en la inmutabilidad del régimen económico matrimonial. Ello obliga a repasar no sólo las prohibiciones concretas sino el elenco de contratos típicos.

Numerosas sentencias del Tribunal Supremo y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado se pronunciaron sobre la validez o no de determinados contratos entre cónyuges. Igualmente la doctrina, al comentar estas sentencias y resoluciones, y también al examinar los distintos tipos de contratos, se ocupó ampliamente del problema apuntado por Lacruz.

En la sentencia de 12 de diciembre de 1899 nuestro Tribunal Supremo entendió que la transacción, por su semejanza y analogía con la compraventa, requiere los mismos requisitos de capacidad en los contratantes, y que, por lo tanto, la transacción celebrada entre marido y mujer, fuera de los casos en que el artículo 1.458 permite expresamente el contrato de compraventa, es un contrato prohibido.

No podía considerarse acertada la doctrina de esta sentencia, ya que la norma prohibitiva del artículo 1.458 había de aplicarse sólo cuando la *eadem ratio* fuese muy poderosa, y no era éste el caso. La transacción no es necesariamente un contrato destinado a transmitir cosas a cambio de una compensación. Si la causa de la transacción es la eliminación de una controversia y si la mujer tiene capacidad por sí sola para demandar o defenderse en pleitos contra el marido (art. 60), ¿por qué se les va a privar a los cónyuges de un medio de composición de litigio como es la transacción? (36).

(35) LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., p. 220.

(36) GULLÓN, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad*

La sentencia de 21 de febrero de 1900, señalando la existencia de prohibiciones concretas establecidas para que ninguno de los cónyuges pueda abusar de su situación en perjuicio del otro, señaló que ni por precepto terminante de la Ley ni por razón de la índole de la sociedad conyugal que con el matrimonio se constituye, se puede estimar que son en absoluto ilícitos e ineficaces los actos que por mutuo acuerdo ejecuten marido y mujer, pues conservando ésta su personalidad independiente para el ejercicio de determinados derechos, aunque se subordine la de la mujer a la del marido, como jefe de la familia, para la dirección y administración de los intereses comunes, y teniendo en cuenta las prohibiciones concretas establecidas para que ninguno de los cónyuges puede abusar de su situación en perjuicio del otro, debe entenderse, por el contrario, que aquellos pactos o conciertos que entre sí realicen, mientras no afecten al régimen de la sociedad ni impliquen merma alguna de sus respectivos intereses o tiendan a eludir alguna Ley prohibitiva, son perfectamente válidos.

Esta sentencia es fundamental y marca el criterio general permisivo de la contratación entre cónyuges en la jurisprudencia.

En cambio, con carácter aislado, la sentencia de 19 de diciembre de 1932 consideró que existe una incapacidad general entre los cónyuges para constituir relaciones jurídicas, porque ambos forman una sola personalidad y el contrato exige la concurrencia de dos o más personas.

Nuestra doctrina no ha compartido con toda razón la argumentación de esta sentencia, ya que acogía la indefendible teoría de la *unitas carnis*. Además, en esta sentencia se cuestionaba la validez de un pacto sobre cesación de la vida en común, que fue declarado nulo, por lo que en realidad no se enjuició el problema de la contratación entre cónyuges (37).

En cuanto a los posibles efectos de la donación entre cónyuges no revocada, a partir de la muerte de quien la hizo, la sentencia de 28 de octubre de 1965 declaró que cualquiera que sea el valor sugestivo que pueda encerrar en teoría la tesis del recurrente, no puede ser admitida en este trance, por su deficiente apoyo en una simple redundancia empleada por el Código para remarcar lo que dispone por resultar claros los términos imperativos en que el precepto se expresa (el ar-

extracontractual, Madrid, 1972, p. 390; LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., p. 222; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, tomo IV, *Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, 9.ª ed. revisada con el concurso de CALVILLO, Madrid, 1969, p. 743.

Numerosos autores franceses han afirmado igualmente la validez de la transacción entre cónyuges: vid. CORNU, *Le contrat entre époux. Recherche d'un critère général de validité*, en *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 1953, p. 482; HEMARD, *Les contrats à titre onéreux entre époux*, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1938, p. 729.

(37) LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., p. 220, nota 2; DE LA CÁMARA AIVAREZ, *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, en este ANUARIO, 1969, fasc. 1.ª, pp. 14 ss.; HERRERO GARCÍA, *Contratos onerosos entre cónyuges*, cit., pp. 328-329.

título 1.334), determinantes de una nulidad total e insubsanable y porque tal tesis pugna abiertamente con lo establecido en el artículo 620 del Código, a la vista de cuyo texto es inconcurso que la eficacia de tales donaciones requeriría inexcusablemente un acto de disposición «mortis causa» que no ha existido en el caso de autos.

De esta manera el Tribunal Supremo no aceptó la tesis de la conversión jurídica material de la donación entre cónyuges, que valdría como donación «mortis causa» de sobrevivir el donatario al donante, como rigió en el Derecho romano y en las Partidas, según vimos, y defendió con gran agudeza y rigor Vallet de Goytisolo (38). Con anterioridad a la sentencia de 28 de octubre de 1965, Lacruz (39) señaló que la interpretación de este autor tendría la ventaja de reducir los efectos de una norma escasamente justa, y en ese sentido sería ocasión de regocijo que fuera aceptada por la jurisprudencia.

Un gran interés tiene la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. En cuatro importantes resoluciones se abordó el debatido problema de la validez de las sociedades entre cónyuges, con interesantes referencias al problema general de las relaciones contractuales entre marido y mujer.

La resolución de 3 de febrero de 1936 (40), relativa a la constitución de una sociedad colectiva, declaró que la libertad contractual reconocida en el artículo 1.255 del Código civil obliga a afirmar que los cónyuges pueden contratar entre sí, siendo, por lo tanto, la permisión la regla general, frente a la cual habrían de probarse las excepciones que están contenidas en los artículos 1.320, 1.334, 1.458 y 1.677, ninguna de las cuales afecta a la constitución de una sociedad regular colectiva.

Al amparo de esta doctrina, manifiesta Ribelles Ortiz (41), se han autorizado e inscrito sin dificultad en los Registros mercantiles algunas escrituras de constitución de sociedades pactadas entre cónyuges.

En la resolución de 9 de marzo de 1943, la Dirección General de los Registros y del Notariado, con argumentos tan discutibles como los que alegaron los Tribunales franceses (42) para negar la validez de las sociedades entre cónyuges, en relación con la inscripción en el Registro Mercantil de una escritura por la que la mujer y el marido,

(38) VALLET DE GOYTISOLO, *La donación «mortis causa» en el Código civil español*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1950, pp. 791 ss.; *Dictamen acerca de los requisitos necesarios para inscribir la transmisión a tercero de un inmueble adquirido por mujer casada, con metálico que confiesa ser parafernál*, en este ANUARIO, 1949, pp. 654 ss.; *Donación, condición y conversión jurídica material*, en este ANUARIO, 1952, pp. 1286 ss.; *Observaciones a la Resolución de 11 de mayo de 1957, en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1951, y otras consideraciones*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1957, pp. 447 ss.

(39) LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., p. 233.

(40) Comentada por RIBELLES ORTIZ, *¿Pueden los cónyuges pactar entre sí sociedades civiles o mercantiles?*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1943, pp. 600-605.

(41) RIBELLES ORTIZ, *¿Pueden los cónyuges pactar entre sí sociedades civiles o mercantiles?*, cit., p. 604.

y éste como representante legal de tres hijos menores de edad, constituyeron una sociedad de responsabilidad limitada, afirmó que no gozan de mucho favor entre los juristas las sociedades mercantiles de tipo personalista constituidas entre los cónyuges, en primer lugar porque la mujer sometida a la potestad marital no puede desenvolver libremente su actividad social frente a la opinión y el veto de su marido; en segundo término, porque tampoco queda respetada la independencia de patrimonios y el régimen económico establecido por los esposos o por la Ley; en tercer lugar, porque la admisión incondicional de estas compañías favorecería las donaciones entre cónyuges; y, en último término, porque, si bien los artículos 1.334, 1.335 y 1.667 del Código civil sean directa y únicamente aplicables a la sociedad universal, exteriorizan, con el 1.458 del mismo Cuerpo legal, el estrecho criterio que en estos particulares informa nuestra legislación.

Los argumentos alegados en esta resolución, como dirá posteriormente la de 16 de marzo de 1959, si se generalizasen provocarían la exclusión de toda sociedad entre cónyuges. Por esto, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en esta resolución, y la mayor parte de los autores (43), de conformidad con el criterio imperante en la doctrina foránea (44), no compartieron con razón la argumentación dada por la resolución de 9 de marzo de 1943, aunque en el caso objeto de la misma la inscripción de la sociedad de responsabilidad limitada estuvo bien denegada, ya que se trataba de un supuesto en el que se transgredían los límites impuestos por la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con la autocontratación. Pero esta Dirección General, como hemos visto, aprovecha la ocasión para señalar los inconvenientes que, al parecer, obstaculizan la constitución por los esposos de sociedades mercantiles de tipo personalista.

La propia Dirección General, con argumentos análogos a los seña-

(42) Amplia exposición de esta jurisprudencia en LEPAGNEUR, *Traité pratique de droit civil français* de PLANIOL-RIPERT, tomo XI-2.ª parte, *Contrats civils, société et association*, París, 1954, 2.ª ed., pp. 270-271; H., L. y J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tomo IV, volumen 1.º, *Régimes matrimoniaux*, París, 1969, p. 67.

(43) RIBELLES ORTIZ, *¿Pueden los cónyuges pactar entre sí sociedades civiles o mercantiles?*, cit., pp. 600 ss.; HERRERO GARCÍA, *Contratos onerosos entre cónyuges*, cit., pp. 338 ss. y pp. 467 ss.; GULLÓN, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, cit., pp. 342-343; LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., pp. 223-224, y *Derecho de familia*, I, cit., p. 144; DE LA CÁMARA ALVAREZ, *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, cit., pp. 101-102; CÁNOVAS COUTIÑO, *Comentario a la resolución de 16 de marzo de 1959*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1959, pp. 531 ss.; FERNÁNDEZ CABALEIRO, *Comentario a la resolución de 4 de noviembre de 1969*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1970, p. 489.

(44) RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, vol. 1.º, 10.ª ed. por ROBLLOT París, 1980, pp. 509 ss.; JULIEN, *Les contrats entre époux*, París, 1962, pp. 101 ss.; CORNU, *Le contrat entre époux*, cit., pp. 484-485; LEPAGNEUR, en *Traité de droit civil français* de PLANIOL y RIPERT, tomo XI, 2.ª parte, cit., pp. 271-273; HEMARD, *Les contrats à titre onéreux entre époux*, cit., pp. 721-723; LALOU, *Des contrats entre époux*, en *Études de droit civil à la mémoire de CAPITANT*, Liechtenstein-París, 1977, pp. 417 ss.

lados por la doctrina, va a rectificar el criterio restrictivo de la resolución de 9 de marzo de 1943. En la resolución de 16 de marzo de 1959 (45), referente a un caso en que el marido y la mujer constituyeron una sociedad de responsabilidad limitada aportando bienes presuntivamente gananciales, esta Dirección General alude a las dificultades que la doctrina clásica opone a las sociedades entre cónyuges, las cuales provocarían, si se generalizara la cuestión, la exclusión de toda sociedad entre esposos, y privaría arbitrariamente a estos últimos de múltiples posibilidades que les permitieran, sin el menor fraude, desenvolver sus negocios en situaciones en que no exista otro medio mejor que la sociedad para aunar su trabajo y hacer fructificar sus capitales; lo cual, unido a que la mala fe no debe presumirse nunca y a la ausencia en nuestra legislación de un precepto que establezca la incapacidad general de contratar entre esposos —ya que, por ejemplo, los contenidos en los artículos 1.334, 1.458 y 1.677 del Código civil, entre otros, contemplan situaciones especiales— permitiría concluir afirmando la validez de las sociedades entre esposos, siempre que resulten salvaguardados los deberes que se derivan del matrimonio y de la integridad de los patrimonios de los respectivos esposos y no se encubra un fraude o un acto contrario a la Ley. Sin embargo, se deniega la inscripción, pues en el caso concreto la sociedad aparece constituyéndose exclusivamente por las aportaciones de bienes gananciales hechas por marido y mujer, por lo que resulta de hecho integrada por bienes que, presuntivamente, tienen ese mismo y único origen y carácter, que conservan al no proceder de dos patrimonios distintos, sino de uno solo, y, por tanto, marido y mujer, de hecho, contratan también en nombre de la sociedad conyugal, lo que califica el Registro de supuesto de autocontratación no permitido por la Ley, ilicitudes que se agravan porque al crearse, además, un patrimonio separado del propio ganancial, se atenta al principio general de responsabilidad establecido en el artículo 1.911 del Código civil.

Los argumentos alegados en esta resolución en contra de la validez de la sociedad de responsabilidad limitada constituida por los cónyuges, cuando aporten bienes presuntivamente gananciales, fueron acertadamente rebatidos por un sector de nuestra doctrina (47). Es indudable que en tal caso no existe autocontratación en el sentido de que el marido contrate consigo mismo, pues la sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica, ni cabe aducir que la aportación descansa en la voluntad del esposo. La constitución de una sociedad es algo más que una pura aportación de bienes. Hay, además, fijación

(45) Comentada por DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO en *Revista de Derecho Mercantil*, 1959, pp. 449 ss., y CÁNOVAS COUTIÑO en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1959, pp. 522 ss.

(46) CÁNOVAS COUTIÑO, *Comentario a la resolución de 16 de marzo de 1959*, cit., p. 531.

(47) DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Estudios de Derecho mercantil*, vol. 1.º, Madrid, 1976, pp. 633 ss.; FERNÁNDEZ CABALEIRO, *Comentario a la resolución de 4 de noviembre de 1969*, cit., p. 489; HERRERO GARCÍA, *Contratos onerosos entre cónyuges*, cit., pp. 477 ss.

del fin de la sociedad (al que, en definitiva, vienen adscritos los bienes aportados) y la articulación de las normas que han de regir su vida corporativa. Todo esto es materia de contrato de sociedad y, naturalmente, no lo decide unilateralmente el marido, sino que lo conviene en un contrato que celebra precisamente con la mujer. Frente a la segunda objeción hay que decir que la limitación de responsabilidad es un beneficio que se puede alcanzar en nuestro Derecho merced a la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada o de una sociedad anónima. A primera vista, parece violento que los cónyuges, mediante la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada a la que sólo aportan bienes gananciales, eludan la aplicación del artículo 1.408-1 del Código civil. No se advierte, sin embargo, al razonar así, que, en el fondo, la aplicación del precepto (y la del artículo 1.911 en el que se inspira) se produce siempre que el marido o la mujer aportan bienes gananciales a una sociedad de responsabilidad limitada o a una sociedad anónima, por cuanto que el resto del patrimonio común queda exento de responsabilidad por las obligaciones dimanantes de la explotación del negocio social. Ocurre, simplemente, en tal caso, que se ha echado mano de un instituto cuyo fin consiste precisamente en evitar la aplicación de aquel principio, aunque, como contrapartida, haya que observar toda una serie de prescripciones, establecidas, precisamente, para proteger a los terceros. Las cosas no tienen porque suceder de otro modo si son sólo los dos cónyuges —dado que entre ellos puede existir una verdadera sociedad— quienes recurren a una solución (constituir una sociedad de responsabilidad limitada o a una sociedad anónima juntamente con otra persona) que el propio ordenamiento jurídico les brinda.

En el caso de la resolución de 4 de noviembre de 1969 se planteó el problema de determinar si está extendida de acuerdo con nuestra legislación una escritura de sociedad anónima otorgada por tres socios, de los cuales dos son marido y mujer que realizan sus aportaciones con bienes presuntivamente gananciales. De conformidad con la resolución de 16 de marzo de 1959, declaró la Dirección General de los Registros y del Notariado que la exclusión de toda sociedad entre esposos privaría arbitrariamente a estos últimos de múltiples posibilidades que les permitieran, sin el menor fraude, desenvolver sus negocios en situaciones en que no exista otro medio mejor que la sociedad para aunar su trabajo y hacer fructificar sus capitales; lo cual, unido a que la mala fe no debe presumirse nunca y a la ausencia en nuestra legislación de un precepto que establezca la incapacidad general para contratar los esposos —ya que, por ejemplo, los contenidos en los artículos 1.334, 1.458 y 1.677 del Código civil, entre otros, contemplan situaciones especiales— permitiría concluir afirmando la validez de las sociedades entre esposos, siempre que resulten salvaguardados los deberes que se derivan del matrimonio y de la integridad de los patrimonios de los respectivos esposos y no se encubra un fraude o un acto contrario a la Ley. En el supuesto contemplado, además, en-

tra de lleno en juego la presunción del artículo 1.407 del Código civil, teniendo, por ello, tales aportaciones y las acciones a cambio recibidas, cualquiera que sea el cónyuge que las suscriba, el carácter de presuntivamente gananciales, por lo que ni la constitución de la sociedad ni la forma en que las acciones han sido suscritas, vienen a cambiar el régimen económico matrimonial ni a suponer una alteración del patrimonio ganancial ni de los patrimonios privativos de cada cónyuge. Y al concurrir a la fundación de la sociedad al menos tres patrimonios, no se incide en el defecto señalado por la ya citada resolución de 16 de marzo de 1959, que contempla el caso de una sociedad de responsabilidad limitada constituida tan sólo por dos cónyuges de utilizar la forma social para la creación de un patrimonio separado del propio ganancial, atentando al principio general de responsabilidad establecido en el artículo 1.911 del Código civil.

Los argumentos alegados para justificar la validez de la sociedad de responsabilidad limitada por los cónyuges con aportación de bienes gananciales, determinan lógicamente que también lo sea la sociedad anónima, ya que el artículo 10 de la Ley de Sociedades Anónimas exige la concurrencia de tres personas, requisito legal que se cumple en el caso de esta resolución, pues el marido y la mujer adquirirán la cualidad de socios, y no la sociedad de gananciales, que carece de personalidad jurídica, sin perjuicio del carácter ganancial de las aportaciones (48).

En relación con la fianza entre cónyuges la resolución de 31 de mayo de 1895 afirmó su validez al establecer que, dado el artículo 1.263, número 3 del Código civil, es indudable que en materia de contratos otorgados por mujeres casadas la regla general hoy en vigor es la que hay que reputarlos válidos, regla que no tiene más excepciones que las expresadas por la Ley. Ninguna de las disposiciones del Código civil prohíbe a la mujer el contrato de fianza, y tampoco a la que está casada el salir fiadora de su marido, prohibición que no faltara de haber estado en la mente del legislador establecerla, por lo mismo que fue secular en nuestro Derecho. Ante la carencia de artículo o precepto del Código que haya estatuido la incapacidad que establecieran el Senadoconsulto Velciano, la auténtica *Si qua mulier*, diversos fueros municipales y la famosa Ley 61 de Toro, hay que concluir lógicamente que, puesto que no nos hallamos en un caso de excepción, rige el principio del artículo 1.263, y a su tenor, puede la mujer casada prestar consentimiento a un contrato de fianza, aun en favor de su propio marido.

Nuestro Código civil, como se deduce de la Exposición de Motivos del Proyecto de 1936, interrumpió la tradición que continuó la Ley 61 de Toro y, por consiguiente, era evidente que la mujer podía ser fiadora de su marido. Incluso autores que no se mostraron favorables a la validez general de los contratos onerosos entre cónyuges, como

(48) DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Estudios de Derecho mercantil*, vol. 1.º, cit., pp. 632 ss.; HERRERO GARCÍA, *Contratos onerosos entre cónyuges*, cit., pp. 482-483

Mucius Scaevola (49), no incluyeron la fianza. La prohibición se refiere a contratos que envuelven transmisiones de bienes de marido a mujer, o viceversa, a título oneroso. Era poco dudosa, por estas razones, la validez de este contrato entre cónyuges y, en general, la de cualquier contrato de garantía (50).

La validez de la permuta entre cónyuges fue negada con claridad por la resolución de 28 de noviembre de 1898 (1), considerando que con arreglo a los artículos 1.458 y 1.541 del Código civil el marido y la mujer no pueden permutar bienes recíprocamente sino cuando se hubiera pactado separación de bienes o cuando hubiese separación judicial de los mismos.

La mayor parte de los autores consideraron acertada la doctrina de esta resolución, basándose fundamentalmente en el artículo 1.541, que ordena aplicar a la permuta las reglas de la compraventa (52). Sin embargo, sosteniéndose una opinión semejante a la defendida en la doctrina por PLANIOL, GUERIN y LALOU (53), quienes señalaron que hay muchos textos concernientes a la venta que son inaplicables a la permuta, y que ésta no presenta los mismos peligros que la venta cuando es realizada entre cónyuges, se dirá que no debe considerarse segura la opinión mayoritaria en nuestra doctrina (54), o con mayor rotundidad, que la permuta entre cónyuges debe ser perfectamente

(49) Véase la nota 31.

(50) LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., p. 225; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo IV, *Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, 9.ª ed. revisada con el curso de CALVILLO, cit., p. 692; DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, tomo 2.ª, nueva edición revisada y puesta al día por COSSÍO y GULLÓN, Madrid, 1959, pp. 498-499; GULLÓN, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, cit., p. 433.

Semejante criterio fue defendido por la doctrina francesa, desde la promulgación del Código civil francés, que no acogió tampoco la prohibición de la *intercessio* de la mujer, de conformidad con un edicto de 1606 que suprimió esta incapacidad y su consecuencia. Vid. HEMARD, *Les contrats à titre onéreux entre époux*, cit., p. 728; SAVATIER, *Traité de droit civil français* de PLANIOL y RIPERT, 2.ª ed., París, 1954, tomo XI, 2.ª parte, *Contrats civils*, p. 972; JULIEN, *Les contrats entre époux*, cit., p. 136.

(51) Comentada por MERINO, *El contrato de permuta*, Madrid, 1978, pp. 139-140.

(52) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo IV, 9.ª ed., cit., p. 189; MELÓN INFANTE (Fernando), *El contrato de permuta en el Código civil*, en Revista de Derecho Privado, 1961, p. 717; COSSÍO, *Instituciones de Derecho civil*, vol. 2.º, Madrid, 1975, p. 749; ALBALADEJO, *Derecho civil, tomo II, Derecho de obligaciones*, vol. 2.º, Barcelona, 1975, p. 73.

Este criterio es dominante también en la doctrina francesa: HAMEL, en *Traité pratique de droit civil français* de PLANIOL y RIPERT, tomo X, París, 1956, pp. 512-513; TROPLONG, *Le droit civil expliqué (De l'échange et le louage)*, Bruxelles, 1841, p. 7; CORNU, *Le contrat entre époux*, cit., p. 482; ESMEIN, en *Traité de droit civil français* de PLANIOL y RIPERT, tomo VI, 1.ª parte, *Obligations*, París, 1952, p. 93.

(53) PLANIOL, en *Revue Critique*, 1888, p. 273; GUERIN, *Etude sur le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales*, París, 1906, p. 92; LALOU, *Des contrats entre époux*, cit., pp. 426-427.

(54) LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., p. 222.

admitida en el régimen del Código, como lo está en otras regiones (la aragonesa, por ejemplo), en las que, aun existiendo el régimen de comunidad de bienes en el matrimonio, no se ha visto peligro alguno para la admisión de estos contratos y, en general, de cualesquiera otros entre marido y mujer (55).

Entre los contratos caracterizados por la prestación de servicios, el que más problemas de validez suscitó en la doctrina fue el de trabajo. Algunos autores lo vedaron en cualquier hipótesis por estimar que el estado de subordinación del obrero frente al patrono y la estipulación de un salario son incompatibles con la concepción moral y jurídica de la unión conyugal, que implica una comunidad de existencia y una indivisibilidad de intereses en condiciones de perfecta igualdad (56). Para otros autores, en cambio, el contrato de trabajo como causa de una atribución patrimonial (pago del salario) es válido entre cónyuges, pero sólo es vinculante para el futuro en cuanto, de hecho, no altere la autoridad de cada cónyuge en la familia (57). Finalmente, no faltaron autores que estimaron que el hecho de estar el marido subordinado a su mujer en el trabajo que realiza no pone en juego las prerrogativas de aquél como cabeza de la familia. Estas prerrogativas no tienen la misma naturaleza que los derechos de los asociados o los poderes del patrono (58).

El mandato entre cónyuges se consideró válido desde el momento en que el mandante dirige la gestión del mandatario (59). No obstante, un importante sector de la doctrina estimó que había de ser en todo caso revocable, ya que un mandato irrevocable implicaría un ataque definitivo a los poderes respectivos de los cónyuges en el matri-

(55) MERINO, *El contrato de permuta*, cit., p. 139; HERRERO GARCÍA, *Contratos onerosos entre cónyuges*, cit., p. 459.

(56) SACHET, *Traité théorique et pratique de la législation sur les accidents de travail*, 8.ª ed., tomo 1.º, núm. 215 bis (citado por LALOU, *Des contrats entre époux*, cit., p. 432); ROUAST, en *Traité de droit civil français* de PLANIOL y RIPERT, tomo XI, 2.ª parte, *Contrats civils*, 2.ª ed., París, 1954, p. 440; VOIRIN, nota en *Recueil Dalloz*, 1928, 2, 169; FREJAVILLE, *Cours de droit civil approfondi*, París, 1952-1953, pp. 334-348.

