

La empresa familiar creada por los cónyuges en régimen de sociedad de gananciales en el Derecho español. Perplejidades y necesidad de armonización del Derecho Civil y Laboral

ALFREDO FERRANTE

*Becario predoctoral de la Consejería de Educación y Ciencia
Principado de Asturias. Universidad de Oviedo*

SUMARIO:

- I. PLANTEAMIENTO.
- II. ÁMBITO Y REQUISITOS DE APLICACIÓN MATERIAL DE LA NORMA.
- III. ORIGEN DE LA NORMA.
- IV. EL ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NORMA.
- V. INTERACCIÓN CON LA NORMATIVA LABORAL: PROBLEMAS Y CONSECUENCIAS.
- VI. SUPUESTO DE APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 1347.5 A LAS SOCIEDADES MERCANTILES.
- VII. SUPUESTO DE EMPRESA INDIVIDUAL:
 - a) DEROGACIÓN MEDIANTE CAPITULACIÓN MATRIMONIAL.
 - b) DEROGACIÓN MEDIANTE CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO DE MANDATO ENTRE CÓNYUGES.
- VIII. UNA NECESIDAD DE REFORMA.
- IX. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES.

I. PLANTEAMIENTO

A la hora de discernir entre bienes privativos y gananciales, el artículo 1347.5 del Código Civil español establece la ganancialidad de las empresas o establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad de gananciales por uno o ambos cónyuges a expensas de bienes comunes. Dicha norma, tratada poco tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, asume una relevancia considerable bajo múltiples perfiles, planteando algunas cuestiones que muestran un desajuste del legislador a la hora de coordinar la normativa civil con la de otros sectores como, por ejemplo, la laboral.

A la hora de interpretar este precepto, ante todo, se tendrá que definir la naturaleza jurídica de la «empresa conyugal» y su ámbito material de aplicación: esto crea algunos inconvenientes, dado que en el Código Civil español no se define el término «empresa» objetivamente considerado, y no existe sobre todo en el ordenamiento jurídico, una definición jurídica de «empresa familiar». De hecho, si la empresa constituida *ex* artículo 1347.5 es una empresa familiar, esto conlleva el análisis de esta norma frente a la normativa laboral del artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 7.2 y de la Disposición Adicional 27.^a de la Ley General de la Seguridad Social, que establecen una presunción de no laboralidad por cuenta ajena del trabajador, requiriéndose el correspondiente alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de un determinado abanico de familiares. Si la misma Ley presume que no solamente el cónyuge, sino también los descendientes y ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, sean trabajadores por cuenta propia de una empresa familiar, ¿cómo puede esto conciliarse con la exclusiva ganancialidad de la empresa? ¿Qué relación existe entre estas presunciones y la libertad de estipulación de contratos entre cónyuges del artículo 1.323 del Código Civil (1), en particular la estipulación de un contrato de trabajo subordinado? ¿Qué relación hay entre estas presunciones y la gestión conjunta de los bienes gananciales establecida por el artículo 1.375 del Código Civil? Como puede verse, la empresa conyugal, fundada por uno o ambos cónyuges con dinero ganancial, podría mostrar algunas incoherencias normativas sobre las que se intentará dar alguna luz en este estudio. Resultará fundamental valorar si el artículo 1347.5 permite configurar la empresa conyugal tanto en forma individual como en forma societaria.

(1) ABREVIATURAS: art.: artículo; CC: Código Civil; cit.: citado; DA: Disposición Adicional; EF: Empresa familiar; ET: Estatuto de los Trabajadores; LGSS: Ley General de la Seguridad Social; RETA: Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos; RD: Real Decreto; SAP: Sentencia Audiencia Provincial; SA: Sociedad Anónima; SL: Sociedad Limitada; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; AS: Aranzadi Social; RJ: Repertorio Jurisprudencia Aranzadi; JUR: Resolución publicada en la base de datos Aranzadi y no en revistas.

A tal fin, además de un necesario análisis multisectorial del Derecho español, considero muy útil un análisis comparado del Derecho italiano y en particular del artículo 1.347 a la luz de los artículos 177.1.d) y 230 bis del *Codice Civile* italiano; dado que creo que en parte han influido en la génesis de aquel precepto.

Finalmente, pero no menos importante, creo de interés valorar si el conjunto de normas españolas vigentes y aplicables a la empresa familiar, ha vaciado o no la *ratio* y el sentido de considerar ganancial una empresa fundada según los requisitos del artículo 1347.5 o si este precepto resulta en parte inadecuado.

II. ÁMBITO Y REQUISITOS DE APLICACIÓN MATERIAL DE LA NORMA

El artículo 1347.5 del Código Civil afirma que:

«Son bienes gananciales las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1.354».

El precepto se refiere a la empresa familiar que venga fundada por uno o ambos cónyuges en régimen de sociedad de gananciales en el supuesto de que se constituya con dinero ganancial. A tal fin se requieren como supuestos necesarios: 1) la existencia de un régimen económico de sociedad de gananciales entre los cónyuges (2), 2) la ganancialidad de la aportación con la que se funda la empresa o el establecimiento. Siempre que se den estos requisitos, la empresa familiar será un bien ganancial. Características eventuales de la norma son: *a)* la empresa no necesariamente tiene que estar fundada por los dos cónyuges, siendo suficiente que lo haga uno solamente (3); *b)* la norma no requiere tampoco la gestión conjunta de la empresa por parte de la pareja. Estos dos últimos requisitos no están previstos explícitamente por el artículo 1347.5 y por lo tanto no parecen ser condiciones para que se excluya la ganancialidad de la empresa familiar fundada con dinero común.

(2) Sobre la exclusión de una empresa del art. 1347.5 por ser constituida antes de celebrar el matrimonio: SAP de Madrid, núm. 173/2005, de 28 de febrero (*JUR* 2005/109027).

(3) La doctrina es unánime sobre el hecho que dicha empresa puede ser fundada por uno o ambos cónyuges: *ex plurima* Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, VIII ed., Tecnos, Madrid, 2002, pág. 166; TORRALBA SORIANO, Vicente, «Artículo 1.347», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, vol. II, 1984, pág. 1609.

El artículo 1347.5 no es el único supuesto en el que una empresa puede considerarse ganancial (4). Sin embargo en este estudio me limitaré a analizar dicha norma, y a restringir el campo de análisis al primer inciso del artículo. Ante todo tiene que aclararse que el párrafo quinto del artículo 1.347 del Código Civil contiene dos normas relacionadas entre sí, pero distintas. En concreto, la segunda parte del artículo 1347.5 se refiere a la hipótesis en la que la empresa se constituya con dinero en parte privativo y en parte ganancial; aquí la empresa es una sociedad en régimen de comunidad ordinaria.

III. ORIGEN DE LA NORMA

La introducción del vigente artículo 1347.5 del Código Civil se debió a la reforma operada por la Ley 11/81, de 13 de mayo (5). Antes de la reforma no había un precepto similar en el Código Civil español. Se sostiene (6) —tesis que comparto— que es el propio Derecho italiano el que ha influido en la introducción de esta norma (7), en concreto el artículo 177.d) del *Codice Civile* (8). Sin embargo, cabe reseñar que tienen profundas diferencias. La introducción del artículo 177.1.d) se hace contextualmente con la introduc-

(4) Como LÓPEZ SANCHEZ resume perfectamente, las demás hipótesis en las que la empresa puede ser ganancial son: a) la empresa adquirida a título oneroso o a costa del caudal común y en que se haya hecho la adquisición para la comunidad o para uno de los dos cónyuges (art. 1347.3); b) la que se adquiere en virtud de un derecho preferente de carácter ganancial, aunque los fondos sean privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora por el valor satisfecho (art. 1347.4); c) cuando adquirida la empresa a plazos por uno de los dos cónyuges constante la sociedad, tenga el primer desembolso carácter ganancial, aunque el resto del precio se satisfaga con bienes privativos (art. 1.356, proposición primera); d) cuando la empresa sea adquirida a título oneroso, constante la sociedad, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga, si los cónyuges actúan de común acuerdo en el sentido de atribuir la condición de ganancial a la empresa (art. 1.255): LÓPEZ SANCHEZ, Manuel Ángel, «La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13-5-1981», en *Revista Jurídica de Catalunya*, Ilustre Collegi d'Avocats de Barcelona, Barcelona, 1983, pág. 591, nota núm. 11.

(5) BOE de 19 de mayo de 1981, núm. 119.

(6) TORRALBA SORIANO, Vicente, «Artículo 1.347», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, vol. II, 1984, pág. 1604; LÓPEZ SANCHEZ, Manuel Ángel, «La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13-5-1981», en *Revista Jurídica de Catalunya*, Ilustre Collegi d'Avocats de Barcelona, Barcelona, 1983, pág. 590.

(7) Otra parte de la doctrina considera que la norma ha de relacionarse con la compilación aragonesa. RAMS ALBESA, Joaquín, «La empresa en la sociedad de gananciales», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, págs. 715 y 718.

