

EL TRABAJO FAMILIAR EN EL DERECHO ESPAÑOL: EL TRABAJO ¿AUTÓNOMO? DE SUS MIEMBROS ENTRE LAS MALLAS LABORALES Y CIVILES

ALFREDO FERRANTE

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

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Raimundo ARAGÓN BOMBÍN, don Miguel Ángel DÍAZ PEÑA, don Manuel Carlos PALOMEQUE LÓPEZ, don Abdón PEDRAJAS MORENO y don FRANCISCO PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL.

Extracto:

Todo sistema jurídico requiere un detenido análisis dado que las normativas de una misma área jurídica o de varios sectores del Derecho no siempre se armonizan. Los diversos desajustes que conlleva esta situación podrían ser eliminados mediante un previo reajuste o modificación de la normativa aplicable. Es este el caso relativo a la empresa familiar y a las presunciones de no laboralidad por cuenta ajena establecidas para determinados parientes. Este estudio –dada su complejidad– se dividirá en dos partes. En la primera se estudiará la empresa familiar mediante un análisis del artículo 1.3 e) del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 7.2 y disposición adicional 27.^a de la Ley General de la Seguridad Social con el fin de aclarar de forma definitiva cuál es la calificación jurídica del trabajo realizado por los familiares incluidos en estas normas. Se advertirá cómo un mismo sector jurídico –en este caso el laboral– no consigue armonizarse de la mejor forma y –cuando lo hace– esto no viene aplicado de la forma más eficaz posible por parte de la doctrina judicial o jurisprudencial. La segunda parte de esta investigación se dedicará a aclarar las posibles incongruencias que se cometen, no en el mismo ámbito jurídico, sino entre dos sectores de Derecho diferentes, como son el laboral y el civil. Se verificará cómo la ganancialidad de la empresa familiar –establecida por el art. 1.347.5 CC– choca con la normativa laboral llegando a aplastar la capacidad de contratación de los sujetos.

Palabras clave: trabajo familiar, empresa familiar, estatuto del trabajo autónomo, sociedad de gananciales y armonización entre normativa laboral y civil.

Sumario

Introducción.

Primera parte: Empresa familiar bajo forma societaria y presunción *iuris tantum* de no laboralidad: el juego de los artículos 1.3 e) del ET, 7.2 de la LGSS y disposición adicional 27.^a de la LGSS.

- I. Planteamiento.
- II. Una posible referencia en el Derecho comparado: la empresa familiar en Italia.
- III. La postura del Tribunal Supremo para unificación de doctrina: la inaplicabilidad de la presunción de no laboralidad.
- IV. Los pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia de posteriores a los del Tribunal Supremo: incongruencias.
- V. La incidencia de la disposición adicional 27.^a de la LGSS.
- VI. Consecuencias jurídico-prácticas de la introducción de la disposición adicional 27.^a de la LGSS.
- VII. Empresa familiar y menor emancipado.
- VIII. Empresa familiar y sociedades colectivas.
- IX. Conclusiones.

Segunda parte: Empresa familiar conyugal entre ganancialidad y una más amplia necesidad de reforma.

- I. Planteamiento.
- II. Ámbito y requisitos de aplicación material de la norma.
- III. *La azienda coniugale*.
- IV. Algunas matizaciones clarificadoras del precepto.
- V. Interacción con la normativa laboral: problemas y consecuencias.
- VI. Supuesto de aplicabilidad del artículo 1.347.5 a las sociedades mercantiles.
- VII. Supuesto de empresa individual.
- VIII. Una necesidad de reforma.
- IX. Algunas consideraciones finales.

NOTA: Este trabajo ha sido considerado merecedor de publicación en el ámbito de la convocatoria Premio CEF Laboral 2006. Se reproduce aquí dicho texto, no obstante se ha considerado oportuno modificar algunas fechas debido a la reciente aprobación por el Congreso de los Diputados del Proyecto de Ley sobre el Estatuto del Trabajo Autónomo.

INTRODUCCIÓN

Son conocidos los diversos proyectos pendientes que quieren armonizar el Derecho comunitario y que miran a un nuevo Derecho privado europeo: los principios del Unidroit, el Proyecto Lando y el Proyecto Gandolfi (también conocido como Proyecto de Pavia). Sin embargo, ya un sistema jurídico-nacional necesitaría un profundo análisis dado que las normativas de una misma área jurídica, o de varios sectores del Derecho, no siempre se armonizan, dando lugar a sucesivos problemas que podrían ser eliminados mediante un previo reajuste o modificación de la normativa aplicable. Es este el caso de la normativa relativa a la empresa familiar y a las presunciones de no laboralidad por cuenta ajena establecidas para determinados parientes. Se mostrará cómo a veces la falta de coordinación de la normativa vigente o el posible descuido a la hora de introducir un precepto nuevo en el ordenamiento han fomentado o mantenido la incertidumbre jurídica en vez de eliminarla. Este estudio –dada su complejidad– se dividirá en dos partes.

En la primera se estudiará la empresa familiar mediante un análisis del artículo 1.3 e) del ET, del artículo 7.2 y de la disposición adicional 27.^a de la LGSS * con el fin de aclarar de forma definitiva cuál es la calificación jurídica del trabajo realizado por los familiares incluidos en estas normas. Se advertirá cómo un mismo sector jurídico –en este caso el laboral– no consigue armonizarse de la mejor forma y –cuando lo hace– esto no viene aplicado de la forma más eficaz posible por parte de la doctrina judicial o jurisprudencia.

La segunda parte de este estudio se ocupará de aclarar las posibles incongruencias que se realizan no en el mismo ámbito jurídico, sino entre dos sectores del Derecho diferentes, como son el laboral y el civil. Se verificará cómo la ganancialidad de la empresa familiar, establecida por el artículo 1.347.5 del CC, choca con la normativa laboral llegando a aplastar la capacidad de contratación de los sujetos.

Este estudio asume un interés de extrema actualidad, dado que recientemente el Congreso de Diputados ha aprobado el Proyecto de Ley n.º 621/000101 ** relativo al nuevo Estatuto del Trabajo

* Abreviaturas: art.: artículo; CC: Código Civil; cit.: citado; disp. adic.: 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 de la 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.

** Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie II, 17 de mayo de 2007, n.º 101(a) (cong. diputados, serie a, n.º 115 n.º exp. 121/000115).

Autónomo. Desde el pasado 17 de mayo su examen está en tramitación en la Cámara. Dicho texto contribuye a delinear deberes y derechos de estos tipos de trabajadores mejorando la reglamentación vigente. El estatuto es de loable valor, preocupándose tanto de la situación económica como del régimen jurídico del trabajador autónomo; sin embargo, ha omitido definir con precisión su ámbito subjetivo de aplicación, sobre todo en el ámbito de la empresa familiar y del trabajo familiar en general. Dicho tema se ha tocado pero con genéricas referencias a la normativa anterior [cfr. art. 1.1 e) y art. 2 b)] y, por esto, se hubiera podido aprovechar esta reforma para aclarar algunas situaciones dudosas o que han motivado un copioso número de problemas. No siempre se puede construir una casa empezando por el tejado. En sede *de lege ferenda*, tarea del legislador es armonizar y perfeccionar el sistema legislativo vigente, posiblemente despejando las dudas que las incongruencias normativas han mostrado, teniendo en cuenta también el Derecho vivo delineado por la jurisprudencia tanto en sus aciertos como en sus no perfectas interpretaciones. Es este el caso de la empresa familiar y de las presunciones de no laboralidad por cuenta ajena a esta relacionada. Objeto de este trabajo es aclarar y mostrar –ofreciendo una posible solución, quizás útil a la hora de una próxima reforma– cual es la correcta calificación jurídica del trabajo de los familiares que trabajan dentro de una empresa familiar, sea esta constituida de forma individual o societaria, o tenga carácter ganancial y formada por los dos cónyuges.

PRIMERA PARTE. EMPRESA FAMILIAR BAJO FORMA SOCIETARIA Y PRESUNCIÓN *IURIS TANTUM* DE NO LABORALIDAD: EL JUEGO DE LOS ARTÍCULOS 1.3 E) DEL ET, 7.2 DE LA LGSS Y LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 27.^a DE LA LGSS

I. PLANTEAMIENTO

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 ¹. 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, como la de desempleo.

¹ Tengáse presente también la patria potestad que puede ejercitar el padre sobre los hijos por el artículo 162 del CC. Este artículo establece que: «Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados». Sobre todo, según el n.º 3 del párrafo segundo «para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de este si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158». Puede advertirse que ya en ámbito civil, el vínculo familiar tiene relevancia jurídica; sin embargo, esto no impide que el sujeto tenga un determinado margen de autonomía a la hora de contratar aunque no sea todavía mayor de edad. Por lo que respecta a la relación entre menor emancipado y empresa familiar, se reenvía a lo que se dirá en la epígrafe VII de la primera parte de este trabajo.

Dos aspectos importantes caracterizan al sistema jurídico español desde este punto de vista: a) no hay reglas sobre la EF propiamente dicha, sin perjuicio de alguna ley societaria que se dirige sobre todo a este tipo de empresa²; b) pero, a propósito del trabajo familiar, existen una serie de presunciones *iuris tantum* por las cuales 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) del ET, el artículo 7.2 y la disposición adicional 27.^a 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 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. De todos modos, se verá cómo dicha norma no siempre ha sido tenida en consideración.

Como se ha visto, los dos primeros preceptos, sin duda, se refieren al empresario persona física. Pero los interesados pueden constituir una empresa familiar mediante cualquier forma jurídica, desde la individual a la societaria, personalista o capitalista, lo que genera la duda de si también una empresa familiar configurada en forma societaria queda sujeta a la aplicación de esta presunción de no laboralidad por cuenta ajena. Es decir, ¿el concepto de empresario configurado por los artículos 1.3 e) del ET y 7.2 de la LGSS se refiere también a las personas jurídicas?

Cuando la EF asume una forma societaria es difícil hablar de parientes respecto a una persona jurídica y por lo tanto resulta un poco artificial aplicar las presunciones de no laboralidad. Pero, por otro lado, es también cierto que cabe otra posibilidad: la de que dos o más socios sean entre sí parientes. ¿Podrán aquí aplicarse las presunciones analizadas sobre la empresa familiar? Hoy en día sobre esta cuestión se pronuncia, bien es cierto que de manera implícita o indirecta, la disposición adicional 27.^a

² La referencia es a la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa (BOE n.º 79, de 2 de abril de 2003), que, pensada para las PYMES, crea la Sociedad Limitada Nueva Empresa (SLNE). Esta sociedad se caracteriza esencialmente por un sistema de contabilidad simplificada. Dado que el número máximo de socios permitido es de 5 y sobre todo porque los socios tendrán que ser exclusivamente personas físicas, se amolda bien a pequeñas realidades familiares. En general: VV.AA., «La Sociedad Limitada Nueva Empresa: comentario a los artículos 130 a 144 y a las disposiciones adicionales 8.^a y 13.^a de la LSRL», BOQUERA MATARREDONA, J. (dir.), Thomson-Aranzadi, 2003. OCHOA TREPAT, M.L., «Manual para la tramitación y creación de sociedades limitadas y nueva empresa: constituir y legalizar una empresa a través de Internet», *Experiencia*, 2003. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.B., «La sociedad unipersonal en el Derecho español: sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada y sociedad limitada nueva empresa», *La Ley*, 2004. MORA ALARCÓN, J.A., «Sociedades de responsabilidad limitada y de nueva empresa», Tirant lo Blanch, 2004. DIAZ ECHEGARAY, J.L., CARBAJO VASCO, D., ECHEGARAY LÓPEZ, M., «La constitución de pequeñas y medianas empresas: La Sociedad Limitada Nueva Empresa: una visión práctica», *Experiencia*, 2003; GRANDÍO DOPICO, A., RAMA PENA, O., «Creación de empresas: Ley 7/2003, de la sociedad limitada nueva empresa», *Netbiblio*, 2003. VALPUESTA GASTAMIZA, E.M., «La sociedad nueva empresa: Ley 7/2003, de la sociedad limitada nueva empresa», Bosch, 2004. Para un análisis de esta ley en relación con la empresa familiar véase VALPUESTA GASTAMIZA, E.M., «Crear una empresa familiar en 48 horas: demasiadas prisas en la Ley de Sociedad Limitada Nueva Empresa» en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 599, 2003, págs. 1 y ss.

de la LGSS, que parece despejar en parte el interrogante formulado. Sin embargo, no es una norma capaz por sí sola de resolver todos estos problemas. Por otra parte, el recorrido trazado por la jurisprudencia y la doctrina judicial ha sido complicado y complejo y no ha procurado una solución definitiva al asunto. En efecto, antes de la entrada en vigor de la disposición adicional 27.^a de la LGSS la doctrina judicial tomaba dos posturas antitéticas, una admitiendo la aplicación a las sociedades de las presunciones *ex* artículo 1.3 del ET y 7.2 de la LGSS, y otra más restrictiva.

Una serie de pronunciamientos entienden el concepto de empresario exclusivamente en su acepción de persona física refiriendo la presunción únicamente a un sujeto personal e individual. Desde esta perspectiva se excluye la aplicación de la presunción a las personas jurídicas, pero se permite una aplicación al sujeto (persona física) de dos formas: tanto directa como indirectamente. Directamente podrá ser la persona de referencia de la misma presunción –siendo él mismo el empresario que constituye una empresa familiar de carácter individual–, o lo será indirectamente, resultando sometido a las mismas presunciones, dado que pertenece al abanico de familiares referidos en la norma.

En cambio, otros pronunciamientos tienden a una interpretación más amplia de empresario, permitiendo que las empresas familiares con personalidad jurídica societaria queden sujetas a las presunciones de los artículos 1.3 e) del ET y 7.2 de la LGSS, mediante la aplicación jurisprudencial de la teoría del levantamiento del velo. Aquí el sujeto de referencia para la presunción *iuris tantum* es uno de los socios de la empresa ³.

Desde el año 2000 el Tribunal Supremo –mediante varios pronunciamientos para unificación de doctrina– ha preferido indudablemente la postura más restrictiva, considerando que dichas presunciones no pueden aplicarse a las empresas familiares bajo forma societaria y que, por lo tanto, los parientes de los socios tienen que considerarse trabajadores subordinados ⁴.

II. UNA POSIBLE REFERENCIA EN EL DERECHO COMPARADO: LA EMPRESA FAMILIAR EN ITALIA

También en el Derecho italiano, donde en cambio se regula explícitamente la institución de la EF en el artículo 230 bis del Codice Civile ⁵, se admite una presunción *iuris tantum* de no laboralidad

³ Por ejemplo, véase STS (Sala de lo Social) de 4 de abril de 2000 (RJ 2000/3517).