(57) ESMERIN, en *Recueil Sirey*, 1937, 2, 169; ROUX, nota en *Recueil Sirey*, 1953, 1, 353 (referencia en CORNU, *Le contrat entre époux*, cit., p. 472, nota 46); AUBRY y RAU, *Droit civil français*, tomo V, 5.ª ed., p. 339, nota 10. En nuestra doctrina, LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., p. 225.

(58) HEMARD, *Les contrats á titre onéreux entre époux*, cit., pp. 706 ss.; FREYRIA, *La relation de travail entre époux*, en *Droit social*, 1952, pp. 378 ss.; LALOU, *Des contrats entre époux*, cit., pp. 433-434.

(59) JULIEN, *Les contrats entre époux*, cit., pp. 120-121; HEMARD, *Les contrats á titre onéreux entre époux*, cit., pp. 708 ss.; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, vol. 2.º, París, 1921, p. 701; CORNU, *Le contrat entre époux*, cit., p. 486; GUERIN, *Etude sur le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales*, cit., p. 102; SAVATIER, en *Traité de droit civil français* de PLANIOL y RIPERT, tomo XI, 2.ª parte, *Contrats civils*, París, 1956, p. 878; ESMEIN, en *Traité de droit civil français* de PLANIOL y RIPERT, tomo VI-1.ª parte, *Obligations*, París, 1952, p. 93.

En nuestra doctrina, fundamentalmente, LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., p. 225.

monio y una vulneración del principio de inmutabilidad de las convenciones matrimoniales (60).

Si se parte de la base de ser la prohibición de venderse bienes los esposos el caso límite, habían de considerarse válidos cualesquiera contratos que no determinen una transferencia de propiedad a título definitivo, como el comodato, el mutuo, el depósito o el arrendamiento (61).

La Ley de 2 de mayo de 1975 sobre situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, determinó la imposibilidad de alegar los principales argumentos en que se trató de fundar la prohibición general de la contratación onerosa entre cónyuges, o la de determinados contratos, como la sociedad o el contrato de trabajo, ya que fue suprimido el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial (art. 1.320 del Código civil), se estableció la regla de que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges y fueron suprimidas las licencias maritales para actos de la mujer casada (arts. 62 y ss. del Código civil). Precisamente en la Exposición de Motivos del Proyecto se justificaron estas modificaciones del Código civil, diciéndose, entre otras cosas, que las normas en que tales limitaciones (en la capacidad de obrar de la mujer) se contienen no pasan de tener una efectividad predominantemente formal, creadora de trabas en la vida jurídica, sin la contrapartida de una seria protección de los intereses de orden familiar... La regla de la inmodificabilidad partía probablemente de la idea de que, a través de los pactos postnupciales, pudiera uno de los cónyuges, generalmente la mujer, quedar sometido, en su perjuicio, al influjo psicológico del otro, sin llegar a manifestar su voluntad en condiciones de plena libertad. Frente a ello cabe señalar que, desde hace siglos, la regla cabalmente contraria, la misma que ahora se introduce, está vigente en grandes zonas de nuestro país, pues casi sin excepción es tradicional en los territorios de Derecho foral, sin que sólo no haya planteado graves problemas, sino que, al contrario, ha servido de cauce para resolverlos pacíficamente. Y el temido hecho de que tales pactos pudieran ocultar una falta de libertad o una voluntad viciada, es corregible, sin necesidad de prohibir los pactos, acudiendo a las reglas generales que salvaguardan la autenticidad de la voluntad en los contratos (62).

(60) JULIEN, *Les contrats entre époux*, cit., pp. 120-121; CORNU, *Le contrat entre époux*, cit., 486.

(61) LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., p. 225; HEMARD, *Les contrats à titre onéreux entre époux*, cit., p. 726; CORNU, *Le contrat entre époux*, cit., p. 481.

(62) De acuerdo con estos principios, como ha apuntado DÍEZ-PICAZO (*Significado de la reforma del Código civil, Curso de conferencias sobre la reforma de los Códigos civil y de comercio por ley 14/1975 de 2 de mayo*, año 1977, Madrid, 1978, pp. 144 ss.), se han suprimido todas las referencias a la autoridad, a la potestad y a la obediencia. La preocupación un poco obsesiva ha llevado también a suprimir las palabras marido y mujer sustituyéndolas por cónyuges. Se planteaba, sin embargo, el problema (que ha desaparecido tras la Ley de 13

A pesar de introducirse estas importantes innovaciones en el Código civil, no fueron reformados los preceptos que establecían concretas prohibiciones legales a la contratación entre cónyuges (arts. 1.334, 1.458, 1.541 y 1.677), por lo que se continuó cuestionando en la doctrina el problema de dilucidar si de los preceptos señalados era posible deducir o no un principio general prohibitivo de la contratación entre cónyuges y, en todo caso, la interpretación que había de darse a aquéllos teniendo en cuenta los nuevos principios instaurados por la Ley de 2 de mayo de 1975.

La mayor parte de los autores (63) se mostraron favorables al criterio general de la validez de los contratos entre cónyuges, señalándose incluso que quedaban en buena parte privadas de fundamento las prohibiciones legales que aparecían en el Código civil. La Ley de 2 de mayo de 1975 despejaba cualquier tipo de duda que se tuviera sobre la cuestión, e incluso en relación con el debatido problema de la constitución por los cónyuges de una sociedad de responsabilidad limitada con aportación de gananciales, la reforma operada en el Código de comercio por esta Ley determinaba que, después de reformado el artículo 6 del mismo y de abrirse brecha en la intangibilidad del artículo 1.408-1 del Código civil, no había de albergarse más escrúpulos en orden a la viabilidad de que los cónyuges pudiesen pactar entre sí la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada con aportación de bienes gananciales (64).

No faltaron autores que dudaron, a pesar de lo dicho, de que esta Ley tuviese la importancia señalada. Según Girón Tena (65) no puede decirse que los problemas en torno a la sociedad entre cónyuges hayan resultado muy aclarados después de la Ley de 2 de mayo de 1975.

En relación con la constitución por los cónyuges de una sociedad de responsabilidad limitada con aportación de bienes gananciales, Núñez Boluda (66) entendió que el argumento alegado por la citada resolución de 6 de marzo de 1959 de que se crea un patrimonio separado del propio ganancial y se atenta al principio general de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código civil, ha de estimarse vigente, es decir, es un argumento que no ha sufrido

de mayo de 1981) de que la igualdad jurídica y la plena capacidad no se alcanzan o se alcanzan muy mal, según precisa Díez-PICAZO, sin una correlativa reforma del régimen económico conyugal, que el legislador de 1975 confiesa no haber intentado, aunque ello fuese sólo parcialmente cierto.

(63) Cossío, *Instituciones de Derecho civil*, vol. 2.º, Madrid, 1975, p. 749; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. 4.º, 1.ª ed. Madrid, 1978, p. 141; PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil español*, vol. 5.º, Madrid, 1976, p. 214; HERRERO GARCÍA, *Contratos onerosos entre cónyuges*, Madrid, 1976, pp. 368 ss.; DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Estudios de Derecho mercantil*, vol. 1.º, Madrid, 1977, p. 632; GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirigidos por ALBALADEJO), tomo XIX, Madrid, 1980, p. 120.

(64) DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Estudio de Derecho mercantil*, vol. 1.º, cit., p. 636.

(65) GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, vol. 1.º, Madrid, 1976, p. 193.

(66) NÚÑEZ BOLUDA, *Limitaciones a la contratación entre cónyuges en el Código civil*, en *Revista de Derecho Privado*, 1979, p. 168.

variación a consecuencia de la promulgación de la Ley de 2 de mayo de 1975. Para esta autora, las sociedades de responsabilidad limitada y las comanditarias sólo hay que admitirlas cuando los cónyuges están en régimen de separación de bienes, y cuando no estándolo aporten bienes privativos de uno y del otro; o aporten el uno bienes privativos y el otro bienes gananciales.

Gómez de Enterría (67) consideró que el último argumento (el relativo a la vulneración del artículo 1.911) de la resolución de 16 de marzo de 1959 tenía una gran solidez.

En lo referente al contrato de trabajo entre cónyuges, Gómez de Enterría (68) señaló que el mismo pondría de manifiesto el carácter inconciliable de cualquier tipo de subordinación contractual de uno de los esposos respecto del otro con el principio de igualdad llamado a regir las relaciones personales dentro del matrimonio, por lo que ni en el plano teórico parece admisible este tipo de contrato entre cónyuges.

En realidad, como han precisado acertadamente Díez-Picazo y Gullón (69), los problemas relativos a la contratación entre cónyuges, después de la Ley de 2 de mayo de 1975, no habían de plantearse tanto en el terreno de la existencia o no de un criterio general de validez, que había que admitir, como en determinar si un contrato celebrado por el marido y la mujer relativo a bienes, derechos o intereses que están en comunidad, que entrañe una modificación del régimen económico matrimonial, debía por lo menos dar cumplimiento a las reglas de fondo y de forma necesarias para las capitulaciones matrimoniales.

III. DERECHOS CIVILES ESPECIALES O FORALES

A diferencia del criterio adoptado en nuestro Código civil de 1889, algunas Compilaciones de Derecho civil especial, de acuerdo con los antecedentes históricos, han admitido expresamente los contratos entre cónyuges, tanto a título gratuito como a título oneroso, aunque en alguna de ellas se ponen específicos límites en ciertos casos. En cambio, en Galicia y Vizcaya y Alava, al no establecer sus Compilaciones reglas especiales sobre la contratación entre cónyuges, ha regido el criterio del Código civil.

1. *Derecho civil especial de Aragón.*—En Aragón la capacidad general de los cónyuges de celebrar contratos entre sí ha sido siem-

(67) GÓMEZ DE ENTERRÍA, *La contratación entre cónyuges en el Código civil y en los Derechos especiales*, en Revista Jurídica de Cataluña, julio-septiembre 1978, p. 627.

(68) GÓMEZ DE ENTERRÍA, *La contratación entre cónyuges en el Código civil y en los Derechos especiales*, cit., p. 625.

(69) Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, 1.ª ed., volumen IV, cit., p. 141.

pre reconocida (70). En relación con las donaciones entre marido y mujer en el antiguo Derecho de los Fueros y Observancias no había precepto que expresamente las autorizara. Ello no era necesario, como precisó Isabal (71), ya que bastaba la regla general que las comprendía y la ausencia de una disposición que las prohibiera. Aparte del principio general que admite como permitido todo aquello que la Ley no prohíbe, está la libertad del pacto, el *Standum est chartae*. No obstante, el Derecho aragonés no era totalmente permisivo, pues existían ciertas restricciones a la libertad de donación entre los cónyuges. Según el Fuero, *De contractibus coniugum*, lib. V, no valdrá la remisión de la dote hecha al marido por su mujer, si no se hace esto con el consentimiento de los parientes más próximos de la esposa, a saber: del padre, si vive, y de algún otro, o si no tuviese padre, con otros dos parientes suyos de los más cercanos y legales (traducción de Parrial). Y según la Observancia 1.ª, *De iure dotium*, lib. V, la esposa puede transferir al marido, como a un extraño, sus bienes muebles e inmuebles que no son dotes o axobar, pues ninguna de ambas cosas puede transferirlas al varón sino en la forma establecida en el Fuero, *De contractibus coniugum* (traducción de Marton y Santapau) (72).

Este sistema ampliamente permisivo fue también el aceptado por el Apéndice de 1925, cuyo artículo 52 disponía que, no existiendo descendientes, o bien dejando a salvo los derechos legitimarios que a éstos corresponden según el estado de familia cuando ocurra el otorgamiento, valdrán la dote y la donación otorgadas por el marido a favor de su mujer, y también, con la dicha salvedad, valdrán las donaciones que la mujer haga de sus bienes privativos al marido. Esto no obstante, cuando sean objeto de la donación bienes sitios o inmuebles que la mujer haya recibido como dote o como «firma de dote», el otorgamiento no será válido si no interviene el consejo favorable del padre, en defecto de éste el de la madre, y a falta de ambos, el de los dos más próximos parientes de la esposa otorgante, varones y mayores de edad.

Según el artículo 24 de la vigente Compilación de Derecho civil especial de Aragón, de 8 de abril de 1967, los cónyuges pueden hacerse donaciones y celebrar entre sí toda clase de contratos. Las caute- las del artículo 52 del Apéndice en relación con la dote y con la «firma

(70) Vid. ISABAL, *Donaciones entre cónyuges*, en *Enciclopedia Jurídica Española*, Barcelona (Seix), tomo XII, 1910, p. 598; SAPENA, *Ineficacia del negocio jurídico en el Apéndice al Código civil*, en este ANUARIO, 1956, fasc. 1.º, pp. 151-155.

GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, vol. 3.º, Madrid, 1852, p. 274), al referirse a la prohibición de las donaciones entre cónyuges en el comentario al artículo 1.259 del Proyecto de 1851, dice que, sin embargo, en Aragón podía el marido vender o donar a su mujer bienes raíces y dotarle en todos. La mujer podía vender y donar bienes a su marido.

(71) ISABAL, *Donaciones entre cónyuges*, cit., p. 597.

(72) ISABAL, *Donaciones entre cónyuges*, cit., p. 598.

de dote» han sido recogidas sustancialmente en el artículo 31 de la Compilación.

2. *Derecho especial de Cataluña*.—Tradicionalmente ha sido posible que los cónyuges catalanes pudiesen celebrar entre sí contratos onerosos debido a diversos textos del Digesto, aplicable en Cataluña como supletorio a falta de una norma de Derecho propio, con la importante excepción de la fianza e intercesión de la mujer en favor del marido. En cambio, debido a la nulidad de las donaciones entre cónyuges que aparecía en el Digesto y en las Decretales de Gregorio IX, si bien convalidables en caso de que no hubiesen sido revocadas por el donante antes de fallecer, en determinados textos, como las *Costums* de Tortosa, fuertemente romanizados, se estableció que si la donación se realiza después del matrimonio «non val», aunque puede confirmarse por testamento o por cualquier acto de última voluntad, por fallecimiento del donante antes que el donatario o antes de haberla revocado en forma expresa o tácita (73). Es lógico que en la Memoria de Derecho catalán y en los sucesivos Proyectos de Apéndice del Derecho foral de Cataluña se admitiera claramente la validez de la contratación onerosa entre cónyuges, con la excepción de la intercesión y fianza de la mujer en favor del marido, y se afirmara la nulidad de las donaciones entre éstos aunque se admitía la convalidación en términos semejantes a los expuestos (74).

La Compilación del Derecho civil especial de Cataluña de 21 de julio de 1960 va a regular ampliamente esta materia. El artículo 11 permitirá con carácter general los contratos onerosos entre cónyuges cuyo régimen económico matrimonial sea el de separación de bienes (75). Sin embargo, la amplia declaración de este precepto se ve limitada por la prohibición del artículo 322, en el sentido de que la mujer casada no puede interceder en favor de deudas contraídas por el marido, no distinguiéndose si la intercesión deriva de un contrato oneroso o gratuito (76).

(73) Véase el amplio análisis histórico de HERRERO GARCÍA, *Los contratos onerosos entre cónyuges en la historia del Derecho catalán y en su vigente Compilación*, en Revista de Derecho Notarial, 1975, pp. 285 ss.

(74) HERRERO GARCÍA, *Los contratos onerosos entre cónyuges en la historia del Derecho catalán y en su vigente Compilación*, cit., pp. 299 ss.; PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, tomo 2.º, *Derecho familiar catalán*, Barcelona, 1979, pp. 147 y 334.

(75) Vid. PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, tomo 2.º, cit., pp. 150 ss.; HERRERO GARCÍA, *Los contratos onerosos entre cónyuges en la historia del Derecho catalán y en su vigente Compilación*, cit., pp. 314 ss.; PUIG SALELLAS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirigidos por ALBALADEJO), tomo XXVII, vol. 1.º, Madrid, 1981, páginas 300 ss.

(76) Vid. BADOSA COLL, *La intercesión de la mujer casada catalana a favor de su marido*, en *Estudios jurídicos sobre la mujer catalana*, Barcelona, 1971, pp. 251 ss.; FERNÁNDEZ VILLAVICENCIO, *Fianza e intercesión de la mujer casada en favor de su marido*, en *Estudios jurídicos sobre la mujer catalana*, Barcelona, 1971, pp. 303 ss.; LATORRE, *Algunas observaciones sobre los artículos 321 y 322 de la Compilación Senadoconsulto Velezano y Auténtica si qua mulier*, en *Estudios jurídicos sobre la mujer catalana*, Barcelona, 1971, pp. 331 ss.; HERRERO

No se admite la validez de las donaciones entre cónyuges hechas durante el matrimonio fuera de capitulaciones matrimoniales; pero si el cónyuge donante fallece sin haberse arrepentido de ellas o sin revocarlas, dispone el artículo 20 que quedarán retroactivamente convalidadas. En la duda se considerará que fue voluntad del donante no arrepentirse o no revocarlas. También será nula la convalidación o confirmación que de las mismas haga en vida el donante, como no sea en su último testamento o en codicilo eficaz. Estas donaciones no quedarán convalidadas cuando el cónyuge donatario premuera al donante; en caso de conmorienca real o presunta de donante y donatario se entenderá, a estos efectos, que ha sobrevivido el último. Quedan exceptuadas de la nulidad las donaciones y liberalidades para la reparación de una finca propia del donatario amenazada de ruina, en cuanto no exceda de la cantidad necesaria para ello; aquellas cuyo objeto sea el mero uso de una cosa; las donaciones por causa de muerte, el esponsalicio o *escreix* y las liberalidades de uso y regalos módicos proporcionados a la condición económica y social del cónyuge. Esta norma es desarrollada por los artículos 21 y 22 (27). Además, la presunción muciana va a representar una fuerte traba a la contratación entre cónyuges, porque implica que todo lo que la mujer deba entregar al marido, como consecuencia de una obligación derivada de un contrato oneroso, se presume que no pertenece a ella sino a aquél (artículo 23).

La reciente Ley del Parlamento catalán de 20 de marzo de 1984 («B. O. E.» de 4 de mayo) ha reformado profundamente esta materia, haciéndose realidad así lo propugnado por numerosos autores (78). El artículo 5 de la Ley modifica el artículo 11 de la Compilación, que dispone ahora lo siguiente: Los cónyuges podrán celebrar entre sí durante el matrimonio actos y contratos a título oneroso o gratuito; en caso de impugnación judicial, la prueba del carácter oneroso corresponderá a los demandados. A su vez, de acuerdo con el artículo 7 de la Ley, el artículo 20 preceptúa que las donaciones entre cónyuges hechas fuera de capitulaciones matrimoniales serán revocables en los casos que se indican en el artículo siguiente. Estos casos, según el ar-

GARCÍA, *Los contratos onerosos entre cónyuges en la historia del Derecho catalán y en su vigente Compilación*, cit., pp. 320 ss.; PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, tomo 2.º, cit., p. 331; GETE ALONSO, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales* (dirigidos por ALBALADEJO), tomo XXVII, volumen 1.º, Madrid, 1981, pp. 343 ss.

(77) GETE ALONSO, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales* (dirigidos por ALBALADEJO), tomo XXVII, volumen 1.º, cit., p. 443; PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, tomo 2.º, cit., p. 182.

(78) PUIG SALELLAS, *La reforma de la Compilació en materia de las relaciones económicas entre cónyuges*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1983, núm. 3, pp. 578-579; DELGADO, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, tomo 2.º, volumen 3.º, Barcelona, 1979, p. 323; HERRERO GARCÍA, *Los contratos onerosos entre cónyuges en la historia del Derecho catalán y en su vigente Compilación*, cit., p. 321, nota 193; FERNÁNDEZ VILLAVICENCIO, *Fianza e intercesión de la mujer casada en favor de su marido*, cit., p. 319.

título 21, son los siguientes: a) En los casos generales de revocación de donaciones, si bien en el de supervivencia o en el superveniencia de hijos sólo podrá tener lugar si se trata de hijos comunes; b) En caso de nulidad del matrimonio; no obstante, si hubiera mala fe por parte de uno solo de los cónyuges, únicamente podrá revocar el otro; c) Únicamente por el cónyuge no culpable y salvo caso de reconciliación, si el otro hubiera incurrido en alguna de las causas de desheredación o que dan lugar a la separación judicial o al divorcio, aun cuando no se solicite aquella o éste.

En los casos previstos en los apartados b) y c) del articulado anterior, dice el artículo 22, la acción para revocar caducará al año de haber sido notificada la sentencia correspondiente; y en los de revocación por causa de desheredación, divorcio o separación, al año de haber tenido el donante conocimiento de la causa y de la posibilidad de revocación».

Se establece, por tanto, en la Compilación catalana un amplísimo margen a la contratación entre cónyuges, que no depende de cuál sea el régimen económico del matrimonio.

3. *Derecho civil especial de Baleares.*—El párrafo 3.º del artículo 4 de la Compilación del Derecho civil especial de Baleares de 19 de abril de 1961 dispone que serán válidos en régimen de separación de bienes los actos y contratos que celebren entre sí los cónyuges a título oneroso. En caso de impugnación judicial, la prueba del carácter oneroso corresponderá a los demandados. Se ponen, por consiguiente, dos importantes trabas a la contratación onerosa entre cónyuges, como son la necesaria vigencia del régimen de separación de bienes y la presunción de gratuidad del contrato entre cónyuges, que tiene un mero carácter *iuris tantum*, por lo que puede ser dejado sin efecto en virtud de las pruebas que aporten los cónyuges acreditativas del carácter oneroso del contrato entre ellos celebrado.

Aunque el precepto citado no lo diga expresamente, se infiere en interpretación *a sensu contrario* del mismo la prohibición de las donaciones entre cónyuges o cualesquiera otros negocios jurídicos que puedan tener un carácter lucrativo. Además, en Mallorca siempre se ha considerado fuera de toda duda la prohibición de las donaciones entre cónyuges, no cabiendo siquiera la posibilidad de que las mismas puedan tener un principio de validez y ser susceptibles de revocación en vida del cónyuge donante, tras cuya muerte sin haberlas revocado pasarían a considerarse donaciones *mortis causa* (79).

Si bien un importante sector doctrinal ha criticado la prohibición absoluta de las donaciones entre cónyuges, máxime cuando existe separación de bienes, no se puede olvidar la realidad del actual texto

(79) RIPOLL, *Memoria de las Instituciones del Derecho civil de las Baleares*, Palma de Mallorca, 1885, p. 28; MASOT MIQUEL, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirigidos por ALBALADEJO), tomo XXXI, volumen 1.º, Madrid, 1980, p. 130.

legal del cual se deduce una absoluta prohibición (80), y ello a pesar de que la reforma del Código civil por Ley de 13 de mayo de 1981 haya determinado la posibilidad de que los cónyuges puedan celebrar entre sí cualquier tipo de acto a título oneroso o gratuito (art. 1.323).

El último párrafo del artículo 4 de la Compilación hace referencia a la posibilidad de que la mujer casada pueda salir fiadora de su marido y obligarse mancomunadamente con él. Con ello se proclama la doctrina tradicional mallorquina, discrepante, en este punto, de las fuentes romanas y del criterio que ha imperado en Cataluña (81).

4. *Derecho civil especial de Navarra*.—Debido a lo poco que dicen los fueros navarros en orden a la posibilidad de hacerse los cónyuges donaciones durante el matrimonio (82), lo único que, con anterioridad a la vigente Compilación de Derecho civil de 1 de marzo de 1973, abona de forma segura la validez de las mismas es el antecedente del Anteproyecto y Proyecto de Fuero Recopilado (83), pero con limitaciones, al establecer la ley 188 del primero y 193 del segundo que también serán válidas las donaciones entre cónyuges; pero las que hiciere la mujer en favor del marido y excediesen de los regalos módicos en relación con las circunstancias, necesitarán la aprobación de los parientes mayores de aquélla. En todo caso quedarán a salvo las acciones de fraude que pudieran amparar el interés de los terceros que se consideren perjudicados, añadiendo la ley 194 que cuando se trate de cónyuges de segundas o posteriores nupcias, será nula toda estipulación entre ellos en perjuicio de los derechos de los hijos habidos en matrimonio anterior.

Las dos leyes referidas tuvieron una fidedigna acogida en la Compilación de Derecho civil navarro, aunque quedasen enmarcadas bajo título distinto (84), el VII, lib. I, denominado: «De los principios fundamentales del régimen de bienes de la familia» (85).

La ley 76 disponía que son válidas las donaciones entre cónyuges,

(80) MASOT MIQUEL, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., pp. 131-133.

(81) PASCUAL GONZÁLEZ, *Derecho civil de Mallorca*, Palma de Mallorca, 1951, p. 133; MASOT MIQUEL, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., pp. 140-141.

(82) Sobre estos Fueros véase SALINAS QUIJADA, *Derecho civil de Navarra*, tomo V, *Derecho de familia*, volumen 1.º, *Organización de la familia*, Pamplona, 1975, pp. 210 ss.

(83) En el Proyecto de Fuero Recopilado el título VI llevaba la rúbrica siguiente: «De los negocios jurídicos entre cónyuges».