(8) El artículo 177.d) del *Codice Civile*:

«Costituiscono oggetto della comunione:

d) le aziende gestite da entrambi i coniugi e costituite dopo il matrimonio».

ción del artículo 230 bis, relativo a la empresa familiar en general, que no se ha verificado en España. Además, a diferencia de la norma italiana, la norma española no requiere la necesaria gestión conjunta de la empresa familiar conyugal; sin embargo, el artículo 1347.5 del Código Civil tiene que ser analizado conjuntamente con el artículo 1.375 del Código Civil (9).

IV. EL ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NORMA

Importante es valorar si el artículo 1347.5 tiene que aplicarse solamente a las empresas individuales o también a las constituidas bajo forma societaria. Establecer dicha cuestión no es baladí; de hecho, en fase de liquidación de un régimen económico-matrimonial significaría incluir o excluir la empresa en el activo ganancial.

La doctrina (10) es favorable a una interpretación limitativa del precepto concluyendo en favor de la aplicabilidad del artículo 1347.5 a las empresas mercantiles y no a las sociedades (11). En cambio, la jurisprudencia aceptando sin duda la aplicación a las empresas individuales (12), a la hora de referirla a

(9) Sobre la aplicación del artículo 1.375 en el supuesto del artículo 1347.5 del Código Civil: STSJ de Galicia, recurso de suplicación núm. 5120/94, de 7 de abril (*RJ* 1997/1508); STSJ de Cataluña, de 5 de febrero de 1992 (*RJ* 1992/774). A favor de la aplicación del artículo 1.375 independientemente de que la titularidad formal sea de uno sólo de los cónyuges se postula también la doctrina: RAMS ALBESA, Joaquín, «La empresa en la sociedad de gananciales», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, pág. 719. Del mismo aviso es TORRALBA SORIANO, Vicente, «Artículo 1.347», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, vol. II, 1984, pág. 1610.

(10) *Ex plurima*: RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, «Artículo 1.347», en *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, dirigido por Miguel PASQUAU LIAÑO, Comares, Granada, 2000, pág. 2423; MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, Luis, «Artículo 1.347», en *Comentario al Código Civil*, coord.: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, Bosch, 2000, pág. 87; TORRALBA SORIANO, Vicente, «Artículo 1.347», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, vol. II, 1984, pág. 1608.

(11) Sobre un análisis doctrinal de la empresa social colectiva (comanditaria o limitada), vid. GIMÉNEZ DUART, que advierte cómo en el caso de una empresa social colectiva, comanditaria o limitada, el sujeto, para poder disponer de su participación, necesitará el consentimiento de su consorte, salvo en el caso de una comanditaria por acciones. GIMÉNEZ DUART, Tomás, «Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981», en *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, 1982, pág. 132.

(12) SAP de Valencia, núm. 311/2005, de 18 de mayo (*JUR* 2005/162946): tienda; SAP de Salamanca, núm. 161/2003, de 10 de abril (*JUR* 2003/131772): hostelería; SAP de Valencia, núm. 568/2003, de 4 de noviembre (*JUR* 2004/49919): establecimiento comercial dedicado a la actividad de café-bar). La SAP de Valencia, núm. 266/2002, de 14 de mayo (*JUR* 2002/188536) considera empresa ex artículo 1347.5 un complejo recreativo construido sobre un terreno privativo del esposo, en concreto un camping. Sobre la aplicación a un negocio de taller de reparación de vehículos que regenta exclusivamente el esposo, pero en el que no trabaja la mujer: SAP de Castellón, núm. 296/2004, de 24 de septiembre (*JUR* 2004/314843).

las sociedades, se divide; a una postura más limitativa (13), se opone otra que considera que el precepto puede aplicarse también a las SL (14) y SA (15).

Parecería, por lo tanto, que no hay seguridad sobre la aplicación a las sociedades porque, sin duda, el artículo 1347.5 se aplica a las empresas individuales.

V. INTERACCIÓN CON LA NORMATIVA LABORAL: PROBLEMAS Y CONSECUENCIAS

Un empresario, en el desarrollo de su actividad laboral, puede recibir la ayuda y colaboración de sus parientes. Es decir, cabe la posibilidad de que el «grupo familiar» se relacione con la actividad laboral ejercitada por uno de sus miembros y se haga así cargo de la actividad productiva. El problema tiene una trascendencia considerable, dado que tendrá que valorarse hasta qué punto dichos familiares son trabajadores por cuenta propia o trabajadores por cuenta ajena, lo cual tiene relevancia, sobre todo para la Seguridad Social; piénsese, por ejemplo, en la concesión de las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social (RGSS), como la de desempleo.

En el Derecho Laboral español, a propósito del trabajo familiar, existen una serie de presunciones *iuris tantum* según las que algunos familiares, debido a su vínculo de parentesco, se consideran trabajadores por cuenta propia y no por cuenta ajena. Estas presunciones pueden verse reflejadas en tres normas: el artículo 1.3.e) ET, el artículo 7.2 LGSS y la Disposición Adicional Vigésimo Séptima de la LGSS.

Las dos primeras normas toman como punto de referencia de la presunción al «empresario y su núcleo de familiares». En concreto, los ascendientes y descendientes y los demás parientes hasta el segundo grado, además del cónyuge, no se considerarán trabajadores por cuenta ajena salvo prueba en

(13) Sobre la aplicación exclusiva a las empresas individuales y no a las sociedades con personalidad jurídica: STS 731/99, de 18 de septiembre (*RJ* 1999/6603); STS de 18 de noviembre de 1999; SAP de Valencia, núm. 793/2000, de 28 de octubre (*JUR* 2001/12185); SAP de Pontevedra, núm. 231/2004, de 8 de julio (*JUR* 2006/23640).

(14) SAP de Granada, núm. 211/2004, de 21 de marzo (*JUR* 2005/138786); SAP de Castellón, núm. 721/2000, de 27 de diciembre (*JUR* 2001/168555); STSJ de Andalucía, Granada, núm. 689/2002, de 26 de febrero (*JUR* 2002/126407); SAP de Toledo, núm. 215/1996, de 27 de junio (*AC* 1996/1249); STSJ de Galicia, de 30 de octubre de 2001 (*AS* 2001/4242). Aquí, por lo tanto, no se concede la prestación por desempleo a la mujer que había estado formalmente contratada como trabajadora subordinada. Esta sentencia, sin embargo, no hace una referencia expresa al artículo 1347.5, aunque se deduce del supuesto fáctico (SL constituida en constancia de sociedad de gananciales con el 50 por 100 de acciones cada esposo).

(15) STSJ de Cataluña, de 5 de febrero 1992 (*RJ* 1992/774). Sobre la aplicación del artículo 1347.5 a una sociedad agraria entre cónyuges: STSJ de Galicia, recurso de suplicación núm. 5120/94, de 7 de abril (*RJ* 1997/1508).

contra. Por lo tanto, su actividad, ejercitada en el contexto de la empresa familiar carecerá de los requisitos propios del trabajo subordinado y dichos sujetos no quedarán adscritos al Régimen General de la Seguridad Social.

La tercera, por su parte, es una norma de carácter más general, aplicándose a cualquier tipo de sociedad y por lo tanto también a la empresa familiar creada en forma societaria (16).

Normalmente cada sector tiende a regular sus relaciones jurídicas específicas, no existiendo una estrecha correlación entre diferentes ramas del Derecho. Afirmado esto se podría concluir que la ganancialidad de la empresa familiar conyugal no afecta en ningún modo a la normativa laboral y a las presunciones del artículo 1.3.e) ET, y del artículo 7.2 y DA 27.^a LGSS. Si la primera se preocupa de regular el aspecto patrimonial entre cónyuges y las eventuales relaciones con terceros acreedores de la sociedad de gananciales, la segunda quiere referirse exclusivamente a las formas de cotización aplicables y a la eventual concesión de la prestación por desempleo o de otras tutelas jurídicas propias del trabajo por cuenta ajena. Hay más: la misma jurisprudencia podría resultar útil para despejar las eventuales dudas todavía existentes referentes a la relación de ganancialidad y al ámbito laboral. La STS de 30 de marzo de 2001 (17) afirma que el régimen de gananciales existente en el matrimonio «no afecta a la dependencia en el marco de la relación laboral». La sentencia sigue afirmando que, si se entendiera de otra forma, «no sería posible en ningún caso la existencia de un contrato de trabajo entre cónyuges con régimen de gananciales frente al principio general del artículo 1.323 del Código Civil, a tenor del cual el marido y la mujer (18) pueden celebrar entre sí toda clase de contratos».