⁴ STS (Sala de lo Social) de 30 de abril de 2001, unificación de doctrina (RJ 2001/4614); STS (Sala de lo Social) de 17 de enero de 2001, unificación de doctrina (RJ 2001/778); STS (Sala de lo Social) de 29 de mayo de 2000, unificación de doctrina (RJ 2000/4630); STS (Sala de lo Social) de 27 de abril de 2000, unificación de doctrina (RJ 2000/4254); STS (Sala de lo Social) de 19 de abril de 2000, unificación de doctrina (RJ 2000/4247); STS (Sala de lo Social) de 10 de abril de 2000, unificación de doctrina (RJ 2000/2764).

⁵ En Italia la ratio de la institución de la empresa familiar se debe a razones histórico-sociológicas. La antigua institución de la comunidad tácita familiar y la estructura piramidal de la familia patriarcal, en la que el *pater familiae* arbitrariamente podía dividir los útiles y las ganancias, necesitaba que se otorgase una mayor tutela al núcleo familiar. Por lo tanto, mediante el artículo 230 bis se pasa de una presunción de gratuidad del trabajo prestado en la empresa familiar a la concesión de determinados derechos a los componentes del núcleo familiar, en el supuesto de que colaboren en la empresa. La reglamentación de dicha institución es muy complicada y, no obstante ser muy interesante, queda exenta del tema en objeto.

para los parientes respecto al empresario que constituyó dicha empresa. El primero y el tercero de los seis párrafos de este precepto establecen que:

1. *«Salvo che sia configurabile un diverso rapporto il familiare che presta in modo continuativo la sua attività di lavoro nella famiglia o nell'impresa familiare ha diritto al mantenimento secondo la condizione patrimoniale della famiglia e partecipa agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquistati con essi nonchè agli incrementi della azienda, anche in ordine all'avviamento, in proporzione alla quantità e qualità del lavoro prestato. Le decisioni concernenti l'impiego degli utili e degli incrementi nonchè quelle inerenti alla gestione straordinaria, agli indirizzi produttivi e alla cessazione dell'impresa sono adottate, a maggioranza, dai familiari che partecipano all'impresa stessa. I familiari partecipanti all'impresa che non hanno la piena capacità di agire sono rappresentati nel voto da chi esercita la potestà su di essi.»*

3. *«Ai fini della disposizione di cui al primo comma si intende come familiare il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo; per impresa familiare quella cui collaborano il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo.»*⁶

La diferencia fundamental es que, mientras en el sistema español esta presunción no dispone de otras puntualizaciones, en el sistema italiano esta resulta intercalada en un sistema jurídico más complejo mediante el cual se quiere otorgar una tutela jurídica mínima a los familiares. De hecho, los familiares solo por colaborar en la empresa y aportar una actividad continuada y funcional a la productividad de la misma, serán titulares tanto de un derecho de reparto de ganancias, proporcional al trabajo prestado, como de un derecho de mantenimiento⁷. A todo esto se suma un derecho de adquisición preferente en caso de transferencia de la empresa o de fallecimiento.

En todo caso, cabe siempre la posibilidad de que las partes –en aras de su autonomía contractual– decidan evitar la entrada del específico sistema de derechos y deberes establecido por el artículo 230 bis, decidiendo crear la empresa familiar bajo una determinada forma societaria u optando por la contratación del familiar como trabajador subordinado. En ambas hipótesis los sujetos pueden evitar la presunción establecida por el legislador mediante un acto de autonomía negocial libremente estipulado.

⁶ Una traducción de todo el artículo puede encontrarse en VICENT CHULIÀ, F., «Empresa familiar y sociedad familiar», en *RDP*, n.º 5, 2000, nota n.º 18.

⁷ Nótese que dicho derecho al mantenimiento queda completamente desvinculado del hecho de que la empresa cierre su balance anual en activo y pasivo; aunque la empresa tendrá varias deudas, cada familiar colaborador tendrá ese derecho. Este último derecho, aunque parezca fundamentar su ratio en el estado de necesidad, en concreto no lo hace y, por parte de la doctrina, tiene carácter de retribución por el trabajo prestado. Esta última calificación no resultaría aceptable porque sino se tendría que proporcionar igualmente este derecho en la hipótesis de que el sujeto sea independiente económicamente, por ejemplo, porque está desarrollando otra actividad laboral. Por esto parece más oportuna su naturaleza asistencial. Esta cuestión deja todavía abierto un debate doctrinal sobre la eventual existencia de un «doble derecho de mantenimiento»: uno derivado de las normas sobre el derecho del familiar, ex artículo 433 del CC italiano, y otro del mismo artículo 230 bis. Esto podría dar lugar a diferencias de trato: piénsese en dos hermanos de los cuales uno trabaje en la empresa familiar y otro no; la doctrina se divide sobre la cumulabilidad o no de estos dos derechos de mantenimiento.

Constituyendo la empresa familiar bajo una determinada forma societaria, los sujetos muestran en efecto su voluntad de que la regulación aplicable sea la prevista por el Codice Civile para la forma societaria que han elegido para constituir la sociedad, no vinculándose al particular sistema regulado por el artículo 230 bis Codice Civile. Por lo tanto, si la EF fuese constituida, por ejemplo, en forma de SL, esta quedará sujeta a las normas inherentes a este tipo de sociedad y no podrá aplicarse el particular sistema de tutela jurídica predispuesto para los familiares por el artículo 230 bis. Por esta razón se dice que la norma en cuestión es una norma de carácter residual o subsidiaria; siempre tendrá relevancia la autonomía contractual de las partes y solo si estas no establecieron nada, será aplicable dicha reglamentación.

III. LA POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA: LA INAPLICABILIDAD DE LA PRESUNCIÓN DE NO LABORALIDAD

Como dijimos, desde el año 2000⁸, y con la única excepción de un pronunciamiento⁹, el Tribunal Supremo, en recursos de casación para unificación de doctrina, ha mantenido una posición unánime¹⁰ acerca de estas cuestiones, al afirmar que «cuando el empresario es una persona jurídica no puede hablarse de los parientes del empresario a efectos de excluir determinadas personas de la condición de trabajador por cuenta ajena»¹¹. Es decir, tanto el artículo 1.3 e) del ET como el artículo 7.2 de la LGSS «aluden a los parientes o familiares del empresario,... esa relación no puede darse cuando el empresario es una persona jurídica (por lo tanto)... no puede entenderse que un trabajador es pariente de la sociedad empleadora a efectos de negar naturaleza laboral a la relación existente entre ambos»¹².

⁸ Se llega a todos estos pronunciamientos para unificación de doctrina porque hasta el momento el mismo Tribunal Supremo se había dividido en dos posturas: la primera estaba relacionada a un concepto *stricto sensu* de empresario de los artículos 1.3 e) del ET y 7.2 de la LGSS y, por lo tanto, no se reconocía la presunción de estos artículos aplicables en caso de sociedad: STS de 14 de junio de 1994, unificación de doctrina (RJ 1994/5435, trabajador, Jefe de Administración, con el 10% de participación, con el resto del capital social perteneciente a socios familiares del interesado); STS de 19 de octubre de 1994, unificación de doctrina (RJ 1994/8060, trabajador con un 20% del capital, y el resto sus padres, desarrollando un trabajo ajeno por completo a la administración de la sociedad); STS de 14 de abril de 1997, unificación de doctrina (RJ 1997/3063, socio fundador de una SL con un 20% del capital, en la que trabajaba como oficial, y no en la administración); STS de 25 de noviembre de 1997, unificación de doctrina (RJ 1997/8623, trabajador ordinario al servicio de una SA, titular del 10% del capital, y el restante de sus padres); STS de 19 de diciembre de 1997, unificación de doctrina (RJ 1997/9520, trabajador de una SA en la que su madre es socia mayoritaria y su esposa administradora única); STS de 22 de diciembre de 1997, unificación de doctrina (RJ 1997/9530, trabajadora al servicio de una SA cuando su esposo es titular del 50% de las acciones); STS de 18 de marzo de 1998, unificación de doctrina (RJ 1998/3724, trabajador, socio de una SA con un 12,5% de participación en el capital, y cuyos padres son titulares del resto); STS de 5 de octubre de 1998, unificación de doctrina (RJ 1998/8658, trabajador que es titular del 33% del capital, y Secretario del Consejo de Administración sin facultades de dirección ni administración). *Contra*: STS de 14 de mayo de 1997, unificación de doctrina (RJ 1997/8312); STS de 26 de mayo de 1997, unificación de doctrina (RJ 1997/5392); STS de 4 de noviembre de 1999, unificación de doctrina (RJ 1999/9109).

⁹ STS (Sala de lo Social) de 4 de abril de 2000, unificación de doctrina (RJ 2000/3517).

¹⁰ Véase nota n.º 4.

¹¹ STS de 22 de diciembre de 1997 cit. nota n.º 8 (RJ 1997/9530).

¹² STS de 27 de abril de 2000, cit. nota n.º 4 (RJ 2000/4254).

Según esta visión, las presunciones analizadas no operarían ni se aplicarían en la hipótesis de EF constituida bajo forma societaria, sea esta SL o SA, aunque las cuotas del capital pertenezcan en su totalidad o en su mayoría a los familiares¹³: por lo tanto, tendrá que reconocerse que la actividad prestada por el correspondiente pariente tiene naturaleza de trabajo por cuenta ajena, pudiéndose, por ejemplo, conceder la prestación por desempleo requerida por el trabajador.

Sin embargo, merece la pena examinar con esmero el razonamiento que lleva a las soluciones planteadas por la jurisprudencia analizada. Por un lado, se confirma firmemente que no pueden aplicarse dichas presunciones cuando el empresario se prefigura como persona jurídica y, por otro, los fundamentos de derecho redactados en las mismas sentencias justifican «su toma en consideración». De hecho, se admite que las presunciones en cuestión son de carácter *iuris tantum* y no *iuris et iure* y, por lo tanto, pueden ser destruidas por la práctica de la prueba en contrario. ¿Cómo puede decirse que no es posible aplicar una norma y al mismo tiempo afirmar que la misma presunción, en cuanto *iuris tantum*, ha sido destruida por las pruebas aportadas en el mismo juicio, como por ejemplo «la pertinente prueba de que el pariente lleva a cabo realmente una prestación de servicios debidamente retribuida¹⁴»?

Nótese la peculiar característica de estas soluciones: se sostiene que el supuesto fáctico no cabe en las hipótesis delineadas por los artículos 1.3 del ET y 7.2 de la LGSS y al mismo tiempo se afirma que estas se «inaplican» porque quedan destruidas las presunciones. Si realmente no se hubieran querido aplicar las presunciones en las hipótesis en las que «empresario» es una persona jurídica, no se hubiera tenido que aplicar o desaplicar los artículos 1.3 e) del ET y 7.2 de la LGSS: los fundamentos jurídicos no hubieran tenido que desmontar estas presunciones y afirmar que estas resultaban destruidas, sino sencillamente no aplicarlas. Se hubieran tenido que asentar los fundamentos jurídicos en otras normas, entrando en juego el artículo 1.1 del ET y la presunción del artículo 8.1 del ET. Eso demuestra que en el fondo hay un problema de calificación jurídica, y que siempre habrá que distinguir entre las normas definitorias de un trabajo por cuenta ajena y las de uno por cuenta propia.

¹³ Los supuestos fácticos de las sentencias para unificación de doctrina eran: 1) STS de 4 de abril de 2000 (RJ 2000/3517): EF 100 por 100 cuotas perteneciente a los cónyuges en sociedad de gananciales, se deniega la prestación de desempleo requerida por el marido administrador único con 1,7 por 100 cuota; 2) STS de 10 de abril de 2000 (RJ 2000/2764): EF, sociedad limitada 100 por 100 entre familiares, se concede la prestación por desempleo requerida por un sujeto trabajador con 10 por 100 de cuota; 3) STS de 19 de abril de 2000 (RJ 2000/4247): «EF con terceros», la trabajadora mujer del socio al 33 por 100 obtiene la prestación por desempleo; 4) STS de 27 de abril de 2000 (RJ 2000/4254): EF entre dos hermanas y sus respectivos maridos (25% cada uno), marido de la administradora, en sociedad de ganancial con ella, reclama y obtiene alta en el RGSS; 5) STS de 29 de mayo de 2000 (RJ 2000/4630): EF bajo forma de sociedad limitada, 100 por 100 de cuotas pertenecientes a los familiares (35% a las dos hijas, administradoras indistintas), se concede al padre con el 30 por 100 de las cuotas la prestación por desempleo; 6) STS de 17 de enero de 2001 (RJ 2001/778): EF bajo forma de sociedad limitada con terceros, donde la mujer del trabajador, que no dispone de ninguna cuota, posee el 33 por 100 y después el 7,75 por 100, pide y obtiene la prestación por desempleo; 7) STS de 30 de abril de 2001 (RJ 2001/4614): EF bajo forma de SA, se concede la prestación por desempleo a la mujer, en sociedad de gananciales cuyo cónyuge detiene la mayoría de las acciones y la mujer resulta socia de la misma sociedad.

¹⁴ STS de 17 de enero de 2001 cit. (RJ 2001/778).

IV. LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA POSTERIORES A LOS DEL TRIBUNAL SUPREMO: INCONGRUENCIAS

Aunque se hayan tenido a la vista estos copiosos pronunciamientos para unificación de doctrina del Tribunal Supremo, concentrados en los años 2000 y 2001, los de los TSJ en los años sucesivos no han corroborado esta orientación. Por otra parte, los pronunciamientos para unificación de doctrina del Tribunal Supremo se refieren a supuestos fácticos y jurídicos en los que todavía no resultaba aplicable, o solo lo era parcialmente, la disposición adicional 27.^a de la LGSS y, por tanto, tienen que volver a ser considerados en otra óptica o con otro valor jurídico. Además, la introducción de esta nueva disposición adicional parece haber pasado en parte desapercibida y, por tanto, no tenuta demasiado en cuenta, tal vez porque se refiere a un problema colateral y en el marco de la Seguridad Social.