(84) Con anterioridad a la promulgación de la Compilación de Derecho civil navarro, la doctrina navarra no se mostró favorable a la validez de las donaciones entre cónyuges (ALONSO, MORALES y otros). En el artículo 1.259 de su *Memoria* MORALES recoge lo que el Proyecto de Apéndice de 1851 disponía en sus artículos 1.250 y 1.251, prohibiendo toda donación de un cónyuge a otro durante el matrimonio; y no comprendiendo en esta regla los regalos módicos que los cónyuges acostumbran a hacerse en ocasión de regocijo para la familia, que también los permite COVIÁN en el artículo 112 de su Proyecto en ulteriores matrimonios (SALINAS QUIJADA, *Op. cit.*, pp. 214 ss.).

(85) SALINAS QUIJADA (*Op. cit.*, p. 219) ha considerado más atinada la sistemática que en este punto aparecía en el Proyecto de Fuero Recopilado.

pero las que hiciese la mujer en favor del marido, si excediesen de los regalos módicos según costumbre, necesitarán la aprobación de los parientes mayores de aquélla. A su vez, la ley 77 establece que los derechos que esta Compilación reconoce a los hijos o descendientes de anterior matrimonio quedarán a salvo de toda estipulación, disposición o renuncia hechas por los cónyuges de segundas o posteriores nupcias, entre sí o con terceros.

La excepción de fraude que establecía el Proyecto de Fuero Recopilado, la ley 193, párrafo 3.º, se eliminó por considerarse consecuencia de la doctrina general del fraude.

La plena validez de los restantes tipos de contratos entre cónyuges, de conformidad con lo que disponía la ley 193 del Proyecto de Fuero Recopilado, fue espresamente admitida por la ley 76 de la Compilación al disponer que los cónyuges podrán celebrar entre sí toda clase de estipulaciones y contratos. En clara concordancia con este criterio permisivo, la ley 61 dispondrá que cualquiera de los cónyuges puede afianzar, obligarse de otro modo o dar garantía real, tanto en favor del otro como de terceras personas.

Un Decreto-ley de 26 de diciembre de 1975 («B. O. E.» de 8 de enero de 1976) reformó el texto de la ley 76, suprimiendo la traba que, en relación con las donaciones entre cónyuges, aparecía en la Compilación, disponiendo que los cónyuges podrán celebrar entre sí toda clase de estipulaciones, contratos y donaciones. Existe, pues, en el Derecho navarro un criterio totalmente permisivo de la contratación entre marido y mujer con independencia de cuál sea el régimen económico del matrimonio y de que el contrato sea oneroso o gratuito.

IV. DERECHO COMPARADO

En el panorama del Derecho comparado no existe un criterio uniforme en torno a la contratación entre cónyuges. Aunque las recientes reformas del Derecho de familia han acentuado el carácter permisivo de los contratos entre marido y mujer, diversos Códigos civiles siguen imponiendo importantes restricciones. Vamos, por tanto, a referirnos a aquellos ordenamientos jurídicos, como el francés, el italiano o el portugués, que las establecen, y a los que adoptan un absoluto criterio permisivo, como el alemán, el suizo o el inglés.

1. *Derecho francés.*—En el Código civil francés aparecen importantes limitaciones a la contratación entre cónyuges en los artículos 1.096, 1.595 y 1.832, relativos a la donación, la compraventa y la sociedad.

Según el artículo 1.096, todas las donaciones hechas entre esposos durante el matrimonio, aunque calificadas entre vivos, serán siempre revocables.

A tenor del artículo 1.595 el contrato de venta sólo puede tener lugar entre esposos en los tres casos siguientes: 1.º) Cuando uno de

los esposos cede bienes al otro, estando ambos separados judicialmente, en pago de sus derechos. 2.º) Cuando la cesión que el marido hace a su mujer, aún no separados, tiene una causa legítima, tal como el reemplazo de sus inmuebles enajenados, o de créditos a ella pertenecientes si estos inmuebles o los créditos no se aportan a la comunidad. 3.º) Cuando la mujer cede bienes a su marido en pago de una suma que le hubiera prometido en dote, y siempre que haya exclusión de comunidad. En estos tres casos quedan a salvo los derechos de los herederos de las partes contratantes, si hubiera algún enriquecimiento indirecto.

El artículo 1.832, cuya redacción procede de la Ley de 4 de enero de 1978, dispone que los dos esposos, solos o con otras personas, pueden asociarse en una misma sociedad y participar conjuntamente o no en la gestión social. No obstante, esta facultad sólo existirá cuando cualquiera de los cónyuges no responda de las deudas sociales de forma solidaria e ilimitada.

Estos límites legales se tratan de fundamentar diciéndose que con ellos se impide que se produzca una modificación indirecta del régimen económico matrimonial, una donación oculta irrevocable, un abuso de poder de un cónyuge sobre el otro o un fraude a terceros (86).

La doctrina francesa (87), de forma unánime, propugna actualmente un criterio general de validez de los contratos entre cónyuges, estando sólo prohibidos los contratos señalados en la Ley. No obstante, el contrato que celebren los esposos no ha de ser contrario a los principios de orden público que rigen en todo matrimonio y ha de respetar el estatuto patrimonial y personal de los casados.

Hay que señalar, sin embargo, que en el 75 Congreso de Notarios de Francia se ha afirmado en las conclusiones la conveniencia de que sea suprimida la prohibición de la compraventa entre cónyuges (88). Igualmente un sector de la doctrina francesa (89) ha criticado el tradicional criterio legal de la absoluta revocabilidad de la donación por voluntad del cónyuge donante, ya que permite a éste ejercer una especie de «chantaje» sobre el cónyuge donatario amenazándole con la revocación de la donación. Por ello, se dice, no es extraño que la

(86) PONSARD, *Régimes matrimoniaux*, tomo 8.º del *Droit civil français* de AUBRY y RAU, 7.ª ed., París, 1973, pp. 24 ss.; CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, 3.ª ed., París, 1981, pp. 25 ss.; COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, París, 1982, pp. 157 ss.

(87) Además de los autores señalados en la nota anterior, CORNU, *Le contrat entre époux. Recherche d'un critère générale de validité*, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1953, p. 466; HEMARD, *Les contrats à titre onéreux entre époux*, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1938, p. 684 ss.; LALOU, *Des contrats entre époux*, en *Etudes de droit civil à la mémoire de CAPITANT*, reimpression de la edición de 1939, Liechtenstein y París, 1977, pp. 417 ss.; ESMEIN, *Obligations*, tomo 6.º, 1.ª parte del *Traité de droit civil français* de PLANIOL y RIPERT, París, 1952, pp. 92-93.

(88) COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, cit., p. 157, nota 76.

(89) H., L. y J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tomo IV, volumen 2.º, *Succèsions-Libéralités*, 4.ª ed. por BRETÓN, París, 1982, p. 743; TERRE y LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, París, 1983, p. 495.

jurisprudencia, a pesar de los términos en que se expresa el artículo 1.096, haya tratado de restringir el alcance de la revocabilidad. Esta debe desaparecer. Antes que conservar el régimen de la revocabilidad sería incluso mejor establecer, como el Código civil italiano, una prohibición pura y simple de las donaciones entre cónyuges. La propia Comisión de reforma del Código civil francés ha considerado que, salvo para la donación de bienes futuros, la regla de la revocabilidad debe ser suprimida y ha de aplicarse la normativa común de las donaciones (artículo 986 del Anteproyecto de Código civil) (90). También en el 75 Congreso de Notarios de Francia se ha propugnado que las donaciones de bienes presentes entre esposos, no las de bienes futuros, no sean revocables a voluntad del donante (91).

2. *Derecho portugués*.—El Código civil portugués establece un amplio régimen sobre las donaciones entre cónyuges, que se rigen por lo dispuesto en los artículos 1.761 a 1.766 y subsidiariamente por las reglas comunes de la donación de los artículos 940 a 979 (art. 1.761).

Se considera nula toda donación entre cónyuges si rige imperativamente el régimen de separación de bienes (art. 1.762), y se establece la regla de la libre revocabilidad de las donaciones entre cónyuges, no siendo lícito que el donante renuncie a este derecho (artículo 1.765).

Sólo pueden ser objeto de la donación los bienes propios del donante, sin que estos bienes se comuniquen, sea cual fuere el régimen matrimonial (art. 1.764). La donación de cosas inmuebles debe constar en documento público, y no pueden hacerse donaciones recíprocas en el mismo acto (art. 1.763).

Finalmente, la donación entre cónyuges caduca en tres casos: a) Cuando fallece el donatario antes que el donante, salvo que éste confirme la donación dentro de los tres meses siguientes a la muerte de aquél; b) Si el matrimonio es declarado nulo, sin perjuicio de lo dispuesto sobre el matrimonio putativo; c) Existiendo divorcio o separación judicial de personas y bienes por culpa del donatario, si éste fuera considerado único o principal culpable (92).

3. *Derecho italiano*.—El Código civil italiano todavía es más restrictivo que el francés o el portugués en materia de donaciones entre cónyuges, ya que el artículo 781 dispone que los cónyuges no pueden durante el matrimonio hacerse entre sí alguna liberalidad, salvo las que sean conformes a los usos (93). Sin embargo, la Corte Constitu-

(90) H., L. y J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tomo IV, volumen 2.º, cit., p. 756.

(91) TERRÉ y LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, cit., p. 495, nota 40.

(92) FERNANDES RODRIGUES, *Código civil portugues, anotado e atualizado*, 6.ª ed., Coimbra, 1982, pp. 550 ss.

(93) La sanción prevista por vulnerarse la prohibición no es la anulabilidad sino la nulidad absoluta. La misma afecta tanto a las liberalidades directas como a las indirectas y no tiene más excepción que las que son hechas de acuerdo con los usos (CASULLI, *Donazione*, en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XIII, Milano, 1964, pp. 978 ss.).

cional italiana, en sentencia de 27 de junio de 1973 (94), ha declarado la inconstitucionalidad de este precepto, que resulta no sólo extrínsecamente, porque al limitar la actividad negocial de los casados se pone, respecto a la capacidad de efectuar y recibir donaciones, en una condición diferente a la de los demás ciudadanos, sin que la misma norma persiga alguna finalidad apreciable, sino también intrínsecamente, porque el principio constitucional de igualdad (art. 3 en relación con el 29 de la Constitución) aparece violado, faltando todo motivo racional para dar al ciudadano casado con el donante un trato diverso del de los ciudadanos no casados o que no lo están con el donante, creando situaciones de desventaja en defecto de una fundada, o al menos plausible, justificación del precepto o deducible de una efectiva exigencia objetiva (95).

Con anterioridad a esta sentencia de la Corte Constitucional se había criticado, por excesiva, la prohibición absoluta contenida en el artículo 781. Es significativo, como destaca la propia Corte Constitucional en esta sentencia (96), que el carácter difícilmente justificable de la nulidad absoluta fuese señalado por la Comisión para la reforma del libro III del Código civil, presidida por D'Amelio, en su relación al Proyecto de 23 de marzo de 1936, la cual proponía la abolición de una prohibición que no está justificada por ninguna razón plausible, porque todos los motivos alegados en el Derecho romano han de considerarse inconsistentes y de todo punto extraños al ordenamiento familiar moderno. En el Proyecto de 1936 se proponía un texto semejante al del Código civil francés, admitiendo la plena ilicitud de las donaciones entre cónyuges, si bien el donante podría revocarlas. Un importante sector de la doctrina italiana (97) ha rebatido los argumentos alegados para fundamentar la prohibición absoluta de la donación entre cónyuges, que contrasta con el criterio dominante en el Derecho comparado y en el propio Derecho romano, pues no es socialmente sentida y no cabe duda de que la donación puede ser una consecuencia espontánea del afecto existente en el ánimo del cónyuge donante, sin que el otro cón-

(94) *Gazzeta Ufficiale*, 4 de julio de 1973, núm. 169; *Il Foro Italiano*, volumen XCVI, parte primera año 1973, pp. 2014 ss.

(95) La argumentación de esta sentencia ha sido objeto de numerosos comentarios críticos, habiendo coincidencia, al margen de lo cuestionable que pueda resultar la invocación de los artículos 3 y 19 de la Constitución italiana, en destacar el carácter anacrónico de la prohibición absoluta de las donaciones entre cónyuges y su débil justificación. Cfr. JEMOLO, *Nota a la sentencia de la Corte Constitucional de 27 de junio de 1973*, en *Il Foro Italiano*, volumen XCVI, año 1973, parte primera, pp. 2015-2016; JEMOLO, *La fine de un secolare divieto*, en *Rivista di Diritto Civile*, 1973, 2.ª parte, pp. 462-463; TRABUCCHI, *L'abolizione del divieto di donazione fra coniugi*, en *Rivista di Diritto Civile*, 1973, 2.ª parte, pp. 418-421; SPAGNA MUSSO, *Norma anacronistica e norma costituzionale illegittima*, en *Il Foro Italiano*, volumen XCVI, año 1973, parte primera, pp. 2713-2719; LYCIA GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle donazioni, arts. 769-809*, en *Commentario del Codice civile* a cura di SCIALOJA y BRANCA, Bologna-Roma, 1976, pp. 212-231.

(96) Vid. *Il Foro Italiano*, volumen XCVI, primera parte, año 1973, p. 2018.

(97) CATULI, *Donazione*, cit., p. 979; BIONDI, *Sucesión testamentaria y do-*

yuge haya hecho nada para captarlo. Además, si los argumentos invocados tuviesen alguna consistencia, habrían de valer también en cuanto a las donaciones del progenitor al hijo, o de un pariente a otro, las cuales, sin embargo, no están prohibidas.

De conformidad con el criterio acogido por el Código civil de 1865, en el vigente Código civil italiano no existe ningún tipo de limitación a la contratación onerosa entre cónyuges.

4. *Derecho alemán.*—La amplia autonomía patrimonial que de acuerdo con un criterio tradicional otorga a los cónyuges el BGB se plasma fundamentalmente en la posibilidad que tienen éstos de celebrar en todo tiempo el contrato de matrimonio (*Ehevertrag*), a través del cual configuran el régimen económico matrimonial (parágrafo 1.408 BGB) (98), y cualquier tipo de contrato entre sí, con independencia de que sea oneroso o gratuito, incluyéndose las sociedades entre cónyuges (98 bis). Como dice Heptig (99), los cónyuges gozan de una total autonomía contractual, que opera en todos los casos de transmisión de propiedad de bienes, tanto en los contratos de compraventa como en los de permuta o préstamo. A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos este principio no conoce excepciones en materia de donaciones y cesiones de bienes entre esposos (100). Ciertamente, los párrafos 134 y 138 BGB, que establecen los límites de la autonomía de la voluntad, no ponen trabas específicas a la libertad de contratación entre cónyuges (101), ya que se aplican con independencia de que las partes del negocio celebrado sean o no cónyuges. Puede suceder, ciertamente, que el contrato celebrado por el marido y la mujer sea contrario a una norma imperativa o estar en contra de las buenas costumbres, lo cual determinaría su nulidad en los términos de los citados párrafos. Al examinar la transgresión del orden familiar, señala Larenz (102) que sólo son inmorales los nego-

nación, cit., p. 684; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, tomo IV, Milano, 1954, p. 14.

(98) Vid. KANZLEITER, comentario al párrafo 1.408 BGB, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, tomo 5.º, *Familienrecht*, München, 1978, pp. 393 ss.

(98 bis) Vid. FRANK, *Gesellschaften zwischen Ehegatten und Nichtehegatten*, en *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1983, núm. 6, pp. 541 ss.

(99) HEPTIG, *L'évolution contemporaine du droit allemand*, en la obra colectiva *Marriage et famille en question*, bajo la dirección de SCHWARZ-LIEBERMANN VON WALHENDORT, edición del CNRS, Lyon, 1980, p. 74.

(100) Así lo señalan los autores que examinan los diversos contratos tipificados en el BGB, que se limitan a decir que la compraventa, el mandato, el arrendamiento de cosas, la donación o el contrato de servicios se rigen en lo relativo a su conclusión por las normas que, con carácter general, se aplican a los negocios jurídicos (párrafos 145 y siguientes del BGB). Vid., por todos, ESSER-WAYERS, *Schuldrecht*, vol. 2.º, *Besonderer Teil*, Heidelberg, 1984, pp. 10, 122, 145 y 278.

(101) Vid. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. 2.º, *Das Rechtsgeschäft*, 3.ª ed., Berlin-Heidelberg-New York, 1979, pp. 340 ss.; LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München, 1980, 5.ª ed., pp. 390 ss. y pp. 401 ss.

(102) LARENZ, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 408.

cios que se oponen a la esencial moral del matrimonio o de los vínculos familiares. En este sentido el *Reichsgericht* alemán ha considerado nulo un contrato por el que el marido, para convencer a su mujer de que desistiese de la demanda de divorcio, contraía, entre otras, la obligación de excluir a su hermano de sus negocios, a no admitir en ellos a ningún otro pariente y a no emprender viajes de negocios sin la mujer (103).

5. *Derecho suizo*.—Una solución semejante a la vigente en el Derecho alemán rige en el Derecho suizo, con la particularidad de que el artículo 177 del Código civil establece expresamente que todos los actos jurídicos están permitidos entre esposos (104). En evidente conexión con este artículo, el 240 del Código de obligaciones dispone que toda persona en el ejercicio de los derechos civiles podrá disponer de sus bienes por donación, salvo las restricciones que derivan del régimen matrimonial o del derecho de sucesiones (105). El Tribunal Federal suizo, sin embargo, ha declarado que las donaciones entre cónyuges sólo producen efectos frente a terceros si se observan las formalidades del artículo 248 del Código civil (106). Según este precepto, los contratos de matrimonio, las decisiones judiciales relativas al régimen matrimonial y los actos celebrados entre esposos en relación con aportaciones de la mujer o con bienes comunes, sólo producen efectos frente a terceros después de su inscripción en el Registro de regímenes matrimoniales y su publicación (107). Sin embargo, el Tribunal Federal afirma que las donaciones hechas por un cónyuge al otro son oponibles a sus herederos aunque no hayan sido inscritas y publicadas (108).

6. *Derecho inglés*.—Desde que en Inglaterra diversas leyes modificaran la situación jurídica de la mujer casada (109), independizándola de su marido, la mujer casada goza de plena capacidad de obrar (Leyes de 1870, 1874 y, sobre todo, las de 1882, *Married Women's Property Act*, y 1893) (110). El poder que tiene la mujer casada para contratar con su esposo aparece claramente admitido a partir de la referida Ley de 1882 y en el caso *Butler v. Butler* (1885) (111).

La normativa vigente se encuentra en la Ley de reforma de 1935

(103) RGZ 158, 294 (298). Cfr. LARENZ, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 408.

(104) Sobre este precepto, vid. SCYBOZ y GUILLIERON, *Code civil suisse et Code des obligations annotés*, 2.ª ed., Lausanne, 1977, pp. 80-81.

(105) Con toda lógica ROSSEL (*Manuel de droit civil suisse*, tomo 3.º; Lausanne, s. f., p. 287), al referirse a la capacidad para donar, menciona al artículo 177 del Código civil entre las disposiciones legales que lo explican.

(106) *Recueil Officiel des Arrêts du Tribunal Fédéral*, 2.ª parte, Derecho civil, 47, 111. Cfr. SCYBOZ y GUILLIERON, *Code civil suisse*, cit., p. 115.

(107) Sobre este precepto, vid. SCYBOZ y GUILLIERON, *Code civil suisse*, cit., pp. 104-105.

(108) *Recueil Officiel des Arrêts du Tribunal Fédéral*, RO 47, 115. Cfr. SCYBOZ y GUILLIERON, *Code civil suisse*, cit., p. 105.

(109) Sobre el régimen anterior, vid. BROWLEY, *Family Law*, 6.ª ed., London, 1981, pp. 149-150.

(110) Sobre esta normativa, vid. BROWLEY, *Family Law*, cit., pp. 150-151.

(111) BROWLEY, *Family Law*, cit., p. 151, nota 5.

(*Married Women and Tortfeasors*). Con relación al poder de la mujer casada para contratar, la sección 1 prevé que está facultada para realizar por sí misma y ser responsable de cualquier contrato, deuda u obligación. Por ello, señala Browley (112), es evidente que la mujer casada tiene pleno poder para celebrar cualquier contrato con un extraño o con su propio marido.

V. CRITERIO ACOGIDO EN EL CODIGO CIVIL TRAS LA PROMULGACION DE LA LEY DE 13 DE MAYO DE 1981

Al poco tiempo de promulgarse la Ley de 2 de mayo de 1975 comenzaron en la Sección primera de la Comisión General de Codificación los trabajos encaminados a la reforma del Código civil sobre el régimen económico matrimonial (113). Fruto de estos trabajos fue el Proyecto de Ley de 14 de septiembre de 1979 sobre modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, acogiéndose un amplio criterio permisivo de contratación entre cónyuges, similar al imperante en alguno de nuestros Derechos civiles especiales o forales y en el Derecho comparado. De esta manera se ponía término a todas las dudas que tradicionalmente se han suscitado en esta materia. Se afirma en la Exposición de Motivos de este Proyecto, como aspecto social y económico de relieve en la regulación que se adopta, la nueva libertad de los cónyuges para celebrar entre sí cualesquiera contratos, incluidas las donaciones, que autorizadas antes por diversos Derechos forales, nunca habían presentado inconvenientes de alguna entidad.

La Ley de 13 de mayo de 1981 tiene en cuenta lo dispuesto en este Proyecto al establecer una norma totalmente permisiva de la contratación entre cónyuges, no habiéndose limitado nuestro legislador a suprimir concretas prohibiciones, lo cual, según algunos autores (114), debería haberse hecho. No obstante, dada la larga tradición en contra, tienen razón Lacruz (115) y Albaladejo (116) al destacar la oportunidad de la regla que autoriza cualquier contrato entre cónyuges. Dispone el artículo 1.323 del Código civil que el marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos. En evidente concordancia con este

(112) BROWLEY, *Family Law*, cit., p. 151.

(113) Vid. LACRUZ, *La reforma del régimen económico del matrimonio*, en este ANUARIO, 1979, fascs. 2.º y 3.º, pp. 346-347.

(114) DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (dirigidos por ALBALADEJO)*, tomo XVIII, volumen 1.º, artículos 1.315 a 1.343 del Código civil, Madrid, 1982, p. 162; GARCÍA CANTERO, *Notas sobre régimen matrimonial primario*, en Documentación Jurídica, 1982, enero-diciembre, p. 312, y en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo 5.º, volumen 1.º, *Derecho de familia. Relaciones conyugales*, 10.º ed., Madrid, 1983, p. 339.

(115) LACRUZ, *El nuevo Derecho de familia*, vol. 2.º, Madrid, 1981, p. 133.

(116) ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, vol. 4.º, *Derecho de familia*, Barcelona, 1982, p. 161.

precepto legal, enmarcado en las disposiciones generales del régimen económico matrimonial, se suprime la prohibición de las donaciones entre cónyuges, que aparecía en el artículo 1.334, y también desaparece la limitación que establecía el artículo 1.458, ya que dispone ahora que el marido y la mujer podrán venderse bienes recíprocamente. Lógicamente, uno y otra podrán celebrar contratos de permuta, porque, aparte de lo dispuesto en el artículo 1.323, el artículo 1.541 preceptúa que en todo lo que no se halle especialmente determinado en este título, la permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la venta. También parece que no ha de existir dificultad para que los cónyuges puedan constituir cualquier tipo de sociedad, incluida la universal, pues ha desaparecido la prohibición de las donaciones entre cónyuges (art. 1.677).

VI. FUNDAMENTO

El cambio trascendental que ha supuesto en nuestro ordenamiento jurídico el artículo 1.323 y los preceptos del Código civil que con él concuerdan, se debe, sin duda, a que, siguiendo el camino emprendido por la Ley de 2 de mayo de 1975, la Ley de 13 de mayo de 1981 ha tenido en cuenta el principio constitucional de la igualdad (arts. 14 y 32 de la Constitución), lo cual se traduce en el plano jurídico en la plena libertad e independencia de marido y mujer (art. 66 del Código civil) (117). La norma contenida en el artículo 1.323, como ha sido Díez-Picazo (118), es de libertad, pues no indica otra cosa que los cónyuges tienen plena autonomía para contratar entre sí, de igual manera que pueden hacerlo con un tercero. En este sentido es sumamente elocuente la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 14 de noviembre de 1979 al afirmar que la presente reforma ha llevado el principio de igualdad entre cónyuges a sus últimas y justas consecuencias, ya borrando ciertas distinciones que persistían en las relacio-

(117) La justificación de este trascendental cambio jurídico tiene una evidente base sociológica. Ha puesto de relieve CORNU (*Le contrat entre époux*, cit., p. 468) que la presión de las costumbres determina que aumenten cada vez en mayor número los que DUMOULIN denominaba ya con sentido profético «contratos necesarios». Hoy en día la mujer casada no se ocupa exclusivamente de las tareas domésticas, pues trabaja junto al hombre en el taller, la fábrica, en el mundo de los negocios, en las mismas actividades profesionales y casi siempre en virtud de contrato. Surge entonces una pregunta de sentido común: si la mujer contrata con terceros, ¿por qué no ha de poder celebrar un contrato con su marido?, ¿por qué la mujer que puede prestar servicios a un extraño no va a poder de igual manera participar en el trabajo de su esposo?, ¿por qué dos esposos no pueden asociar su trabajo y capitales, si cada uno de ellos puede constituir una sociedad con un tercero? La novedad del debate hoy día reside en la extensión a todos los contratos, incluidos los más inconcebibles para la mentalidad de antaño. La capacidad de contratar aparece como un desarrollo necesario y natural de la capacidad general de la mujer casada.