El hecho de que la normativa civil y laboral tengan finalidades distintas y que por todo ello no puedan relacionarse, viene consolidado también por la doctrina judicial posterior a dicha sentencia, que corrobora y fortalece tal postura (19). Así, tendría que concluirse que el régimen de gananciales —y por lo tanto la disposición contenida en el art. 1347.5 CC— no afecta al ámbito laboral y viceversa, es decir, que el ámbito laboral no afecta al civil. Como se habrá percibido, en las últimas frases se ha utilizado el condicional, y esto no se ha hecho de forma casual sino intencionadamente. De hecho, el objetivo de este trabajo es demostrar como, por lo menos en el supuesto que se está analizando,

(16) Sería interesante analizar la relación entre estas tres normas laborales, análisis que no puede efectuarse en este estudio.

(17) Recurso núm. 4525/99. Ponente: Don Aurelio DESDENTADO BONETE (*RJ* 2001/4614).

(18) *Rectius* «entre cónyuges», en virtud de la reforma operada por la Ley 13/2005, de 1 de julio (*BOE* núm. 157, de 2 de julio de 2005), por la que se han sustituido las palabras «marido» y «mujer» por «cónyuge/s».

(19) STSJ núm. 624/03, de 28 de noviembre. Ponente: Don José Luis GILOMO LÓPEZ, inédita.

la normativa laboral y civil chocan entre sí y la falta de coordinación entre estos dos sectores conlleva inconvenientes prácticos considerables que producen disparidad en el tratamiento jurídico de situaciones parecidas, no permitiendo además tutelar y otorgar la suficiente libertad contractual a los cónyuges.

Se demostrará que el conjunto de la normativa civil y laboral, en el estado actual, prohíbe contratar a un cónyuge como trabajador por cuenta ajena en la particular hipótesis del artículo 1347.5 del Código Civil (o sea, cuando la empresa familiar conyugal resulte fundada por dinero ganancial) o se verá que —si lo permite— esto conduce a una disparidad de tratamiento respecto a situaciones similares. Y ello será así independientemente de que se acepte la aplicabilidad del artículo 1347.5 del Código Civil exclusivamente a las sociedades individuales o también a las empresas bajo forma societaria: en ambos casos el sistema jurídico quiebra. Se analizarán seguidamente y de forma separada los dos supuestos.

VI. SUPUESTO DE APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 1347.5 A LAS SOCIEDADES MERCANTILES

La STS de 30 de abril de 2001 afirma que no se puede aplicar el artículo 1347.5 del Código Civil a una sociedad limitada o anónima. Esta postura jurisprudencial no puede aceptarse, sobre todo después de la entrada en vigor de la DA 27.^a LGSS. Repárense en que, efectivamente, el pronunciamiento del Tribunal Supremo no ha tomado en consideración la existencia de este precepto.

Por todo ello hay que hacer algunas aclaraciones.

En primer lugar debe admitirse que la DA 27.^a LGSS se aplica a cualquier tipo de sociedad, incluyendo también a las empresas familiares bajo forma societaria, debido al hecho de que no existe en el ordenamiento español ninguna norma que defina legalmente la empresa familiar. La aplicación a las sociedades familiares se constata también por la existencia de la presunción establecida por la norma DA 27.^a 2 n.1 (20).

Además, en este estudio es importante considerar el primer párrafo de esta norma laboral y analizar sus características. Aquí se afirma que:

«Estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mer-

(20) «Se presumirá salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando al menos la mitad del capital de la sociedad para la que preste servicio esté distribuido entre socios, con los que conviva y con quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguineidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado».

cantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto de aquélla. Se entenderá en todo caso que se produce tal circunstancia, cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos la mitad del capital social».

El segundo párrafo de la DA 27.^a establece una presunción *iuris tantum* de toda una ulterior serie de hipótesis de control efectivo. En cambio, este primer párrafo establece una presunción *iuris et iure*. Es decir, mientras se podrán destruir mediante prueba en contrario las presunciones establecidas en el segundo párrafo; ello no será posible en el supuesto del primer párrafo, dado que la presunción *iuris et de iure* no admite prueba en contra. Reitera esto el inciso: «Estarán obligatoriamente incluidos en el RETA...» que tiene que confrontarse con el inciso del segundo párrafo según el cual: «Se presumirá, salvo prueba en contrario...».

Por lo tanto, el ordenamiento español no ofrece posibilidad de elección al socio que se encuentre en la hipótesis del primer párrafo de la DA 27.^a LGSS. Éste tiene que inscribirse en el RETA y nunca podrá considerarse como trabajador por cuenta ajena.

Se ha visto que la DA 27.^a LGSS es una disposición de carácter amplio y que abarca una casuística muy elevada. Sin embargo hay que analizarla en relación con la empresa familiar conyugal del artículo 1347.5 del Código Civil.

El último inciso del primer párrafo de la DA 27.^a LGSS dispone que tiene que inscribirse en el RETA el socio trabajador que posea por lo menos la mitad del capital social. Este sujeto —en virtud de la presunción *iuris et iure* establecida por el ordenamiento— nunca podrá trabajar por cuenta ajena en la empresa. ¡Éste es el específico caso del artículo 1347.5 del Código Civil! La ganancialidad establecida por esta norma opera de forma que cualquier cónyuge posea por lo menos el 50 por 100 del capital social, aunque el titular formal del negocio sea solamente uno de los dos cónyuges. La constitución de la sociedad mediante la utilización del dinero ganancial, procura *ex lege* (art. 1347.5) que el 100 por 100 de la sociedad sea de propiedad de los dos cónyuges y que, por lo tanto, el cónyuge «poseyendo al menos la mitad del capital social» quede sometido a la presunción *iuris et iure* de la DA 27.^a 1 LGSS. Si se acepta que los cónyuges (en virtud del art. 1.323 CC) pueden estipular entre sí toda clase de contratos, del análisis conjunto de estas dos normas se puede concluir afirmando que efectivamente existe una falta de coordinación entre la normativa laboral y la civil. Esto lleva a la paradoja de que en ningún caso de empresa familiar fundada por los cónyuges con dinero ganancial, uno de los dos pueda trabajar por cuenta ajena en la misma empresa. Lo dicho se verifica independientemente del tamaño de la misma (21),

(21) Se recuerda que la falta de una definición legal de empresa familiar permite que empresas como el Corte Inglés o Chupa Chups sean empresas «de carácter familiar»,

y aunque el artículo 1347.5 CC no obligue expresamente a que los cónyuges gestionen la empresa como en cambio requiere el correspondiente artículo 177 del *Codice* italiano (22). La DA 27.^a 1 LGSS «obliga» a este preciso requerimiento en caso de que se funde una empresa familiar societaria; esto se verá en el epígrafe siguiente y deriva también en el artículo 1.375 CC y su interpretación.

Antes de analizar el supuesto de empresa individual fundada en base al artículo 1347.5 del Código Civil, queda por analizar un último aspecto. Se ha basado la teoría anterior en la existencia de la presunción *iuris et iure* del primer párrafo de la DA 27.^a LGSS. Alguien podría objetar que —en la hipótesis de empresa familiar conyugal— debería aplicarse la presunción *iuris tantum* del segundo párrafo y no la del primer párrafo. De tal forma cabría siempre la posibilidad de que un cónyuge trabaje por cuenta ajena en la empresa familiar, siempre que pruebe la efectiva subordinación de su actividad laboral. Dicha crítica no podría aceptarse dado que —en la específica hipótesis del art. 1347.5 CC— el supuesto del segundo párrafo queda englobado en la misma presunción *iuris et iure* del primer párrafo. El dictado del segundo párrafo está más bien pensado para empresas familiares en la que más de dos familiares tengan cuotas, o resulta aplicable a una misma empresa familiar constituida solamente por los dos cónyuges pero donde éstos no tengan un régimen de sociedad de gananciales (por ejemplo, el régimen de separación de bienes o el supuesto del art. 1.354 CC). Por lo tanto, la presencia conjunta de la DA 27.^a 1 LGSS y del artículo 1347.5 del Código Civil impide la contratación de un cónyuge como trabajador por cuenta ajena, no encontrando plena actuación el artículo 1.323 del Código Civil.

VII. SUPUESTO DE EMPRESA INDIVIDUAL

En el caso de que la empresa conyugal familiar sea de carácter individual, o se excluya la aplicación del artículo 1347.5 a las sociedades, entran en juego las presunciones de los artículos 1.3.e) ET (23) y 7.2 LGSS (24).

aunque éstas no entren en el específico supuesto del artículo 1347.5, dado que no están constituidas solamente por los cónyuges.

(22) Esto habla de «le aziende gestite da entrambi i coniugi e fondate dopo il matrimonio».

(23) Artículo 1.3 ET. «Se excluyen del ámbito regulado por la presente Ley (omissis): e) Los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. Se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción».

(24) Artículo 7 LGSS. Extensión del campo de aplicación. «1. Estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad

La cuestión es la misma: ¿podría el cónyuge trabajar por cuenta ajena en una empresa individual fundada bajo el artículo 1347.5? Se demostrará que también en este caso el ordenamiento jurídico español, debido a la existencia de normativas incongruentes, no lo permite, o lo permite de una forma incorrecta.