La cuestión sigue siendo hoy en día controvertida porque a una corriente que sigue la tesis del Tribunal Supremo ¹⁵ sigue oponiéndose otra que sostiene la vertiente opuesta ¹⁶, esto es, la de que siguen siendo aplicables los artículos 1.3 e) y 7.2 de la LGSS cuando el empresario sea una persona jurídica. Un ejemplo de ello lo brinda la sentencia del TSJ de Valencia de 14 de noviembre 2000 en la que se dice que: «en relación con lo expuesto resulta importante señalar que la presunción comentada no se circunscribe a los casos en que el destinatario de los servicios es una persona física que actúa como empresario, sino también, cuando la empresa está configurada mercantilmente como SA o SL, siendo mayoritaria la participación de la familia en el capital social» ¹⁷ y «por lo tanto, la pre-

¹⁵ Por ejemplo: TSJ de Cataluña n.º 6636/2003, de 23 de octubre, Sala de lo Social (JUR 2004/7458). Aquí la EF a nombre de una persona física pasa a ser una SA con el 100 por 100 de cuotas entre la socia fundadora, a la cual se le da la prestación por jubilación, marido e hija. TSJ de Andalucía, Málaga, n.º 902/2003 de 31 de mayo, Sala de lo Social, sección única (AS 2003/3610). Aquí se admite la prestación por desempleo de una sociedad familiar, una SL, entre socios que son marido y mujer; STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) de 29 de septiembre de 2000 (JUR 2001/75917), SA de carácter familiar donde la madre tenía el 20 por 100 del capital social [nótese que se aplica el concepto de EF delineado por la normativa tributaria sobre la empresa familiar por el art. 4.ocho, apartados c) y d) de la Ley n.º 19 de 6 de junio de 1991], se concede la prestación a la hija que con ella convive citando expresamente la STS de 19 de abril de 2000. La STSJ de Galicia de 18 de enero de 2001 (JUR 2001/82164) admite que las presunciones *ex* artículo 1.3 e) del ET y 7.2 de la LGSS no se apliquen a las personas físicas pero en el caso concreto las aplica porque considera la EF como individual.

¹⁶ STSJ de Galicia (Sala de lo Social) de 5 de noviembre de 2001 (JUR 2001/319991, no se reconoce la prestación por desempleo a un socio trabajador de una SL donde las cuotas quedaban repartidas de manera igualitarias entre cuatro hermanos); STSJ de Galicia (Sala de lo Social) de 8 de junio de 2001 (AS 2001/1786, no se reconoce la prestación por desempleo a un socio trabajador de una SL donde las cuotas quedaban repartidas totalmente entre los familiares: entre el sujeto, sus padres y su hermano); STSJ de Galicia (Sala de lo Social) de 27 de febrero de 2001 (no se reconoce el alta en el régimen general a un trabajador no socio de una SL donde las cuotas quedaban repartidas totalmente entre la mujer y las hijas); STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) de 5 de diciembre de 2000 (JUR 2001/164176, se niega la prestación por desempleo a una trabajadora no socia en una SL familiar de propiedad en partes iguales del marido y del cuñado); STSJ de la Comunidad de Andalucía, Granada (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 11 de octubre de 2000 (JUR 2000/43367, se niega la prestación por desempleo a un trabajador socio en una SA familiar).

¹⁷ STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social), de 14 de noviembre de 2000 (JUR 2001/92598, la actora tiene una participación social no mayoritaria, pero el resto del capital social de la empresa en la que formalmente cesa lo detentan sus padres y su hermano, por lo que se trata de una sociedad familiar, no obstante se apliquen las presunciones, se dice que estas resultan destruidas por las pruebas aportadas: salario y cotización).

sunción opera no sólo respecto a empresas individuales sino también cuando la empresa sea constituida mercantilmente a condición de que sea mayoritaria la participación de la familia en el capital social»¹⁸.

Cuando, en cambio, se sigue negando que estos artículos puedan aplicarse a las sociedades familiares, las motivaciones de las sentencias siguen mostrando una incongruencia en sus fundamentos, como ya tuvieron los pronunciamientos para unificación de doctrina anteriores. Se continúa afirmando que las presunciones *iuris tantum* en cuestión ceden cuando «la laboralidad que se pretende es real y no ficticia» y paradójicamente se afirma que «no existen reglas generales o fijas acerca de las situaciones en que cabe apreciar dependencia y ajenidad en el trabajo de quien está vinculado por lazos de parentesco con el titular de la empresa; solo a la vista de los hechos definitorios de cada caso es posible juzgar si los mismos son o no suficientes para destruir la presunción legal de la naturaleza extralaboral de la relación¹⁹». De esta manera, y como ya advertimos, se llegan a sostener dos afirmaciones antitéticas: por un lado, se afirma que la empresa familiar bajo forma societaria no puede quedar sujeta a las presunciones de no laboralidad y, por otro, se dice que «a veces sí», siempre que mediante prueba se destruyan las mismas presunciones.

Son dos las argumentaciones utilizadas para llegar a destruir estas presunciones: 1) la teoría del levantamiento del velo asociado al fraude de ley *ex* artículo 6.4 del CC²⁰; 2) la demostración de la existencia de una efectiva prestación laboral subordinada del familiar. En este último caso, se toma como referencia el poder que los demás familiares tengan en la administración de la empresa o en las cuotas sociales: si la participación de la familia en el capital social de la empresa, aun elevada, no alcanza la mayoría ni la administración aparece asumida «exclusiva o principalmente»²¹ por miembros de aquellas, se admitirá que la prestación desarrollada es de carácter subordinado; en cambio, donde haya accionariado mayoritario de los familiares la presunción asumirá una fuerza mayor y la prestación tendrá carácter extralaboral. Se razona, pues, en términos de porcentaje, fijándose en la cuota del 50 por 100 el límite por el cual la actividad no se desarrolla «exclusiva y principalmente», lo cual no es otra cosa que una «aplicación indirecta» y parcialmente adaptada de las normas tributarias sobre la empresa familiar²².

A la postre, la cuestión aparentemente resuelta por la doctrina del Tribunal Supremo permanece todavía susceptible de varias interpretaciones.

¹⁸ STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social), de 10 de julio de 2000 (JUR 2001/57242, SL cuyo capital social pertenecía al 100% a los padres, también aquí, no obstante se aplique la presunción, se afirma que esta resulta destruida por las pruebas: percepción de salario y la declaración individual de las rentas percibidas por la actividad laboral).

¹⁹ STSJ de Andalucía, Málaga, de 31 de mayo de 2003 (AS 2003/3610), STSJ de Murcia de 7 de noviembre de 2000 (por un supuesto fáctico donde estaba en vigor la disp. adic. 27.ª, JUR 2001/266).

²⁰ STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 28 de abril de 2004 (JUR 2004/157943). STSJ de Andalucía, Granada, de 2 de mayo de 2001 (AS 2001/2850). Nótese que el fraude se atribuye al hecho de que el cese en la empresa familiar se ha producido voluntariamente para poder pasar a otro empleo al fin de cotizar sucesivamente el período entero. En ambos casos, sin embargo, el ponente se olvida de la vigencia de la disposición adicional 27.ª de la LGSS.

²¹ STSJ de Andalucía, Málaga, de 31 de mayo de 2003 (AS 2003/3610).

²² Artículo 4.ocho, apartados c) y d) de la Ley n.º 19 de 6 de junio de 1991 de Impuesto sobre el Patrimonio. La ley ha sido modificada por Real Decreto n.º 1704 de 5 de noviembre y Real Decreto n.º 25 de 14 de enero de 2000.

V. LA INCIDENCIA DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 27.^a DE LA LGSS

La Ley 66/1997, de 30 de diciembre²³, introdujo la disposición adicional 27.^a²⁴ en la LGSS, modificada posteriormente²⁵. El objetivo de esta nueva disposición era dar una reglamentación específica a la posición que los administradores sociales y/o los socios de sociedades tienen que asumir frente a la Seguridad Social²⁶, en vista de las diversas posturas que la doctrina judicial había elaborado ante la inexistencia de una norma *ad hoc*. Quizás, al mismo tiempo, el legislador no haya acogido con mucho entusiasmo la prevalente postura del Tribunal Supremo para la unificación de doctrina que se vino creando con anterioridad; tratando de modificarla, como se verá, de forma radical²⁷.

²³ Esta es la Ley de Acompañamiento a la de Presupuestos Generales del Estado para 1998 (BOE de 31 de diciembre de 1997, n.º 313).

²⁴ Para un análisis doctrinal de dicha norma *vid.* ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, XVIII ed., Civitas, 2002, págs. 575-579, AA.VV., *Curso de Seguridad Social*, coord. MONTOYA MELGAR, A., Universidad Complutense Madrid, 2.ª ed., 2002, págs. 570-573; AA.VV., *Sistema de Seguridad Social*, Tecnos, 6.ª ed., 2004, págs. 516-518, AA.VV., *Seguridad social práctica*, Directores BLASCO LAHOZ, J.F. y LÓPEZ GANDÍA, J., Tirant lo Blanch, 2.ª ed., 2001, págs. 1.169 y ss., GÓMEZ CABALLERO, P., *Los trabajadores autónomos y la seguridad social: campo de aplicación y acción protectora del RETA*, Tirant lo Blanch, 2000, págs. 42-52, AA.VV., *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Director MONEREO PÉREZ, J.L., Comares, tomo II, 1999, págs. 2.051-2.041; AA.VV., *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Director RAMOS ALARCÓN CARACUEL, M., Aranzadi 2003; AA.VV., *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Director SEMPERE NAVARRO, A.V., Laborum 2003, págs. 1.338-1.344, LUJÁN ALCARAZ, J., «Encuadramiento en el sistema de Seguridad Social de socios trabajadores y miembros de los órganos de administración de las sociedades mercantiles capitalistas» en *Aranzadi Social*, vol. V, Parte Tribuna, 1998, págs. 95 y ss. Por lo que respecta a aspectos más específicos de la empresa familiar: SERRA MENA, A., «Empresa familiar: afiliación al RETA y prestación por desempleo», *Revista al Día*, Parte Tribuna n.º 12/2000 pág. 1, 2000. Respecto a sus aspectos financieros y tributarios véase: CALVO VÉRGEZ, J., «Empresa familiar: exención de los elementos afectos a actividades económicas y de las participaciones en la entidad en el Impuesto sobre el Patrimonio. Aspectos problemáticos», *Quincena Fiscal Aranzadi*, Parte Doctrina n.º 1, 2004.

²⁵ La disposición adicional 43.^a de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, introdujo por primera vez la disposición analizada, la cual fue nuevamente modificada por el artículo 34.2 de la Ley 50/1998, 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 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

²⁶ En lo que respecta a la más amplia temática sobre los socios trabajadores en cualquier tipo de sociedad y su relación con el Régimen de la Seguridad Social antes de la entrada en vigor de la disposición adicional 27.^a de la LGSS véanse: SEMPERE NAVARRO, A.V. y LUJÁN ALCARAZ, J., «Efectos del erróneo encuadramiento en Seguridad Social: el caso del socio mayoritario afiliado al Régimen General de la Seguridad Social (Comentario a las SSTSJ de Castilla y León-Valladolid 5 de marzo de 1996)» en *Aranzadi Social*, tomo I, Parte Presentación, 1996, págs. 2.579 y ss.; SEMPERE NAVARRO, A.V. y LUJÁN ALCARAZ, J., «Socios trabajadores: compatibilidad entre las relaciones societaria y laboral y protección por desempleo (Comentario a la STSJ de Castilla y León-Valladolid de 30 de abril de 1996)» en *Aranzadi Social*, Tomo. I, Parte Presentación, 1996, págs. 2.390 y ss.; SEMPERE NAVARRO, A.V., «¿Cuál es el Régimen de Seguridad Social adecuado para los socios que administran la empresa? (Comentario a la STSJ de Castilla y León-Valladolid de 4 de septiembre de 1996)» en *Aranzadi Social*, tomo III, Parte Presentación, 1996, págs. 2.434 y ss.; ROSS GARCÍA, J.J., «Las retribuciones de los administradores y socios que reúnen la condición de empleados, en las sociedades anónimas y limitadas (Aspectos fiscales de la Resolución de 14 de diciembre, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social)» en *Quincena Fiscal Aranzadi*, n.º 9, 1994, págs. 9 y ss.; MARTÍNEZ EMPERADOR, R., «Alta en la Seguridad Social de socios, administradores y directivos de las compañías mercantiles y civiles», en AA.VV., *Afiliación a la Seguridad Social de socios y administradores civiles y mercantiles: criterios administrativos y repercusiones fiscales*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, 1994, págs. 32 y ss.

²⁷ Efectivamente, mediante esta disposición adicional se posibilita la aplicación de no laboralidad a las empresas familiares bajo forma societaria: postura que en la mayoría de los casos había sido rechazada por el Tribunal Supremo. Recuérdese que, en un sistema de *civil law* la función de la jurisprudencia asume su papel fundamental en hipótesis de dudas interpretativas de normas o de vacíos legales, pero teniendo necesariamente que ceder el paso frente a la existencia de normas específicas y debiendo someterse al riguroso sistema jerárquico de las fuentes de Derecho.

Esta nueva postura asumida por el legislador no se debe a una actuación meramente arbitral. Más bien, a través de la introducción de la disposición adicional 27.^a de la LGSS quiso aclararse definitivamente un supuesto fáctico que hasta entonces había quedado sujeto a la libre interpretación jurisprudencial y administrativa. Podría afirmarse, en tal sentido, que la disposición adicional 27.^a de la LGSS ha nacido para asentar con rango mayor los criterios ya adelantados por la Resolución de 23 de junio de 1992 de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social que ya había afrontado esta problemática ²⁸.

Esta disposición, aplicable exclusivamente a las sociedades, insta a la inscripción obligatoria en el RETA en todos los casos en los que el sujeto tenga un control efectivo en una sociedad. Por lo tanto, no solo será aplicable a las empresas familiares bajo forma societaria, sino también en todos los casos en que un sujeto tenga parientes que son socios de la empresa. El legislador, intentando resolver la posición relativa a cualquier tipo de sociedad capitalista, ha hecho referencia implícita a la empresa familiar y, por esto, dicha disposición adicional asume un papel tan importante en este estudio.

La disposición adicional 27.^a de la LGSS contiene dos reglas. La primera (disp. adic. 27.^a 1) es relativa a cualquier sociedad y opera *ex lege*, sin presunción alguna ni prueba en contrario; según esta, tendrá que inscribirse en el RETA el sujeto que ostente por lo menos la mitad del capital social y tenga el cargo de administrador o consejero. La segunda (disp. adic. 27.^a 2, n.º 1) se refiere implícitamente a las empresas familiares bajo forma societaria, y según esta se presume que tendrá el control efectivo de la sociedad cualquier familiar comprendido en el mismo abanico del artículo 1.3 e) del ET o 7.2 de la LGSS si sus familiares, convivientes suyos, poseen una cuota del capital social que sea al menos la mitad de este. Es una presunción *iuris tantum*, por lo que si no se aporta ninguna prueba en contrario el sujeto tendrá que inscribirse en el RETA.

A continuación hay dos supuestos (disp. adic. 27.^a 2, n.º 2, disp. adic. 27.^a 2, n.º 3), por los cuales se presume el control efectivo, de igual modo basándose en cuotas, que pueden estar referidos tanto al supuesto fáctico de una empresa familiar como al de cualquier sociedad.