(118) Díez-PICAZO, en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º, Madrid, 1983, p. 1512. También, *Familia y Derecho*, Madrid, 1984, p. 155.

nes personales, ya, sobre todo, confiriendo a cada uno, en el aspecto patrimonial, iguales facultades, derechos y obligaciones. De ahora en adelante cada cónyuge gobernará y regirá sus bienes y actividades económicas sin más trabas que la respectiva contribución a las cargas familiares o a las derivadas del hecho de no ser suyos, sino comunes, ciertos bienes obtenidos por él, o de la eventual obligación de dar cuenta de sus actividades lucrativas al otro cónyuge. De otra parte, en la economía conyugal, y singularmente en la sociedad de gananciales, ninguno de los dos será superior al otro, ni tendrá atribuidas por la Ley concretas facultades o privilegios en cuanto varón o mujer (119). La supresión de la tradicional prohibición de las donaciones entre cónyuges se justifica en esta Exposición de Motivos en que las donaciones autorizadas antes por diversos Derechos forales, nunca habían presentado inconvenientes de alguna entidad (120). Además, el nuevo régimen de contratación entre cónyuges parece congruente con el sistema de mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales y del régimen económico matrimonial que introdujo la Ley de 2 de mayo de 1975 y mantiene la vigente Ley de 13 de mayo de 1981 (121), ya que a través

(119) En esta Exposición de Motivos se alude a uno de los caracteres básicos de la familia hoy en día: la «democratización», a la que se refieren CARBONNIER (*Derecho flexible*, trad. Díez-PICAZO, Madrid, 1974, pp. 166-169) y DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, vol. 4.º, 2.ª ed., cit., pp. 37-38), ya que las relaciones de autoridad, que caracterizaron en otro tiempo a la familia, han dejado el sitio a relaciones de reciprocidad. El matrimonio tiende hoy a transformarse cada vez más de institución jerárquica en una asociación de tipo igualitario.

(120) Así se destacó precedentemente por nuestra doctrina: MERINO, *El contrato de permuta*, cit., p. 139; GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, volumen 1.º, cit., p. 499.

(121) En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley sobre reforma de determinados artículos del Código civil y del Código de comercio sobre situación de la mujer casada y los deberes y derechos de los cónyuges, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* de 30 de octubre de 1974, para fundar la mutabilidad se afirma: La regla de la inmodificabilidad partía probablemente de la idea de que, a través de pactos postnupciales, pudiera uno de los cónyuges, generalmente la mujer, quedar sometido, en su perjuicio, al influjo psicológico del otro, sin llegar a manifestar su voluntad en condiciones de plena libertad. Frente a ello cabe señalar que, desde hace siglos, la regla cabalmente contraria, la misma que ahora se introduce, está vigente en grandes zonas de nuestro país, pues casi sin excepción es tradicional en los territorios de Derecho foral, sin que no sólo no haya planteado graves problemas, sino que, al contrario, ha servido de cauce para resolverlos pacíficamente. Y el temible hecho de que tales pactos pudieran ocultar una falta de libertad o una voluntad viciada, es corregible, sin necesidad de prohibir los pactos, acudiendo a las reglas generales que salvaguardan la autenticidad de la voluntad en los contratos.

Semejantes razones son formuladas en la doctrina para justificar la supresión del principio de inmutabilidad: vid. GULLÓN, comentario al artículo 1.315 del Código civil, en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Código civil*, vol. 2.º, ed. Tecnos, Madrid, 1976, pp. 1067-1068; también *Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, enero 1977, pp. 82-83; TORRALBA, comentario al artículo 1.320 del Código civil, en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Código civil*, vol. 2.º, ed. Tecnos, Madrid, 1976, pp. 1075 ss.; LETE DEL RÍO y ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Notas sobre «mutabilidad» del régimen económico matrimonial en el Derecho común*, en Revista de Derecho Privado, marzo 1977, pp. 166 ss.

de las capitulaciones postnupciales los cónyuges contratan entre sí (122), siendo significativo que los ordenamientos jurídicos que tradicionalmente han acogido el criterio de la mutabilidad, como el alemán y el suizo, hayan admitido la plena libertad de contratación entre cónyuges, según vimos. Indudablemente, los argumentos alegados en contra de la plena libertad de contratación entre cónyuges son análogos a los que tradicionalmente se han esgrimido para censurar la posibilidad de que los cónyuges pudiesen otorgar capitulaciones durante el matrimonio, pues no en vano éstas no dejan de ser un contrato, ya que el Código civil las conceptuaba antes de la promulgación de la Ley de 13 de mayo de 1981 como contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio y en el vigente artículo 1.335 del Código civil se dispone que la invalidez de las capitulaciones se regirá por las reglas generales de los contratos (123). Con anterioridad a la citada Ley ya había puesto de relieve la Dirección General de los Registros y del Notariado, en resolución de 23 de julio de 1979 (124), que las innovaciones introducidas por la Ley de 2 de mayo de 1975 obligaban a una profunda modificación del Código civil, a fin de resolver las evidentes contradicciones que se daban, debido a la coexistencia de artículos dictados en épocas diversas. Si la prohibición de las donaciones entre cónyuges, cuya nulidad sanciona el artículo 1.334, había de ser interpretada antes de la reforma de 1975 en sentido estricto, en este momento de transición habrá de serlo habida cuenta que se ha admitido la mutabilidad del régimen económico matrimonial y superados los obstáculos clásicos procedentes de las limitaciones de capacidad que afectaban a la mujer, de la *unitas carnis*, de los influjos o captaciones de voluntad, y de los posibles perjuicios o fraudes a terceros, peligro este último que puede conjurarse por los medios ordinarios que el Código civil establece.

Todas las razones invocadas en esta resolución evidenciaban el débil fundamento que, incluso con anterioridad a la Ley de 2 de mayo de 1975, tenía la prohibición de la compraventa entre cónyuges, salvo que existiese separación de bienes o hubiera separación judicial de los mismos (art. 1.458) y sobre todo la de la donación entre cónyuges (art. 1.334). Los textos romanos, como vimos, dicen haber sido introducida la prohibición de las donaciones entre cónyuges *ne mutuo amo*

(122) ESPÍN, *La igualdad conyugal en la reforma del Código civil*, en *El nuevo Derecho de familia español*, Madrid, 1982, p. 18. También *Manual de Derecho civil español*, tomo IV, *Familia*, Madrid, 1982, p. 250.

(123) La naturaleza contractual de las capitulaciones matrimoniales es afirmada por la mayor parte de los autores: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Acercas del artículo 1.364 del C. c. (exclusión de la sociedad de gananciales. Renuncia a la sociedad de gananciales)*, en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo 1976, p. 161; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, vol. IV, Barcelona, 1982, p. 316; AMORÓS, en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º, ed. Tecnos, Madrid, 1983, p. 1520; ESPÍN, *La igualdad conyugal en la reforma del Código civil*, cit., p. 18.

(124) Comentada por CHICO ORTIZ en este ANUARIO, 1983, fasc. 1.º, págs. 185-196.

re invicem spoliarentur. También se trata de impedir —dicen los textos— que los cónyuges se aparten del mantenimiento de la prole y que la concordia entre ellos sólo pueda mantenerse al precio de las donaciones (*venale concordium*). Entre los autores modernos (125) se ha seguido invocando la necesidad de la armonía familiar y la defensa de los terceros. Sin embargo, la mayor parte de los autores no dieron por buenas estas razones, ya porque las donaciones entre cónyuges son normales cuando éstos viven en completa armonía; ya por lo inútil de la prohibición; ya, finalmente, porque los terceros tienen contra las donaciones entre cónyuges los mismos medios de defensa que contra las liberalidades a extraños. Esto, unido a la experiencia que demuestra la falta de inconvenientes en los países donde se permiten tales donaciones, e incluso la orientación histórica de las Partidas, convence de que el artículo 1.334 debiera suprimirse (126).

Respecto a la prohibición del artículo 1.458, que se basó sobre todo en evitar el peligro de fraude a tercero, la vulneración fraudulenta de la prohibición de las donaciones entre cónyuges y salvaguarda del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, se dirá que al haberse suprimido la licencia marital queda, en buena parte, privada de fundamento; y si quiere darse pleno sentido a la declaración de que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges (art. 62), será preciso obtener de ella la posibilidad de celebrar entre sí el contrato de compraventa (127).

Con claridad señala Espín (128) que la prohibición de la venta entre cónyuges, como las paralelas sobre donaciones y sociedad universal, reflejan una orientación acorde con los principios familiares del pasado siglo, que no se corresponde con las orientaciones actuales basadas en la no restricción de la capacidad por matrimonio y la equiparación de derechos de los cónyuges.

No deja de ser significativo, a nuestro juicio, que la mayor parte de los ordenamientos jurídicos no establezcan actualmente estas limitaciones, y que estén en trance de desaparecer en aquellos que todavía las mantienen en mayor o menor medida. La Corte Constitucional italiana, en sentencia de 27 de junio de 1973, como vimos, ha considerado incluso inconstitucional el artículo 781 del Código civil, que establece la prohibición de las donaciones entre cónyuges, por violación del principio de igualdad reconocido en el artículo 29 de la Constitución en relación con el artículo 3 de la misma (129).

En todo caso, no creemos que la alegación del principio de igual-

(125) Véase, por todos, SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, tomo 5.º, vol. 1.º, Madrid, 1912, p. 801; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo 9.º, 6.ª ed. revisada por MORENO MOCHELI, Madrid, 1969, pp. 307-308.

(126) Véase, por todos, LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., p. 227; GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, volumen 1.º, 9.ª ed., cit., pp. 498-499; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, vol. 3.º, cit., p. 522.

(127) GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirigidos por ALBALADEJO), tomo XIX, Madrid, 1980, p. 120.

(128) ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, vol. 3.º, cit., p. 522.

dad entre marido y mujer para justificar el artículo 1.323 de nuestro Código civil, y por ello la supresión de las referidas prohibiciones que aparecían en el mismo, constituya una trivialización del principio de igualdad (130), pues estamos ante una consecuencia lógica de la autonomía personal y patrimonial de marido y mujer (130 bis).

VII. NOTAS CARACTERISTICAS

Se desprende del tenor del artículo 1.323 del Código civil que los cónyuges pueden celebrar entre sí cualquier tipo de contrato, con independencia de que su causa sea onerosa, gratuita o remuneratoria, ya que no se establece ningún tipo de distinción en este artículo, que simplemente dispone que el marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos. La circunstancia de que el régimen económico matrimonial sea de comunidad o de separación, típico o atípico, no es tenida en cuenta expresamente por este artículo para poner obstáculos a la contratación entre cónyuges. Sin embargo, es evidente que cuanto más extenso e intenso sea el régimen de comunidad y su techo está en la comunidad universal, más problemáticas serán las relaciones contractuales entre esposos, como veremos al analizar los diversos tipos de contratos.

En conexión directa con lo apuntado, cualquier tipo de bienes, muebles o inmuebles, con independencia de cual sea la calificación que merezcan según las reglas del régimen económico del matrimonio, siempre que estén dentro del comercio de los hombres, o todo tipo de servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres (art. 1.271 del Código civil), pueden constituir el objeto del contrato celebrado por los cónyuges entre sí.

No se ha seguido en nuestro Código civil la orientación de otros Códigos civiles que, en relación con determinados contratos, establecen un régimen especial cuando se celebran entre cónyuges. Ya hemos visto cómo el Código civil portugués, valga como ejemplo, establece un régimen especial para las donaciones entre cónyuges hechas durante el matrimonio.

Según García Cantero (131), la libertad de contratación entre

(129) Ver las notas 94 y 95.

(130) En nuestra doctrina, DE LOS MOZOS (*El régimen económico del matrimonio*, en la obra colectiva *Protección jurídica de la familia*, Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, Madrid, 1982, p. 219) ha cuestionado, frente a los que para justificar el artículo 1.323 invocan el principio de igualdad, si no estaremos ante una «maximalización» (trivialización más bien) del susodicho principio.

(130 bis) En este sentido, DÍEZ-PICAZO (*Familia y Derecho*, cit., pp. 154-156) que fundamenta el artículo 1.323 en el principio constitucional de igualdad y no discriminación.

(131) GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, volumen 1.º, *Derecho de familia. Relaciones conyugales*, Madrid, 1983, p. 340.

cónyuges no puede ser suprimida por éstos en virtud de acuerdos privados, aunque consten en capítulos. La justificación de esta conclusión se encuentra en que el artículo 1.323 hay que incluirlo en el denominado régimen matrimonial primario, lo cual determina la importante consecuencia de que el artículo citado tenga carácter imperativo.

A nuestro juicio es dudoso que exista, en cuanto tal, el denominado régimen matrimonial primario (132), pues, como dicen Díez-Picazo y Gullón (133), en puridad no existe un régimen que sea simple y se pueda oponer a otros más evolucionados o complejos. Y no hay tampoco una serie de problemas de solución más inmediata que otros. Los artículos 1.315 y siguientes van encabezados por una rúbrica que los considera como «disposiciones generales» y esto es lo que son, aunque su pretendida generalidad pueda ser cuestionada. Incluso es cuestionable, a nuestro entender, que la norma contenida en el artículo 1.323 sea de régimen económico matrimonial a pesar de su colocación sistemática. Así lo señala De los Mozos (134) y observamos que Díez-Picazo y Gullón (135) incluyen sistemáticamente el tema de los contratos entre cónyuges en el marco de las relaciones personales de éstos. Tal como dijimos, la norma contenida en el tan citado precepto no indica otra cosa que los cónyuges gozan de libertad para contratar entre sí, de igual manera que pueden hacerlo con un tercero, y que se basa en los principios de igualdad e independencia de marido y mujer. Sólo desde esta perspectiva puede deducirse el carácter imperativo de la norma contenida en el artículo 1.323. Por ello parece exacto afirmar que el artículo 1.328 va a impedir la validez del pacto capitular que suprime la libertad de contratación entre cónyuges; pero es más problemático, en cambio, afirmar que no pueda acordarse por los cónyuges, en capitulaciones matrimoniales o al margen de ellas, que no celebrarán durante algún tiempo un determinado contrato o que la posible celebración de un concreto contrato se haga depender de una condición.

Debido a que el principio de libertad de contratación entre cónyuges se plasma en el artículo 1.323, la norma contenida en el mismo ha de ser tenida en cuenta al interpretarse los diversos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico que contemplan contratos entre cón-

(132) La fórmula es de origen francés, pero es significativo que no haya sido acogida de forma uniforme en la doctrina, pues unos autores hablan de *régime primaire impératif* (CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., p. 87), otros prefieren utilizar la expresión *statut de base* (H., L. y J. MAZEUD, *Leçons de droit civil*, tomo IV, vol. 1.º, *Régimes matrimoniaux*, 5.ª ed. por JUGLARD, París, 1982, p. 23) o *statut fondamental* (PATARIN y MORIN, *La réforme des régimes matrimoniaux*, tomo 1.º, *Statut fondamental et régime legal*, París, 1974, pp. 17 ss.) y algunos se refieren al *régime matrimonial primaire* (RAYNAUD, en MARTY y RAYNAUD, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, París, 1978, p. 27).

(133) Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. 4.º, cit., p. 180.

(134) DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirigidos por ALBALADEJO), tomo XVIII, vol. 1.º, cit., p. 162.

(135) Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. 4.º, cit., páginas 105 ss.

yuges y, en general, al examinarse la problemática jurídica que surge en torno a cada uno de los distintos tipos de contratos, como acertadamente la hecho la Dirección General de los Registros y del Notariado en las resoluciones de 6 y 13 de junio de 1983 al abordar el debatido problema de la validez de la sociedad de responsabilidad limitada constituida por los cónyuges con aportación de bienes presuntivamente gananciales.

VIII. LIMITES

Se aprecia que el artículo 1.323 no ha establecido específicamente ningún tipo de límites a la libertad de contratación entre cónyuges. Ni siquiera se admitieron las enmiendas al texto del mismo de algunos diputados en las que tenían en cuenta razones semejantes a las apuntadas en la doctrina francesa para justificar los límites legales que establece el Código civil francés. El diputado del grupo centrista señor Díaz Fuentes, propuso en la enmienda número 404 el siguiente texto: «El marido y la mujer podrán celebrar contratos entre sí y transmitirse por cualquier título bienes y derechos, siempre que no atenten al estatuto jurídico de los cónyuges o al régimen económico, ni vayan contra el interés de la familia». Este diputado justificó la enmienda diciendo que el régimen económico matrimonial puede ser alterado por los cónyuges en el curso del matrimonio, pero en tanto no se modifique con las garantías formales y de publicidad prevenidas principalmente en los artículos 1.331, 1.332 y 1.333 del Proyecto (relativos al otorgamiento de capitulaciones matrimoniales), no deben permitirse que resulte contrariado con motivo de contratos ocasionales entre esposos, porque para ellos, mientras no lo modifiquen, debe ser norma rigurosa, y los terceros tienen legítimo interés a que no lo contraríen de hecho sin observar las especiales prescripciones de las normas dichas.

El grupo socialista, en la enmienda número 315, propuso añadir un nuevo párrafo: «En todo caso quedan a salvo los derechos de los terceros para impugnar los actos a que se refiere el párrafo anterior, de conformidad con lo dispuesto en los números 3 y 4 del artículo 1.291 y en el artículo 1.279 de este Código, así como los derechos de los herederos forzosos cuando las transmisiones lesionen su legítima» Se justificó esta enmienda en que no hay razón alguna para suprimir, como hace el presente Proyecto, la cláusula de protección de terceros y herederos forzosos que ya figuraban en el anterior Proyecto.

La carencia de límites específicos a la contratación entre cónyuges ha sido objeto de duras críticas por parte de un sector de nuestra doctrina (136), ya que —se dice— existe el grave peligro del fraude

(136) DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVIII, volumen 1.º (dirigidos por ALBALADEJO), Madrid, 1982, 2.ª ed., pp. 161 ss.; MARTÍNEZ-CALCERRADA, *El nuevo Derecho de familia*, tomo 1.º, 3.ª ed., Madrid, 1983, pp. 209-212; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *El régimen económico del matrimonio. Ley 11/1981, de 13 de mayo*, Madrid, 1982, pp. 70 ss.

a terceros (acreedores y legitimarios) y de la falta de libertad de uno de los cónyuges al celebrar el contrato. Además se facilita peligrosamente la modificación indirecta del régimen económico matrimonial. Incluso Vázquez Iruzubieta (137) se muestra partidario de la prohibición absoluta de las liberalidades y contratos entre cónyuges, constante matrimonio. Considera este autor recuperable la teoría de la unidad (*unitas carnis*), aunque matizada. No es razonable que los socios contraten entre sí, se intercambien bienes y situaciones jurídicas causando un verdadero caos en lo que tiene que ser una estabilidad patrimonial. La Ley ha dejado en casi una absoluta indefensión a los terceros frente a las posibles argucias que los cónyuges están dispuestos a llevar adelante para burlar sus derechos en el tráfico normal de las transacciones civiles o mercantiles.

De los Mozos (138), sin llegar a decir lo afirmado por el autor citado, señala que el artículo 1.323 es criticable por su colocación sistemática, su radicalismo y por los términos en que se desenvuelve. Dado el estado de la cuestión con anterioridad a la reforma no hacía falta una norma general sobre contratación entre cónyuges y, en todo caso, la norma del artículo 1.323, en su conjunto, no es una norma de régimen económico, ni siquiera entendida como norma básica o de régimen primario... Si antes de la reforma, un importante sector criticaba los términos de la absoluta prohibición de donaciones entre cónyuges, actualmente es de criticar que también se permitan absolutamente, y lo que más sorprende es que un cambio tan radical venga sin razón alguna... Refiriéndose el artículo 1.323 a toda clase de contratos, o bien podría haber tenido en cuenta que éstos pueden alterar el régimen económico, cosa que debía haber previsto, en cualquier caso, ya fuese posible o no lo fuera, o bien, si se refiere preferentemente a la donación, podría haber moderado su énfasis, eligiendo unos términos más adecuados para expresar lo que quiere decir.

Según De los Mozos, el texto del artículo 1.323 motiva que el contrato será válido, aunque produzca una modificación del régimen económico matrimonial, sin observarse lo dispuesto en materia de establecimiento y modificación del mismo (arts. 1.315 y 1.325 del Código civil). Ahora bien, ¿es que en estos casos habrá que considerar que para que el contrato produzca plenos efectos, debe revestir la forma y solemnidad de las capitulaciones? Sin duda que así debiera de haberlo previsto el legislador, completando la escueta fórmula del artículo 1.323, pero de no haberlo hecho, no tenemos más remedio que considerar, cualquiera que sean nuestras preferencias personales, que el contrato produce plena eficacia, si bien le será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.317 del Código civil... Confirma esta interpretación el tenor literal del artículo 1.333 del Código civil, que, aunque probablemente no tenga la intención que denunciamos, sumi-

(137) VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *El régimen económico del matrimonio*, cit., pp. 70 ss.

(138) DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVIII, volumen 1.º, cit., pp. 161 ss.

nistra un apoyo textual a esta interpretación, por cuanto dispone que en toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se mencionarán no sólo las capitulaciones matrimoniales que se hubiesen otorgado, sino también los *pactos*, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio y lo mismo en el Registro de la Propiedad si aquéllos o éstos afectasen a bienes inmuebles (139).

Para un importante sector doctrinal, sin embargo, el hecho de que el artículo 1.323 se exprese en términos tan permisivos no determina que nuestro ordenamiento jurídico admita que pueda modificarse el régimen económico matrimonial sin respetarse las reglas de fondo y forma establecidas en el Código civil (arts. 1.325 y siguientes) o que puedan ser lesionados los intereses de terceros o del propio cónyuge que presta el consentimiento contractual por coacción o dolo.

Según Olivares (140), estos límites pueden derivarse de la propia valoración que merezca la voluntad de los cónyuges, de la discordancia de la causa del negocio con la intención de los contratantes, de los principios institucionales que definan el régimen económico matrimonial en que estén y de la interferencia irregular en la esfera patrimonial de terceros .

Manteniendo la solución defendida antes de la publicación de la Ley de 13 de mayo de 1981 (141), Díez-Picazo y Gullón (142) precisan que es discutible que la modificación del régimen económico matrimonial pueda producirse a través de vías distintas de las que señala el legislador para su modificación. El legislador —dice Díez-Picazo (143)— ha distinguido por una parte negocios relativos a la estipulación, modificación o sustitución total o parcial del régimen económico del matrimonio (capitulaciones matrimoniales); por otra parte, los negocios traslativos de bienes y derechos y por otra los contratos de cualquier clase. Las normas limitativas de esta amplia capacidad de contratación son las normas generales: la posible existencia de un vicio de la voluntad, que tendrá que ser probada por quien lo alegue, ejercitándose la acción dentro del período de tiempo establecido para ello, o los motivos que pueden dar lugar a la rescisión (v. g., fraude de acreedores) (144).

Para Albaladejo (145) si el contrato entre cónyuges supone una

(139) DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVIII, volumen 1.º, cit., p. 167.

(140) OLIVARES, *Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges y los efectos de la confesión conforme al nuevo artículo 1.323 del Código civil*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXV, 1982, pp. 291 ss.

(141) Véase la nota 69 de este estudio.

(142) Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, tomo 4.º, 3.ª ed., Madrid, 1983, p. 112.

(143) Díez-PICAZO, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º, cit., p. 1512.

(144) Díez-PICAZO, *Loc. cit. ant.*

(145) ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, vol. 4.º, Derecho de familia, Barcelona, 1982, p. 125.

modificación del régimen económico matrimonial, deberá otorgarse en escritura pública.

A nuestro juicio, no puede admitirse que el régimen económico matrimonial, legal o convencional, pueda ser alterado en las reglas por que han de regirse los bienes del matrimonio a través de la vía indirecta de los contratos entre cónyuges. La razón de esta afirmación se encuentra en que estamos ante la materia propia de las capitulaciones matrimoniales, ya que, como ha precisado Lacruz (146), las determinaciones sobre el régimen económico matrimonial pertenecen a la esencia de los capítulos. Tales determinaciones representan el reglamento que va a gobernar en adelante la pertenencia, responsabilidad y gestión de los bienes e ingresos de los cónyuges; la economía doméstica y familiar; el reparto de beneficios y pérdidas. En este sentido son sumamente evidentes, según nuestro punto de vista, los artículos 1.315, 1.325, 1.392, 4.º y 1.435, 2.º y 3.º del Código civil. No compartimos, por tanto, la opinión de De los Mozos, puesto que, si bien el artículo 1.323 no establece expresamente que a través de un contrato entre cónyuges sea inviable la modificación del régimen económico matrimonial en las reglas por que han de regirse los bienes del matrimonio, ello no implica que lo autorice. En realidad, el artículo 1.323 guarda silencio sobre esta cuestión. Ciertamente, la posibilidad de que a partir de la Ley de 2 de mayo de 1975 pueda ser sustituido o modificado el régimen económico matrimonial después de la celebración del matrimonio no justifica en modo alguno que los cónyuges puedan hacerlo a través de un cauce distinto del establecido en nuestro Código civil, aunque no se haya acogido en este texto legal un sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial basado en el previo control judicial del contenido de las capitulaciones matrimoniales, como acontece en el Derecho francés (147). Para que el régimen económico matrimonial pueda ser modificado o sustituido por los cónyuges es necesario que se cumplan las reglas de fondo y forma necesarias para el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales (artículos 1.325 y siguientes del Código civil). Por ello es muy discutible que pueda alegarse la supresión del principio de inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales y del régimen económico matrimonial para justificar la contratación entre cónyuges, como afirman, sin reparar en las consecuencias, las recientes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 y 13 de junio de 1983, que en relación con la posible inscripción de una sociedad de responsabilidad limitada constituida por los cónyuges con aportación de bie-

(146) LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, vol. 4.º, *Derecho de familia*, Barcelona, 1982, p. 318.

