

## ¿Pueden los cónyuges pactar entre sí la constitución de Sociedades civiles o mercantiles?

### I

Indudablemente, los cónyuges pueden formar parte o hallarse interesados ambos, como socios o accionistas, en Sociedades civiles o mercantiles. Si el marido y la mujer adquieren, por donación, herencia o legado, determinado número de acciones, cada uno, de una misma Sociedad, ambos cónyuges se hallarán interesados como socios o formarán parte como accionistas de dicha Sociedad. Y si en una Sociedad regular, colectiva, constituida por tiempo determinado, con el pacto de que por muerte de alguno de los socios no se disolverá la Compañía, que continuará con los herederos del difunto, fallece uno de los socios habiendo instituido herederos a los cónyuges A y B, éstos, como herederos de aquél, vendrán a formar parte, como socios, de la misma Sociedad.

Pero no son éstos, ni otros análogos, los casos a que se refiere la pregunta de nuestro tema. No se trata de dilucidar si los cónyuges pueden hallarse interesados como socios o formar parte como accionistas de una misma Sociedad, sino de resolver si pueden constituirla, es decir, si pueden pactar entre sí la constitución de una Sociedad, civil o mercantil.

### II

A primera vista no se alcanza la finalidad que persiguen los cónyuges al pactar entre sí la constitución de una Sociedad anónima o de responsabilidad limitada. Pero si se explora a fondo su intención, probablemente se verá que su propósito no es otro que la constitución de un patrimonio especial, afecto al comercio o industria a que se dedican los cónyuges o alguno de ellos, independiente y no sujeto al precepto

general del art. 1.911 del Código civil, según el cual, del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.

Mientras la teoría clásica—dice Castán—estableció el principio de que cada persona no puede tener más de un patrimonio, porque una es la personalidad, otras concepciones modernas, cuyos matices son muy variados, admiten que, cuando el fin lo requiera, pueden varias masas patrimoniales encontrarse en manos de una misma persona.

El patrimonio personal es el patrimonio tipo, que se constituye en torno del hombre y le acompaña hasta el momento de su muerte. Constituye una *unidad*, basada en la personalidad del titular y cuya principal misión es servir de garantía a los acreedores; así, el art. 1.911 del Código civil dice que del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros. Esta unidad del patrimonio no puede alterarla a su arbitrio el titular del mismo, ni siquiera por el ejercicio del comercio con contabilidad y administración separada, pues la constitución de patrimonios especiales requiere una disposición de la ley.

La doctrina moderna admite, con mayores o menores reservas, la posibilidad de los patrimonios separados, es decir, de núcleos patrimoniales que, en aras de un determinado fin, son tratados, en ciertos aspectos, como una unidad distinta del resto del patrimonio. Pero la Empresa o Hacienda mercantil, a pesar del carácter unitario que presente como organismo económico, no se considera como patrimonio separado.

Y como la Empresa o Hacienda mercantil no se considera patrimonio separado, porque la unidad del patrimonio personal no puede alterarla a su arbitrio el titular del mismo, ni siquiera por el ejercicio del comercio con contabilidad y administración separada, ya que no existe ninguna disposición de la ley que lo autorice, el comerciante individual que desea la constitución de un patrimonio especial, que responda él solo de las obligaciones de su negocio mercantil, quedando a salvo el resto de su patrimonio personal, no encontrando cauces legales para constituirlo, porque no hay términos hábiles para ello dentro de nuestro derecho positivo, acude a la única posibilidad que se le ofrece de conseguir el fin deseado, que es constituir con su esposa una Sociedad anónima o de responsabilidad limitada, que le permita seguir actuando en su negocio mercantil con la misma libertad e indepen-

dencia que antes tenía, ya que los únicos interesados en la Sociedad son los dos cónyuges, y sin la responsabilidad general que se deriva del artículo 1.911 del Código civil para el resto de sus bienes, presentes y futuros, no aportados a la Sociedad.

Y si lo que se pacta entre los cónyuges es una Sociedad regular colectiva, el móvil que les induce a ello y la finalidad que persiguen es: seguramente, robustecer el crédito personal del marido en el negocio mercantil objeto de su actividad, quedando la mujer al constituir la Sociedad obligada, personal y solidariamente, con su esposo, con todos sus bienes, a las resultas de las operaciones que se hagan a nombre y por cuenta de la Compañía, bajo la firma de ésta y por persona autorizada para usarla, que suele pactarse, sea el marido o ambos cónyuges, indistintamente, con lo que se evita el aval de la mujer para cada una de las operaciones del marido, que a éste se le exigía, en su negocio personal, cuando su crédito no era muy robusto y consistente.

### III

¿Pero son válidos los contratos entre cónyuges?

Los contratos celebrados entre marido y mujer, antes del Código civil, eran nulos, salvo los expresamente exceptuados por la ley, por considerar que se oponía a ellos el principio de unidad de persona entre los cónyuges y la exigencia de la licencia marital.

Después del Código civil, la doctrina científica y la jurisprudencia se han inclinado a la solución contraria, es decir, a considerarlos válidos salvo los casos expresamente determinados por las disposiciones legales.

En este sentido, la sentencia de 21 de febrero de 1900 ha declarado 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 pueda 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, tanto más, cuanto que facilitan el funcionamiento de la Sociedad expresada.