En concreto, mediante su párrafo segundo, la norma ha llenado en parte el vacío legal que previamente habían fomentado los numerosos recursos para unificación de doctrina analizados.

²⁸ Publicada en las recopilaciones de los textos de las resoluciones de la Seguridad Social, publicación interna del Ministerio del Trabajo, 1992, págs. 291-294. Dicha Resolución fue emanada porque la jurisprudencia había tomado una clara postura frente a la anterior Resolución de la misma Dirección de 17 de mayo de 1990. La Resolución de 1990 señalaba que la jurisdicción social consideraba, con carácter general, que los socios de SA y SL que trabajan personalmente en las mismas tenían la consideración de trabajadores por cuenta ajena. Los pronunciamientos jurisprudenciales posteriores habían tomado una postura contraria, demostrando que podía aplicarse la teoría del levantamiento del velo y, por lo tanto, dándose hipótesis en las que no se daban los requisitos de ajenidad, dependencia y remunerabilidad propios de un trabajo por cuenta ajena. La Resolución de 1992 toma en consideración esta directriz jurisprudencial y sostiene que debe reducirse el automatismo entre RGSS y socios, debiendo diferenciarse varias hipótesis, y llegar a diferentes soluciones según sea el sujeto personal de alta dirección, un miembro de los órganos de administración o sea un simple socio que se limite a funciones consultivas. La disposición adicional 27.^a intenta perfeccionar y complementar esta última Resolución. Sin detenerse demasiado en este tema de carácter más general, se reenvía a la misma Resolución. Para un intento de sistematización de las hipótesis prevista en la Resolución de 26 de junio de 1992, véase: LUJÁN ALCARAZ, J., «Encuadramiento en el sistema de Seguridad Social de socios trabajadores y miembros de los órganos de administración de las sociedades mercantiles capitalistas», en *Aranzadi Social*, vol. V, Parte Tribuna, 1998, págs. 95 y ss.

Dos cuestiones de indudable interés surgen de dicha norma.

Como primera cuestión merece la pena analizar el hecho de que la hipótesis de una empresa familiar constituida bajo forma societaria ofrece dos versiones. Por un lado, el sujeto podrá ser un trabajador que también posea una cuota de la sociedad (trabajador-socio); y, por otro lado, podrá ser un simple trabajador, sin participación alguna en el capital social del que sí participan sus parientes. Todas las veces que la doctrina judicial se ha planteado hasta hoy el interrogante de si son o no aplicables las presunciones de los artículos 1.3 e) del ET y 7.2 de la LGSS al empresario, cuando este es una persona jurídica, no ha tenido en cuenta esta doble posibilidad de opciones. Más correctamente, debe plantearse la cuestión bajo estas dos vertientes, tomando así relevancia la pregunta de si las presunciones podrán aplicarse en las hipótesis en las que el trabajador es también socio de la sociedad familiar; y en la que dicho sujeto trabaja exclusivamente, siendo sus parientes socios de dicha sociedad.

La disposición adicional 27.^a 2, n.º 1 afirma que se presumirá, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad y por lo tanto tiene que inscribirse en el RETA cuando: «al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido *entre socios*, con los que *conviva*, y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado».

Como puede observarse, el precepto engloba las dos hipótesis arriba analizadas porque en el *silencio legis* deja abierta la posibilidad de que el mismo trabajador pueda ser o no socio, junto a los familiares, de la sociedad. Si se hubiera querido limitar la hipótesis al trabajador-socio, hubiera sido necesario precisar que el capital sea distribuido «*entre él y los parientes socios*». Por todo ello, la disposición específica para las sociedades familiares dispuesta por la disposición adicional 27.^a 2, n.º 1 se aplicará tanto en la hipótesis en la que el sujeto trabaje y sea también socio, como en la que él trabaje y no sea socio siéndolo sus parientes (los incluidos en el abanico establecido por la norma).

Debe tratarse una segunda cuestión: si las hipótesis del párrafo 2 (n.ºs 1, 2 y 3) operan de manera independiente, o estos supuestos pueden relacionarse y sumarse entre ellos. Este interrogante se relaciona indirectamente con la otra cuestión que se acaba de analizar.

Al tratar la primera cuestión, se ha sostenido que la disposición adicional 27.^a tiene que interpretarse de forma extensiva y que, por lo tanto, se permite la aplicación de la disposición adicional 27.^a 2, n.º 1 también a la hipótesis en la que el mismo sujeto tenga cuotas, o sea, al trabajador-socio. La aceptación de esta interpretación extensiva permite responder positivamente al segundo interrogante planteado y afirmar que los supuestos de la disposición adicional 27.^a 2, n.ºs 2 y 3 pueden relacionarse con los del n.º 1.

Por estos preceptos se presume que un sujeto tiene control efectivo –y, por lo tanto, tiene que afiliarse al RETA– cuando su participación social sea igual o superior a 1/3 del mismo, o igual o superior a 1/4 si tiene atribuidas funciones de dirección. Negar la interdependencia del conjunto de estas hipótesis produciría la paradoja de no incluir en la presunción un sujeto que posee el 30 por 100 de capital y sus parientes en total otro 49 por 100: en dicha hipótesis se llegaría a un porcentaje del

capital controlado correspondiente al 79 por 100 del total sin que se obligue al sujeto a afiliarse en el RETA. En cambio se tendría que incluir en dicho régimen a un trabajador que posee solo el 1 por 100 del capital y sus parientes un 49 por 100 (aplicándose la disp. adic. 27.^a 2, n.º 1). Por lo tanto, resulta más adecuado dirigirse a una correlación entre los varios supuestos planteados en el párrafo 2.

VI. CONSECUENCIAS JURÍDICO-PRÁCTICAS DE LA INTRODUCCIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 27.^a DE LA LGSS

Sistematizando las consecuencias jurídicas y prácticas que conlleva la introducción de esta específica norma, se puede destacar lo siguiente:

Cabe reseñar que para los períodos anteriores a 1998, y en la hipótesis de una empresa con forma societaria, la disposición adicional 27.^a de la LGSS seguirá sin ser aplicable, dado que no tiene efecto retroactivo²⁹, quedando abiertos los problemas expuestos³⁰.

En cambio, cuando resulten aplicables las presunciones de la disposición adicional 27.^a, estas podrán tranquilamente operar³¹ o ser destruidas³². Merece la pena citar el caso en el que se aplica la disposición adicional 27.^a, en cuanto se declara existente un fraude de ley por haber donado cuotas

²⁹ Con las aclaraciones hechas en la nota n.º 47.

³⁰ Por ejemplo justamente la STS de 12 de noviembre de 2003 (unificación de doctrina, RJ 2003/8742), aún estando vigente la disposición adicional 27.^a de la LGSS, no la aplica, haciendo referencia en cambio a los artículos 1.3 e) y 7.2 de la LGSS, porque en concreto la empresa era individual. En el supuesto fáctico se admite una prestación por desempleo a un cónyuge, en sociedad de gananciales, que había trabajado como camarero en el establecimiento propiedad de su esposa. Conforme: STSJ de Cantabria de 29 de mayo de 2002 (JUR 2002/1931448, empresa cuya titularidad pertenecía al padre). También la STS de 30 de abril de 2001 [RJ 2001/4614, expresamente no aplica, justamente, la disposición adicional 27.^a, aún no en vigor, y dice que los preceptos aplicables serán el 1.3 del ET y 7.2 de la LGSS (SA con 90% de capital social entre dos esposos en sociedad de gananciales, se reconoce la prestación por desempleo al marido administrador)]. La sentencia es interesante porque justifica la relación laboral subordinada también según motivaciones de Derecho civil. De hecho, afirma que la ganancialidad puede afectar a la nota de ajenidad de la relación laboral pero se tendrá que reconocer que se presta el trabajo de forma subordinada porque «la sociedad de gananciales es un sistema de comunidad limitada que debe conciliarse con el principio de autonomía de los cónyuges y de la licitud de las relaciones patrimoniales entre los mismos» por esto, dicho régimen económico puede siempre cambiar y ser de separación, por lo tanto puede afectar la característica de ajenidad solo a nivel teórico.

³¹ En cambio por una aplicación positiva de la disposición adicional 27.^a en el sentido en que opera la presunción: STSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de junio de 2003 (JUR 2003/122098); STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de junio de 2003 (JUR 2003/184131); STSJ de Andalucía, Sevilla de 19 de diciembre de 2002 (JUR 2004/130492); STSJ de Andalucía, Málaga, de 26 de junio de 2002; STSJ de Madrid de 15 de febrero de 2002 (JUR 2002/115447, administrador único de EF con el 100% del capital social repartido entre él, su mujer y hijo); STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 4 de septiembre de 2000 (JUR 2000/307317, empresa familiar individual donde el 100% del capital social pertenece al esposo del sujeto: por lo tanto, se desconoce una actividad laboral por cuenta ajena a un trabajador no socio de la empresa familiar).

³² Por ejemplo, *vid.* SJS de Cataluña, Girona de 22 de diciembre de 2000 (JUR 2001/67256) donde afirma justamente que resulta aplicable la disposición adicional 27.^a, sin embargo afirma que resulta destruida porque se ha probado que la trabajadora no había cohabitado con los demás socios familiares (SL familiar, con socia trabajadora con el 100% del capital social repartido entre ella, el hermano y los padres). Conforme e igual: STSJ de Madrid de 19 de octubre de 2000 (JUR 2001/10525, socia trabajadora que posee el 10% de una SL con todo el capital social repartido con padres y hermanos).

de capital social a los hijos no convivientes con el sujeto con el fin de reducir la cuota personal y evitar la aplicación de la disposición ³³. Hay más. De un análisis jurisprudencial efectuado se deduce cómo a veces la disposición adicional 27.^a se ha utilizado incorrectamente: aplicándose por un período en el que todavía no estaba en vigor ³⁴.

Sin embargo, la nota más interesante es que para los supuestos fácticos posteriores al 1 de enero de 1998 los pronunciamientos para unificación de doctrina del Tribunal Supremo y los mismos pronunciamientos de los TSJ anteriores no tendrán que ser tenidos en cuenta ³⁵. Muchas veces la doctrina judicial se olvida de emplear una nueva norma específica –cual es la disp. adic. 27.^a de la LGSS– para resolver el asunto de una empresa familiar bajo forma societaria. En cambio prácticamente todos los pronunciamientos relacionan las sociedades familiares con los artículos 1.3 e) del ET y 7.2 de la LGSS en un caso aplicando la presunción de no laboralidad y en otro no. En las hipótesis donde se aplica la presunción, no se reconoce la prestación por desempleo y se configura el trabajador como un sujeto que tiene que ser afiliado al RETA, sosteniendo que no tienen importancia, a fines probatorios, datos formales como el haber cotizado como trabajador por cuenta ajena o el haber percibido nóminas o un sueldo según el convenio regulador del sector.

El no haber aplicado la disposición adicional 27.^a cuando esta ya estaba en vigor ha provocado un desajuste bajo el perfil de la tutela jurídica de los sujetos y de la diferente carga de la prueba. En los casos donde se llega a aplicar la presunción de los artículos 1.3 del ET y 7.2 de la LGSS (en vez de aplicar la disp. adic. 27.^a), afortunadamente, los efectos prácticos resultan menos graves, dado que la consecuencia jurídica resulta la misma que en el caso de que se hubiera aplicado la disposición adicional 27.^a. De hecho, se llega a afirmar, en todo caso, que el sujeto es un trabajador autónomo. No obstante –no se olvide– se está cometiendo un grave error bajo el perfil jurídico y procesal, porque no se está aplicando el precepto legal correcto.

En cambio, surgen más problemas en la circunstancia opuesta, o sea, en los casos donde la doctrina judicial no aplica las presunciones de dichos artículos a las sociedades. Aquí el hecho de no haber aplicado la disposición apropiada cambia completamente el resultado del pleito. En estos casos se llega a calificar el trabajo como subordinado y se concede la prestación porque se admite que en

³³ STS de la Comunidad Valenciana de 14 de noviembre de 2001 (AS 2002/3126).

³⁴ Esta es la hipótesis de STS (Sala de lo Social) de 21 de enero de 2004, unificación de doctrina (RJ 2004/21061). No se concede la prestación por desempleo al socio trabajador, administrador solidario, de una empresa familiar con cuotas enteramente de los familiares el cual poseía el 33 por 100 del capital social. Aquí se aplica la disposición adicional 27.^a, no siendo esta aplicable al supuesto fáctico concreto: de hecho la prestación por desempleo era inherente al período de 19 de marzo de 1996 a 5 de marzo de 1996. Conforme STSJ de Galicia de 24 de noviembre de 2001 (JUR 2002/174).

³⁵ De hecho, casi todas las sentencias del Tribunal Supremo para unificación de doctrina analizadas se refieren a hipótesis en las que todavía no resultaba vigente la disposición adicional 27.^a de la LGSS y, por lo tanto, estas posturas jurisprudenciales continuarán siendo aplicables solo a actividades laborales en las que todavía no era vigente la disposición adicional 27.^a, no pudiéndose en ningún modo aplicar después del 1 de enero de 1998. A partir de esta fecha el supuesto tendrá que ser analizado teniendo en cuenta la disposición adicional 27.^a de la LGSS.

Exclusivamente la STS de 10 de abril de 2000 (RJ 2000/2764) tiene un supuesto fáctico en el cual resulta aplicable la primera redacción de la disposición adicional 27.^a de la LGSS, en cuanto se pide una prestación por desempleo por una actividad laboral desde el 1 de marzo de 1997 hasta 30 de junio de 1998, fecha en la cual ya había entrado en vigor dicha disposición. Sin embargo el ponente se olvida de su existencia.

el caso concreto la presunción queda destruida³⁶. También en estos pronunciamientos se sigue afirmando que la presunción de no laboralidad por cuenta ajena de los artículos 1.3 e) del ET y 7.2 de la LGSS «no se circunscribe a los casos en que el destinatario de los servicios es una persona física que actúa como empresario... La circunstancia de que la empresa familiar revista la forma jurídica de sociedad no desvirtúa, por sí sola, el juego de la presunción y la posible influencia del parentesco sobre la calificación de la prestación de servicios como extralaboral» pero es también verdadero que «la condición de socio no es radicalmente incompatible con la posibilidad de que la prestación de servicios para la empresa/persona jurídica en que se ostente aquella sea constitutiva de una verdadera relación laboral». «La relevancia de las facultades de representación y gestión social constituye una circunstancia decisiva que se opone a la admisión de la naturaleza laboral de los servicios que pudieran haberse prestado para la sociedad, incluso cuando la participación en el capital de esta es minoritaria o muy pequeña». En concreto, aunque la sociedad familiar pertenezca por su mayoría o por la totalidad de cuotas a los parientes, tiene que considerarse destruida la presunción si el sujeto no opera mediante cargos de gestión³⁷. Si por una parte el razonamiento de dicha doctrina judicial resulta correcto y coherente, se comete el inconveniente de olvidarse de la entrada en vigor de la disposición adicional 27.^a, cuya aplicación al caso concreto hubiera conllevado a una solución opuesta.