(147) Precisamente, para justificar las restricciones que a la contratación entre cónyuges aparecen en el Código civil francés, CORNU (*Les régimes matrimoniaux*, cit., p. 25) da una notable importancia al argumento de que el régimen económico matrimonial no es libremente modificable por los esposos, ya que rige un sistema de mutabilidad judicialmente controlada (art. 1.397 del Código civil) que excluye las modificaciones puramente voluntarias.

nes gananciales tienen en cuenta que haya desaparecido el obstáculo, señalado por la resolución de 16 de marzo de 1959, que hacía referencia a la posibilidad de eludir el principio de inmutabilidad de las convenciones matrimoniales, pues, como hemos señalado, es inviable que el régimen económico matrimonial, en las reglas por que han de regirse los bienes del matrimonio, pueda ser modificado a través de la vía del contrato entre cónyuges.

Cuando el contrato celebrado por los cónyuges reviste los requisitos de fondo y forma exigidos por nuestro Código civil para otorgar capitulaciones matrimoniales, creemos que en todo lo concerniente al régimen económico matrimonial estaremos ante unas auténticas capitulaciones matrimoniales, pues la naturaleza jurídica del negocio celebrado no depende tanto del nombre que le hayan dado las partes como de su causa (148), y es evidente que la finalidad de las capitulaciones matrimoniales, en relación con su contenido típico, no es otra que la estipulación, modificación o sustitución de un determinado régimen económico matrimonial, según se desprende del artículo 1.325 del Código civil. En la escritura que documenta a las capitulaciones matrimoniales podrán además figurar pactos no matrimoniales, como un contrato u otro tipo de negocio jurídico (149).

Conviene puntualizar, de acuerdo con lo dicho, que el límite a la libertad de contratación entre cónyuges tan sólo se encuentran en las reglas por que han de regirse los bienes del matrimonio, es decir, en las estipulaciones de carácter estatutario. El hecho de estar permitidos los contratos traslativos de dominio entre cónyuges determina necesariamente que éstos puedan influir en la calificación jurídica de los bienes de la sociedad conyugal al provocarse desplazamientos de un patrimonio a otro (v. g., bienes gananciales se convierten en privativos de uno de los cónyuges o viceversa), como señalaremos más ampliamente al tratar sobre la donación y la compraventa entre cónyuges. Para producir este efecto, por consiguiente, no hace falta otorgar capitulaciones matrimoniales, sino que puede producirse mediante un contrato traslativo de dominio entre cónyuges.

Es indudable que la protección de acreedores y legitimarios constituye un límite a la libertad de contratación entre cónyuges. Ciertamente el contrato celebrado por marido y mujer puede ser un medio

(148) Vid. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, pp. 203-204; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. 2.º, Madrid, 1983, pp. 74 y 124.

(149) Como ha precisado LACRUZ (*Derecho de familia El matrimonio y su economía*, cit., p. 298, nota 2), cabe incluir en los capítulos todo negocio jurídico que haya de otorgarse en instrumento público, salvo aquellos que precisan solemnidades distintas a las de la capitulación. Un reconocimiento de deuda, transacción, mandato ordinario, compraventa, arrendamiento, cesión de arrendamiento, o bien el reconocimiento de un hijo natural, o una partición de herencia, pueden constar en capítulos. Ahora bien, su presencia en ellos no los convierte en estipulaciones capitulares. Nótese que tales negocios jurídicos pueden crear relaciones patrimoniales entre cónyuges, sin pasar a formar parte del régimen económico del matrimonio; en cambio, la propia estipulación capitular supone la concurrencia de ambos futuros cónyuges (también de los cónyuges, después de la Ley de 2 de mayo de 1975), precisamente en su calidad de tales.

para defraudar a aquéllos. Hay que pensar, desde luego, en una posible simulación, tanto absoluta como relativa, estando legitimados, en tal caso, los acreedores o los legitimarios para ejercitar la correspondiente acción de simulación, mediante la cual podrán demostrar la falsedad de la causa (art. 1.276 del Código civil). Un supuesto típico es el de la compraventa entre cónyuges que encubre una donación cuando el donante es deudor frente a terceros. En tal caso, si se produce la insolvencia del cónyuge deudor, el acreedor perjudicado podrá ejercitar la correspondiente acción dirigida a la destrucción de la apariencia de compraventa y la demostración de la existencia de una donación del bien que aparentemente se ha vendido. Tendrá que ser el acreedor quien habrá de probar la existencia de la donación, salvo en el supuesto del artículo 1.442 del Código civil. Demostrada la existencia de la donación entre cónyuges, válida según el artículo 1.323, se presume realizada en fraude de acreedores si al hacerla no se ha reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella (arts. 643 y 1.297 del Código civil), por lo que una acción rescisoria determinará, si prospera, la devolución al patrimonio del cónyuge donante de los bienes donados con sus frutos, salvo que se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe, en cuyo caso podrá reclamarse la indemnización del perjuicio al causante de la lesión (art. 1.295 del Código civil). Cuando la donación sea nula por defecto de forma si se trata de bienes inmuebles (art. 633 del Código civil), aunque la compraventa simulada se haya realizado en escritura pública (150), o la causa del contrato celebrado por los cónyuges sea ilícita (art. 1.275 del Código civil), los acreedores podrán ejercitar la correspondiente acción de nulidad, debiéndose tener en cuenta el carácter subsidiario de la acción rescisoria (art. 1.294 del Código civil).

En relación con las sociedades entre cónyuges ya dijo la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de marzo de 1959 que la sociedad no será válida cuando encubra fraude o un acto contrario a la Ley. En la reciente resolución de 6 de junio de 1983 se alude igualmente a la posibilidad de que se haya pretendido crear por los cónyuges una simple apariencia de sociedad con finalidades ilícitas, cuya declaración corresponde a los Tribunales de Justicia. Indudablemente, como se desprende de estas resoluciones, es posible imaginar supuestos en que la creación de la sociedad por los cónyuges o en unión con otras personas, esté dirigida a defraudar a los acreedores de alguno de ellos. Así, por ejemplo, la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada puede ser una medida ideada por

(150) Vid. DE CASTRO, *La simulación y el requisito de la donación de inmuebles*, en este ANUARIO, 1953, fasc. 4.º, pp. 1003 ss.; CAPÓN REY, *Nota a la sentencia de 4 de diciembre de 1975. Donación de inmuebles disimulada bajo la forma de compraventa*, en este ANUARIO, 1977, fasc. 1.º, pp. 208 ss. En otro sentido, VALLET DE GOYTISOLO, *Las donaciones de bienes inmuebles disimuladas, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en este ANUARIO, 1972, fasc. 3.º, pp. 712 ss.

los cónyuges para disminuir los bienes sobre los que aquéllos pudiesen satisfacer sus créditos. También cuando la sociedad anónima está constituida solamente por los cónyuges y otra persona y la mujer o el marido actúan exclusivamente como testaferros del otro cónyuge (verdadero fundador juntamente con el otro socio). En estos casos, y en todos los supuestos en que se produzca un fraude, se aplicará el principio *fraus omnia corrumpit*, pero será preciso demostrarlo, ya que no cabe que el fraude se presuma al tiempo de inscribir la sociedad, sino que tendrá que ser judicialmente declarada a instancia de los acreedores y, en general, de cualquier tercero perjudicado.

Si la donación o el contrato celebrado por los cónyuges perjudica a los legitimarios, éstos podrán ejercitar las acciones que, con carácter general, les concede nuestro ordenamiento jurídico. El legitimario no sólo estará facultado para pedir la reducción de las donaciones inoficiosas y, en general, para quedar ileso de las consecuencias de los contratos gratuitos del causante (arts. 636 y concordantes del Código civil), sino que, también, para impugnar cualquier contrato oneroso de aquél en fraude de su legítima (151).

No cabe duda de que el contrato que celebran los cónyuges puede deberse a la coacción o al engaño que uno de ellos ejerce sobre el otro. En este caso la normativa del Código civil sobre los vicios del consentimiento contractual limitará la eficacia de tal contrato, que podrá ser anulado si el cónyuge que tiene viciado el consentimiento lo impugna en los términos de los artículos 1.301 y siguientes. Si el contrato se ha celebrado mediando violencia ablativa será absolutamente nulo por falta de consentimiento del cónyuge que la ha sufrido.

En todo caso, no parece oportuno mirar con excesivo recelo cada contrato que celebren entre sí los cónyuges, sospechándose siempre que existe fraude a terceros, vicio del consentimiento de uno de los cónyuges o modificación encubierta del régimen económico matrimonial, tal como parecen dar a entender algunos autores, que dicen que la situación que se da, en la generalidad de los casos, en el seno del matrimonio, hace difícilmente presumible la existencia de una voluntad digna de ser valorada jurídicamente, y que si un cónyuge necesita un cómplice para defraudar a terceros, ¿dónde encontrarlo mejor y de mayor confianza que en el propio marido o mujer? (152). En nuestro Derecho hay que afirmar la buena fe de las personas mientras que no se pruebe lo contrario (art. 434 del Código civil y resoluciones de 16 de marzo de 1959 y 4 de noviembre de 1969).

(151) VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama de Derecho de sucesiones*, vol. 1.º, *Fundamentos*, Madrid, 1982, pp. 661 ss.; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. 4.º, Madrid, 1982, pp. 591 ss.; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, vol. 5.º, *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1981, pp. 515 ss.

(152) OLIVARES, *Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges*, cit., p. 293; MARTÍNEZ-CALCERRADA, *El nuevo Derecho de familia*, vol. 1.º, Madrid, 1983, pp. 210 ss.; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *El régimen económico del matrimonio*, cit., pp. 68 ss.

IX. COMPRAVENTA ENTRE CONYUGES

Como hemos apuntado anteriormente, el nuevo artículo 1.458, en evidente conexión con el artículo 1.323, dispone que el marido y la mujer podrán venderse bienes recíprocamente. Esto significa que, con independencia del régimen económico matrimonial, los cónyuges pueden celebrar entre sí cualquier tipo de contrato de compraventa, y que dicho contrato se habrá de disciplinar de acuerdo con las normas generales del Código civil o del Código de comercio, según que la compraventa sea civil o mercantil, sin ninguna especialidad, por tanto, en cuanto a consentimiento, capacidad, objeto, forma y contenido. Conviene, sin embargo, examinar una serie de concretos problemas que se suscitan, especialmente cuando el régimen económico del matrimonio es el de sociedad de gananciales, cuyo carácter legal determina que se aplique a la mayor parte de los matrimonios que se celebran en nuestro país.

La circunstancia de que el artículo 1.458 no condicione la compraventa entre cónyuges al hecho de que exista un determinado régimen económico matrimonial motiva, lógicamente, que puedan ser objeto de compraventa tanto los bienes privativos como los bienes gananciales o comunes, y que los cambios que se produzcan en la calificación jurídica de determinados bienes del matrimonio a consecuencia de la compraventa, al no implicar una modificación de las reglas por que han de regirse los bienes del matrimonio, es lógico que puedan producirse al margen de capitulaciones matrimoniales. Por ello es coherente que la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de febrero de 1983 (153) haya señalado con claridad que la libertad de contratar entre cónyuges, sancionada en el artículo 1.323 del Código civil, autoriza el entender permitido como regla general la válida adquisición por un cónyuge de bienes concretos de naturaleza ganancial, máxime cuando se acredita la naturaleza privativa de la contraprestación, ya que, de un lado, el principio de subrogación real evita un perjuicio para la sociedad de gananciales al ocupar la contraprestación recibida —dinero— el lugar del bien transmitido y, de otro lado, no puede entenderse que se esté ante un supuesto de autocontratación no permitido al ostentar un esposo el doble concepto de vendedor y comprador por faltar el presupuesto clave como es la falta de contraposición o conflicto de intereses.

Sin embargo, Martínez-Calcerrada (154), en base a la participación que tanto el cónyuge vendedor como el comprador tienen en cada bien

(153) Comentada por PAU PEDRÓN en este ANUARIO, 1983, fasc. 3.º, pp. 931-933, y por ECHEVARRÍA, *Sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales* (Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros de 2 de febrero de 1983), en Revista de Derecho Notarial, 1983, julio-diciembre, pp. 376-394.

(154) MARTÍNEZ-CALCERRADA, *El nuevo Derecho de familia*, 3.º ed., Madrid, 1983, pp. 213-214.

ganancial, sostiene que no es posible la venta de uno a otro, si no es a través del penoso rodeo de la previa disolución de la sociedad de gananciales, conviniendo un régimen económico distinto (art. 1.392, 4.º); de esta forma, disuelta y adjudicada la cosa ganancial al luego vendedor, proceder posteriormente a dicha venta.

Avila Alvarez (155) tampoco considera posible que a título de compraventa un bien pase directamente del patrimonio ganancial al privativo de un cónyuge. No puede articularse una compraventa directa porque tendrían que vender ambos cónyuges a uno solo (con confesión o justificación de privaticidad del precio), y este último cónyuge tendría que ser al mismo tiempo vendedor y comprador. Será preciso un rodeo: el de la previa conversión de la comunidad ganancial en comunidad romana. En efecto, parece que nada se opone a que, puesto que los cónyuges pueden liquidar en cualquier tiempo la sociedad, se permita la liquidación parcial de ésta concretada a la finca de que se trate, adjudicar ésta por mitad a ambos cónyuges y que uno venda al otro su mitad indivisa.

Ya hemos visto que no es este el punto de vista de la citada resolución que, con argumentos convincentes, no pone trabas a la venta de un bien concreto ganancial a cambio de dinero privativo, sin que sea precisa la liquidación de la sociedad de gananciales, lo cual implicaría, desde luego, una extraordinaria dificultad para los cónyuges, incluso aunque la liquidación fuera parcial, dadas las condiciones legales que establece nuestro Código civil para que la misma pueda producirse. En rigor, existe un objeto cierto (el bien ganancial), como exige el artículo 1.445 del Código civil, y no hay problemas de licitud (artículo 1.273 del Código civil), y es innegable que los artículos 1.323 y 1.458 del Código civil no limitan la efectividad de la compraventa entre cónyuges a la vigencia del régimen de separación de bienes, habiéndose cambiado sustancialmente el criterio mantenido por el Código civil con anterioridad a la Ley de 13 de mayo de 1981. Tal vez por ello algún autor no comparte las opiniones de Martínez-Calcerrada y Avila Alvarez (156). En la argumentación de Martínez-Calcerrada se olvida algo fundamental: que el objeto de la compraventa no es una porción indivisa de un bien, la hipotética porción del vendedor, sino todo el bien. Y que lo que el cónyuge comprador paga no es una porción del precio, sino todo el precio, y ello aunque el bien comprado forme parte de un patrimonio del cual el adquirente también es titular. Esto es así, precisamente por la autonomía de que goza el patrimonio ganancial frente a los privativos de cada cónyuge, circunstancia que le permite ser centro de referencia de negocios jurídicos y contratos, lo mismo que lo es de deudas y responsabilidades. De lo que se trata, y es lo que está en cuestión en el negocio de transmisión, es que un

(155) AVILA ALVAREZ, *El régimen económico matrimonial en la reforma del Código civil*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1981, noviembre-diciembre, núm. 547, p. 1387.

(156) OLIVARES, *Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges*, cit., pp. 308-309.

objeto que integra el patrimonio ganancial salga de él, para ingresar en el patrimonio privativo de uno de los cónyuges, y a su vez el precio pagado ingrese en el patrimonio ganancial sustituyendo al bien enajenado.

Tampoco parece convincente la argumentación de Avila Alvarez, pues lo que está en cuestión en tema de autocontratación no es la posibilidad filosófica del contrato consigo mismo, sino el perjuicio que puede sufrir un interés por el hecho de que la persona a la que se ha confiado su defensa sea a su vez detentadora de otro interés opuesto con el que puede entrar en conflicto. No cabe duda de que el autocontrato es válido cuando existe el poder o la autorización del *dominus negotii* para autocontratar y cuando no existe posibilidad o riesgo de abuso o de conflicto de intereses (157). Por ello en el supuesto de compraventa de bien ganancial o común entre cónyuges, como dice la resolución citada, no puede entenderse que se esté ante un supuesto de autocontratación no permitido al ostentar un esposo el doble concepto de vendedor y comprador por faltar el presupuesto clave como es la contraposición o conflicto de intereses. Es evidente que los cónyuges controlan los resultados del contrato, aunque uno de ellos haga de dos partes, pues en definitiva sin el consentimiento de ambos no cabe la compraventa del concreto bien ganancial.

En cambio, en esta resolución de 2 de febrero de 1983 no se considera válida la compraventa entre cónyuges de la hipotética participación que uno de ellos, el vendedor, tiene en un bien ganancial. Para la Dirección General de los Registros y del Notariado, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado vienen configurando la sociedad legal de gananciales —al igual que la generalidad de la doctrina— como una comunidad de tipo germánico, en la que el derecho que ostentan los cónyuges afecta indeterminadamente al objeto sin atribución de cuotas ni facultad para pedir la división material mientras dura la sociedad, a diferencia de lo que sucede con el condominio romano de cuotas definidas y en donde cabe la división de la cosa común, y por eso en la sociedad de gananciales no se es dueño de la

(157) Vid. DE CASTRO, *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1976, pp. 114-117; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 1.º, Madrid, 1972, pp. 128-129; Díez-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979, pp. 204-210; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. 1.º, Madrid, 1984, pp. 521-522, y vol. 2.º, Madrid, 1983, p. 45.

(158) Es indudable, a nuestro juicio, que la sociedad de gananciales no puede entenderse como una comunidad de tipo romano, ya que el marido y la mujer son, indistintamente, titulares del patrimonio ganancial, sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división de la cosa común. En este sentido parece correcta la resolución mencionada, que es conforme con una firme doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que arranca fundamentalmente de la importante resolución de 19 de octubre de 1927 (vid. LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., pp. 481-482). Es discutible, sin embargo, calificar a la sociedad de gananciales como comunidad germánica, como hace la resolución que comentamos, si bien lo importante reside en las notas que caracterizan a la sociedad de gananciales y la distinguen del condominio romano, ya se

mitad de los bienes comunes, sino que ambos esposos conjuntamente tienen la titularidad del patrimonio ganancial. Esta concepción, que encontraba su justificación en el artículo 1.392 anterior, aparece, si cabe, reforzada en la nueva redacción del vigente artículo 1.344 y supone —salvo lo establecido en el artículo 1.373— la inalienabilidad de la hipotética participación que todo cónyuge tiene sobre cada bien que integra el patrimonio común debido a que tanto éste como la condición de comunero es inseparable de la de cónyuge.

La *ratio* de esta resolución se encuentra, en el supuesto que en la misma se planteó, es decir, la venta por la esposa de la hipotética participación que, como ganancial, le pertenecía en una finca urbana, en que estamos ante una porción indivisa (158) y falta la necesaria concreción del objeto de la compraventa, pues se afirma con claridad que el derecho que ostentan los cónyuges afecta *indeterminadamente* al objeto sin atribución de cuotas. Hemos subrayado la palabra *indeterminadamente*, porque muestra el fundamento de la doctrina de esta resolución. Es significativo que en el informe del Registrador de la Propiedad, que aparece en el resultando 2.º de la resolución, se afirma que no se pretende desconocer la amplitud de la contratación entre cónyuges, sino resaltar la imposibilidad de que los cónyuges puedan disponer con efectos inmediatamente reales de una cuota de un bien ganancial, y ello en razón de la inexistencia de tal cuota y a los problemas derivados de la titularidad y facultad de disposición. Precisamente, con anterioridad a esta resolución, Olivares (159) había puesto de relieve que quedan excluidos los posibles contratos dirigidos a transmitir la hipotética participación que un cónyuge pudiese ostentar sobre cada cosa integrante del patrimonio común. Es obvio que estamos ante un supuesto de inconcreción del objeto. En todo caso, a nuestro juicio, no puede llegarse todavía más lejos, diciendo que la compraventa que ha dado lugar a la mencionada resolución es inexistente por falta de objeto del contrato de acuerdo con el artículo 1.261-2.º del Código civil, como afirma Echevarría (160). Evidentemente, el contrato de compraventa celebrado por los cónyuges se refería a una finca urbana por lo que difícilmente puede afirmarse la falta de objeto; el problema sólo surge porque se pretende vender la participación que, como ganancial, corresponde al cónyuge vendedor, ya que tal participación, mientras no se produzca la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, es puramente hipotética (161). A ello se refiere

califique a ésta como comunidad de tipo germánico, como comunidad universal, como comunidad de bienes especial de derecho familiar o de otra forma.

(159) OLIVARES, *Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges*, cit., p. 308.

(160) ECHEVARRÍA, *Sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales*, cit., pp. 378-379.

(161) Como afirma LACRUZ (*Elementos de Derecho civil*, vol. 4.º, *Derecho de familia*, Barcelona, 1982, p. 400; *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., pp. 482-487) en la sociedad de gananciales el derecho de los cónyuges afecta al objeto indeterminadamente, *sin cuotas*: la cuota sólo existe sobre el conjunto y por eso podemos calificarla como comunidad universal. A diferencia

la resolución cuando afirma la inalienabilidad de la hipotética participación que todo cónyuge tiene sobre cada bien que integra el patrimonio común.

La circunstancia de que el bien ganancial o común pertenezca a ambos cónyuges ha de ser tenido en cuenta a la hora de analizar la compraventa y, en general, cualquier negocio dispositivo que celebren entre sí, de igual manera que hay que tener en cuenta el destino que se dé al bien adquirido, sea privativo o ganancial. Esta problemática ha de ser examinada teniendo en cuenta los diversos casos que pueden presentarse.

Cuando el precio es privativo no cabe duda de que el bien comprado, con independencia de que tuviese carácter ganancial o privativo, será también privativo (art. 1.346, 3.º). Cabe, sin embargo, que en virtud de acuerdo de los cónyuges, la adquisición se haga para la sociedad de gananciales. A nuestro juicio, este acuerdo de los cónyuges es perfectamente válido, pues no se vulneran ninguno de los límites de la autonomía de la voluntad (art. 1.255), y el apoyo causal del negocio es evidente, ya que se cumplen las condiciones del artículo 1.445, es decir, la entrega de cosa determinada y precio cierto en dinero o signo que lo represente. La circunstancia de que la cosa comprada privativa haya de ingresar en el patrimonio ganancial lógicamente será tenida en cuenta por los cónyuges a la hora de determinar el precio de la compraventa.

Cuando el precio es común o ganancial, el bien adquirido, si era privativo del cónyuge vendedor, se convertirá en ganancial o común (art. 1.347, 3.º).

El problema se plantea cuando el bien que se vende es ganancial o común y el precio también lo es. Con razón ha señalado Olivares (162) que el carácter causal de las transmisiones en nuestro Derecho veda la viabilidad de semejante compraventa, ya que falta la causa que caracteriza a este contrato, pues no existe intercambio de cosa por precio como exige el artículo 1.445. Nótese que tanto el precio como la cosa van a seguir en la masa común (163). Es significativo en este sentido que en la tan citada resolución de 2 de febrero de 1983 se destaque la naturaleza privativa de la contraprestación (el precio) para afirmar la validez de la compraventa de bienes concretos de naturaleza ganancial. Puede suceder que la finalidad del negocio celebrado por los cónyuges resida en conseguir que determinados bienes gananciales apa-

de la cuota de propiedad que tiene el condueño de un objeto determinado, y que junto con sus restantes bienes forma parte de su patrimonio personal, aquí, aun cuando los cónyuges son dueños de los bienes, sin embargo la cuota no recae sobre cada uno de ellos.

(162) OLIVARES, *Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges*, cit., p. 306.

(163) Sin embargo, CASTILLO TAMARIT (*Aspectos parciales de la reforma del Código civil en tema de sociedad de gananciales*, en *Revista de Derecho Notarial*, 1983, julio-diciembre, p. 31) sólo considera clara y correcta esta postura si se parte de la base de configurar a la sociedad de gananciales como una auténtica comunidad.

rezcan a nombre de uno de los cónyuges, conservando este carácter, pero en tal caso no estaremos en modo alguno ante una compraventa.

Como hemos dicho, la exigencia de que la disposición de bienes gananciales deba realizarse por ambos cónyuges según previene el artículo 1.375, salvo lo establecido en pacto capitular, da lugar a que uno de ellos deba intervenir en un doble concepto, como transmitente y adquirente, planteándose un problema de posible autocontratación, que ha de ser solucionado en la forma señalada, tal como previene la citada resolución.