Interpretando *a contrario* los artículos 1.3.e) ET y 7.2 LGSS, se deduce que el ordenamiento plantea la posibilidad de que el cónyuge quede contratado por cuenta ajena por el propio cónyuge en la empresa familiar. Esto se deduce del hecho de que estas presunciones son *iuris tantum* y admiten la prueba en contrario. Siempre que el sujeto demuestre que su actividad laboral posee efectivamente los requisitos de ajenidad y dependencia, será a todos los efectos un trabajador por cuenta ajena, pudiendo darse de alta en el RGSS y beneficiarse, por ejemplo, de la prestación por desempleo. Todo lo afirmado resulta congruente y concuerda perfectamente con el artículo 1.323 del Código Civil, porque los cónyuges pueden celebrar entre sí toda clase de contratos, pudiendo estipular, por lo tanto, también un contrato de trabajo subordinado.

Sin embargo, un análisis más profundo conduce a las conclusiones opuestas. También en este caso, sobre todo la normativa civil, tiene incongruencias a la hora de aplicar las normas de carácter general relativas a la sociedad de gananciales al supuesto específico del artículo 1347.5 del Código Civil, y se verá cómo estos deslices jurídicos de carácter civil afectan a la normativa laboral.

Hemos de analizar el conjunto de los artículos 1347.5, 1323 y 1.375 del Código Civil en conjunto.

El artículo 1347.5 del Código Civil declara la ganancialidad de la empresa familiar creada con exclusivo dinero ganancial, afirmando que dicha empresa es un «bien ganancial».

Ahora bien, el artículo 1.375 del Código Civil, disposición de carácter general que se aplica a cualquier bien ganancial, afirma que los cónyuges —en régimen de sociedad de gananciales— están obligados a gestionar y a disponer conjuntamente los bienes gananciales. Siendo la empresa familiar del artículo 1347.5 un bien ganancial, por todo ello, tiene que concluirse que ambos cónyuges tienen que gestionarla, no pudiéndose limitar a desarrollar un mero trabajo por cuenta ajena.

contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes (omissis).

2. *A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior no tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena, salvo prueba en contrario: el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, ocupados en su centro o centros de trabajo, cuando convivan en su hogar y estén a su cargo».*

La cogestión es una obligación de los cónyuges, sin embargo hay que matizar que esta situación podrá siempre derogarse mediante un acuerdo: los cónyuges podrán decidir que la gestión y disposición del bien se efectúe por un solo cónyuge.

Esto podrá hacerse mediante la estipulación de una capitulación matrimonial, como dispone el mismo artículo 1.375 del Código Civil, o más bien —en régimen de sociedad de gananciales— estipulando un mandato entre ellos por el cual uno de los dos cónyuges ceda la gestión del bien al otro. La primera es una posibilidad que ofrece la propia ley y se establece con el inciso inicial del artículo 1.375, afirmando *en defecto de pacto en capitulaciones*, la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges. La segunda es una posibilidad que puede deducirse de las generales normas de contratación entre partes y en virtud del artículo 1.323 del Código Civil.

La estipulación de un acuerdo que permitiese a uno de los cónyuges la gestión de la empresa, otorgaría coherencia a todo el sistema y en particular daría forma a la interpretación conjunta de los artículos 1.375, 1.323 y 1347.5 del Código Civil, pudiendo el cónyuge no gestor ser libre de trabajar por cuenta ajena en la misma empresa.

Antes de examinar las dos hipótesis de acuerdo entre cónyuges que se acaban de formular en este trabajo es menester una aclaración. Podría sostenerse que también el cónyuge gestor de la empresa podría resultar adscrito al RGSS, dado que las operaciones de gestión no necesariamente coinciden con la de socio o propietario de la empresa. Es verdad que también un trabajador por cuenta ajena puede efectuar una actividad de mera gestión, no coincidiendo la cualidad de socio con la de gestor. Sin embargo, en el supuesto particular del artículo 1347.5 del Código Civil, la cualidad de socio y de gestor coinciden necesariamente, dado que el bien es ganancial (ex art. 1347.5) y además porque el artículo 1.375 habla de «gestión y disposición». Por lo tanto, en el supuesto del artículo 1347.5 del Código Civil, al hablar de gestor, éste se identifica necesariamente con propietario, al ser el trabajador uno de los dos cónyuges. Por todo ello el cónyuge gestor necesariamente tendrá que resultar inscrito en el RETA.

a) DEROGACIÓN MEDIANTE CAPITULACIÓN MATRIMONIAL

Es importante entender que la posible derogación prevista por el mismo artículo 1.375 del Código Civil sirve para cualquier tipo de bien ganancial, estando la norma pensada para la sociedad de gananciales en general. En cambio, hay que relacionar estas hipótesis con el caso específico del artículo 1347.5 del Código Civil.

Las partes podrán estipular una cláusula mediante capitulaciones matrimoniales para regular la gestión exclusiva de un cónyuge, permitiendo así que el otro quede exento de las operaciones de gestión. Efectivamente, en virtud de la interpretación conjunta de los artículos 1.325 y 1.326 del Código Civil, los cónyuges pueden estipular una cláusula mediante capitulación matrimonial en una fase posterior al matrimonio, refiriéndola a un aspecto determinado de su relación matrimonial (25), manteniendo así intacto el régimen de sociedad de gananciales existente entre ellos (26).

No obstante la estipulación de una capitulación en el supuesto de la empresa familiar conyugal conlleva unos problemas jurídicos que, al ser similares a la hipótesis de la celebración del contrato de mandato, se tratarán conjuntamente en el epígrafe sucesivo.

b) DEROGACIÓN MEDIANTE CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO DE MANDATO ENTRE CÓNYUGES

En virtud de lo dispuesto en el artículo 1.323 del Código Civil —por el cual los cónyuges pueden celebrar todo tipo de contrato— éstos pueden celebrar un contrato de mandato entre ellos. Por la misma disposición legal pueden también fundar una sociedad entre ellos (27). Este mandato excluiría la gestión de uno de los cónyuges y permitiría que el otro cónyuge trabajara eventualmente como trabajador subordinado, ya que la estipulación de dicho contrato de mandato es compatible con la vigencia de la sociedad de gananciales. El contrato de mandato podría referirse a cualquier actividad o bien privativo ganancial. Sin embargo, también aquí hay que relacionar la estipulación de un contrato de mandato con la específica hipótesis del artículo 1347.5 del Código Civil, observándose cómo el sistema jurídico quiebra.

Para una parte de la doctrina (28) no se puede admitir la estipulación de un mandato *ad vitam*, siendo posible sólo la celebración de un mandato a

(25) Esto se deduce del inciso del artículo 1.325: «cualquier otra disposición del mismo».

(26) Si no fuese así, y no lo mantuvieran, no estaríamos en el supuesto fáctico del artículo 1347.5 del Código Civil, porque el régimen de los cónyuges sería el pactado en capitulaciones. En cambio uno de los requisitos necesarios de aplicación del artículo 1347.5 del Código Civil es la propia existencia de la sociedad de gananciales. Aquí, por lo tanto, esta hipótesis quedaría desmontada, no siendo posible derogar el régimen de co-gestión de los cónyuges mediante capitulaciones en la hipótesis de una empresa familiar conyugal: el cambio de régimen patrimonial excluiría la aplicación del artículo 1347.5.

(27) HERRERO GARCÍA, María José, «Artículo 1.323», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1991, pág. 598.

(28) HERRERO GARCÍA, María José, «Artículo 1.323», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1991, pág. 598, esta autora más bien se refiere a una hipótesis en la que exista una sociedad entre cónyuges.

tiempo determinado. Si así fuese existiría el siguiente desajuste jurídico: el trabajo por cuenta ajena realizado —debido a la necesaria temporalidad limitada del contrato de mandato— tendría que ser necesariamente de carácter temporal y no indefinido. Además, la contratación por cuenta ajena tendría que tener como duración máxima la del mandato. Se llegaría a la inquietante posibilidad de que el cónyuge podría trabajar por cuenta ajena en la empresa solamente por tiempo definido y nunca indefinido, no siendo permisible un contrato de mandato de exención de un bien ganancial *ad vitam*. Naturalmente estos razonamientos son aplicables también en la hipótesis de que la empresa tenga forma societaria, reforzándose la postura del epígrafe anterior.

No obstante se quiere llegar más allá; supóngase que, efectivamente, puede admitirse la estipulación de un contrato de mandato *ad vitam* entre los cónyuges por el cual uno quede exento de la gestión del bien, permitiéndose, así, la eventual estipulación de un contrato de trabajo por cuenta ajena del sujeto. De hecho, piénsese que en virtud del artículo 1.710 del Código Civil el mandato puede ser tanto expreso como tácito, y en la mayoría de los casos, en un matrimonio es sólo un cónyuge quien gestiona *de facto* los bienes. Esto resulta aún más fácil en un sistema como el español en el que, al contrario del italiano, se establece una presunción de gratuidad del mandato (29). Pero la admisión de dicha posibilidad crea una incongruencia en el sistema jurídico. Esa incongruencia es la misma que se verificaría si los dos cónyuges eximiesen de la gestión a un cónyuge mediante la estipulación de una cláusula mediante capitulaciones matrimoniales y por lo tanto se examina conjuntamente.