En estos casos la no aplicación de la disposición adicional 27.^a crea también otro desajuste de perfil procesal. Su falta de aplicación modifica el contenido de la carga de la prueba con el fin de destruir la presunción. Si se aplica la presunción de la disposición adicional 27.^a, el sujeto tendría diferente carga de la prueba respecto a las demás presunciones. En los artículos 1.3 e) del ET y 7.2 de la LGSS tendría que probarse la no convivencia y la relación de trabajo por cuenta ajena. En aplicación de la disposición adicional 27.^a tendría que probarse no solamente la no convivencia, sino también demostrar y destruir el hecho de que el sujeto «no tenga control efectivo», prueba de carácter más amplio, porque tendrá también que señalar que la persona no representa ni dirige de hecho la sociedad.

En conclusión, puede afirmarse que los pronunciamientos contrastan entre ellos y, por el supuesto fáctico y temporal, no hay ningún pronunciamiento del Tribunal Supremo para unificación de doctrina donde resulte aplicable la disposición adicional 27.^a.

³⁶ STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2003 [AS 2003/3569, aquí se llega a la conclusión sosteniendo que los arts. 1.3 e) y 7.2 de la LGSS no pueden aplicarse a las personas jurídicas, sentencia de supuestos fácticos complicados]; STSJ de Galicia de 16 de junio de 2003 (AS 2003/3579, SL entre madre y hijo con socio trabajador, cabría aplicación disp. adic. 27.^a 2, n.º 1), STS de Andalucía, Málaga, de 3 de julio de 2000 (JUR 2000/257518); STSJ de las Islas Baleares de 16 de diciembre de 2002 (JUR 2003/1792); aquí, no obstante en vigor la disposición adicional 27.^a, no se hace alguna referencia a ella y se dice, concediéndose la prestación por desempleo, que quedan destruidas las presunciones *ex* artículo 1.3 e) y 7.2 de la LGSS dado que al momento de la cesación de la actividad laboral (2000) la EF no resultaba más familiar, siendo alienada a otra sociedad. Nótese que antes la empresa pertenecía el 100 por 100 del capital a la madre y al tío del sujeto, y la alienación de la sociedad ocurrió solo un mes antes de la cesación de la actividad laboral.

³⁷ En concreto, en la STSJ de Andalucía, Málaga, de 3 de julio de 2000 (JUR 2000/257518) se afirma que, aunque la SL pertenezca el 100 por 100 al padre y a los hijos, se tiene que considerar destruida la presunción de no laboralidad dado que el hijo, como todos sus hermanos, posee exclusivamente un 1 por 100 de capital social y, por tanto, no puede desarrollar dichas facultades de representación y gestión.

VII. EMPRESA FAMILIAR Y MENOR EMANCIPADO

Merece destacar la especial situación del menor emancipado. La introducción de la disposición adicional 27.^a de la LGSS permite además una posible solución al problema de la inscripción en el RETA del menor emancipado en la hipótesis de una empresa familiar en forma societaria para los casos con fecha posterior al 1 de enero de 1998³⁸.

En concreto, la disposición adicional 27.^a de la LGSS podrá aplicarse siempre en el caso de que un menor emancipado constituya una sociedad cualquiera, mediante aplicación del primer conjunto de normas (disp. adic. 27.^a 1, o disp. adic. 27.^a 2, n.ºs 2 y 3), o sea socio de una empresa familiar, mediante todo el párrafo segundo de la disposición.

Cabrá la aplicación en dichos casos –y, por lo tanto, podrá admitirse la inscripción del menor emancipado en el RETA– porque la norma predispone dicha inscripción no requiriendo ningún expreso límite de edad. Si el legislador hubiera querido excluir de dicha posibilidad a los menores de 18 años, lo hubiera previsto explícitamente como en el resto de las normas.

Por ejemplo, en el supuesto de que un menor emancipado por concesión de los padres constituya, después de 1998, una sociedad limitada en la que posea el 49 por 100 del capital social y sus padres el restante 51 por 100 y, simultáneamente, pida la inscripción en el RETA para su actividad de albañilería³⁹. Acogiéndose a la dicotomía aplicativa entre normativa civil y laboral⁴⁰, se podría negar que el menor rija su persona y sus bienes «como si fuera mayor» y, por lo tanto, no aplicar el precepto civil y derivar todo a la normativa social-laboral. Así pues: a) no podrían aplicarse las presunciones *ex* artículo 1.3 e) del ET y 7.2 de la LGSS en cuanto no aplicables al «empresario como persona jurídica» resultando este un trabajador por cuenta ajena; b) podría aplicarse literalmente el artículo 3 del Decreto n.º 2530 de 20 de agosto de 1970 que «establece como requisito *sine qua non* para que se produzca la inclusión de un sujeto en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos el tener al menos 18 años» y negarse la inscripción en el RETA. Esto es así también porque «los efectos de la emancipación civil no son extensibles a todos los supuestos o requisitos de otras legislaciones»⁴¹. Estos son los imperfectos planteamientos jurídicos operados por la doctrina judicial. En cambio, dicho supuesto fáctico cabrá tanto en la disposición adicional 27.^a 2, n.º 1 como en la disposición adicional 27.^a 2, n.º 2 y, por lo tanto, el menor emancipado podrá afiliarse al RETA tanto por la combinación de estas normas como por las civiles.

³⁸ Sobre el menor emancipado y su posible inscripción en el RETA: *vid.* FERRANTE, A., «La inscripción en el RETA del menor emancipado: un ejemplo de desajuste normativo», en *Aranzadi Social*, n.º 4, 2005, págs. 63 y ss.

³⁹ Este es el supuesto fáctico que concretamente se ha tratado en la STSJ de Murcia de 9 de abril de 2001 (JUR 2001/171941). Como comentario a esta *vid.* CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A.M., «Problemática que plantea la inclusión del menor emancipado en el ámbito de aplicación del régimen especial de trabajadores autónomos. Comentario a la STSJ Sala de lo Social de Murcia de 9 de abril de 2001» en *Aranzadi Social* n.º 10/2001, Parte Presentación.

⁴⁰ La jurisprudencia menor persigue dejar en evidencia dicho aspecto para poder excluir la inscripción en el RETA del menor emancipado; con particular referencia al artículo 323 del CC.

⁴¹ Estas son las conclusiones de la STSJ de Murcia de 9 de abril de 2001 (JUR 2001/171941).

Además no cabe la aplicación del artículo 3 del Decreto 2530/1970 por su imposibilidad de aplicación en este supuesto, dado que, cuando se habla de empresa familiar, la norma se refiere textualmente a «empresas individuales o familiares ⁴²». Por lo tanto, podrá aplicarse ese artículo 3 solo a las empresas (individuales) familiares donde el empresario sea una persona física y no a los casos de sociedad familiar.

VIII. EMPRESA FAMILIAR Y SOCIEDADES COLECTIVAS

Se ha comprobado que la temática de la empresa familiar –y, en concreto, la de la posible afiliación en el RETA de los sujetos a esta pertenecientes– tiene que ser necesariamente relacionada con un amplio abanico de normas. Además del vacío legal respecto al tema tratado, hay también que incluir otra causa que abre la vía al contencioso por lo que respecta al trabajo familiar generalmente considerado. En concreto, el artículo 40 del Real Decreto 84/1996, de 26 de mayo ⁴³, 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 encuadran esas personas, mediante una simple declaración del empresario, en uno o en el 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, procederá a inscribir a su familiar en el régimen de 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 además 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) y 7.2 de la 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. En una cuestión tan complicada y de relevante calibre como esta, se hubiera podido regular más detalladamente los mismos pasos y aspectos procesales para la inscripción en un régimen o en el otro, acercándose al modelo italiano.

Análogo problema podría plantearse por la aplicación de la Resolución del Ministerio de Trabajo, de 21 de noviembre de 2005 ⁴⁴, relativa a la inclusión en el RGSS de los abogados que mantie-

⁴² Artículo 3.1, letra a), del Decreto 2539/1970, de 20 de agosto.

⁴³ 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 los Reales Decretos 250/1997, 1278/2000, 125/2001, 459/2002 y 1273/2003.

⁴⁴ BOE n.º 280 de 23 de noviembre de 2005.

nen relación de laboralidad de carácter especial, en aplicación de lo previsto en la disposición adicional primera de la recientísima Ley 22/2005.

En base a los artículos 27 y 28 del Estatuto General de la Abogacía Española, puede constituirse un bufete legal bajo forma de una sociedad mercantil donde los miembros sean o no parientes; pudiéndose dar la hipótesis de una empresa familiar bajo forma societaria que ejerza la particular profesión de la abogacía.

Según la nueva normativa, tendrán que darse de alta en el RGSS todos aquellos abogados que no actúen por cuenta propia o colaboren manteniendo una independencia de los respectivos despachos. También aquí la elección entre RETA o RGSS queda sometida al arbitrio y a la elección de los socios del bufete, sobre todo en la hipótesis en las que el sujeto sea un familiar. ¿Qué pasaría en la hipótesis de un bufete constituido como sociedad capitalista entre parientes? La estimación que se hará de la relación laboral de carácter especial o normal del pariente queda bajo la libre interpretación de los sujetos y quizás a elecciones de mera conveniencia según el caso específico planteado⁴⁵. Esto podría convertirse en un motivo de contencioso frente a los TSJ. También en esta hipótesis cabría la aplicación de la disposición adicional 27.^a de la LGSS si procede o, por supuesto, del artículo 97.2 de la LGSS.

IX. CONCLUSIONES

A la luz de todo lo expuesto puede procederse a una adecuada y correcta aplicación de la normativa analizada solamente en los siguientes términos.

En primer lugar, para los contenciosos anteriores a 1998, período en el cual no estaba en vigor la disposición adicional 27.^a, cabrán dos supuestos. El primero es el caso de socio-trabajador en sociedad familiar: no podrán aplicarse la presunciones *ex* artículo 1.3 e) del ET y 7.2 de la LGSS, como en cambio tal vez hizo la doctrina judicial. En este caso él no será el sujeto sometido a la presunciones, sino, en cuanto socio, tendrá que ser considerado como el mismo empresario. Por lo tanto, no habrá ninguna presunción aplicable, sino que él tendrá que resultar inscrito en el RETA en cuanto empresario de referencia para los demás parientes⁴⁶. Como puede verse, no se aplican las presunciones. Sin embargo, se llega a las mismas conclusiones jurídicas que en las que estas operarían. El segundo supuesto se da cuando la persona resulta exclusivamente trabajadora en una empresa en la que los parientes son socios de la mayoría del capital social: podrán jugar o no las presunciones de los artículos 1.3 e) del ET y 7.2 de la LGSS. Se ha visto que la cuestión ha sido

⁴⁵ De hecho el punto cuarto de la Resolución de 21 de noviembre de 2005 afirma que siempre regirá el Real Decreto 84/1996, de 26 de mayo.

⁴⁶ Naturalmente la sociedad tendrá que ser familiar, y, por lo tanto, aplicando el actual criterio, por lo menos la mayoría de las acciones tendrán que pertenecer a los parientes.

interpretada de manera extensiva en los pronunciamientos sucesivos de los TSJ a pesar de la postura del Tribunal Supremo.

En segundo lugar, para las hipótesis en las que está en vigor y resulta aplicable la disposición adicional 27.^a, los dos supuestos precedentes se unen y tanto en la hipótesis de un trabajador socio como no, se aplicará esta. Por lo tanto, se presumirá que el trabajador no está trabajando por cuenta ajena, salvo prueba en contrario, demostrando por ejemplo el carácter de ajenidad y el hecho de que los sujetos no convivan y tengan vidas independientes. No encuentran cabida las presunciones de los artículos 1.3 e) del ET y 7.2 de la LGSS dado que opera de forma exclusiva la disposición adicional 27.^a de la LGSS en cuanto la empresa familiar tiene forma societaria.

Hay más. En los casos que se acaban de examinar (contenciosos anteriores al 1998, e hipótesis en las que está en vigor la disp. adic. 27.^a), seguirán aplicándose las presunciones *ex* artículo 1.3 e) del ET y 7.2 de la LGSS cuando el empresario sea una persona física.

Finalmente, para que los supuestos anteriores a 1998 continúen con posterioridad, tendrá que procederse a un cómputo de los períodos si la nueva normativa produjo cambios de calificación jurídica del sujeto en la situación concreta analizada ⁴⁷.

El Proyecto de Ley aprobado el pasado mes de mayo por el Congreso de los Diputados no se diferencia prácticamente en nada de su originaria redacción de 21 de septiembre de 2006. Como se ha dicho en la introducción de este trabajo, el texto del nuevo Estatuto del Trabajo Autónomo no procede a delinear con precisión, y de una vez por todas, la situación laboral de los familiares, operando genéricos reenvíos al artículo 1.3 e) del ET ⁴⁸ y a la disposición adicional 27.^a de la LGSS ⁴⁹;

⁴⁷ Tanto la disposición adicional 43.^a de la Ley 66/1997, como el artículo 34.4 y 5 de la Ley 50/1998 –que respectivamente han introducido y después modificado la disp. adic. 27.^a– contienen unas reglas de aplicación para los supuestos transitorios (art. 21.4 y 5 de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales y sus modificaciones), originados como consecuencia de la normativa modificada, destacando la validez de las altas y las cotizaciones que se hubieran practicado antes del 1 de enero de 1998, y la posibilidad que tienen los interesados, para lo que disponen del plazo de un año o tres meses, respectivamente, a partir de la entrada en vigor de las leyes mencionadas, para regularizar su situación, a la que se le dará efectos, en ambos casos, a 1 de enero de 1998. *vid.* STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de abril de 2002 (JUR 2003/56681); SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de febrero de 2002 (JUR 2002/268535 y JUR 2002/268538); STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de diciembre de 2001 (AS 2002/3269). Todo lo afirmado permite concluir que después del 1 de enero de 1998 se aplicará la disposición adicional 27.^a y se computarán diferentemente los distintos períodos. Es fundamental hacer hincapié sobre el hecho de que con la segunda redacción de la disposición adicional 27.^a se va a añadir el requisito de la convivencia entre familiares, requisito «olvidado» en la redacción de la Ley 66/1997. Importante sentencia en la que se analiza la relación y repercusión jurídicas que puede tener una aplicación «dinámica» entre la primera y segunda versión de las disposición adicional 27.^a es: STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de noviembre de 2001 (AS 2002/594), que, por razones de espacio, no puede analizarse.