La reforma operada por la Ley de 13 de mayo de 1981 facilita enormemente la compraventa entre cónyuges y, en general cualquier contrato traslativo de dominio, al disponer el artículo 1.324 que para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges. De esta manera, para probar que es propio el dinero que abona el cónyuge comprador al cónyuge vendedor, o que es propia la cosa que éste vende a aquél, basta la confesión extrajudicial del otro en las condiciones señaladas por dicho precepto (164). Este va a operar como medio idóneo para desvirtuar la presunción de ganancialidad del artículo 1.361, habiéndose solucionado así el controvertido problema de las adquisiciones con carácter privativo confesado (165). El artículo 1.324 ha sido desarrollado por el artículo 95, apartados 4, 5 y 6 del Reglamento Hipotecario, cuyo texto procede del Real Decreto de 12 de noviembre de 1982: Si la privaticidad resultare sólo de la confesión del cónyuge, se expresará dicha circunstancia en la inscripción y ésta se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquélla. Todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se realizarán exclusivamente por el cónyuge a cuyo favor se haya hecho la confesión, quien no obstante necesitará para los actos de disposición realizados después del fallecimiento del cónyuge confesante el consentimiento de los herederos forzosos de éste, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resultare de la participación de la herencia.

Si la justificación o confesión de privaticidad se refiriese solamente a una parte del precio o contraprestación, la inscripción se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquélla en la partición indivisa que se indique en el título y a nombre de uno o ambos cónyuges según proceda, para su sociedad de gananciales, en la partición indivisa restante del bien adquirido.

La justificación o confesión de la privaticidad hecha con posterioridad a la inscripción se harán constar por nota marginal. No se con-

(164) Sobre el artículo 1.324, Díez-PICAZO, en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º, Madrid, 1983, pp. 1512 ss.; OLIVARES, *Los contratos traslativos de dominio*, cit., pp. 313 ss.

(165) Con anterioridad a la Ley de 13 de mayo de 1981, véase HERRERO GARCÍA, *Contratos onerosos entre cónyuges*, cit., pp. 444 ss.

signará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona.

X. DONACION ENTRE CONYUGES

Tal como dijimos, la supresión de la prohibición que aparecía en el artículo 1.334 del Código civil y los términos en que se expresa el artículo 1.323, determina que los cónyuges puedan hacerse recíprocamente donaciones, sin que existan más limitaciones que las que, con carácter general, establece nuestro Código civil (arts. 634 y ss.). Aunque se cuestionase el carácter contractual de la donación, siempre estará autorizada por el artículo 1.323, ya que, según el mismo, el marido y la mujer pueden transmitirse por cualquier título bienes y derechos.

La donación entre cónyuges se rige por las normas comunes del Código civil, es decir, por el artículo 618 y siguientes. No existe un régimen jurídico especial, como sucede en el Derecho portugués, ni se establecen específicas reglas en relación con la revocación de la donación, como acontece en el Derecho francés, donde se admite la libre revocabilidad (art. 1.096 del Código civil) (166).

En nuestra doctrina, De los Mozos (167) considera criticable que se permitan absolutamente las donaciones entre cónyuges. El carácter revocable de las mismas hubiese determinado que se conciliaran los intereses de los hijos del donante con la liberalidad de éste, ejercitada en un momento de apasionamiento o de poca reflexión. Hubiera sido preferible adoptar la fórmula, mucho más sensata, del Código civil francés. Con anterioridad, Puig Peña (168) dijo que la solución sobre la revocabilidad de las donaciones entre cónyuges es la más acertada. El criterio de las legislaciones germánicas quizá es demasiado amplio.

A nuestro juicio, la argumentación de estos autores es semejante a la que numerosos autores franceses, que se vislumbra en los trabajos preparatorios del Código civil francés de 1804, dieron para justificar la necesaria revocabilidad de la donación entre cónyuges. Sin embargo, es significativo que un importante sector de la doctrina francesa más moderna y la propia Comisión de reforma del Código civil francés, como vimos, hayan considerado conveniente la supresión de la revocabilidad de las donaciones de bienes presentes entre cónyuges y la aplicación de la normativa común sobre las donaciones (169). Otro dato a tener en cuenta es la experiencia de alguno de nuestros Derechos civiles especiales o forales, a los que ya nos referimos, que no

(166) Véase el apartado relativo al Derecho comparado.

(167) DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirigidos por ALBALADEJO), tomo XVIII, volumen 1.º, 2.ª ed., Madrid, 1982, pp. 161 ss.

(168) PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil español*, tomo 5.º, *Familia Sucesiones*, Madrid, 1976, p. 214.

(169) Véase el epígrafe relativo al Derecho francés.

ha puesto tradicionalmente límites a la validez general de las donaciones entre marido y mujer, sin que ello haya planteado ningún tipo de problema. Así lo señala precisamente la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 14 de septiembre de 1979, pues las donaciones autorizadas antes por diversos Derechos forales nunca habían presentado inconvenientes de alguna entidad (170). Además de estas consideraciones, importantes de por sí, conviene tener presente que en nuestro Código civil la facultad de donar ha sido mirada con cierta desconfianza, precisamente para evitar peligros análogos a los señalados por De los Mozos. De una parte, se quiere evitar que el donante en un momento de generosidad impremeditada, o sometido a captaciones suspectas, se coloque en una situación de ruina y quede sumido en la miseria. De otra, se teme que la donación sea un instrumento que, en manos del donante, le permita dañar los derechos de los herederos forzosos, lesionando su legítima. Partiendo de este doble temor, los artículos 634, 635 y 636 establecen normas prohibitivas tendentes a evitar tan poco deseables consecuencias. En tal sentido, el artículo 634 dispone que la donación podrá comprender todos los bienes del donante, o parte de ellos, con tal que éste se reserve, en plena propiedad o en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias (171). Por otra parte, y según el artículo 635, la donación no podrá comprender los bienes futuros. Por bienes futuros se entienden aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación. El artículo 636, a su vez, determina que ninguno podrá donar o recibir por vía de donación más de lo que pueda dar o recibir por testamento. La donación será inoficiosa en todo lo que exceda de esa medida.

Las medidas descritas de protección del donante y de los legitimarios se acompañan de específicas normas sobre la forma de la donación, que contribuyen posiblemente a evitar, en un cierto grado, el peligro de las donaciones poco meditadas, al que se refiere De los Mozos en relación con las donaciones entre cónyuges (172). Si se trata de una donación entre vivos, el Código civil distingue según su objeto se encuentre constituido por bienes inmuebles o muebles. En el primer caso, la donación habrá de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario (art. 633). Tratándose de bienes muebles, la donación habrá de hacerse por escrito (público o privado), o verbalmente, siempre que en este último caso se entregue simultáneamente la cosa donada (art. 632). Estas formas son exigidas *ad solemnitatem*,

(170) Véase el apartado sobre los Derechos civiles especiales o forales.

(171) Como precisa ALBALADEJO (*Derecho civil*, tomo II, volumen 2.º, Madrid, 1982, p. 124) el fin perseguido por la norma es el de que el donante no venga a encontrarse sin medios de vida.

(172) Desde siempre la donación ha sido sometida a formas rigurosas con la finalidad de hacer consciente al donante de la trascendencia del acto que realiza y salvaguardar los derechos de acreedores y legitimarios (cfr. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, tomo II, volumen 3.º, Barcelona, 1979, p. 59).

ya que sin la concurrencia de las mismas la donación no será válida (173).

Todas estas normas se completan con las relativas a la revocación de la donación, que no sólo es posible en los tres casos legalmente previstos, es decir, por supervivencia o supervivencia de hijos, por incumplimiento de las condiciones impuestas por el donante y por ingratitud del donatario (arts. 644 a 653 del Código civil) (174), sino también cuando se pacte expresamente en el contrato. También puede establecerse válidamente la reversión a favor del donante para cualquier caso y circunstancia (art. 641 del Código civil) y reservarse éste la facultad de disponer de algunos bienes donados o de alguna cantidad a cargo de ellos (art. 639 del Código civil).

No puede olvidarse tampoco que, aparte de la necesaria capacidad para contratar y disponer (arts. 624 y ss. del Código civil), si el donante tiene viciado el consentimiento, podrá, como es lógico, solicitar la anulación del contrato (arts. 621 y 622 del Código civil), sin olvidar la posibilidad que tienen los acreedores y los legitimarios para impugnar los actos simulados y fraudulentos, como vimos al examinar los límites a la libertad de contratación entre cónyuges.

Ante este panorama legal no creemos que sea criticable la solución acogida por nuestro legislador de 1981, partiendo de la igualdad jurídica de los cónyuges y de un criterio casi generalmente admitido en el Derecho comparado y en nuestros Derechos civiles especiales o forales. Además, una revocabilidad absoluta de la donación entre cónyuges deja al cónyuge donatario en una situación de gran incertidumbre, pues estaría constantemente expuesto a que se produjere la revocación cuando le apeteciese al donante, aunque hubiesen transcurrido muchos años desde que tuvo lugar la donación, y sin tener que dar el donante motivo alguno que justificase su decisión. Algunos autores franceses, como vimos, aluden a un posible chantaje del cónyuge donante, basado en la revocabilidad absoluta de la donación (175).

La donación por un cónyuge al otro de un bien privativo determina que el mismo ingrese en el patrimonio privativo del cónyuge donatario. Claramente dispone el artículo 1.346, 2.º que los bienes adquiridos a título gratuito son privativos. El problema se plantea cuando el do-

(173) DE CASTRO, *La simulación y el requisito de la donación de inmuebles*, en este ANUARIO, 1953 fasc. 4.º, p. 1003; DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, p. 285; COSSÍO, *Instituciones de Derecho civil*, Madrid, 1975, vol. 1.º, p. 342; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. 2.º, Madrid, 1983, pp. 396-397; ALBALADEJO, *Derecho civil*, tomo II, volumen 2.º, cit., pp. 114-115; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, tomo II, volumen 3.º, cit., p. 59.

(174) Hay que tener en cuenta, de cara a la protección del cónyuge donante, que la donación puede ser revocada a instancia suya, por causa de ingratitud, en caso de que el donatario le niegue indebidamente alimentos (art. 648, 3.º). No se refiere esta causa de revocación a los alimentos debidos entre parientes en virtud de los artículos 142 y siguientes del Código civil (GULLÓN, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial*, cit., p. 82; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, tomo II, vol. 3.º, cit., p. 68).

(175) Véase el epígrafe relativo al Derecho francés.

natario acepta, de acuerdo con el donante, para la sociedad de gananciales. Olivares (176) entiende que es perfectamente admisible esta donación, en base a los artículos 1.353 y 1.355, siempre y cuando exista acuerdo de los cónyuges. Sin embargo, Castillo Tamarit (177) disiente de esta opinión, porque los artículos 1.353 y 1.355 se refieren a supuestos distintos al planteado aquí, y una aplicación analógica de los mismos parece, cuando menos, problemática, además de que el artículo 1.355 se refiere taxativamente a adquisiciones a título oneroso. Además, claramente el artículo 1.346, 2.º señala que los bienes adquiridos a título gratuito son privativos; cierto es que se podría decir que tal regla tiene excepciones, como la del artículo 1.353, aparte de que el legislador en esta materia parte del principio de la autonomía de la voluntad, ex artículo 1.255; pero se podría contestar a ello diciendo que precisamente al ser excepciones a la regla general, las mismas deben interpretarse restrictivamente o *strictu sensu*; además de que el principio de la autonomía de la voluntad se recoge en determinados preceptos, y si el legislador hubiese admitido tal hipótesis, expresamente la hubiese recogido.

A nuestro juicio, tiene razón Castillo Tamarit cuando, al referirse a la opinión de Olivares, señala que los artículos 1.353 y 1.355 no contemplan específicamente el problema que estamos analizando; pero es indudable que si existe acuerdo de los cónyuges para que el bien donado ingrese en el patrimonio ganancial, parece que tal acuerdo, por no ser contrario a alguno de los límites de la autonomía de la voluntad, siempre que no lesione algún derecho de tercero, es perfectamente válido. Negar tal posibilidad porque las excepciones a la regla general deben interpretarse restrictivamente *ostrictu sensu* y porque el principio de la autonomía de la voluntad se recoge en determinados preceptos y si el legislador hubiese admitido tal hipótesis expresamente la hubiese recogido, no podemos compartirlo, porque no es necesario que el principio de la autonomía de la voluntad, para ser tenido en cuenta, deba ser recogido expresamente en cada hipótesis concreta por el legislador, y porque el problema se circunscribe a determinar la validez o invalidez del acuerdo en cuestión. El propio artículo 1.355 refuerza esta conclusión, puesto que si bien se refiere específicamente a adquisiciones a título oneroso, no cabe duda de que es claro reflejo de la tendencia que aparece en la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981 de incrementar el juego de la autonomía de la voluntad en el ámbito del régimen económico matrimonial (178). El sentido del precepto es el de que con base en la voluntad de los cónyuges se pueda atribuir a una adquisición el carácter ganancial, alterando las reglas de la subrogación, que aparecen en los artículos 1.345

(176) OLIVARES, *Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges*, cit., p. 302.

(177) CASTILLO TAMARIT, *Aspectos parciales de la reforma del Código civil en tema de sociedad de gananciales*, cit., pp. 28-29.

(178) DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. 4.º, Madrid, 1982, pp. 183 ss.

y 1.347, ya que debido a esa voluntad los bienes adquiridos tendrán la condición de gananciales, aunque la adquisición se hubiese hecho con dinero privativo (179). No creemos que, del hecho de que el artículo 1355. se refiera expresamente sólo a las adquisiciones a título oneroso, haya que excluir, acudiendo a una interpretación *a sensu contrario*, la posibilidad de los cónyuges de atribuir carácter ganancial a adquisiciones a título gratuito, porque no puede olvidarse que el juego que a la autonomía de la voluntad atribuye el artículo 1.355 se encuentra en la plena libertad de contratación y de transmisión por cualquier título de bienes y derechos entre cónyuges que establece el artículo 1.323. La alteración de las reglas de la subrogación es posible gracias a la eliminación de la prohibición de las donaciones entre cónyuges.

Cuando el bien donado es ganancial o común, la finalidad perseguida es que el bien salga del patrimonio ganancial o común para ingresar en el privativo del cónyuge donatario. No obstante, con arreglo a lo establecido en el artículo 1.375, la donación de bienes gananciales debe efectuarse por los dos cónyuges. Uno de ellos actuaría, a la vez, como adquirente y como disponente, surgiendo así el mismo problema al que aludimos al tratar de la venta de bien ganancial entre cónyuges. Como hemos señalado anteriormente, y de acuerdo con la doctrina de la resolución de 2 de febrero de 1983, ambos cónyuges controlan los resultados del negocio, aunque uno de ellos intervenga en un doble concepto. No existe, en principio, una contraposición o conflicto de intereses que ponga en cuestión la validez de la donación, sin que parezca preciso, como trámite previo a ésta, la liquidación de la sociedad de gananciales según dijimos en relación con la compraventa de bien ganancial entre cónyuges.

El carácter causal de las transmisiones en nuestro Derecho impide la viabilidad de una donación cuya finalidad sea transferir un bien ganancial para ser adquirido por el otro (donatario), pero de forma tal que el bien continúe integrado en el patrimonio ganancial. En este caso faltará el enriquecimiento del donatario, consustancial a la donación, ya que el bien no sale del patrimonio ganancial. Como señala Da Silva Pereira (180), no caben las donaciones entre cónyuges cuando se confunden en un único acervo común los bienes del marido y de la mujer.

XI. SOCIEDADES ENTRE CONYUGES

Como vimos anteriormente, ha sido en relación con las sociedades entre cónyuges donde mayores controversias se han suscitado en la doctrina y la jurisprudencia, sobre todo cuando tienen carácter mer-

(179) TORRALBA, en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º, Madrid, 1983, p. 1630.

(180) DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*, vol. 5.º, *Direito de família*, 3.ª ed., Río de Janeiro, 1979, pp. 143 y 165.

cantil. En casi todos los países se ha planteado la cuestión de su validez, existiendo todo tipo de teorías. Sin embargo, se aprecia actualmente en el panorama del Derecho comparado un criterio general marcadamente favorable a la validez de las sociedades entre cónyuges, como hemos expuesto, que contrasta con el mantenido antes de que tuvieran lugar las últimas reformas legales del Derecho de familia. Incluso en ordenamientos como el francés, cuyo Código civil dispone que determinados tipos de sociedades entre cónyuges están prohibidos (artículo 1.832), la doctrina más moderna precisa, en contra del criterio que mantuvo anteriormente la jurisprudencia, que una sociedad no es nula por el exclusivo hecho de que cuente entre sus miembros a dos esposos, aunque sean los únicos socios, o estén asociados con otras personas. La sociedad es válida incluso si los esposos son los únicos socios y aportan exclusivamente bienes comunes. En esta sociedad los esposos pueden igualmente, el uno o el otro o los dos conjuntamente, participar en la gestión social. Sólo están prohibidas las sociedades contempladas en el artículo 1.832, es decir, aquellas que determinan que los cónyuges sean responsables de forma ilimitada y solidaria de las deudas sociales.

A fin de analizar adecuadamente la cuestión en nuestro Derecho, parece de todo punto necesario referirse a los distintos tipos de sociedades, distinguiendo, como es lógico, entre las civiles y las mercantiles.

1. *Sociedades civiles entre cónyuges*.—El artículo 1.671 de nuestro Código civil distingue entre la sociedad universal y la sociedad particular, que son configuradas en los artículos siguientes:

a) *Sociedad universal entre cónyuges (arts. 1.673 a 1.677 del Código civil)*.—Aunque no ha sido reformado el artículo 1.677, es indudable que tras la promulgación de la Ley de 13 de mayo de 1981 han desaparecido los obstáculos alegados para negar la posibilidad de que los cónyuges constituyan una sociedad universal, ya que actualmente pueden otorgarse de forma recíproca alguna donación o ventaja al haber sido suprimida la prohibición de las donaciones entre cónyuges, que aparecía en el texto primitivo del artículo 1.334, y admitirse en el tan citado artículo 1.323 que los cónyuges puedan transmitirse por cualquier título bienes y derechos.

b) *Sociedad particular entre cónyuges (art. 1.678 del Código civil)*.—Incluso cuando regía el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial y estaba vigente la prohibición de las donaciones entre cónyuges, había que admitir, con carácter general, su licitud. Al prohibirse solamente a los cónyuges la constitución de sociedades universales por el Código civil, debido a la conexión existente entre los artículos 1.677 y 1.334, estaba implícito que el Código civil las permitía, sin duda porque consideraba que el riesgo de que mediante las mismas se provocase una liberalidad era menos grave e inminente, lo cual se comprende fácilmente teniendo en cuenta el comentario de García Goyena a los artículos 1.569 y 1.571 del Proyecto de 1851, a los que ya nos hemos referido. Con mayor rotundidad hay que afirmar

ahora la validez de las sociedades particulares entre cónyuges, porque incluso, como hemos señalado, ha desaparecido la prohibición de que éstos pudiesen constituir una sociedad universal.

Tanto en relación con las sociedades universales entre cónyuges como respecto de las particulares, ya no pueden alegarse la mayor parte de los argumentos que se esgrimieron en contra de su validez, tal como ha señalado la Dirección General de los Registros y del Notariado en las recientes resoluciones de 6 y 13 de junio de 1983. La Ley de 13 de mayo de 1981, e incluso con anterioridad la de 5 de mayo de 1975, determinan que no tenga sentido aducir —como hacía la resolución de 9 de marzo de 1943— la sujeción de la mujer a la autoridad y veto maritales, ni tampoco la prohibición de modificar el régimen económico matrimonial después de celebrado el matrimonio, aunque como dijimos no parece admisible la modificación del régimen económico matrimonial en las reglas por que han de regirse los bienes del matrimonio al margen del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, o la prohibición de las donaciones entre cónyuges. Como apuntan las mencionadas resoluciones, no se puede privar a dos personas por el hecho de estar casadas entre sí el poder realizar los actos que a cualesquiera otras les está permitido, toda vez que se encuentran ya superadas a través de la reforma de 1981 —artículo 1.323 del Código civil— las antiguas restricciones a la contratación entre cónyuges. Además, antes de promulgarse las citadas leyes, como señalamos, las resoluciones de 16 de marzo de 1959 y 4 de noviembre de 1969, en contra de lo afirmado por la resolución de 9 de marzo de 1943, destacaron la insuficiencia de semejantes razones, porque se privaría arbitrariamente a los cónyuges de múltiples posibilidades que les permitirían, sin el menor fraude, desenvolver sus negocios en situaciones en que no existe otro medio mejor que la sociedad para aunar su trabajo y hacer fructificar sus capitales; lo cual, unido a que la mala fe no debe presumirse nunca y falta en nuestra legislación un precepto que establezca la incapacidad general de contratar entre esposos —ya que, por ejemplo, los contenidos en los artículos 1.334, 1.458 y 1.677, entre otros, contemplan situaciones especiales— permitiría concluir afirmando la validez de las sociedades entre esposos, siempre que resulten salvaguardados los deberes que derivan del matrimonio y de la integridad de los patrimonios de los respectivos esposos y no se encubra un fraude o un acto contrario a la Ley.

2. *Sociedades mercantiles entre esposos.*—Los obstáculos señalados se han opuesto también a la validez de las sociedades mercantiles entre cónyuges. Además, como vimos, se opusieron especiales trabas a la validez de la sociedad de responsabilidad limitada constituida por los cónyuges con aportación de bienes gananciales. Tras la publicación de la Ley de 13 de mayo de 1981 y seguramente antes, difícilmente pueden seguir poniéndose obstáculos como vamos a ver seguidamente.

a) *Sociedad de responsabilidad limitada constituida por los cónyuges.*—Las mencionadas resoluciones de 6 y 13 de junio de 1983

han considerado plenamente válidas las sociedades de responsabilidad limitada constituidas por los cónyuges, aunque aporten bienes gananciales, rebatiendo los argumentos alegados en contra de su validez por las precedentes resoluciones de 9 de marzo de 1943 y 16 de marzo de 1959 y por un sector de la nuestra doctrina, al que ya nos referimos, con una serie de razonamientos que en su conjunto son convincentes, si acaso con la salvedad del relativo a la supresión del principio de inmutabilidad de las convenciones matrimoniales, ya que la modificación de las reglas por que hayan de regirse los bienes del matrimonio, como dijimos, sólo puede alcanzarse a través del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. Algunos de los principales razonamientos que aparecen en estas resoluciones habían sido señalados por nuestra doctrina, especialmente por De la Cámara Alvarez, en los términos expuestos.

Las resoluciones de 6 y 13 de junio de 1983 consideran inscribibles en el Registro Mercantil sendas escrituras de constitución de sociedades de responsabilidad limitada en las que los dos únicos socios son marido y esposa y sus respectivas aportaciones a la sociedad se concretan en bienes presuntivamente gananciales. Se establecen los siguientes argumentos para llegar a esta conclusión: a) que han desaparecido por las reformas legales de 1975 y 1981 los obstáculos que se oponían a su constitución y hacían referencia a la posibilidad de eludir el entonces principio de inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales o a la dejación de los poderes que al marido correspondían como tal o a la existencia de una donación entre cónyuges; b) que la sociedad con aportación de bienes presuntivamente gananciales por ambos cónyuges, ya reconocida en la resolución de 5 de julio de 1982, es uno de los medios que mejor se adapta a una colaboración igualitaria de los dos cónyuges; c) que en base al principio de subrogación real las participaciones sociales de las que son titulares ambos esposos ocuparán el lugar de los bienes gananciales aportados a la sociedad y quedarán sujetos junto con el resto del patrimonio a la responsabilidad universal por las obligaciones contraídas, de acuerdo con el artículo 1.911 del Código civil; d) y que no se puede privar a dos personas por el hecho de estar casadas entre sí, el poder realizar los actos que a cualesquiera otras les está permitido, toda vez que el artículo 1.323 ha superado las antiguas restricciones a la contratación entre cónyuges, y que en consecuencia puedan gozar —como todos— del beneficio de la limitación de responsabilidad que se puede lograr en nuestro Derecho mediante la constitución del tipo o clase de sociedad que la confiera.

A nuestro juicio, de conformidad con la doctrina de estas resoluciones, es indudable que los reparos que se formularon contra la validez de este tipo de sociedades entre cónyuges, incluso con anterioridad a la Ley de 13 de mayo de 1981, no eran excesivamente convincentes. La promulgación de esta Ley ha hecho todavía más evidente, si cabe, esta conclusión. Sin embargo, a pesar de ello, algunos autores siguen

mostrándose reacios a considerarlas válidas. Veamos la fuerza convincente de los posibles reparos que pueden formularse en contra de las mismas, teniendo en cuenta la doctrina de las citadas resoluciones de 6 y 13 de junio de 1983.

Se dice que si uno de los requisitos del contrato de sociedad es aportar bienes para ponerlos en común, con ánimo de partir las ganancias, ninguno de tales requisitos se dan en nuestro caso, pues es imposible poner en común bienes que ya estaban en común, sin que exista ánimo ni posibilidad de partir las ganancias. Esta postura ciertamente responde a un exceso de lógica formal (181). En efecto, decir que no se puede poner en común bienes que ya estaban en común supone olvidar que la sociedad tiene personalidad jurídica (art. 5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) y que, mediante la aportación de bienes, su titularidad pasa al ente social. No cabe decir que en estas sociedades no exista ánimo de lucro ni posibilidad de partir las ganancias (182), y ello porque cuando los cónyuges constituyen una sociedad de responsabilidad limitada están creando una empresa en común con el objeto de que la misma produzca unos beneficios, y en la que la cualidad de socio recae en cada uno de los cónyuges, que independientemente pueden ejercitar los derechos que necesariamente atribuye la participación social: a) derecho a participar en el reparto de ganancias sociales (art. 29 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada); b) derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación (art. 32 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada); c) derecho preferente a asumir nuevas participaciones en los aumentos de capital (art. 18 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada); d) derecho a votar la adopción de acuerdos sociales (art. 14 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) (183).