La presencia de estas incongruencias (de)mostrará cómo el sistema civil, y en particular el régimen de gananciales, afecta al sistema laboral. En concreto, en la hipótesis de empresa individual, juegan las presunciones de no laboralidad por cuenta ajena de los artículos 1.3.e) ET y 7.2 LGSS. Según éstas, el cónyuge que trabaje en la empresa familiar tiene que inscribirse en el RETA salvo que demuestre que esté efectivamente desarrollando un trabajo por cuenta ajena. La jurisprudencia, tratándose de una presunción *iuris tantum*, admite cualquier medio de prueba. Aquí quiero destacar cómo estas presunciones operan perfectamente y no afectan a las hipótesis de los familiares del abanico de la norma; sin embargo, no se puede decir lo mismo en la hipótesis de empresa conyugal individual creada con dinero ganancial del supuesto del artículo 1347.5. Aquí hay que concluir que el mecanismo de la aportación de la prueba será diferente. La incoherencia del sistema legislativo, actualmente vigente, limita y agrava la prueba testifical del sujeto. Esto viene provocado por la compenetración de los artículos 1347.5, 1.323 y 1.375 del Código Civil con las presunciones de los artículos 1.3.e) ET y 7.2 LGSS.

(29) Cfr. artículo 1711.1 del Código Civil y artículo 1.709 del *Codice Civile*.

En concreto, en este caso, la ajenidad del trabajo no se podrá demostrar solamente por prueba testifical, por la nómina, ni por ningún «otro normal medio» como se ha hecho hasta el día de hoy.

Además de estas pruebas, se requerirá previamente otra que tendría que considerarse como *conditio sine qua non* para la admisión de las demás. La presunción de no laboralidad por cuenta ajena tendrá que resultar derrumbada ante todo mostrando la existencia de una capitulación matrimonial en la que pacte la gestión por un solo cónyuge de la sociedad (exonerándose así de la obligación de cogestión del art. 1.375 CC), o mediante la prueba de un mandato de gestión exclusiva estipulado por los cónyuges.

Hay más. Esta prueba tiene que realizarse mediante la aportación en juicio de un documento fehaciente. El mandato normalmente tiene una eficacia *inter partes* y, para poderse elevar a prueba con eficacia *erga omnes*, deberá tener carácter de documento público, por ejemplo, debiéndose estipular ante notario por escritura pública. A efectos de destruir la presunción de no laboralidad, daría igual por lo tanto la estipulación de un mandato oral o tácito entre los cónyuges en virtud del artículo 1.710. Un mandato estipulado en forma oral, aunque posible, no garantizaría el interés del Estado y/o eventualmente de terceros. Así se llega a la paradoja de la existencia de un *onus* adjunto en la prueba del cónyuge respecto a los demás familiares: el cónyuge además de probar el efectivo carácter ajeno de su prestación laboral, tendrá que demostrar que previamente, con eficacia *erga omnes* (30), ha excluido su obligación de cogestión del bien ganancial aportando en juicio el contrato de mandato o la capitulación. Obsérvese como la normativa civil llega a afectar a la normativa laboral, levantando también dudas de inconstitucionalidad del precepto, dada la diferente carga de la prueba entre parientes en una situación idéntica. Además tendría que concluirse que todas las sentencias que admitieron la prestación por desempleo en el supuesto del artículo 1347.5 del Código Civil tendrían que rechazarse por no estar suficientemente probadas.

El problema estriba en el hecho de que la experiencia laboral enseña que muchas veces el trabajo de los familiares se define como trabajo subordinado por parte del mismo titular de la empresa, porque la calificación de trabajador subordinado permite beneficiarse de prestaciones adicionales de la Seguridad Social como, por ejemplo, la prestación por desempleo. Así, muchas veces, cualificar al pariente como trabajador subordinado, en lugar de trabajador por cuenta autónoma, deja abierta la posibilidad a los sujetos de intentar «defraudar» la Ley. Por esta razón han nacido las presunciones de no laboralidad por cuenta ajena establecidas en los artículos 1.3.e) ET, artículo 7.2 y DA 27.^a

(30) En caso de que se estipulen capitulaciones, el problema no existiría porque éstas tienen eficacia *erga omnes*, debiendo estipularse por escritura pública según lo dispuesto en el artículo 1.327 del Código Civil.

LGSS. Estas presunciones tienen la función de invertir la carga de la prueba sobre el sujeto (pariente) que se considera trabajador subordinado, y tutelar el Estado de injustificadas prestaciones por desempleos que se piden por situaciones laborales simuladas.

Uno de los aspectos fundamentales que abre la vía al contencioso, por lo que respecta al trabajo familiar, es el artículo 40 del Real Decreto núm. 84 de 26 de mayo 1996 (31), que deja a la libre interpretación de la persona la inscripción en el régimen general o especial de la Seguridad Social por lo que respecta a los familiares del empresario socio en sociedades colectivas. De hecho, se encuadra a esas personas mediante una simple declaración del empresario, en uno o en otro régimen, sin comprobar si efectivamente estas personas tienen los «requisitos exigidos para su inclusión como trabajador por cuenta ajena».

El problema es que dicha valoración queda a la libre interpretación del «empresario familiar» en un ámbito específico, el del trabajo familiar, que resulta complicado y debatido tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. Naturalmente el sujeto, por «ignorancia legislativa», o con la intención de dar una más amplia «tutela jurídica» al pariente (en fraude o no a la Ley), procederá a inscribir a su familiar en el régimen por cuenta ajena, despreocupándose, o no teniendo conocimiento, de todas las diferentes cuestiones jurídicas que quedan abiertas sobre la presunción de no laboralidad y sobre su aplicación al empresario no individual (recuérdese que el art. 40 se dictó específicamente para las sociedades). Sucesivamente, cuando la Seguridad Social controla la declaración efectuada por el «empresario familiar» y tenga que calificar el carácter laboral o no de la actividad prestada por un familiar [incluido en el abanico establecido por los arts. 1.3.e) ET y 7.2 LGSS], procederá de manera casi «instintiva» a sostener la tesis contraria y a revocar dicha inscripción o sus efectos jurídicos como, por ejemplo, la prestación por desempleo.

Por lo tanto la posibilidad de estipular un mandato por acto público, como autoriza y prevé el artículo 1.710, permitiría dar oficialidad a la decisión de los cónyuges y evitar el posible fraude que éstos podrían operar frente al Estado, por ejemplo, estipulando un mandato por escrito con fecha anterior. La celebración de un mandato escrito formalizado con documento público en esta hipótesis, es decir, en la hipótesis en la que uno de los dos cónyuges quiera trabajar por cuenta ajena en la «empresa cónyugal», tutelaría el correcto desarrollo de las presunciones establecidas por los artículos 1.3.e) ET y 7.2 LGSS.

(31) Decreto por el que se aprueba el Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Alta, Bajas y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social. Modificado por Real Decreto 250/1997, Real Decreto 1278/2000, Real Decreto 125/2001, Real Decreto 459/2002 y Real Decreto 1273/2003.

El problema es más importante, como se ha visto, es la hipótesis de sociedad mercantil donde la empresa tenga una forma de SL o SA. De hecho, en este caso se ha visto que la presunción que se aplica no es *iuris tantum* sino *iuris et de iure*. Aquí las incongruencias entre el sistema civil y laboral son aún más relevantes, no permitiéndose en el estado actual que un cónyuge trabaje por cuenta ajena en la empresa ex artículo 1347.5 (limitadamente al inciso del artículo considerado en este estudio, o sea, de la empresa fundada con dinero común).

Por lo que respecta a la empresa individual es obligatoria una última aclaración. El mecanismo de las presunciones de no laboralidad de los artículos 1.3.e) ET y 7.2 LGSS funciona y opera perfectamente —y sin incongruencias— en las hipótesis de los demás familiares incluidos en las normas. También la normativa opera sin incongruencia y resulta perfectamente aplicable al cónyuge en cualquier otro supuesto de empresa familiar que sea constituida con dinero en parte ganancial y privativo o en régimen de separación de bienes, dado que aquí sí puede aplicarse el artículo 1.323 del Código Civil, pero no resulta aplicable la gestión conjunta del artículo 1.375 del Código Civil.