⁴⁸ Artículo 1.1. Proyecto de Ley sobre el Estatuto del Trabajo Autónomo: «También será de aplicación esta ley a los trabajos, realizados de forma habitual, por familiares de las personas definidas en el párrafo anterior que no tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, conforme a lo establecido en el artículo 1.3 e) del Texto Refundido de la Ley del ET, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo».

⁴⁹ Artículo 2. Proyecto de Ley sobre el Estatuto del Trabajo Autónomo: «Se declaran expresamente comprendidos en el ámbito de aplicación de esta ley, siempre que cumplan los requisitos a los que se refiere el apartado anterior:

ello no obstante se tenga pleno conocimiento de la existencia de determinadas situaciones híbridas que tienen que ser aclaradas. La exposición de motivos III parte de esta premisa de carácter general, sin embargo no lo concretiza. Se afirma que:

Exposición de motivos III del Proyecto: «A la vista de la realidad anteriormente descrita, la introducción de la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente ha planteado la necesidad de prevenir la posible utilización indebida de dicha figura, dado que nos movemos en una frontera no siempre precisa entre la figura del autónomo clásico, el autónomo económicamente dependiente y el trabajador por cuenta ajena».

Una «utilización indebida de dicha figura» se ha manifestado precisamente en el caso del trabajo familiar y el copioso número de pleitos existentes lo demuestra. La peculiaridad en materia de cotización prevista por la disposición adicional segunda del proyecto⁵⁰ y la reducción de esta, en la hipótesis de hijo menor de 30 años, no parecen una solución adecuada a un problema que resulta de carácter más amplio y complicado.

Permitaseme una última consideración por lo que atañe al menor. El artículo 9.1 del Proyecto dispone que «Los menores de 16 años no podrán ejecutar trabajo autónomo ni actividad profesional alguna para familiares». Argumentando *a contrario* dicha disposición, podía considerarse que se permite que el menor de 16 años pueda ser un trabajador autónomo por lo que respecta la empresa familiar. Sin embargo, el nuevo texto legislativo pierde la oportunidad de aclarar otro punto debatido en doctrina y jurisprudencia, o sea, la posibilidad o la imposibilidad de poder incluir el menor emancipado en el RETA por una actividad de carácter no familiar⁵¹.

En definitiva, no obstante el Proyecto contribuye a uniformar y a regular el trabajo autónomo de forma trascendental; quizás se ha perdido una ocasión para aclarar definitivamente unas cuestiones jurídicas desarmónicas que necesitarían cuanto antes una revisión que llevaría —de tal forma— a una considerable reducción del número de problemas relacionados con estos asuntos.

b) 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 mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquella, en los términos previstos en la disposición adicional 27.^a del Texto Refundido de la LGSS aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio».

⁵⁰ Disposición adicional segunda del Proyecto. *Reducciones y bonificaciones en las cotizaciones.*

«La Ley establecerá reducciones y bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social a favor de los siguientes colectivos de trabajadores autónomos:

b) Los hijos de los trabajadores autónomos menores de 30 años que inicien una labor también como trabajadores autónomos en la actividad económica de la que es titular el padre o la madre.»

⁵¹ Vid. FERRANTE, A., «La inscripción en el RETA del menor emancipado: un ejemplo de desajuste normativo», en *Aranza-di Social*, n.º 4, 2005, págs. 63 y ss.

SEGUNDA PARTE. EMPRESA FAMILIAR CONYUGAL ENTRE GANANCIALIDAD Y UNA MÁS AMPLIA NECESIDAD DE REFORMA

I. PLANTEAMIENTO

A la hora de discernir entre bienes privativos y gananciales, el artículo 1.347.5 del CC 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, aunque haya sido tratada poco tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, asume una relevancia considerable bajo múltiples perfiles, planteando algunas cuestiones que muestran un cierto desajuste del legislador a la hora de coordinar la normativa civil con la de otros sectores, como por ejemplo la laboral. Ante todo, se tendrá que definir la naturaleza jurídica de dicha «empresa conyugal» y su ámbito material de aplicación: esto crea algunos inconvenientes dado que en el CC español ni se define el término «empresa» objetivamente considerado, ni –sobre todo– existe, en el ordenamiento jurídico, una definición jurídica de «empresa familiar». De hecho, si la empresa constituida *ex* artículo 1.347.5 es una empresa familiar, esto conlleva el necesario análisis de esta norma frente a la normativa laboral del artículo 1.3 del ET, y del artículo 7.2 y de la disposición adicional 27.^a de la LGSS, que establecen una presunción de no laboralidad por cuenta ajena del trabajador, requiriéndose al correspondiente alta en el RETA 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 CC, 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 CC? Como puede verse, la empresa conyugal fundada por uno o ambos cónyuges con dinero ganancial podría mostrar algunas incoherencias normativas que se intentarán aclarar en este estudio. Fundamental resultará valorar si el artículo 1.347.5 permite configurar la empresa conyugal tanto en forma individual como en forma societaria.

A tal fin, además de un necesario análisis multisectorial del Derecho español, se considera imprescindible un análisis comparado del Derecho italiano y en particular analizar el artículo 1.347 a la luz de los artículos 1.77.1 d) y 230 bis del Codice Civile italiano; dado que se cree que en parte han influido en la génesis del precepto.

Finalmente, pero no por menos importante, será de interés valorar si el conjunto de normas españolas vigentes y aplicables a la empresa familiar ha o no vaciado la ratio y el sentido de considerar ganancial una empresa fundada según los requisitos del artículo 1.347.5 o si este precepto resulta en parte inadecuado.

II. ÁMBITO Y REQUISITOS DE APLICACIÓN MATERIAL DE LA NORMA

Si se dan los requisitos del artículo 1.347.5 del CC la empresa es un bien ganancial; esto es, un «supuesto de subrogación real en virtud del cual la empresa o establecimiento se sustituye a los bienes comunes a cuyas expensas uno de los cónyuges ha fundado aquella ⁵²». El artículo 1.347.5 del CC 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.»

Los contenciosos relativos a esta norma se refieren principalmente a su inclusión en el activo de la sociedad de gananciales en caso de disolución de esta ⁵³, aunque hay que tener bien presente que la separación matrimonial no impide la continuidad del ejercicio de la actividad de la empresa; en este caso «la administración de uno u otro cónyuge tendrá que realizarse en atención a lo que sea más favorable para una conservación idónea de la empresa común y para la obtención de una mayor productividad y rendimiento ⁵⁴». Ante todo tiene que aclararse que el párrafo quinto del artículo 1.347 del CC contiene dos normas relacionadas entre sí, pero distintas. Se analizará en este estudio con más detenimiento la primera, utilizando la segunda más bien para delimitar el ámbito de aplicación de la otra. En concreto, la segunda parte del artículo 1.347.5 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 ⁵⁵, donde la comunidad es *pro indiviso* proporcional a la titularidad de las aportaciones dinerarias, aplicándose los artículos 392 y siguientes del CC ⁵⁶.

El estudio de este tipo de empresa resulta muy importante dado que el artículo 1.347.5 tiene que interpretarse en relación con la presunción de ganancialidad de los bienes dispuesta por el artículo 1.361. Por lo tanto, en ausencia de cualquier declaración de los cónyuges y, a falta de prueba en contrario, cualquier empresa constituida después de la celebración del matrimonio se presumirá que cae bajo el artículo 1.347.5 del CC. Esto resulta de la interpretación conjunta de los artículos 1.316 y 1.361 del CC en relación con el artículo 1.347.5. De hecho el régimen económico matrimonial primario, a

⁵² SAP de Ávila de 7 de marzo 1992 (AC 1992/490).

⁵³ SAP de Las Palmas n.º 340/2005, de 17 de junio (JUR 2005/194105), aquí se pide en vano que se incluya una empresa ganadera regentada por el esposo por haber sido fundada durante el matrimonio.

⁵⁴ SAP de Santa Cruz de Tenerife n.º 166/2003, de 7 de abril (JUR 2003/217793): supuesto en el que la empresa se dedica a la distribución de material de oficina y se dio en gestión al esposo.

⁵⁵ RAMS ALBESA, JOAQUÍN, «La empresa en la sociedad de gananciales» en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, pág. 720.

⁵⁶ MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, L., «Artículo 1.354» en *Comentario al CC*, Coord. Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, Bosch, 2000, pág. 104, ALBÁCAR LÓPEZ, J.L. y TORRES LANA, A., «Artículo 1.354» en el *Código Civil Doctrina y jurisprudencia*, tomo IV, Trivium, 1991, pág. 924; CANO TELLO, C., «La nueva regulación de la sociedad de gananciales: un ensayo sobre la Ley de 13 de mayo de 1981», Cuadernos Civitas, Madrid, 1981, pág. 59.

falta de capitulaciones entre cónyuges, es el de gananciales (según el art. 1.316) y, en ausencia de pruebas, se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio (art. 1.361). Por lo tanto, ante el silencio de los cónyuges, la empresa constituida después de la celebración del matrimonio cabe en el artículo 1.347.5 del CC ⁵⁷.

El artículo 1.347.5 no es el único supuesto en el que una empresa puede considerarse ganancial ⁵⁸. Sin embargo nos limitaremos a analizar dicha norma, y a restringir nuestro campo de análisis al primer inciso del artículo. En este estudio, por lo tanto, la referencia al artículo 1.347.5 tiene que considerarse exclusivamente en dicho sentido. Objetivo de esta investigación es analizar la empresa que se llamará «empresa familiar conyugal».

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. Se establece que, en estas condiciones, la empresa será un bien ganancial. A tal fin se requieren como supuestos necesarios: 1) la existencia de un régimen económico de sociedad de gananciales entre los cónyuges ⁵⁹ 2) la ganancialidad de la aportación con la que se funda la empresa o el establecimiento.

Todas las veces que se den estos requisitos la empresa familiar será un bien ganancial. Son características eventuales de la norma: a) la empresa no necesariamente tiene que estar fundada por los dos cónyuges, siendo suficiente que lo haga uno solamente ⁶⁰; b) la norma no requiere tampoco

⁵⁷ SAP de Toledo n.º 7/2005, de 17 de enero (JUR 2005/64285). También la doctrina afirma que el artículo 1.361 se aplica a todo bien de la empresa cuya pertenencia privativa no conste: LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A., «La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13 de mayo de 1981» en *Revista Jurídica de Catalunya*, Ilustre Col·legi d'avocats de Barcelona, Barcelona, 1983, pág. 591, nota n.º 11. RAMS ALBESA destaca cómo la conexión entre los preceptos del artículo 1.347.3 y 1.347.5 permite concluir que es ganancial también la empresa fundada constante el régimen de gananciales cuando no queda suficientemente probada la privatividad del capital invertido: RAMS ALBESA, J., «La empresa en la sociedad de gananciales» en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, págs. 716 y 717.

⁵⁸ Como LÓPEZ SÁNCHEZ resume perfectamente las demás hipótesis en las que la empresa puede ser ganancial, estas 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. 1.347.3); b) cuando 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. 1.347.4); 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. 1.355): LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A., «La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13 de mayo de 1981» en *Revista Jurídica de Catalunya*, Ilustre Col·legi d'avocats de Barcelona, Barcelona, 1983, pág. 591, nota n.º 11.

⁵⁹ Sobre la exclusión de una empresa del artículo 1.347.5 por ser constituida antes de celebrar el matrimonio: SAP de Madrid n.º 173/2005, de 28 de febrero (JUR 2005/109027).

⁶⁰ La doctrina es unánime sobre el hecho de que dicha empresa puede ser fundada por uno o ambos cónyuges: *ex plurima* DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 8.ª edición, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 166; TORRALBA SORIANO, V., «Artículo 1.347» en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1.609.

la gestión conjunta de la empresa por parte de la pareja. Estos últimos dos requisitos no son previstos explícitamente por el artículo 1.347.5 y, por lo tanto, no parecen ser condiciones para que se excluya la ganancialidad de la empresa familiar fundada con dinero común.

De todos modos, esto es una impresión *prima facie*, dado que un examen más detallado y adecuado del conjunto de la normativa inherente al régimen económico de gananciales permite concluir de forma diferente, debiéndose matizar algunas cuestiones. Por lo que atañe al primer aspecto, hay que decir que la fundación de una empresa es un acto de administración extraordinario de la sociedad de gananciales y que, por lo tanto, requiere siempre el consentimiento del otro cónyuge: así que aunque sea un único sujeto el que formalmente constituya la empresa, para que esta pueda considerarse legalmente constituida se requiere el consentimiento del otro ⁶¹.

Además hay que puntualizar otro aspecto muy importante. A diferencia del artículo 177.1 d) del Codice Civile italiano, que se refiere también a la *azienda coniugale* constituida por ambos cónyuges, la norma española no requiere la necesaria gestión conjunta de la empresa familiar conyugal. Sin embargo, el artículo 1.347.5 del CC tiene que ser analizado conjuntamente con artículo 1.375 del CC ⁶² y, en la hipótesis de que se considere aplicable también a las empresas constituidas bajo forma societaria, tiene que relacionarse con el último inciso de la disposición adicional 27.^a 1 de la LGSS. Todo esto en los términos que más adelante se analizarán y a los que nos remitimos. Aquí cabe solamente hacer hincapié que también en la hipótesis del artículo 1.347.5, se requiere la cogestión de los dos cónyuges en cuanto el bien es ganancial.

Por lo que respecta el ámbito de aplicación de la norma, ya la doctrina resume muy bien el ámbito de exclusión de una empresa ganancial, sosteniendo que no será ganancial sino «privativo el establecimiento o empresa: cuando pertenezca ya a uno de los dos cónyuges antes de comenzar la sociedad (art. 1.346.1 CC), cuando uno de ellos la adquiera a título gratuito (art. 1.346.2 CC), o cuando se funde, constante la sociedad de gananciales, por solo uno de ellos y a costa íntegramente de bienes privativos (art. 1.346.3 CC), aunque parte de estos correspondan a un anticipo, con conocimiento del otro cónyuge, por parte de la masa ganancial (art. 1.382 CC)» ⁶³.

De todos modos, a este abanico de hipótesis tendrá que añadirse una aclaración: tampoco cabe en el supuesto del primer inciso del artículo 1.347.5:

⁶¹ Cfr. artículos 1.377 y 1.383 del CC. Aquí puede admitirse un consentimiento tácito.

⁶² Sobre la aplicación del artículo 1.375 en el supuesto del artículo 1.347.5 del CC: STSJ de Galicia recurso de suplicación n.º 5120/1994, 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 solo de los cónyuges se postula también la doctrina: RAMS ALBESA, J., «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, V., «Artículo 1.347» en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1.610.