Y, con igual criterio, la resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado de 31 de mayo de 1895 estableció que, dado el artículo 1.263, núm. 3.º del Código civil, la regla general hoy en vigor en materia de contratos otorgados por mujeres casadas, es la que hay que reputarlos válidos, sin más excepciones que las expresadas por la ley, por lo que se ha de entender suprimida por el Código civil la disposición de la ley 61 de Toro que, recogiendo el precedente del Senadoconsulto Velezano y la auténtica *Si qua mulier*, prohibía a la mujer casada ser fiadora de su marido u obligarse mancomunadamente con él.

#### IV

Según se desprende de la jurisprudencia antes indicada, la regla general respecto a los contratos entre cónyuges, después del Código civil, es la de su validez, salvo las excepciones expresamente determinadas por la ley.

Ahora bien; ¿entre esas excepciones se halla comprendida la celebración del contrato de Sociedad, civil o mercantil, entre marido y mujer? ¿Hay alguna disposición especial que prohíba esos contratos?

En el Código de Comercio, ninguna. Y en el Código civil sólo encontramos el precepto del art. 1.677, que ordena no pueden contraer Sociedad universal entre sí las personas a quienes está prohibido otorgarse recíprocamente alguna donación o ventaja. Según esto, los cónyuges no pueden celebrar entre sí el contrato de Sociedad universal; ¿pero podrán constituir Sociedad particular?

“Aunque el punto ha sido muy debatido, nos inclinamos—dice Castán—a la tesis permisiva de los contratos de Sociedad particular entre esposos, ya que ningún precepto de nuestro Código los prohíbe, y hay que estar a la norma general, según la que toda persona es capaz para contratar mientras no sea declarada incapaz por la ley.”

Y este mismo criterio era el sostenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 3 de febrero de 1936, al declarar: “Que la libertad contractual consignada en el art. 1.255

del Código civil obliga a reconocer que los cónyuges pueden contratar entre sí, siendo, por lo tanto, la permisión regla general, frente a la cual habrán 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, pues no consta que se hayan celebrado capitulaciones matrimoniales, y en caso afirmativo, si se produce alteración de ellas, ni que haya implícita alguna donación, ni que se realice venta de bienes entre ellos, ni que la Sociedad sea universal; y que si cuando constituyen los cónyuges solos la Sociedad regular colectiva, aun interviniendo otras personas, no desaparece el carácter de estar constituida entre marido y mujer, la prohíbe la jurisprudencia francesa, por creerla incompatible con la preeminencia del marido en la vida familiar, aunque hay autores que se oponen a ella, en el Derecho español la cuestión es clara por el cúmulo de facultades que el art. 10 del Código de Comercio concede a la mujer, mediante la autorización del marido, sin que pueda afirmarse que tal concesión es sólo para la comerciante individual, pues no es lógico restringirla cuando no existe la prohibición, ni que tal amplitud está atenuada por la facultad atribuida al marido de revocar la licencia en cualquier momento, lo que no puede hacer en la Sociedad, que, rigiéndose como ley primaria por sus estatutos, sujeta la voluntad del marido por un plazo ..., porque si éste puede conceder la licencia, también puede fijar el plazo de ella, y, por otra parte, el término "podrá" del art. 8.º manifiesta indudablemente que se trata de una facultad que puede o no ejecutar."

Al amparo de esta doctrina, sabemos que se han autorizado e inscrito, sin dificultad, en los Registros Mercantiles algunas escrituras de constitución de Sociedades pactadas entre cónyuges.

Pero ahora la Dirección General parece cambiar de criterio y, en la resolución de 9 de marzo del corriente año, declara: "Que constituidos los dos grandes grupos de Sociedades por las de personas y las de capitales, tanto si se estima la Sociedad de responsabilidad limitada como variante de la Sociedad por acciones, con organización más simplificada y flexible, criterio que domina en las legislaciones germánicas, como si se adscribe a las Sociedades de tipo personalista, según se regula en las leyes de los países latinos, y se acentúa en el art. 108 de nuestro Reglamento del Registro Mercantil, siempre será necesario, para enjuiciar con acierto el problema de la validez o ineficacia de las

escrituras objeto de este recurso, tener presente el papel que los promotores o fundadores de la Compañía mercantil juegan en el contrato y examinar si se cumplieron al autorizarlo sus requisitos esenciales; y que no gozan de mucho favor entre los juristas las Sociedades mercantiles de tipo personalista constituídas 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, aunque los arts. 1.334, 1.335 y 1.677 del Código civil son 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."

## V

A pesar de la doctrina sustentada por la Dirección General en la resolución últimamente citada, nosotros seguimos opinando que los cónyuges pueden pactar entre sí la constitución de Sociedades civiles o mercantiles, salvo la universal, prohibida por el art. 1.677 del Código civil entre las personas que no pueden otorgarse recíprocamente alguna donación o ventaja.

Sin embargo, si en nuestra práctica profesional se nos presentara de nuevo el caso de constitución de alguna Sociedad pactada entre cónyuges, como elemental medida de prudencia ante la doctrina vacilante de la Dirección, denegaríamos la autorización de la escritura proyectada y aconsejaríamos a los interesados en ella que interpusieran contra nuestra negativa el correspondiente recurso, previsto en el art. 145 del Reglamento del Notariado, para que por la Dirección General se rectificara o ratificara el criterio últimamente sustentado por la misma, revocando o confirmando nuestra negativa, y procederíamos, en consecuencia, acatando la resolución que se dictara en el recurso al efecto promovido, autorizando o no la escritura, según lo que se ordenase por la Superioridad..

V. RIBELLES ORTIZ.

Notario de Valencia.