Sistematizando y resumiendo lo afirmado hasta ahora, la DA 27.^a 1 impide siempre que los cónyuges puedan estipular un contrato por cuenta ajena entre sí en el supuesto de empresa familiar conyugal que tenga una forma societaria. En cambio, en caso de empresa conyugal constituida en forma individual, para poder contratar por cuenta ajena al cónyuge: 1) se debería, en todo caso, estipular previamente una cláusula mediante capitulaciones matrimoniales o (si se aceptase esta posibilidad) un mandato *ad vitam* entre los cónyuges, en los que se estableciese la gestión exclusiva de un cónyuge; 2) existiría un correspondiente gravamen suplementario en sede de prueba testifical en el caso de que el cónyuge quiera destruir las presunciones de no laboralidad de los artículos 1.3.e) ET y 7.2 LGSS. Además en caso de mandato, éste no podría ser tácito, sino que debería redactarse en documento público para que tuviera eficacia *erga omnes*, no pudiéndose por lo tanto probar su existencia por prueba testifical, lo que impediría un eventual fraude de los cónyuges frente al Estado a la hora de pedir la prestación por desempleo. La celebración por documento público otorgaría oficialidad y fecha fehaciente a la voluntad de los cónyuges de ceder la administración exclusiva a uno de los dos.

Otras dos importantes aclaraciones. Actualmente por la normativa vigente se podrá siempre estipular un contrato por cuenta ajena entre los cónyuges en la hipótesis de que la empresa familiar conyugal no esté constituida con dinero común, sino con dinero exclusivamente privativo o mixto. Aquí no operaría el artículo 1347.5 y su necesaria correlación con el artículo 1.375 y —en caso de sociedad— tampoco se produciría con la DA 27.^a 1. Quizá pueda hablarse de disparidad de tratamiento jurídico.

Además es menester una segunda puntualización; se ha dicho que el mandato se presume gratuito; sin embargo la estipulación de un mandato de tal género podría provocar el inconveniente de cómo se debe conciliar la norma del artículo 1711.2 del Código Civil con la empresa familiar conyugal. En base a esta norma se afirma que *«si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato, se presume la obligación de retribuirlo»*. En el caso del artículo 1347.5, el cónyuge es socio y propietario y por lo tanto podría darse la aplicación del artículo 1711.2 del Código Civil, pero ¿qué sentido tendría una retribución suplementaria en un contexto de perfecta ganancialidad del bien establecida por el artículo 1347.5 (32)? ¿Cómo se calificaría jurídicamente esta retribución? Como puede notarse el sistema vigente crea inconvenientes tanto prácticos como jurídicos.

VIII. UNA NECESIDAD DE REFORMA

Se ha visto como en la particular hipótesis de una empresa familiar conyugal, fundada con dinero exclusivamente ganancial, la falta de interconexión entre la normativa civil y laboral provoca que el régimen de la sociedad de gananciales afecte a la normativa laboral (piénsese en la diferente carga de la prueba), como el sistema laboral afecta a la normativa civil (la anterior existencia de la presunción de no laboralidad impide que el cónyuge trabaje por cuenta ajena en esta empresa). Para eliminar esta incoherencia se requiere una necesaria reforma normativa; reforma que será diferente según quiera admitirse y sostenerse que los cónyuges pueden estipular entre sí un contrato de trabajo subordinado en el supuesto de empresa familiar conyugal creada con dinero común, o se rechace por el contrario dicha postura.

Ambas posturas tienen sus *pro* y *contra*.

La posibilidad de permitir al cónyuge trabajar por cuenta ajena en el supuesto del artículo 1347.5 del Código Civil tendría tres ventajas: mantendría intacto el valor y el dictado de la libre contratación entre cónyuges, permitiría el más amplio respaldo de la libre autonomía contractual establecido por el artículo 1.255 del Código Civil y, por último, sería más coherente respecto a la evolución historia del Derecho español, permitiendo así que la normativa laboral mantenga una coherencia adecuada en dicha materia.

Finalmente merece reseñarse otro importante aspecto que produciría la contratación del cónyuge en la hipótesis del artículo 1347.5. Si la contrata-

(32) Además, según lo dispuesto en el artículo 1347.1 del Código Civil, esa misma retribución pertenecería también al cónyuge que la paga, asumiendo carácter ganancial, dado que por este párrafo *«son bienes gananciales los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquier de los cónyuges»*.

ción por trabajo subordinado ayudaría al mismo cónyuge a cobrar la prestación por desempleo, lo excluiría automáticamente de un derecho muy importante, establecido en el artículo 1.406, n.2. En base a esta norma, a la hora de disolver o liquidar la sociedad de gananciales (33), cada cónyuge tendrá derecho a que se incluya con preferencia en su haber la explotación económica que gestione efectivamente. Entiéndase como no convendría al cónyuge estar contratado como trabajador subordinado en la hipótesis de empresa conyugal ganancial fundada con dinero común. Esto favorecería al otro consorte a la hora de la liquidación de la masa ganancial. Así que «estafar al Estado» —pidiendo la prestación por desempleo o simulando un contrato de trabajo subordinado— costaría muy caro a dicho cónyuge dado que, demostrando que está trabajando como trabajador subordinado, no podrá tener —interpretándose *a contrario* el art. 1.406, n.2— este derecho de preferencia. Así que solamente el cónyuge titular formal de la empresa, que ha contratado al consorte, tendría este exclusivo derecho.

En cambio, la postura con la que se niega la facultad de contratar al cónyuge como trabajador por cuenta ajena en el supuesto del artículo 1347.5 del Código Civil quizá resultaría coherente interpretando dicho precepto con el artículo 1347.1 del Código Civil. El dinero que el cónyuge cobraría por trabajar por cuenta ajena, por el artículo 1347.1 sería ganancial y, por lo tanto, tendría poco sentido permitir este tipo de contratación, dado que seguiría perteneciendo al «cónyuge contratante». Es verdad que en tal forma el cónyuge no podría beneficiarse de las prestaciones por desempleo o de la tutela del RGSS, pero no se olvide que la empresa en la que trabaja es suya y por tanto, en alguna forma, han de «asumirse unos riesgos», independientemente de que haya sido el otro consorte el que la haya constituido formalmente y exclusivamente.

Analícese separadamente las dos posibilidades de reforma:

A) Si se sostiene la posible contratación por cuenta ajena del cónyuge, se dará total y plena actuación a la libre facultad de celebración de todo tipo de contratos establecida por el artículo 1.323 del Código Civil. En dicho caso se tendría que proceder a una modificación de algunas normas para poder dar vida a esta posibilidad sin problemas jurídicos. Podría, por ejemplo, reformarse el artículo 1.347 y excluirse el carácter ganancial de este tipo de empresa, eliminándola del elenco más general del mismo artículo (supresión del art. 1347.5); de tal forma que el bien no sería ganancial y no se aplicaría el artículo 1.375 del Código Civil.

(33) La empresa en concreto es una explotación mercantil. Además, como sostiene LÓPEZ SÁNCHEZ, ya el término empresa existía en relación a dicho artículo en la originaria Exposición de Motivos de la reforma, y concretamente en el Proyecto de Ley de 14 de diciembre de 1979, núm. 71-I: LÓPEZ SÁNCHEZ, Manuel Angel, «La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13-5-1981» en *Revista Jurídica de Catalunya*, Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona, Barcelona, 1983, pág. 591.

De todas formas, el problema subsistiría en caso de considerarse aplicable el artículo 1347.5 a las sociedades, porque aquí la contratación por cuenta ajena del cónyuge resulta impedida siempre y en cualquier caso por la presunción *iuris et de iure* de la DA 27.^a 1 LGSS. Por lo tanto tendría que reformarse también la DA 27.^a 1, última parte, añadiéndose «*salvo el dispuesto del artículo 1347.5 del Código Civil en el que se considerará aplicable la DA 27.^a 2, n.1*», admitiéndose así prueba en contra.

De todos modos, la exclusión del supuesto del quinto párrafo del artículo 1.347 del Código Civil no sería posible. De hecho, siendo constituida con dinero ganancial, dicha empresa conyugal, sin duda, es configurable como ganancial. Excluirla de la lista del artículo 1.347 resolvería el problema respecto a los cónyuges, pero crearía otro respecto a los terceros acreedores de la sociedad de gananciales. Los terceros no se encontrarían tutelados en caso de una deuda producida por la sociedad de gananciales o por la misma empresa conyugal donde ésta no pudiera pagar su deuda con dinero de la sociedad. Excluir la sociedad de los bienes gananciales impediría que los terceros acreedores pudieran embargar otros bienes gananciales u otro dinero ganancial, vulnerándose el artículo 1.367 del Código Civil (34). Piénsese, por ejemplo, que un tercero resulte acreedor de la sociedad de gananciales respecto a una deuda que se ha contraído por realizar una necesidad ordinaria de la familia, según lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1.319 del Código Civil, a tenor de lo dispuesto en el segundo párrafo, el tercero acreedor puede reclamar el dinero, dada la existencia de una responsabilidad solidaria de los bienes comunes: la exclusión de la empresa conyugal del elenco de los bienes gananciales reduciría su tutela, no pudiéndose embargar o pedir dinero de esta empresa (35).