⁶³ RAMS ALBESA, J., «La empresa en la sociedad de gananciales» en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, pág. 720; LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A., «La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13 de mayo de 1981» en *Revista Jurídica de Catalunya*, Il·lustre Col·legi d'advocats de Barcelona, Barcelona, 1983, pág. 589, nota n.º 5.

1. La empresa familiar constituida, ya por uno o ambos cónyuges, pero con dinero en parte ganancial y en parte privativo. En este caso, el último inciso del mismo artículo 1.347.5 reenvía, como ya se ha visto, al artículo 1.354 del CC.
2. Todas las empresas en las que los cónyuges tengan participaciones pero exista entre ellos un régimen de participación, separación o se hayan estipulado capitulaciones matrimoniales.

Son casos dudosos de aplicación del artículo 1.347.5 del CC:

1. La empresa donde trabajan los dos cónyuges pero que fue fundada exclusivamente con dinero privativo de uno. En este caso, parte de la doctrina sostiene que también este tipo de empresa tiene que considerarse ganancial, no por lo dispuesto en el artículo 1.347.5, sino por aplicación del primer párrafo del mismo artículo, que establece que son gananciales los bienes obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los dos cónyuges⁶⁴. Para parte de la doctrina en esta hipótesis es ganancial también una empresa creada por uno de los dos cónyuges, independientemente de que el otro cónyuge trabaje en ella o no, pero la otra parte adquiriría la ganancialidad en virtud del primer párrafo. A esta teoría se opone otra parte de la doctrina⁶⁵.
2. La empresa constituida bajo forma societaria. La doctrina critica prácticamente de forma unánime el inciso «empresas o establecimientos» por su vaguedad. Tendrá que valorarse si el artículo 1.347.5 es aplicable solamente a una empresa individual o también a una empresa en forma societaria. A esto se dedicará un párrafo específico.

a) Si se admitiera la aplicación a las empresas constituidas bajo forma societaria. Tendría que valorarse una cuestión que aún no se ha planteado en la doctrina, esto es, si se puede aplicar solamente a las que tengan capital exclusivo de los cónyuges o que hayan sido constituidas también con socios terceros no familiares. Este dilema nunca surge porque para la aplicación del artículo 1.347.5 del CC se requiere que la empresa sea constituida después del matrimonio con dinero ganancial, y nada más; el artículo 1.347.5 no impide que se constituya la sociedad también con otro sujeto ajeno a la relación familiar. ¿Será ganancial esta sociedad? *Rectius* ¿serán gananciales las acciones del cónyuge o de los cónyuges que la constituyeron? Este planteamiento jurídico, que parecería un problema exclusivamente doctrinal y teórico, es más bien un problema práctico, dado que el supuesto fáctico ya se ha presentado más de una vez. Así la SAP de Castellón n.º 296/2004, de 24 de septiembre, excluye la facultad de trabajador por cuenta ajena de la mujer (contratada como auxiliar administrativa), porque se considera que se incluye también en el artículo 1.347.5 la SA constituida por su esposo con un tercero,

⁶⁴ LA CRUZ BERDEJO, L., *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, Barcelona, pág. 443.

⁶⁵ MARTÍNEZ SANCHÍZ, J.A., «Casos dudosos de bienes privativos y gananciales» en *Anales de la Academia Matritense del Notariado, Revista del Derecho Privado*, Madrid, 1985, pág. 372.

donde el marido es administrador único y posee el 51 por 100 del capital y dicho capital se ha adquirido con dinero ganancial. Dicha sentencia niega el carácter subordinado de la actividad laboral de la mujer, denegándole la prestación por desempleo. Se sostiene que la mujer puede gestionar conjuntamente con el marido la sociedad, en aras del artículo 1.375 del CC, no pudiéndose predicar una sumisión jerárquica y decisoria de la mujer que trabaja en dicha empresa y, por tanto, debiéndose negar el carácter ajeno de su actividad laboral ⁶⁶.

Asimismo, también la STSJ de Madrid n.º 732/1999, de 7 de octubre, considera gananciales las cuotas de una SA fundada por los dos cónyuges y un tercero en la que el marido, administrador único, poseía el 80 por 100 de las acciones y la mujer el 10 por 100. Aquí, aunque no se cite expresamente el artículo 1.347.5, se establece la ganancialidad de todas las acciones (con el ánimo de no conceder la prestación de desempleo a la mujer) ⁶⁷. Así, por aplicación jurisprudencial, puede decirse que en el artículo 1.347.5 cabe también el supuesto de una empresa constituida por uno ⁶⁸ o ambos cónyuges con un tercero. Obviamente en este caso la ganancialidad se limitará a las acciones de los cónyuges. De todos modos, esta postura necesita una ulterior consolidación en el Derecho vivo dado que es la misma jurisprudencia la que, otras veces, ha denegado la ganancialidad de una empresa constituida en dichos términos ⁶⁹.

III. LA AZIENDA CONIUGALE

La introducción del vigente artículo 1.347.5 del CC se debió a la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo ⁷⁰, reforma de más amplio abanico que procuró reformar, además del régimen económico matrimonial, la filiación y la patria potestad. Si es cierta la ley que produjo la introducción de la norma, más dudosa es la procedencia de la misma. Efectivamente antes de la reforma

⁶⁶ STSJ de Cataluña de 5 de febrero 1992 (RJ 1992/774). De la misma opinión es la STSJ de Cataluña n.º 1168/1994, de 1 de marzo (AS 1994/1237). En esta se considera que es ganancial –ex art. 1.347.5 CC– la empresa que la mujer fundó, con dinero ganancial, con los dos tíos de los esposos, durante el matrimonio. Además por esta razón se niega la prestación por desempleo al marido considerándole integrado en el capital de la empresa.

⁶⁷ STSJ de Madrid n.º 732/1999, de 7 de octubre (AS 1999/6379). *Id.* también SAP de Toledo n.º 7/2005, de 17 de enero (JUR 2005/64285) que establece el carácter ganancial de unas participaciones sociales que se vendieron de una sociedad agropecuaria de transformación creada por el esposo con un tercero.

⁶⁸ En este caso si las acciones pertenecen solamente a uno de los cónyuges, este tiene los derechos políticos sobre ellas y el carácter de socio. Esto es así por aplicación de RGDN de 16 de marzo de 1959 y RDGN de 4 de noviembre de 1969 que se refieren a cualquier tipo de empresa y no necesariamente a la del artículo 1.347.5 del CC: TORRALBA SORIANO, V., «Artículo 1.347» en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, vol. II, 1984, pág. 1.608; GIMÉNEZ DUART, T., «Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981» en *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, 1982, pág. 132. Sobre la administración de bienes gananciales que figuran a nombre de uno o de los dos cónyuges *vid.* BLANQUER UBEROS, R., «La idea de Comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones» en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXV, *Revista del Derecho Privado*, Madrid, 1986, págs. 43 y ss.

⁶⁹ SAP de Vizcaya n.º 50/2005, de 25 de enero (JUR 2005/77351).

⁷⁰ BOE de 19 de mayo de 1981, n.º 119.

no había, en el CC español, un precepto similar⁷¹. Parte de la doctrina⁷² considera que no tiene antecedentes en el CC y acude al artículo 39.1 de la Compilación Aragonesa⁷³, mientras otros autores se decantan por la influencia del artículo 1.77.1 d) del Codice Civile italiano⁷⁴. Cabe reseñar que, aunque tanto el CC español como el italiano tienen una fuerte derivación del *code* napoleónico, el origen de este precepto no encuentra un precedente directo en el Derecho francés⁷⁵. Por todo ello, se sostiene⁷⁶ –tesis que se comparte– que es el propio Derecho italiano el que ha influido en la introducción de esta norma y, por lo tanto, se considera oportuno un análisis previo del precepto italiano, análisis que servirá a la hora de comprender mejor las conclusiones que se proporcionarán⁷⁷.

También el artículo 177 d) ha sido introducido en el Codice Civile con ocasión de la reforma de Derecho de familia operada por la Ley 151/1975, de 19 de mayo, donde se establece que:

«Costituiscono oggetto della comunione: (omissis)

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

⁷¹ De hecho en el antiguo y correspondiente artículo 1.401 del originario CC de 1889 este precepto no existía. Artículo 1.401 del CC de 1889: «*Son bienes gananciales: 1) Los adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos. 2) Los obtenidos por la industria, sueldo o trabajo de los cónyuges o de cualquiera de ellos. 3) Los frutos, rentas o intereses percibidos o devengados durante el matrimonio, procedentes de los bienes comunes o de los peculiares de cada uno de los cónyuges*». Para un análisis del originario artículo 1.401 *vid.* MANRESA Y NAVARRO, J., «Artículo 1.401» en *Comentarios al Código Civil español*, tomo IX, 6.ª edición revisada por Miguel MORENO MOCHOLI, Reus, Madrid, 1969, págs. 677 y ss.

⁷² RAMS ALBESA, J., «La empresa en la sociedad de gananciales» en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, págs. 715 y 718.

⁷³ Además, cabe destacar que la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad ha procedido a reformar la Compilación Aragonesa y que, por lo tanto, ahora tenemos que referirnos no ya al artículo 39.1 (derogado), sino al artículo 28 de la Ley de 2003. La antigua redacción del artículo 39.1 afirmaba que pertenecen al patrimonio común las «*explotaciones* agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales, con cuantos elementos estén afectos a unas y otras». El artículo 28, en cambio, habla de «*empresas y explotaciones* económicas fundadas por uno cualquiera de los cónyuges durante el consorcio, salvo que sea totalmente a expensas del patrimonio privativo de uno solo de ellos». Se puede percibir un acercamiento de dicha norma al artículo 1.347.5 del CC, añadiéndose la palabra «*empresas*». Esto contribuye a corroborar la tesis de que el artículo 1.347.5 encuentra su origen en el artículo 177.1 d) del Codice Civile y no en la norma aragonesa, ya que en ese caso no se hubiera operado esta modificación. Para un breve análisis del artículo 39.1 de la compilación aragonesa *vid.* BAYOD LÓPEZ, C., «Bienes privativos y comunes en el régimen económico matrimonial aragonés. La aplicación supletoria del Código Civil» en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, VI, 2000, págs. 13 y ss.

⁷⁴ En jurisprudencia sobre la relación del artículo 1.347.5 del CC con la *azienda italiana* y el *fonds de commerce* francés *vid.* STS 13 de febrero de 1992 (RJ 1992/842).

⁷⁵ No obstante, cabe citar el artículo 1.401 del *Code* por el cual: «*La communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres*». (La comunidad se compone activamente de las ganancias obtenidas por los cónyuges conjunta o separadamente durante el matrimonio, y de las que provengan tanto de su trabajo personal como de los ahorros de los frutos y rentas de sus bienes propios).

⁷⁶ TORRALBA SORIANO, V., «Artículo 1.347» en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1.604; LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A., «La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13 de mayo de 1981» en *Revista Jurídica de Catalunya*, Ilustre Col·legi d'advocats de Barcelona, Barcelona, 1983, pág. 590.

⁷⁷ Este estudio no permite un análisis detenido del precepto, aunque sin duda sería un aspecto doctrinal de mucha trascendencia para el Derecho español.

Sin embargo, profundas diferencias han marcado la introducción de dos preceptos similares [art. 1.347.5 CC y art. 177.1 d) Codice Civile] en los sistemas jurídicos español e italiano.

La introducción del artículo 177.1 d) se hace contextualmente con la introducción del artículo 230 bis relativo a la empresa familiar en general. Si el 177.1 d) se refiere exclusivamente a la especial *azienda coniugale*, es decir, a la EF de los dos cónyuges, el artículo 230 bis considera una EF de carácter más amplio en la que colaboren otros familiares.

El artículo 55 del *Disegno di legge* del 1 de diciembre 1971 preveía que fuesen gananciales, según el artículo 177 d):

«*Le aziende a costituzione familiare nelle quali prestano attività entrambi i coniugi.*

Quando nelle aziende a conduzione familiare prestano la loro attività altri componenti della famiglia, costoro partecipano alla comunione in proporzione alla quantità e alla qualità del lavoro svolto. Il lavoro della donna è considerato equivalente all'uomo.»

Este segundo párrafo muestra claramente la interrelación existente entre el actual artículo 230 bis y el artículo 177.1 d). De hecho, este segundo párrafo del artículo 55 del *Disegno di legge*, inicialmente ubicado en el ámbito del régimen económico matrimonial, sólo abandonó dicha colocación, por medio de la introducción del artículo 230 bis, y por obra de la propuesta del Senador CARRARO, que lo separó de este régimen creándose una parte específica del nuevo artículo 230 bis. En este sentido, puede verse la relación entre el artículo 177.1 d) y el artículo 230 bis, y verse el segundo como una derivación del primero⁷⁸. Además, inicialmente el proyecto hablaba de una *azienda familiare* y no de una *impresa familiare*, previéndose originariamente su inserción como artículo 2.083 bis, después de la definición del artículo 2.083 relativa al pequeño empresario. En cambio, la reforma de 1975 dio total autonomía a dicho instituto nombrándolo EF, insertándolo en una específica sección (Libro I, Título VI, Sección VI) en el contexto del Derecho de familia y procediéndose también a relacionar dicha empresa con la comunidad tácita familiar⁷⁹. Por todo ello, el artículo 230 bis nace como una parte embrionaria del artículo 177 según su redacción en la fase *de lege ferenda* y adque-

⁷⁸ GRAZIANI nota como SERENI había presentado ya en 1964 un proyecto de reforma sobre la empresa y familia que se dedica a la actividad cultivadora y rural que influenció la redacción del artículo 230 bis. GRAZIANI, C.A., «L'impresa familiare nel nuovo diritto di famiglia: prima considerazione», en *Nuovo Diritto Agrario*, 1975, págs. 199 y ss. Sobre los trabajos parlamentarios vid. DI FRANCIA, A., *Il rapporto di impresa familiare*, Cedam, Padua, 1991, págs. 43 y ss.; COLUSSI, V., *Ad vocem* «Impresa Familiare», in *Novissimo Digesto*, App. IV, Utet, Turín, 1983, pág. 53. Sull'evoluzione de la reforma en materia de empresa: vid. PIRAS, A. «Riflessioni sull'impresa familiare e sull'azienda gestita da entrambi i coniugi», in *Diritto e Giurisprudenza*, 1980, págs. 40 y ss. Para una bibliografía básica sobre el instituto italiano, además de la citada vid. también: ANDRINI, M.C., «Azienda coniugale e impresa familiare», en *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico*, Dir. Francesco Galgano, Cedam, Padua, 1989, págs. 63 y ss.; FERRI, G., «Impresa coniugale e impresa familiare», en *Rivista di Diritto Civile*, Giuffrè, Milán, 1976, págs. 435 y ss.