Se afirma que, mediante la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada por los dos esposos —únicos socios— con aportación de bienes gananciales, se crea un patrimonio separado del propio patrimonio ganancial y se vulnera el principio general de responsabilidad establecido por el artículo 1.911 del Código civil. Así lo afirmó la resolución de 19 de marzo de 1959 y algunos autores, como Núñez

(181) CASTILLO TAMARIT, *Aspectos parciales de la reforma del Código civil en tema de sociedad de gananciales*, cit., p. 34.

(182) Se afirma con razón que en nuestro sistema jurídico la sociedad de responsabilidad limitada tiene más de sociedad capitalista que de sociedad personalista (GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, vol. 1.º, revisada con la colaboración de BERCOVITZ, Madrid, 1982, p. 544; URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1982, p. 366; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, Madrid, 1982, pp. 241-242; VELASCO ALONSO, *La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1981, pp. 31-32.

(183) GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, vol. 1.º, cit., pp. 552-553; BROSETA, *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1981, pp. 306 ss; URÍA, *Derecho mercantil*, cit., pp. 371-372. Véanse además los comentarios de CARLON a dichos artículos (*La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, tomo XIII de los *Comentarios al Código de comercio y Legislación especial* (dirigidos por MOTOS y ALBALADEJO), Madrid, 1984).

Boluda y Gómez de Enterría, consideraron fundada esta argumentación (184). Frente a esta opinión, cabe pensar que si los cónyuges pueden constituir lícitamente una sociedad, ¿por qué ha de excluirse —como cuestionara De la Cámara Álvarez (185)— que dicha sociedad se constituya como sociedad de responsabilidad limitada si se cumplen todas las condiciones prescritas por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada? Los cónyuges han echado mano de un instrumento cuyo fin consiste precisamente en evitar la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal aunque, como contrapartida, haya que observar toda una serie de prescripciones, establecidas, precisamente, para proteger a los terceros (186). Las cosas no tienen por qué suceder de otro modo si son sólo los dos cónyuges —dado que entre ellos puede existir una verdadera sociedad— quienes recurren a una solución que el ordenamiento les brinda. ¿Hasta qué punto es lógico penalizar a los que están casados, en relación con los que no lo están, en sus actividades profesionales, privándoles de un medio idóneo para participar juntos en la vida empresarial? Hay que tener en cuenta también que el artículo 6 del Código de comercio, que no ha sido derogado, a nuestro juicio, por la Ley de 13 de mayo de 1981, ya que la remisión que hace el artículo 1.365 del Código civil, en su último párrafo, a lo dispuesto en el Código de comercio basta por sí solo para demostrarlo (187). Pues bien, al disponer el artículo 6 del Código de comercio que sólo quedan obligados los bienes adquiridos con las resultas del comercio se establece por vía legal un sistema de limitación de responsabilidad, respecto del general configurado por los artículos 1.362 y siguientes del Código civil, cuando un cónyuge es comercian-

(184) NÚÑEZ BOLUDA, *Limitaciones a la contratación entre cónyuges en el Código civil*, cit. p. 168;; GÓMEZ DE ENTERRÍA, *La contratación entre cónyuges en el Código civil y en los Derechos especiales*, cit., p. 627.

(185) DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Estudios de Derecho mercantil*, vol. 1.º, cit., pp. 635-636.

(186) Además de otros requisitos exigidos por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, se establece en tal sentido en esta disposición legal la necesidad de que la sociedad se constituya mediante escritura pública, que debe ser inscrita en el Registro mercantil, y sólo desde este momento tiene personalidad jurídica (art. 5). Además, la escritura de constitución debe ser otorgada por todos los socios y expresar necesariamente: 1.º) Los nombres, nacionalidad y domicilio de los socios; 2.º) La denominación o razón social; 3.º) El objeto social; 4.º) La duración de la sociedad; 5.º) El domicilio social y los lugares en que la sociedad vaya a establecer sucursales, agencias o delegaciones; 6.º) El capital social y las participaciones en que se divida; 7.º) La aportación de cada socio, el valor atribuido a la aportación no dineraria y las participaciones sociales que se le asignan; 8.º) La persona o personas que hayan de ejercer la administración y la representación de la sociedad; 9.º) La forma de convocar, constituir, deliberar y tomar acuerdos por escrito (art. 7 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada). Vid. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, vol. 1.º, cit., pp. 547 ss.; BROSETA, *Manual de Derecho mercantil*, cit., pp. 301 ss.; URÍA, *Derecho mercantil*, cit., pp. 367 ss.; DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Estudios de Derecho mercantil*, vol. 1.º, cit., pp. 405 ss.; VELASCO ALONSO, *La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, cit., pp. 71 ss.; CARLON, *La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, tomo XXIII de los *Comentarios al Código de comercio y Legislación mercantil* (dirigidos por MOTTOS y ALBALADEJO), cit., pp. 89 ss.

te, que obvia cualquier tipo de duda que pueda albergarse sobre la validez del acuerdo de los cónyuges encaminado a establecer una sociedad de responsabilidad limitada a la que aporten exclusivamente bienes gananciales.

Se señala que la sociedad de responsabilidad limitada exige dos personas y dos patrimonios, lo que no sucede en el supuesto que analizamos. Por ello Giménez Duart (188) puntualiza que el nuevo artículo 1.323 no puede variar la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (se refiere a la precedente a las resoluciones de 6 y 13 de junio de 1983) en torno a las sociedades entre cónyuges en el sentido de que, como todo contrato de sociedad implica una puesta en común, deberán existir por lo menos dos aportaciones procedentes de diferentes patrimonios; de donde resulta que el marido y la mujer no podrán constituir sociedad por sí solos aportando únicamente bienes gananciales, pues éstos proceden del mismo patrimonio. Sí será posible si un cónyuge aporta fondos propios y el otro fondos comunes. Ello, desde luego, tratándose de sociedad no anónima, pues en ésta es inexcusable la existencia de al menos un tercer socio.

Frente a esta objeción basta con tener en cuenta que para la constitución de la sociedad de responsabilidad limitada no exige la Ley, a diferencia de lo que ocurre con la sociedad anónima (art. 10 de la Ley de Sociedades Anónimas), un número mínimo de socios, y en consecuencia bastarán dos personas para darle vida. Sólo se limita a cincuenta el número máximo de socios fundadores (art. 1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada). No se impide que los socios sean marido y mujer, ni se prohíbe que los bienes aportados provengan del patrimonio ganancial (arts. 7, 7.º, 8, 9 y 10 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada). La sociedad de responsabilidad limitada exige, al menos, una dualidad de personas, ya que este número es indispensable para todo acuerdo de voluntades manifestado en la escritura pública y, paralelamente, de aportaciones (189). No creemos que desaparezca esta dualidad por el hecho de que los bienes aportados procedan del patrimonio ganancial, ya que el marido y la mujer son titulares de este patrimonio, que carece de personalidad jurídica y, además del sistema de administración y disposición conjunta de los gananciales, se establecen formas de legitimación indistinta o individual (arts. 1.375 a 1.391 del Código civil).

Se ha señalado que si los bienes aportados son gananciales, las

(187) Esto no significa que queramos justificar el criterio adoptado por nuestro legislador de 1981. Con buen criterio los profesores Díez-Picazo y Gullón (*Sistema de Derecho civil*, vol. 4.º, cit., p. 240) han destacado lo difícil que resulta comprender las razones por las que se siguen unos criterios para el ejercicio de las profesiones en general (art. 1.362, 2.º del Código civil) y otro para la profesión mercantil.

(188) GIMÉNEZ DUART, *La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981*, en *Revista de Derecho Notarial*, 1981, julio-diciembre, p. 113, nota 18.

(189) GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, vol. 1.º, cit., p. 548; URÍA, *Derecho mercantil*, cit., p. 366.

participaciones sociales adquiridas a cambio tendrán también esa naturaleza por aplicación del principio de subrogación real, de donde cabría concluir que, al detentar el marido la condición de administrador legal de la sociedad de gananciales, el ejercicio de los derechos inherentes a las participaciones le correspondería sólo a él, lo que equivaldría a negar, de hecho, la existencia de una sociedad, ya que el marido vendría a ser dueño y señor absoluto. Incluso en la resolución de 16 de marzo de 1959 se entrevé la posibilidad de que nos hallemos ante una recusable hipótesis de autocontratación. Sin embargo, con anterioridad a la Ley de 13 de mayo de 1981, De la Cámara Alvarez (190) puso en evidencia que, a pesar de ser el marido el administrador legal de la sociedad de gananciales, una vez constituida la sociedad de responsabilidad limitada, la condición de socio, frente a ella, la ostentan el marido y la mujer por separado. Otra cosa sería contradictoria con la voluntad negocial ínsita en el contrato de sociedad. No hay, desde luego, autocontratación, ya que el marido no contrata consigo mismo, pues la sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica. La fijación del fin de la sociedad, al que, en definitiva, vienen adscritos los bienes aportados, y la articulación de las normas que han de regir la vida corporativa, es materia de contrato de sociedad y, naturalmente, no lo decide unilateralmente el marido, sino que lo conviene en un contrato que celebra precisamente con su mujer.

Tras la Ley de 13 de mayo de 1981 el problema planteado cae por su base, dada la igualdad jurídica de los cónyuges (art. 66) y la circunstancia de que el marido ha dejado de ser el administrador legal de la sociedad de gananciales, al haberse acogido un sistema de coadministración en el artículo 1.375.

En las citadas resoluciones de 6 y 13 de junio de 1983 se alude precisamente a la colaboración igualitaria de los dos cónyuges querida por el legislador —artículo 66— y en donde la cualidad de socio lleva aparejada una igualdad en los derechos inherentes a esta condición en el seno de la misma sociedad, equivalente al principio general establecido para ambos esposos en el artículo 1.375 dentro de comunidad de gananciales.

Por último, hemos de decir que la aportación por los cónyuges de bienes gananciales a una sociedad de responsabilidad limitada es perfectamente admisible y no determina una modificación del régimen económico matrimonial en las reglas por que hayan de regirse los bienes del matrimonio. El afectar a determinados bienes comunes en la constitución de una sociedad, no parece que suponga un cambio en la finalidad que el matrimonio y su régimen económico les asignan. No es más que una operación de inversión que procurará el incremento de estos bienes; las adquisiciones con ellos efectuadas, las ganancias o beneficios obtenidos en la vida de la sociedad, o los bienes que en el momento de la disolución de la misma hayan de volver a su proce-

(190) DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Estudios de Derecho mercantil*, vol. 1.º, cit., p. 633.

dencia originaria, mantendrán el carácter ganancial de las aportaciones originarias (191). En las resoluciones de 6 y 13 de junio de 1983 se pone precisamente de relieve que en base al principio de subrogación real las participaciones sociales de las que son titulares ambos esposos ocuparán el lugar de los bienes gananciales aportados a la sociedad.

c) *Sociedad anónima de la que forman parte los cónyuges*.—No creemos que existan obstáculos que impidan a marido y mujer constituir válidamente, en unión con otras personas (art. 10 de la Ley de Sociedades Anónimas), una sociedad anónima en la que uno y otra aporten bienes gananciales. A diferencia del caso de constitución de sociedad de responsabilidad limitada, la Dirección General de los Registros y del Notariado, con anterioridad incluso a la Ley de 2 de mayo de 1975, ha admitido sin problemas la validez de la sociedad anónima que reviste estas características. Como vimos, la resolución de 4 de noviembre de 1969 consideró inscribible una sociedad anónima fundada exclusivamente por el marido, la mujer y un tercero, aportando los cónyuges bienes presuntivamente gananciales. Ni la constitución de la sociedad, ni la forma en que las acciones han sido suscritas, vienen a cambiar el régimen económico matrimonial ni a suponer una alteración del patrimonio ganancial ni de los patrimonios privativos de cada cónyuge. Al concurrir a la sociedad al menos tres patrimonios, afirma la resolución, no se incide en el defecto señalado por la resolución de 16 de marzo de 1959.

Aunque la conclusión a que llega la resolución de 4 de noviembre de 1969 es correcta, no puede compartirse el argumento señalado en último lugar. De acuerdo con lo afirmado precedentemente respecto a la sociedad de responsabilidad limitada, es evidente, a nuestro juicio, que el artículo 10 de la Ley de Sociedades Anónimas alude a personas, no a patrimonios, según se desprende del sentido literal del precepto, que al consignar que el número de fundadores no podrá ser inferior a tres, hace referencia al inciso anterior, que explícitamente habla de «personas que otorguen la escritura social y asuman las acciones» (192). Por ello, con mejor razonamiento, la resolución de 5 de julio de 1982 (193), en un caso de constitución de sociedad anónima en la que

(191) HERRERO GARCÍA, *Contratos onerosos entre cónyuges*, cit., pp. 477 y 480. La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de noviembre de 1969, a la que ya nos referimos, señaló que la constitución de una sociedad anónima por los cónyuges y un tercero, aportando éstos bienes gananciales, no implica un cambio de régimen económico matrimonial, ni supone una alteración del patrimonio ganancial ni de los particulares de cada cónyuge. Por razones de lógica, esta doctrina parece aplicable a la sociedad de responsabilidad limitada constituida por los cónyuges con aportación de bienes gananciales. Véase también en esta línea, BEAUS, *Sociedad de gananciales y sociedades mercantiles*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXVI, pp. 254 ss.

(192) GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, vol. 1.º, cit., p. 430; URÍA, *Derecho mercantil*, cit., pp. 194-195; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, cit., p. 174; VELASCO ALONSO, *La Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1982, p. 87.

(193) Reseñada por PAU PEDRÓN en este ANUARIO, 1983, fasc. 2.º, pp. 599-600.

dos de los socios son marido y mujer que aportan sendos lotes de bienes muebles de carácter ganancial, teniendo en cuenta que el acto tuvo lugar antes de la reforma del Código civil por Ley de 13 de mayo de 1981, considera que hay por una parte aportación por la mujer de bienes muebles de carácter ganancial en la que la administración correspondía al marido y, por otro lado, éste consiente el acto realizado por la misma, por lo que no se ve que exista obstáculo a las actuaciones de ambos esposos en base a lo establecido en el artículo 1.416 del Código civil, ya que las aportaciones realizadas, y por aplicación del entonces artículo 1.401 las acciones recibidas en su lugar tendrán la consideración de bien ganancial, no se produce una donación entre cónyuges —en aquella fecha no permitidas— ni aparece alterado el régimen de gananciales por el hecho de que la esposa ostente la cualidad de socio y pueda ejercer los derechos derivados de esta condición.

La promulgación de la Ley de 13 de mayo de 1981 hace todavía más clara la justificación de esta solución, bastando para comprenderlo las razones expuestas en torno a la validez de la sociedad de responsabilidad limitada constituida por los cónyuges con aportación de bienes gananciales. Téngase en cuenta que las características esenciales de la sociedad de responsabilidad limitada, tal como es configurada por la Ley que la disciplina, unido al hecho de que en esta Ley se reproducen, más o menos literalmente, numerosos preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas (arts. 5, 6, 16, 19, 22, 23, 24, 26, 28 y 30), permiten afirmar que, con un régimen atento a la formación del capital y a sus eventuales modificaciones, con una organización interna corporativa parecida a la de la sociedad anónima y un régimen de responsabilidad semejante al de ésta, nuestra sociedad de responsabilidad limitada parece una anónima simplificada (194).

d) *Sociedad colectiva constituida por los cónyuges.*—A nivel doctrinal se ha cuestionado si los cónyuges pueden constituir válidamente una sociedad de responsabilidad ilimitada como la colectiva (art. 127 del Código de comercio). El argumento que se aduce para justificar por la doctrina francesa el artículo 1.832 - 1 del Código civil francés, redactado según la Ley de 4 de enero de 1978, que establece que los cónyuges no pueden de forma conjunta ser indefinida y solidariamente responsables de las deudas sociales, es que, a través de la solidaridad de la responsabilidad societaria, se produce una comunicación entre los patrimonios del marido y la mujer contra el régimen económico matrimonial, especialmente cuando es el de separación de bienes: la actividad del órgano social, al hacerse efectiva la solidaridad, destruye la separación de bienes de los cónyuges (195). Frente a esta argumenta-

(194) URÍA, *Derecho mercantil*, cit., pp. 366-367; GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, vol. 1.º, cit., p. 544; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, cit., pp. 241-242; VELASCO ALONSO, *La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, cit., pp. 31-32.

(195) ROBLOT (en *Traité élémentaire de droit commercial* de RIPERT, tomo 1.º, 10.ª ed., con puesta al día a 30 de septiembre de 1982, p. 566) señala que la prohibición del artículo 1.832-1 es absoluta, aplicándose cualquiera que sea el

ción hay que tener en cuenta que la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la reseñada resolución de 3 de febrero de 1936, después de reconocer que los cónyuges pueden contratar entre sí, señaló que ninguna de las excepciones contenidas en los artículos 1.320, 1.324, 1.458 y 1.677 del Código civil afectaba a la constitución de una sociedad colectiva. Con mayor motivo hay que mantener esta doctrina tras la promulgación de la Ley de 13 de mayo de 1981, que ha suprimido las limitaciones que establecían dichos preceptos. Además, como ha apuntado Girón Tena (196), en el Derecho español sólo es posible comprometer los bienes de uno y otro cónyuge, en la actividad mercantil realizada por el otro, con consentimiento en cada acto o negocio jurídico, lo que parece incompatible con la continuidad negocial de la actividad de la sociedad (art. 9 del Código de comercio). Pero esto sucede en el supuesto de uno comerciante y el otro no. La participación de ambos en la gestión, normalmente, con la consecuencia de devenir comerciantes, por ser socios uno y otro, supera aquel planteamiento: no se trata ya de comprometer los bienes de uno de ellos, inactivo o pasivo, con la actividad del otro.

e) *Sociedad comanditaria constituida por los cónyuges*.—La circunstancia de que hayamos considerado válida tanto la constitución por los cónyuges de una sociedad de tipo capitalista (la anónima o la de responsabilidad limitada) como de una sociedad de tipo personalista (la colectiva), determina lógicamente que éstos puedan constituir válidamente una sociedad comanditaria (197), con independencia de que aporten bienes gananciales o privativos y de que el capital aportado por los socios comanditarios haya de estar representado por acciones (sociedad comanditaria por acciones).

régimen económico matrimonial, que los dos esposos sean los únicos socios o que estén asociados con otros, que la constitución sea anterior, coetánea o posterior al matrimonio. La vulneración de la prohibición es sancionada con la nulidad de la sociedad.

(196) GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, vol. 1.º, cit., p. 196.

(197) La sociedad comanditaria ocupa una posición en cierta medida intermedia entre las sociedades de tipo personalista y capitalista, aunque seguramente predomine su carácter personalista al ofrecer muchos puntos de contacto las disciplinas jurídicas de la sociedad comanditaria y de la sociedad colectiva, permitiendo que al regular el Código de comercio esta forma social haya podido remitirse en buena parte a las normas reguladoras de la sociedad colectiva. Nótese que la sociedad comanditaria se caracteriza porque unos socios (colectivos) responden con todos sus bienes del resultado de la gestión social, mientras que otros (comanditarios) responden solamente con los fondos que pusieren o que se obliguen a poner en la sociedad. Vid. URÍA, *Derecho mercantil*, cit., pp. 166 ss.; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, cit., p. 150; GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, cit., p. 379; BROSETA, *Manual de Derecho mercantil*, cit., p. 183.

XII. MANDATO ENTRE CONYUGES

Según lo dispuesto en el artículo 1.323, ningún problema de licitud existe para que los cónyuges puedan celebrar entre sí un contrato de mandato. Sin embargo, hay que determinar en qué medida el hecho de que las partes del contrato sean marido y mujer, aún sin variar la naturaleza del mismo, ha de influir en su configuración, debido fundamentalmente al carácter familiar que tiene. Conviene, pues, que examinemos las posibles «especialidades» del régimen jurídico del mandato entre cónyuges, a fin de determinar si realmente están justificadas de acuerdo con nuestro Derecho vigente. En relación con los requisitos de capacidad, objeto, forma y causa del contrato no se señala especialidad alguna. Se aplican sin mayores problemas las normas generales del mandato. En cuanto a las facultades del cónyuge mandatario serán las que se le hayan concedido, expresa o tácitamente, de conformidad con el objeto del mandato. Este puede ser general o especial, en los términos del artículo 1.712, pues nada impide a un cónyuge conferir mandato a otro para todos sus bienes e intereses o solamente para algunos o alguno determinado y concreto (198).

Se dice que es en los aspectos de la retribución y sustitución donde claramente incide el carácter familiar que domina al mandato entre cónyuges (199). Es indudable que, normalmente, en el mandato entre marido y mujer no se pactará una retribución, debido a la relación que une a éstos; sin embargo, si tal pacto existe, no parece que pueda considerarse inválido, porque ningún precepto del Código civil lo establece y habrá de estarse a la norma general contenida en el artículo 1.711, cuya aplicación parece indudable en tal caso, sin que exista razón alguna para excluir la presunción de que el mandato es retribuido cuando el mandatario, aun siendo cónyuge, tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie del mandato que le ha sido conferido. Nótese además, como ha puesto de relieve Díez-Picazo (200), que la regla de la gratuidad, derivada del Derecho romano, es dudoso que se corresponda con los esquemas mentales y con las estructuras so-

(198) En relación con la representación en el Derecho de familia, DÍEZ-PICAZO (*La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979, p. 89) precisa con acierto que es evidente que el Derecho de familia no admite los poderes generales, sino que el representado ha de confiar al representante, especialmente, cada asunto. Sin embargo, este autor se está refiriendo a los típicos negocios del Derecho de familia, como la adopción, las capitulaciones matrimoniales, la emancipación o el matrimonio, lo cual nos aleja de los contratos entre cónyuges aludidos en el artículo 1.323. No creemos que existan razones de orden público, como existen respecto de los referidos negocios de Derecho de familia a la hora de otorgar un poder general, para excluir la validez de un poder general o de un mandato general entre cónyuges.

(199) Vid. REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes en el matrimonio*, Madrid, 1983, p. 313.

(200) DÍEZ-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. 2.º, Madrid, 1966, p. 615; *La representación en el Derecho privado*, cit., p. 123.

ciales y económicas del mundo actual. Sin llegar a la presunción de onerosidad que fija el nuevo Código civil italiano de 1942, no se debe interpretar el artículo 1.711 de una manera restrictiva, sino en función evolutiva, dando entrada, por lo menos, para invertir la presunción de gratuidad a los usos del tráfico, camino que dejan abierto los artículos 1.258 y 1.287 del Código civil.

El planteamiento expuesto justifica, sin duda, que no exista imposibilidad alguna para que los cónyuges celebren entre sí un contrato de comisión, que no es otra cosa que un mandato mercantil (art. 244 del Código de comercio) (201), ya que, a diferencia del mandato regulado en el Código civil, la comisión es esencialmente retribuida. Sólo pactando expresamente la gratuidad de la comisión queda relevado el comitente de abonar al comisionista la retribución pactada o, en defecto de pacto, la que le corresponda con arreglo al uso y la práctica mercantil de la plaza donde se cumpliera la comisión (art. 277 del Código de comercio).

En cuanto a la sustitución en el mandato entre cónyuges, dado su carácter familiar y estar concebido *intuitu personae*, se ha entendido que no es posible, al menos cuando se trate de uno general para administrar todos los bienes del mandante; admitiéndose, sin embargo, la sustitución cuando el mandato es especial para un negocio concreto (202). A nuestro juicio, sólo cuando el mandato se ha otorgado por la cualidad de cónyuge existe realmente una imposibilidad de nombrar sustituto (203); en otro caso, parece poco dudosa la aplicación del artículo 1.721, en el sentido de que el mandatario puede nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido (204).

(201) La comisión es un mandato cualificado por la naturaleza mercantil del acto u operación que constituye su objeto y por la intervención de un comerciante, al menos, en el contrato (URÍA, *Derecho mercantil*, cit., p. 531; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones del Derecho mercantil*, cit., p. 372; BROSETA, *Manual de Derecho mercantil*, cit., p. 420).

(202) Vid. REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes en el matrimonio*, cit., p. 314.

(203) Nuestra doctrina ha señalado con toda lógica que no es preciso que la prohibición de sustituir sea expresa: cuando puede inducirse de las circunstancias del caso que el mandato se otorgó teniendo en cuenta condiciones personalísimas del mandatario, estará obligado éste a desempeñar el encargo por sí (LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. 3.º, *Contratos y cuasicontratos*, Barcelona, 1979, p. 219; DÍEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, cit., p. 197).