Por todo ello, la conclusión es que no tendría que modificarse el artículo 1347.5, sino que debería modificarse el artículo 1.375 del Código Civil, añadiendo el inciso: «*lo dispuesto es este párrafo no se aplica al artículo 1347.5, donde las partes podrán o no establecer la gestión conjunta de dicho bien*» (36). Así, se eliminaría la necesaria cogestión del bien y se

(34) Para un supuesto fáctico real en que, en caso de deudas de la empresa conyugal, responde la sociedad de gananciales, vid. SAP de Orense, núm. 359/2002, de 18 de noviembre (*JUR* 2003/42721). De hecho, la doctrina está de acuerdo que, en caso de una deuda de la empresa conyugal ganancial, responderá también con los demás bienes comunes, TORRALBA SORIANO, Vicente, «Artículo 1.347», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, vol. II, 1984, pág. 1612. Este autor sostiene que en tal caso nos encontraríamos ante una solución análoga a la del artículo 6 y sigs. del Código de Comercio.

(35) De todos modos, recuérdese que por el artículo 1319.2 del Código Civil el tercero podría siempre pedir dinero privativo del cónyuge que contrajo la deuda o subsidiariamente del otro cónyuge.

(36) Por lo tanto, el artículo resultaría así formulado: «*En defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes. Lo*

eliminaría el problema probatorio provocado por la estipulación de una cláusula en capitulaciones matrimoniales o de un contrato de mandato. De hecho la estipulación de éstos no sería ya obligatoria para destruir las presunciones laborales, dado que no se necesitaría la cogestión prevista por el artículo 1.375 del Código Civil. Esta reforma tendría igualmente que ser acompañada por la modificación de la DA 27.^a 1 LGSS en los términos anteriormente planteados.

B) Aceptar la postura según la cual se niega la contratación por cuenta ajena del cónyuge permite que la DA 27.^a 1 tenga coherencia y normal actuación y por lo tanto no necesite ninguna modificación. Crea, sin embargo, otros dos problemas jurídicos. La exclusión de esta posibilidad vaciaría en parte lo dispuesto en el artículo 1.323 del Código Civil y por lo tanto los cónyuges quedarían limitados a la hora de contratar «todo tipo de contratos» (contrato de trabajo subordinado) en el supuesto del artículo 1347.5 del Código Civil. Por lo tanto, tendría que modificarse el artículo 1.323 añadiendo: «salvo la celebración de un contrato subordinado en el supuesto del artículo 1347.5».

Asimismo, aceptar dicha opinión conlleva que las presunciones de los artículos 1.3.e) ET y 7.2 LGSS estén actualmente mal formuladas. Éstas, siendo *iuris tantum*, dejarían abierta la posibilidad de la contratación por cuenta ajena, siendo destruible por prueba en contrario. Por lo tanto tendría que añadirse un inciso a ambas presunciones: «salvo el supuesto del artículo 1347.5 en el que dicha presunción no admite prueba en contrario».

IX. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

La génesis de todas estas incongruencias deriva de la incorporación de un precepto (37), el artículo 1347.5, de carácter totalmente ajeno al derecho co-

dispuesto es este párrafo no se aplica al artículo 1347.5, donde las partes podrán o no establecer la gestión conjunta de dicho bien».

(37) Cabe notar que el proyecto de Ley del artículo 1347.5 afirmaba que: «Son bienes gananciales: Las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas, *en su mayor parte*, de bienes comunes». Para la doctrina dicha redacción es preferible: RAMS ALBESA, Joaquín, «La empresa en la sociedad de gananciales», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, págs. 715 y 726. El autor prefería el texto del proyecto, que lo define mucho mejor que el actual. Sin embargo su crítica derivaba de otras razones sosteniendo que el texto definitivo poseía «una marcada dirección ganancialista que se puede calificar de maximalista». El autor señala brillantemente como la modificación en sede *de lege ferenda* ha hecho perder la *ratio* del original precepto que era la de preservar la empresa privativa o mantener tal conservación para aquélla que se crease con dinero prevalentemente privativo, respecto de la fuerza atractiva de la masa ganancial a través del artículo 1347.3.

mún español. A la hora de incorporarse cualquier tipo de precepto, éste tiene que integrarse con la realidad jurídica preexistente. Si en Italia la aplicación y la vigencia de dicho precepto resulta posible porque existe una definición de empresa familiar que ayuda a delimitar el ámbito de aplicación de la norma, en España esto no se da. Además es verdad que, tanto en el Derecho español como en el italiano, existe una presunción de no laboralidad. Sin embargo, en Italia opera exclusivamente en el determinado supuesto *legal* de la empresa familiar delineado en el artículo 230 bis del Código Civil [compatible (38) con lo del art. 177 CC] y esta presunción se relaciona con una automática repartición de ganancias y obligación de mantenimiento de la empresa que no existe en España (39). En cambio, en España esta misma presunción queda totalmente desvinculada de cualquier beneficio y por lo tanto, fomenta el fraude de ley mediante el requerimiento de la prestación por desempleo.

El artículo 1347.5 fue introducido en 1981, cuando en el ordenamiento jurídico ya estaban en vigor las presunciones de los artículos 1.3.e) ET y 7.2 LGSS (40). El legislador español tendría que haber valorado si la introducción del precepto creaba incongruencias con la normativa laboral. Lo mismo debiera haber ocurrido cuando se introdujo, en 1997, la DA 27.^a LGSS (41).

En Italia el requisito de la cogestión es requerido expresamente por el artículo 177 del *Codice Civile*; en cambio en España —aunque el art. 1347.5 no lo disponga— se requiere *de facto* en virtud del artículo 1.375 o, en caso de una sociedad, también ex DA 27.^a 1 LGSS.

Sin embargo, en Italia, dicha cogestión es posible por la relación del artículo 177 con el artículo 230 bis del *Codice Civile*. En el Derecho italiano los sujetos pueden, en cualquier momento, decidir aplicar o no la presunción de no laboralidad establecida por el artículo 230 bis en caso de empresa familiar. Esta es una norma de carácter residual y opera exclusivamente si las partes no han pactado otra cosa. En el Derecho italiano el cónyuge no necesariamente tiene que ser un trabajador por cuenta propia en una empresa conyugal familiar que venga gestionada conjuntamente por los cónyuges. En

(38) Esta es nuestra postura. En esta línea, BUSNELLI, cfr. *op. cit.*

(39) FERRANTE, Alfredo, «Aportaciones comparativas para la definición jurídica de un instituto: la empresa familiar en Italia», en *Derecho de Sociedades*, Aranzadi, núm. 23, 2004, pág. 474.

(40) El artículo 1.3.e) fue introducido (y nunca modificado) por la Ley 8/1980, de 10 de marzo. El artículo 7.2, introducido por el Decreto núm. 2065/1974, de 30 de marzo, ha sido modificado por la Disposición Adicional 11 de la Ley 5/1990, de 29 de junio. Como se sabe, con el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, se ha aprobado el texto refundido de la Seguridad Social, derogando al Decreto 2065/1974.

(41) La Ley 66/97, de 30 de diciembre (BOE 31 de diciembre de 1997, núm. 313). La disposición se ha vuelto a modificar por el artículo 34.2 de la Ley 50/98, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Y por último ha sido introducido el párrafo 3 por el artículo 22 de la Ley 55/99, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

ausencia de un pacto expreso entre los familiares operará automáticamente la presunción del artículo 230 bis y el familiar colaborador —aquí el cónyuge— no será ni trabajador por cuenta ajena ni por cuenta propia, sino un colaborador familiar que por el simple hecho de aportar un trabajo de forma continuada (42) a la empresa familiar tendrá derecho a una repartición de ganancias proporcionada al trabajo efectuado (43) y un derecho de mantenimiento. La presunción de no laboralidad, en Italia (44), resulta así acompañada de una tutela del sujeto que colabora en la empresa familiar, siempre, de forma automática, en tanto que las partes no hayan pactado ningún tipo de relación laboral entre sí. Los sujetos podrán, en cualquier momento, derogar dicho sistema —no aplicándose, por tanto, esta presunción y lo dispuesto en el art. 230 bis— constituyendo una empresa familiar bajo forma societaria o contratando al cónyuge o al familiar en calidad de trabajador por cuenta ajena. En el primer caso se aplicarán las correspondientes normas de la forma societaria elegida (por ejemplo, las normas que se refieren a una SL o a una SA). En el segundo caso, el cónyuge tendría que darse de alta en el RGSS. Aquí, naturalmente, en caso de un contencioso judicial con la Seguridad Social tendrá que probarse por el trabajador que su actividad laboral posee todas las características de un trabajo por cuenta ajena, al igual que pasa en el Derecho español.