(204) Nótese que, como apunta ALBALADEJO (*Derecho civil*, II-2.º, *Derecho de obligaciones. Contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, 7.ª ed., Madrid, 1982, p. 325) por razones de utilidad práctica, sin duda, el Código autoriza la sustitución, salvo prohibición (que puede ser tácita) del mandante. No cabe duda, a nuestro juicio, que razones de utilidad práctica pueden justificar la sustitución en el mandato entre cónyuges. Además, el mandatario responde de la gestión del sustituto, salvo que se le hubiese dado facultad de nombrarlo, más designándole, a la vez, la persona que le sustituiría, o si, dejándole libertad de elección, el mandatario hubiese elegido una que no fuese notoriamente incapaz o insolvente (art. 1.721, excepto último párrafo). En cualquier caso de sustitución, se concede al mandante —además de las acciones que le competen contra el mandatario— acción directa contra el sustituto (art. 1.722).

Es indudable que son aplicables al mandato entre cónyuges las causas generales de extinción que aparecen en los artículos 1.732 y siguientes del Código civil. No cabe duda que el mandato entre marido y mujer, como todo mandato, es esencialmente revocable, sin que el hecho de que intervengan los cónyuges sea argumento convincente para negar su revocabilidad. Incluso si el mandato consta en capitulaciones matrimoniales, que a partir de la Ley de 2 de mayo de 1975 pueden otorgarse constante matrimonio (art. 1.326), sigue siendo esencialmente revocable, por la sencilla razón de que no estamos ante una estipulación capitular que deba constar necesariamente en capitulaciones matrimoniales (art. 1.325), sino ante un acuerdo de los cónyuges que figura de modo accidental en éstas (205) y que por tanto no queda sometido a las normas específicas que regulan en el Código civil el otorgamiento y la modificación de las capitulaciones matrimoniales. A pesar de constar en las mismas, se aplicarán al mandato las normas generales del Código civil, sin que su revocación constituya en modo alguno una modificación de las capitulaciones matrimoniales que requiera el cumplimiento de los requisitos señalados en los artículos 1.325 y siguientes del Código civil para la modificación de éstas. Además de que la revocación *ad nutum* del mandato entre cónyuges no implica una modificación del régimen económico matrimonial, que debe constar en capitulaciones matrimoniales, tampoco significa un atentado al principio de igualdad de derechos entre cónyuges (arts. 66 y 1.328), por lo que su licitud parece poco dudosa. En relación con el artículo 218 del Código civil francés, la doctrina francesa (206) precisa que el peligro de ataque a las normas del régimen económico matrimonial concernientes a la distribución de poderes entre esposos está aquí descartado en razón de la revocabilidad. Se trata sólo, precisa Cornu (207), de establecer una flexibilización provisional del régimen económico patrimonial en la repartición de poderes, que es lícita y que a menudo alienta la Ley. Muchos mayores problemas presenta el mandato irrevocable entre cónyuges. Advierte Ponsard (208) que la estipulación de irrevocabilidad permitiría realizar una modificación del régimen económico matrimonial sin respetar las condiciones de fondo y forma necesarias para ello. De manera semejante a la descrita, un sector de nuestra doctrina no se muestra favorable a los pactos de irrevocabilidad entre cónyuges. Se dice que no es admisible un pacto de irrevocabilidad a favor de un cónyuge, especialmente cuando es concebido en términos generales respecto de alguna masa patrimonial del matrimonio. Además de poder implicar una modificación del régimen económico matrimonial, el otorgarle una eficacia absoluta atentaría contra el principio de igualdad conyugal del artículo 1.328 del Código

(205) Vid. LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., pp. 291-292; *Elementos de Derecho civil*, tomo IV, *Derecho de familia*, cit., p. 325.

(206) PONSARD, *Régimes matrimoniaux*, en ANBRY y RAU, cit., p. 27; CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., p. 26.

(207) CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., p. 26.

(208) PONSARD, *Régimes matrimoniaux*, cit., p. 28.

civil al privarle a uno de los cónyuges de la administración de sus bienes (209) o más que contrario a la igualdad, contrario a la moral que un cónyuge tuviera que estar y pasar por una administración irregular de sus bienes por el otro cónyuge (210). Se afirma que lo que justifica un pacto de irrevocabilidad es que el mandato no esté basado únicamente en una relación de confianza, y precisamente el mandato entre cónyuges es el prototipo del contrato basado en la mutua confianza, por lo que no será válido un pacto semejante (211).

A nuestro juicio, la admisibilidad del pacto de irrevocabilidad es indudable siempre que exista una causa suficiente desde el punto de vista jurídico, esto es, una razón que los justifique y que lo haga necesario en atención a los fines empíricos que se hayan pretendido obtener (212). Este criterio no tiene por qué variar si los que establecen el pacto de irrevocabilidad son los cónyuges. Tal vez el problema fundamental no radica tanto en la licitud del pacto como en determinar su eficacia (213). Ciertamente, este pacto ha de ser mirado con cierta desconfianza, por lo que la vulneración del mismo por el mandante, revocando el mandato, debe permitirse si ello obedece a una justa causa. Lo contrario sería tanto como dejar en manos del mandatario los intereses del mandante. Esta conclusión es particularmente clara cuando el contrato de mandato es celebrado por marido y mujer, debido a los intereses que confluyen en él, tanto de los cónyuges como de la familia en su conjunto. Un cambio de las circunstancias personales entre los cónyuges puede hacer imprescindible la extinción del mandato concedido (214). Para comprender lo dicho parece suficiente destacar

(209) ALVAREZ-SALA, *Aspectos imperativos en la nueva ordenación del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular*, en Revista de Derecho Notarial, 1981, abril-junio, p. 15.

(210) AVILA ALVAREZ, *El régimen económico matrimonial en la reforma del Código civil*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1981, noviembre-diciembre, p. 1375.

(211) MASOT, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirigidos por ALBALADEJO), tomo XXXI, volumen 1.º, Madrid, 1980, pp. 99-100.

(212) Díez-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, cit., pp. 307-308; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. 1.º, 5.ª ed., Madrid, 1984, p. 530; DE CASTRO, *Temas de Derecho civil*, cit., pp. 113-114; ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. 2.º, *Los contratos en particular y obligaciones no contractuales*, Madrid, 1982, p. 330; GULLÓN, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1972, páginas 300-301; COSSÍO, *Instituciones de Derecho civil*, tomo 1.º, Madrid, 1975, p. 447.

(213) Díez-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, cit., p. 308.

(214) Es significativo que en el Derecho alemán el parágrafo 1.413 BGB, que permite la exclusión o limitación del derecho a revocar en todo tiempo la cesión de bienes que para gestionarlos un cónyuge hace al otro por contrato de matrimonio, admita siempre la revocación por un motivo importante (*ein Widerruf aus wichtigen Gründe bleibt gleichwohl zulässig*). Ello se explica por las funciones de prevención y de protección (*Warn- und die Schutzfunktion*). (Cfr. GERNHUBER, *Lehrbuch des Familienrechts*, München, 1980, p. 447; KANZLEITER, *Familienrechts*, tomo V, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, 1978, pp. 402-404). Entre los motivos que justifican la revocación se mencionan, a título de ejemplo, el incumplimiento grave y reiterado de las reglas de administración de los bienes por el cónyuge o la solicitud de divorcio.

que el vigente artículo 102 del Código civil, que procede de la Ley de 7 de julio de 1981, dispone que quedan revocados, por ministerio de la Ley, los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro, una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio. Añade el artículo 106 que la revocación de consentimiento y poderes se entiende definitiva. Como precisa Rivero Hernández (215) es normal que la Ley imponga la revocación de los consentimientos y poderes otorgados en momentos de confianza al desaparecer (o haber motivos fundados para presumir que ha desaparecido) esa confianza, en evitación de que el olvido del interesado, absorbida su actuación ahora por otros asuntos y problemas, y la no revocación voluntaria por esta razón de aquellos poderes y consentimiento, dé lugar a abusos por parte del autorizado (216).

No creemos, por tanto, que pueda alegarse de forma genérica el principio de igualdad entre cónyuges y la moral o la posible modificación encubierta del régimen económico matrimonial, porque la revocación, no mediando justa causa, da en principio lugar a la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios que ello haya podido ocasionar al mandatario (217).

No cabe duda que el cónyuge mandatario puede renunciar al mandato (art. 1.732, 2.º), aunque el mismo constase en capitulaciones matrimoniales, por las razones anteriormente expuestas. Cuando el mandato se concedió en atención a que el mandatario era cónyuge, no cabe duda de que el divorcio o la nulidad del matrimonio determinará la extinción del mandato al producirse una alteración sobrevenida de una circunstancia personal especialmente relevante para la subsistencia del mandato (218).

Según los artículos 1.720 y 1.724, todo mandatario está obligado a dar cuenta de su actuación al mandante y a abonarle todo cuanto haya recibido en virtud del mandato y, en consecuencia, también todos los frutos percibidos de las cosas del mandante, de tal manera que no sólo no podrá dedicar a atenciones propias lo que haya recibido, sino que si lo hace deberá devolver las cantidades con intereses legales. No cabe duda que la obligación de rendir cuentas, que configuran estos preceptos, existe en el mandato entre cónyuges. Basta tener en cuenta el fundamento de esta obligación legal para comprenderlo. Como dice

(215) RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º, ed. Tecnos, Madrid, 1984, p. 667.

(216) Véase también el interesante comentario de DE LOS MOZOS y HERRERO GARCÍA, *Matrimonio y divorcio, comentarios al nuevo Título IV del libro I del Código civil* (coordinados por LACRUZ), ed. Civitas, Madrid, 1982, pp. 831 ss.

(217) GULLÓN, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, cit., p. 300; DE CASTRO, *Temas de Derecho civil*, cit., p. 114; Díez-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, cit., pp. 308-309; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. 1.º, 5.ª ed., Madrid, 1984, pp. 530-531.

(218) Díez-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, cit., p. 293. Las causas recogidas en el artículo 1.732 son típicas, pero no son las únicas que cabe establecer.

la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1969, la obligación del mandatario de rendir cuentas, fundada sobre principios de moralidad y de justicia, es la consecuencia, y por así decirlo, el último acto de su gestión, que sería incompleta si no indicase al mandante todo lo que ha hecho por él, todo lo que ha pagado y todo lo que ha recibido, las obligaciones que ha asumido frente a terceros y las que los terceros asumieron frente a él si actuó en nombre propio, o el mandante si lo hizo como representante, debiendo resultar de la dación de cuentas no sólo todo lo que el mandatario ha dado o recibido sino el índice de todas las operaciones: venta, compra, custodia, procedimientos judiciales incoados y resultado obtenido, créditos acordados o recibidos, dilaciones o plazos concedidos, etc., de modo que pueda tener el mandante la demostración de toda la actividad desarrollada por el mandatario y pueda juzgar si aquél ha administrado como un buen padre de familia. Cabe, sin embargo, a nuestro juicio, que los cónyuges acuerden la exoneración del deber legal de rendir cuentas que pesa sobre el mandatario (219), aunque, como dice Díez-Picazo (220), este pacto desnaturaliza en la mayor parte de los casos el mandato y debe ser mirado con recelo, pues lo más probable es que se trate de un negocio indirecto o simulado (221).

Existiendo separación de bienes, el artículo 1.439 del Código civil dispone que si uno de los cónyuges hubiese administrado o gestionado bienes o intereses del otro, tendrá las mismas obligaciones y responsabilidades que un mandatario, pero no tendrá obligación de rendir cuenta de los frutos percibidos y consumidos, salvo cuando se demuestre que los invirtió en atenciones distintas del levantamiento de las cargas del matrimonio, de cuyo tenor se deduce un régimen especial de rendición de cuentas aplicable al cónyuge que gestione bienes o intereses del otro (222). La «ratio» de la norma se encuentra en la naturaleza familiar de la relación, que genera la presunción *iuris tantum* de que se ha dado a los frutos percibidos el destino de atender a las cargas familiares (223).

Por último, hemos de afirmar que en todo lo referente a obligaciones y responsabilidades del cónyuge mandatario y régimen de gas-

(219) Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1956 y el comentario de Díez-Picazo, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. 2.º, Madrid, 1975, pp. 114-115; DE CASTRO, *Temas de Derecho civil*, cit., p. 112; GULLÓN, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, cit., p. 292.

(220) Díez-Picazo, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. 2.º, cit., p. 115.

(221) DE CASTRO (*Temas de Derecho civil*, cit., p. 112) precisa que la cláusula de renuncia no es causa suficiente para el enriquecimiento del representante; puede, eso sí, salvar su validez el que tenga otra causa tal renuncia.

(222) Sobre la interpretación de esta norma véase el comentario de MONTES en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º, ed. Civitas, Madrid, 1983, pp. 1939-1943; REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes en el matrimonio*, cit., pp. 331-346.

(223) MONTES, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º, cit., p. 1943; REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes en el matrimonio*, págs. 335 ss.

tos y mejoras llevadas a cabo por éste, se aplican las normas comunes del Código civil sobre el mandato (arts. 1.718 y ss.).

XIII. FIANZA ENTRE CONYUGES

Ya hemos señalado que al redactarse nuestro Código civil no existían problemas para admitir la fianza entre cónyuges, pues con anterioridad, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código civil de 1836, ya se alude expresamente a la validez de la fianza de la mujer a favor del marido, apartándose del criterio acogido por la Ley 61 de Toro. Así lo destacó, como vimos, la resolución de 31 de mayo de 1895. Con mayor claridad, si cabe, hay que admitirlo ahora, debido al texto del artículo 1.323, que permite a los cónyuges celebrar entre sí cualquier tipo de contrato y, por tanto, el de fianza. Parece evidente que estaremos en presencia de un afianzamiento unilateral, de un cónyuge en favor del otro, para garantizar las deudas futuras que pueda contraer el cónyuge afianzado (224). Ninguna dificultad existe para que uno de los cónyuges figure como avalista del otro en la medida en que el aval es una fianza cambiaria (225). Por tanto, se aplicará la normativa del Código civil y, en su caso, de la Ley cambiaria y del cheque de 16 de julio de 1985, sobre la fianza o el aval.

Según Alvarez-Sala (226) para la admisibilidad del afianzamiento unilateral y no recíproco a favor del cónyuge es seguramente determinante la singularidad del caso. No es admisible que el afianzamiento se formule en términos generales respecto de cualquier situación futura del afianzado: aquí nos salimos de la órbita del artículo 1.323 y entramos en la del inciso final del artículo 1.328, que exige la paritaria condición de los cónyuges, impidiendo el afianzamiento general y no recíproco en favor del cónyuge en todas sus actuaciones, ya que no sería equitativo que uno de los cónyuges asumiese de manera general y vinculante el riesgo de insolvencia de su consorte, sin que éste corresponda con otro compromiso parejo.

La objeción expuesta por Alvarez-Sala, sin embargo, no es señalada por otros autores en nuestra doctrina, como Díez-Picazo y Gullón (227),

(224) La fianza en garantía de deudas futuras (deudas que aún no han nacido, no que sean ilíquidas) ha de ser admitida en nuestro derecho a la luz del artículo 1.825 del Código civil. Díez-PICAZO (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 1.º, Madrid, 1972, p. 588) y GULLÓN (*Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, cit., pp. 426-427) admiten la vinculatoriedad condicional de la fianza en garantía de deuda futura. Del artículo 1.825 se desprende la vinculación del fiador, que no puede revocar libremente la fianza.

(225) URÍA, *Derecho mercantil*, cit., p. 749; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones del Derecho mercantil*, cit., p. 338; GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, volumen 1.º, cit., p. 878; BROSETA, *Manual de Derecho mercantil*, cit., p. 592.

(226) ALVAREZ-SALA, *Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular*, cit., p. 27.

(227) Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. 2.º, 4.ª ed., Madrid, 1983, p. 576.

que de acuerdo con el artículo 1.323 no ponen excepción alguna a la posibilidad de fianza entre cónyuges, y, en general, en el Derecho comparado. Es significativo que en el Derecho francés, que como hemos señalado es mucho más restrictivo que el nuestro en el ámbito de la contratación entre cónyuges, no se ponen obstáculos de ningún tipo, al margen de los generales, a la fianza entre cónyuges (228). Tal vez porque existe en los diferentes Códigos civiles una específica normativa que, incluso en el supuesto señalado por Alvarez-Sala, protege adecuadamente al fiador en sus relaciones con el deudor y los acreedores de éste (229). Atendiendo a la normativa vigente en nuestro Código civil (arts. 1.822-1.855), no creemos que sea insuperable el obstáculo señalado por este autor. Nótese que el fiador goza, salvo pacto en contrario y en los casos señalados en los artículos 1.831 y 1.837, de un doble beneficio: el de excusión previa de todos los bienes del deudor (art. 1.830) y el de división, cuando existe una pluralidad de deudores, en cuyo caso el acreedor no puede reclamar sino la parte que le corresponde satisfacer (art. 1.837). Al fiador que ha pagado se le conceden dos acciones diferentes. La primera consiste en un derecho a ser indemnizado por el deudor, derecho cuyo contenido se especifica en el artículo 1.838. La segunda implica la subrogación del fiador en el crédito del acreedor. Dice a este efecto el artículo 1.839 que el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor. Si ha transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor más de lo que realmente haya pagado (230).

El artículo 1.853 establece también una importante norma de protección del fiador. Este, para negar en todo o en parte el pago de lo que el acreedor le reclama, o hacerlo en condiciones más favorables que las exigidas, puede oponer todas las defensas que deriven de su propia obligación fideusoria: desde la invalidez o ineficacia del negocio de fianza a las causas que han extinguido la deuda, pasando por los pactos que mediaron con el acreedor. Pero también, como manifestación destacada del carácter accesorio de la obligación fideusoria, el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competen al deudor principal y sean inherentes a la deuda; sólo se excluyen las que sean puramente personales del deudor (art. 1.853) (231).

(228) Véase el epígrafe relativo al Derecho francés. En especial, CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., p. 26; PONSARD, *Régimes matrimoniaux*, en AUBRY y RAU, cit., p. 28.

(229) En el Derecho francés, JULIEN (*Les contrats entre époux*, cit., p. 136) precisa que, por el juego del recurso que el fiador que ha pagado tiene contra el deudor, ninguna transferencia de fondos se realiza, teóricamente al menos, del patrimonio de uno de los esposos al del otro.

(230) La regulación del Código civil está presidida, siguiendo la trayectoria de la evolución de la fianza en el Derecho anterior, por un principio general básico: procurar que la garantía asumida no origine al fiador sino los perjuicios mínimos e inevitables (GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirigidos por ALBALADEJO), tomo XXIII, Madrid, 1979, p. 204).

(231) Vid. DELGADO, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, 3°, Madrid, 1979, pp. 329-330; GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XXIII, cit., pp. 339 ss.

En los casos contemplados en el artículo 1.843, aun antes de haber pagado, puede el fiador proceder contra el deudor principal. Mediante este remedio se trata de proteger al fiador, facultándole para que pueda eludir el riesgo de los perjuicios derivados de las situaciones que contempla el artículo. El fin de la norma (la relevación de la fianza), como dice Guilarte Zapatero (232), es dispensar protección al fiador, garantizándole, en la medida posible, sus derechos de reintegro ante las particulares situaciones del deudor o que pueden surgir de ciertas circunstancias de la obligación principal. Cuando esto sucede, aunque normalmente el pago del fiador no debe materializarse sino después de la excusión y sus recursos contra el deudor no nacen hasta que aquél se ha verificado, razones de poderosa equidad aconsejan facultar al fiador para anticipar su actuación contra el deudor principal.

Tampoco puede olvidarse que el carácter expreso de la fianza, exigido por el artículo 1.827, implica un importante freno a la posibilidad de que el fiador preste un consentimiento irreflexivo. El artículo 1.827 se fundamenta en la necesidad de que el fiador otorgue su consentimiento después de haber ponderado reflexivamente la trascendencia del acto, sin incurrir en ligerezas, dada la posición que asume; se valora sobre todo el riesgo que el negocio entraña, aceptado en muchas ocasiones, gratuitamente y sin compensación, y por ello es natural que la Ley requiera del garante un consentimiento expreso (233).

Por todo ello no creemos que un afianzamiento, aunque sea general y no recíproco, esté en contradicción con el principio de igualdad de derechos entre los cónyuges o sea inmoral, aunque la fianza sea solidaria, en cuyo caso no juegan los beneficios de excusión y de división, y se aplican las normas relativas a las obligaciones solidarias (arts. 1.822 y 1.831). En modo alguno se vulnera en tal supuesto el citado principio, pues el fiador solidario puede exigir al deudor el reintegro de lo pagado (art. 1.838) (234).

(232) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XXIII, cit., pp. 241-242.

(233) ALBALADEJO, *Derecho civil*, tomo II, volumen 2.º, cit., pp. 430-431; DELGADO, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, tomo II, volumen 3.º, cit., p. 324; GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XXIII, cit., pp. 100-103.

(234) Ciertamente el acreedor puede dirigirse contra el deudor o el fiador para exigir por entero el importe de la deuda, pero si lo hace contra el fiador, y éste paga, no entran en juego las reglas de la obligación solidaria, que presupone dividida la deuda en tantas partes como deudores, sino que se aplican las normas del contrato de fianza. El fiador se dirigirá contra el deudor, por tanto, bien mediante la acción de regreso o de subrogación en el crédito pagado, típicas de la fianza. No ha lugar a la división de la deuda entre estas dos partes, y el deudor habrá de satisfacer por entero lo pagado por el fiador (GULLÓN, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, cit., p. 446).

XIV. CONTRATO DE TRABAJO ENTRE CONYUGES

Es indudable que todos los argumentos que se alegaron en contra de que los cónyuges pudiesen estar vinculados por una relación laboral, no muy convincentes, como evidenció un importante sector doctrinal (235), difícilmente pueden seguir sosteniéndose en nuestro Derecho tras la promulgación de la Ley de 13 de mayo de 1981, ya que no puede decirse que se altera la respectiva autoridad de cada cónyuge en la familia, aunque sea la mujer quien actúe como empresario y el marido como trabajador, puesto que, en el plano jurídico, existe plena igualdad entre los esposos (art. 32 de la Constitución y 66 del Código civil) y el artículo 1.323 los autoriza a celebrar entre sí toda clase de contratos, entre los que hay que incluir lógicamente a los de trabajo. Además, como ha apuntado Cornu (236), teniendo en cuenta el nuevo principio de igualdad, las relaciones de trabajo y las relaciones de familia no despliegan sus efectos en el mismo plano. La subordinación en que el contrato de trabajo sitúa al asalariado en relación con el empresario sólo tiene lugar en la ejecución del trabajo. Si la distinción entre la vida profesional y la vida privada tiene sentido, una subordinación puramente profesional no afecta, en el estatuto personal de los esposos, al nuevo principio de su igualdad. Por la misma razón, los efectos pecuniarios del contrato permanecen ajenos al estatuto patrimonial de los esposos, con la excepción de que se produzca la remuneración de un trabajo ficticio, que pueda ser asimilada a una donación oculta.

El vigente Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Ley de 10 de marzo de 1980, como precedentemente la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de enero de 1944 y la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976, no se pronuncia en contra de la validez del contrato de trabajo entre cónyuges. El artículo 1, 1 del Estatuto de Trabajadores, al configurar el ámbito de aplicación del mismo, dispone que la presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario. La circunstancia de que las partes del contrato de trabajo sean marido y mujer no determina, a tenor del artículo 1, 3 e), que quede excluido de la regulación de esta Ley, ya que los trabajos familiares no quedan excluidos de su ámbito de aplicación si se demuestra la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. El cónyuge se considera familiar siempre que conviva con el empresario (237). Es importante tener también en cuenta que el artículo 7 no tiene presente el estado civil de casado

(235) Véanse las notas 57 y siguientes.

(236) CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., p. 27.

(237) Vid. ALONSO OLEA, *Derecho del trabajo*, 8.ª ed. revisada, Madrid, 1983, pp. 42 ss.; DIÉGUEZ, *Lecciones de Derecho del trabajo. Introducción. Etapas históricas fundamentales. Contrato de trabajo*, Madrid, 1983, pp. 49 ss.

para determinar la capacidad para contratar, pues dispone que podrán contratar la prestación de su trabajo quienes tengan plena capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el Código civil, y no cabe duda de que, según el artículo 66 del Código civil, la tienen plena tanto el marido como la mujer (238).

XV. RESTANTES CONTRATOS ENTRE CONYUGES

Es indudable que lo dispuesto por el artículo 1.323, que no exceptúa a ningún tipo de contrato, y la supresión de las concretas limitaciones legales a la contratación entre cónyuges por la Ley de 13 de mayo de 1981, determina que no existan dudas, o más bien, que no deban existir, para afirmar la validez, no sólo de los contratos a que hemos hecho referencia en este estudio, que son los que tradicionalmente mayores problemas de validez han suscitado, sino de cualquiera de ellos, con independencia de que su causa sea onerosa, remuneratoria o gratuita, como pueden ser la permuta, cuya validez se deduce de la propia remisión que el artículo 1.541 hace a la normativa sobre la compraventa, el arrendamiento, el préstamo, el depósito o la transacción, por citar algunos. Se aplicará la normativa legal que, con carácter general, disciplina cada uno de estos contratos, teniendo siempre en cuenta las limitaciones genéricas que hemos expuesto.

(238) Vid. ALONSO OLEA, *Derecho del trabajo*, cit., p. 80; DIÉGUEZ, *Leciones de Derecho del trabajo*, cit., pp. 157-158; MONTOYA, *Derecho del trabajo*, Madrid, 1984, p. 291.