(42) Cass. núm. 1525, de 19 de febrero de 1997; Cass. núm. 5741, de 22 de mayo de 1991; Corte d'Appello Messina, de 16 de febrero; Pretura Forlì, de 21 de diciembre de 1994, en *Diritto Familia*, 1995, pág. 678. La jurisprudencia sostiene que es necesario el requisito de la continuidad de la prestación laboral; aunque a veces se ha reforzado esta hipótesis requiriéndose un ulterior requisito esencial: no solamente una actividad laboral continuada, sino que esta aportación laboral produzca un incremento de la productividad de la empresa. Vid FERRANTE, ALFREDO, «Aportaciones comparativas para la definición jurídica de un instituto: la empresa familiar en Italia», en *Derecho de Sociedades*, Aranzadi, núm. 23, 2004, pág. 474 y sigs.

(43) Obsérvese que solamente ocurre si el presupuesto de la empresa se cierra en positivo. Nunca podrá definirse un trabajador por cuenta ajena en este caso porque, por ejemplo, si el balance de la empresa es negativo y por lo tanto la empresa tiene deudas frente a terceros, el sujeto no responderá nunca frente a la deuda contraída con su dinero privativo.

(44) Por lo que respecta a la normativa y jurisprudencia italiana anterior a la introducción del artículo 230 bis, cabe mencionar que el trabajo familiar, sobre todo por lo que respecta a los aspectos de la Seguridad Social, ya estaba regulado por el artículo 1 de la Ley 370/34, sobre el «riposo domenicale e settimanale», y por el artículo 2, Lett. A) y b) del *Dpr* 797/55, de 30 de mayo, o sea, del «Testo Unico delle norme concernenti gli assegni familiari»; aquí se excluía el carácter subordinado de determinados familiares que convivían y dependían del empresario. Además el *Decreto Presidenziale* 1403/71, de 31 de diciembre, permite una relación de trabajo doméstico entre parientes, y el artículo 5 del *Decreto Presidenziale* 1668/56, de 30 de diciembre, admite el contrato de aprendizaje del hijo del empresario. Por lo que respecta, la gratuidad de la prestación antes de la entrada en vigor del artículo 230 bis, vid. por ejemplo: Cass. de 18 de mayo de 1971, núm. 1475, en «*Giustizia. civile. massimario*», 1971, fasc. 5, pág. 111; Cass. 29, aprile 1974, núm. 1452, in *Giustizia Civile massimario*. 1974, fasc. 4, pág. 67.

La norma italiana, literalmente, requiere solamente la cogestión de los cónyuges y que la empresa sea creada después del matrimonio. El artículo 177.1.d) del *Codice Civile* no pide en cambio como requisito —al contrario del correspondiente art. 1347.5 CC español— que la empresa sea fundada con dinero común. De tal forma se deja abierta a los cónyuges la posibilidad de crear una sociedad entre ellos valorando si establecer o no una cogestión de la misma (45). En cambio en el Derecho español, la cogestión de la empresa familiar conyugal resulta obligatoria por la normativa civil (cfr. arts. 1347.5, 1.375, 1.323 CC) y laboral (DA 27.^a 1 LGSS), aunque el artículo 1347.5 no lo disponga expresamente. Esto choca con la posible destrucción de la presunción *iuris tantum* establecida en los artículos 1.3.e) ET y 7.2 LGSS. Por lo tanto, a la luz de la normativa actualmente vigente, se restringen los derechos civiles de contratación entre cónyuges de los artículos 1.323 y 1.275 del Código Civil, y se corre el riesgo de gravar al cónyuge con una mayor carga de la prueba a la hora de destruir la presunción de no laboralidad en la hipótesis de una empresa conyugal de forma individual.

Hoy en día, en el supuesto del artículo 1347.5, el cónyuge podría trabajar «libre y tranquilamente» por cuenta ajena —probando que está desarrollando un trabajo que posea los requisitos propios de ajenidad— exclusivamente en una hipótesis: la prevista por el artículo 1.387 del Código Civil, o sea, todas las veces que uno de los dos cónyuges requiera un tutor o un representante legal. En dicha hipótesis no cabría aplicación del artículo 1.375 y ni tan siquiera la correspondiente gestión conjunta de la empresa, procediendo *ex lege* la exclusiva administración de la empresa al otro cónyuge y, permitiéndose así la eventual contratación del consorte en calidad de trabajador subordinado. También el cónyuge podría ser contratado sin ningún tipo de problema en la hipótesis de una empresa familiar conyugal fundada con dinero exclusivamente privativo o mixto (supuesto art. 1.354). Esto sería posible dado que el dinero no sería ganancial y no se aplicaría la cogestión del mismo con los problemas que plantea. En este caso —según la actual redacción de los arts. 1.3.e) ET y 7.2 LGSS— se estaría ante una evidente disparidad de tratamiento en fase de carga de la prueba a la hora de destruir las presunciones de no laboralidad por parte del cónyuge, según que la empresa sea o no sea constituida enteramente con dinero ganancial. Así la ganancialidad o no de la empresa, es decir, la normativa

(45) Una aclaración importante es que el término «azienda» no corresponde al término «empresa»; el término azienda más bien se refiere al conjunto de bienes que se incluyen en la empresa; desde aquí la razón de la ganancialidad. Este importante aspecto no puede tratarse aquí, pero denota una importante diferencia a la hora de la interpretación paralela entre el artículo 1347.5 del Código Civil y el artículo 177.d) del *Codice Civile*. Quizá el conocimiento de este matiz hubiera evitado mucho contencioso en sede de interpretación de las palabras «empresa» y «establecimientos» del artículo 1347.5.

civil, afectaría de forma indirecta a la normativa laboral y a la esfera jurídica del sujeto.

Permítase que concluya con una frase —un poco «gótica»— que, sin embargo, resume todo lo anteriormente expuesto y defendido. En el momento actual puede verse la empresa familiar española como «un híbrido pez que erra en el mar jurídico que yerra», puesto que el sistema jurídico español no permite delinear con claridad el concepto legal de ésta ni tan siquiera la naturaleza autónoma o subordinada del trabajo efectuado en su contexto.

RESUMEN

GANANCIALES

A la hora de discernir entre bienes privativos y gananciales, el artículo 1347.5 del Código Civil español establece la ganancialidad de las empresas o establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad de gananciales por uno o ambos cónyuges a expensas de bienes comunes. Esta norma asume una relevancia considerable bajo múltiples perfiles y plantea algunas cuestiones que muestran un desajuste del legislador a la hora de coordinar la normativa civil con la de otros sectores como, por ejemplo, la laboral.

Si la empresa constituida ex artículo 1347.5 es una empresa familiar, esto conlleva el análisis de esta norma frente a la normativa laboral del artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 7.2 y de la Disposición Adicional 27.^a de la Ley General de la Seguridad Social, que establecen una presunción de no laboralidad por cuenta ajena del trabajador, requiriéndose el correspondiente alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de un determinado abanico de familiares, además del cónyuge.

¿Qué relación existe entre estas presunciones y la libertad de estipulación de contratos entre cónyuges del artículo 1.323 del Código Civil, en particular la estipulación de un contrato de trabajo

ABSTRACT

COMMUNITY PROPERTY

To discern between individually owned property and community property, article 1347.5 of the Spanish Civil Code states that enterprises and establishments founded during partnership by either or both spouses at the expenses of the spouses' common assets are community property. This rule takes on considerable significance under a great number of profiles and raises some questions that show civil legislation to be poorly coordinated with legislation in other sectors, such as labour law.

If the enterprise created under article 1347.5 is a family business, it invites analysis of the article 1347.5 as compared to labour legislation, particularly article 1.3 of the Workers' Statute and article 7.2 and Additional Provision 27 of the State Social Security Act, which establish the presumption that the worker is not working as an employee and thus require a certain range of family members, in addition to the spouse, to register as self-employed workers.

What relationship is there between these presumptions and the freedom of stipulation of contracts between spouses given in article 1323 of the Civil Code, particularly the stipulation of a contract for subordinate work? What relationship is there between these presumptions and the joint management of community pro-

subordinado? ¿Qué relación hay entre estas presunciones y la gestión conjunta de los bienes gananciales establecida por el artículo 1.375 del Código Civil?

La ausencia en el Código Civil y en el Código de Comercio de una definición del término «empresa» objetivamente considerado, y la circunstancia de que tampoco existe definición jurídica de «empresa familiar» en el ordenamiento jurídico español, complican la cuestión. Esta investigación quiere destacar algunas de las posibles incongruencias existentes y tiene, al mismo tiempo, el propósito de ofrecer una posible solución jurídica en sede de armonización del Derecho español.

perty established by article 1375 of the Civil Code?

The question is complicated by the absence of an objective definition of the term «enterprise» in the Civil Code and the Code of Commerce and by the fact that there is no legal definition of «family business» in Spanish legislation, either. This investigation endeavours to underline some of the possible incongruities and at the same time seeks to offer a possible legal solution for the harmonisation of Spanish law.

(Trabajo recibido el 12-12-06 y aceptado para su publicación el 19-10-07)