⁷⁹ En concreto se deroga el viejo artículo 2.140 del Codice Civile que sometía la comunidad tácita familiar a los usos. Con la nueva normativa se procede a aplicar a estas comunidades todo lo dispuesto en el artículo 230 bis, quedando estas, en vía subordinada, sometidas a los usos. El artículo 230.6 bis dice: «*Le comunioni tacite familiari nell'esercizio dell'agricoltura sono regolate dagli usi che non contrastino con le precedenti norme.*»

re independencia debido a la necesidad que el ordenamiento jurídico tiene de consolidar la figura de la comunidad tácita familiar. No obstante, la jurisprudencia⁸⁰ y la doctrina⁸¹ parecen sostener la postura contraria considerando al artículo 177 d) y al artículo 230 bis dos normas totalmente diferentes entre sí.

Si por un lado, en el Derecho italiano se ha perfeccionado el mecanismo de la comunidad tácita familiar⁸², en el Derecho español se ha introducido de forma mecánica dicho precepto, no intentando en ningún momento, como se pretenderá demostrar, coordinar la normativa vigente al momento de la introducción de la norma.

De todos modos, aunque se aceptara la influencia de la Compilación Aragonesa sobre el artículo 1.347.5, esto produciría los inconvenientes jurídicos que se plantearán.

IV. ALGUNAS MATIZACIONES CLARIFICADORAS DEL PRECEPTO

El inciso «Empresa o establecimiento» del artículo 1.347.5 debe que ser analizado desde una doble perspectiva. Desde un perfil estrechamente conceptual y desde una perspectiva jurídica.

Bajo el primer punto de vista, la doctrina ha valorado lo que se entiende tanto por «empresa» como por «establecimiento» y ha analizado si estos términos son sinónimos o no⁸³.

⁸⁰ Cass. n.º 13390/1992, de 18 de diciembre (en *Nuova Giurisprudenza Civile e Commentata*, 1993, I, pág. 609): «In relazione al disposto dell'articolo 230 bis Codice Civile, l'ipotesi di impresa familiare realizzata mediante la partecipazione del coniuge all'attività aziendale si differenzia dalla fattispecie dell'azienda coniugale prevista dall'articolo 177 lett. d) Codice Civile, in cui la collaborazione dei coniugi si attua con la gestione comune dell'impresa; ai fini di tale distinzione non ha alcuna rilevanza diretta il regime di comunione dei beni vigente tra i coniugi, che può spiegare effetti solo sul piano della tutela, ex articolo 178 Codice Civile, dei diritti sui beni destinati all'esercizio di impresa».

⁸¹ Para todos: PANUCCIO, V., *L'impresa familiare*, Giuffrè, Milán, 1976, pág. 23 XX, FINOCCHIARO, M., *Riforma del Diritto di Famiglia (commento teorico pratico alla legge 19 maggio 1975, n.º 151)*, MARIO Y ALFIO FINOCCHIARO, vol. I, Giuffrè, Milán, 1975, pág. 514. Diferente en cambio es la postura que, como se ha visto, se comparte de BUSNELLI. El autor, con coherencia de argumentaciones, desmonta las tesis doctrinales contrarias: *vid.* BUSNELLI, F.D., «Impresa familiare e azienda gestita da entrambi i coniugi», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè, Milán, 1976, págs. 1.397 y ss.

⁸² Esto no significa que la normativa italiana quede exenta de críticas. Por ejemplo, la doctrina critica el hecho de que el legislador no se haya preocupado de desarrollar las relaciones que pueden surgir frente a terceros, tanto en la hipótesis de *azienda* como en la de EF: cfr. AULETTA, G., «Impresa ed azienda coniugale», en *Banca, borsa e titoli di credito*, Giuffrè, Milán, 1984, pág. 434; BUSNELLI, FRANCESCO D., «Impresa familiare e azienda gestita da entrambi i coniugi», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè, Milán, 1976, pág. 1.415.

⁸³ Naturalmente tiene que diferenciarse el negocio en sí del local donde se ejerce el mismo. Son dos cosas diferentes, no necesariamente debiendo estas ser gananciales. Es este el supuesto fáctico de la SAP de Las Palmas n.º 620/2000, de 13 de noviembre (JUR 2001/76832) en la que se pone de manifiesto cómo el local es cosa distinta del negocio efectuado en él. En el supuesto, el propietario del bajo era el padre del esposo, no pudiendo por lo tanto dicho bien ser considerado ganancial *ex* artículo 1.347.5 del CC.

Desde una segunda perspectiva, en cambio, tiene que analizarse solo el término «empresa» y valorar si el artículo 1.347.5 del CC se aplica solamente a las empresas individuales o también a aquellas empresas constituidas bajo forma societaria. El origen de ambos análisis tiene un denominador común. La falta de una definición legal de empresa familiar en el ordenamiento jurídico español ⁸⁴.

A) El inciso empresa o establecimiento.

La doctrina está de acuerdo en criticar la vaguedad de los términos «empresa» y «establecimiento» ⁸⁵, tanto en el artículo en examen, como en el mismo CC ⁸⁶.

Además, una parte de la doctrina ⁸⁷ destaca cómo la expresión «explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales» del artículo 39 de la Compilación Aragonesa se encuentra también en el artículo 1.406.2 del CC al hablar de «explotación agrícola, mercantil o industrial» y cree que el legislador tenía que haber utilizado –en lugar de las palabras «empresa o establecimientos»– estos mismos vocablos también en el artículo 1.347.5 del CC. Otro autor, en cambio, considera que toda esta terminología utilizada en el CC deriva y tiene sus antecedentes en el Código de Comercio ⁸⁸.

⁸⁴ Sobre las principales diferencias entre la EF española e italiana *vid.* FERRANTE, A., «Breves apuntes sobre la empresa familiar española delante del espejo jurídico italiano», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Aranzadi, n.º 652, 2005, págs. 1 y ss. En el presente estudio es superfluo el análisis del término empresa en general, dado que se dedica exclusivamente a la empresa familiar; por lo tanto, no se analizarán los perfiles generales de empresa, perfiles que pertenecen más bien al Derecho mercantil.

⁸⁵ EGEA nota cómo al diferenciar entre establecimiento y empresa se puede hacer un paralelismo con el Derecho francés que diferencia entre empresa (*enterprise*) y *Fonds de Commerce*: *vid.* EGEA IBÁÑEZ, R., «Empresa o establecimiento mercantil. Bienes gananciales o privativos. Reforma del CC» en *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, 1982, págs. 1.283 y ss. Parecida diferencia se encuentra en el Derecho italiano al diferenciar entre *azienda* y *impresa*. Por el artículo 2.555 Codice Civile «*la azienda é il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa*».

⁸⁶ DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 8.ª edición, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 166; RAMS ALBESA, J., «La empresa en la sociedad de gananciales» en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, págs. 716 y 717. EGEA, por ejemplo, reseña cómo la palabra «empresa» a veces es equiparada a «compañía» o «sociedad» (arts. 62.7, 69, 70 y 175.2 CC) otras veces a «establecimiento» (art. 285 CC): EGEA IBÁÑEZ, R., «Empresa o establecimiento mercantil. Bienes gananciales o privativos. Reforma del CC» en *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, 1982, pág. 1.282.

⁸⁷ Además el autor señala cómo «la redacción del artículo 1.360 no fue objeto de enmienda, por lo que el texto y su espíritu fueron redactados y pensados respectivamente como complemento del artículo 1.347.5 en la versión que este tenía en fase de proyecto, es decir, para una explotación o empresa para la que se postulaba una unidad de naturaleza disyuntiva, ya fuera privativa o ganancial. Por ello, se pretendía que tal situación no fuese modificada, en modo alguno, por los incrementos patrimoniales de la misma, situación que hoy no puede admitirse sin las debidas matizaciones»: RAMS ALBESA, J., «La empresa en la sociedad de gananciales» en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, págs. 718 y 721.

⁸⁸ EGEA IBÁÑEZ, R., «Empresa o establecimiento mercantil. Bienes gananciales o privativos. Reforma del CC» en *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, 1982, pág. 1.281. Asimismo, el término «negocios» del artículo 1.362.4 del CC.

Un sector doctrinal considera el establecimiento como la sede física de la empresa, esto es, el lugar material donde se desarrolla la misma ⁸⁹, así que se sostiene ⁹⁰ que el establecimiento mercantil comprende tanto el derecho de arrendamiento sobre el local como las instalaciones fijas o permanentes. Puede considerarse que esta postura que valora el establecimiento como sede física se funda en la exposición de motivos de la Ley de Hipoteca Mobiliaria de 16 de diciembre de 1954, que define como tal el establecimiento ⁹¹.

Otra parte de la doctrina, en cambio, rechaza esta postura y considera que no puede entenderse el establecimiento como la sede física de la empresa ⁹², afirmando que la referencia al establecimiento es inoportuna ⁹³, debiéndose, por tanto, considerar «empresa» y «establecimiento» como sinónimos, dado que designan aquí la misma realidad jurídica ⁹⁴.

El artículo 1.347.5 además habla de «empresas y establecimientos *fundados*... durante la vigencia de la sociedad». Tampoco hace falta detenerse mucho ⁹⁵ en la interpretación del término «fundados». Sin embargo, parece necesario hacer una breve análisis del mismo, sobre todo desde el punto de vista práctico-jurisprudencial, o sea, del Derecho vivo. Se puede afirmar que se requiere un acto de voluntad específico del creador o creadores por el cual el elemento patrimonial utilizado se separe de la masa patrimonial de origen, sea esta ganancial o privativa, de forma que necesite una contabilidad propia ⁹⁶.

Interesante es valorar cómo tiene que interpretarse el inciso «fundados» en su aspecto dinámico o analizar qué ocurre en la hipótesis de la apertura de una nueva sucursal de una empresa ya abier-

⁸⁹ CANO TELLO, C., «La nueva regulación de la sociedad de gananciales: un ensayo sobre la Ley de 13 de mayo de 1981», *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1981, pág. 63. De la misma línea: TORRALBA SORIANO, V., «Artículo 1.347» en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1.609.

⁹⁰ Para la doctrina EGEA IBÁÑEZ, R., «Empresa o establecimiento mercantil. Bienes gananciales o privativos. Reforma del CC» en *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, 1982, pág. 1.287. Para la Jurisprudencia: *RGDN* de 23 de octubre de 1959 (RJ 1959/3516).

⁹¹ La exposición de motivos sostiene que: «(omissis) La diversa terminología empleada en la doctrina científica para designar la empresa, hacienda, casa o establecimiento mercantil, las diferentes construcciones teóricas de la empresa, desde las que la consideran como un ente jurídico unitario al modo de una universalidad, hasta las negativas, que no admiten el concepto unitario de la empresa y la especial naturaleza de las cosas o elementos que la integran, son cuestiones que han sido objeto de muy detenido estudio por la evidente trascendencia que tiene para el desenvolvimiento de la hipoteca. *Se ha creído que debe consagrarse preferente atención al establecimiento, como base física de la empresa*, como elemento más permanente de la misma. (omissis)». BOE de 18 de diciembre de 1954.

⁹² RAMS ALBESA, J., «La empresa en la sociedad de gananciales» en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, pág. 717; LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A., «La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13 de mayo de 1981» en *Revista Jurídica de Catalunya*, Ilustre Col·legi d'avocats de Barcelona, Barcelona, 1983, pág. 592.

⁹³ RAMS ALBESA, J., «La empresa en la sociedad de gananciales» en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, págs. 717 y 723.

⁹⁴ LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A., «La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13 de mayo de 1981» en *Revista Jurídica de Catalunya*, Ilustre Col·legi d'avocats de Barcelona, Barcelona, 1983, pág. 592.

⁹⁵ Por ejemplo, se reenvía a EGEA IBÁÑEZ, R., «Empresa o establecimiento mercantil. Bienes gananciales o privativos. Reforma del CC» en *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, 1982, págs. 1.294 y ss. El autor observa justamente que tendrá que valorarse la inscripción en el registro mercantil (*vid.* arts. 69 y 71).

⁹⁶ Cfr. RAMS ALBESA, J., «La empresa en la sociedad de gananciales» en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, pág. 718.

ta o un problema de cambio de domicilio social. Parte de la doctrina considera que empresa y sucursal son dos cosas distintas y, por lo tanto, puede ocurrir que la sucursal tenga carácter ganancial a la hora de subsumirse en los requisitos del 1.347.5 aunque la empresa principal sea privativa ⁹⁷.

No puede considerarse como constituida una nueva empresa por el simple hecho de cambiarse de domicilio. El cambio de domicilio de una empresa no afecta al carácter ganancial, aunque se realice después de celebrarse el matrimonio, porque la nueva empresa «trae origen de la primera» ⁹⁸.

Asimismo, una rehabilitación de un negocio privativo por vía de aportaciones de capital común no supone el cambio de la naturaleza jurídica del bien y, por tanto, la exclusión del artículo 1.347.5 del CC ⁹⁹.

Una transformación y ampliación del negocio ¹⁰⁰ no permite decir que se esté creando una nueva sociedad y, por lo tanto, una empresa que tiene carácter privativo así permanece y no se incluye en el artículo 1.347.5 si la transformación se opera con dinero ganancial: aquí la sociedad tendrá exclusivamente un derecho de reembolso *ex* artículos 1.359 y 1.369 del CC ¹⁰¹.

Además, es importante advertir cómo el ejercicio de una actividad profesional conjunta en un negocio de representación artística es insuficiente para que pueda darse por constituida una empresa o establecimiento ganancial a los efectos del artículo 1.347.5 del CC. Esto es así porque «dicha actividad no constituye una unidad patrimonial con vida propia susceptible de ser explotada ¹⁰²».

⁹⁷ EGEA IBÁÑEZ, R., «Empresa o establecimiento mercantil. Bienes gananciales o privativos. Reforma del CC» en *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, 1982, pág. 1.300.

⁹⁸ Auto del JPI de Cantabria, Santander de 15 de enero de 2002 (AC 2002/524). Aquí se establece que la clínica dental fundada por el marido tiene carácter privativo y no cae bajo el artículo 1.347.5, dado que se considera que la fundación de la clínica fue anterior a la celebración del matrimonio: no importa si una vez celebrado el matrimonio se haya abierto otra con un domicilio diferente, pues la misma clínica trae origen de la primera.

⁹⁹ En concreto aquí el negocio se deshizo por causa de la Guerra Civil: STS de 29 de mayo de 1991 (RJ 1991/3943).

¹⁰⁰ Sobre los aspectos dinámicos de la empresa y en la hipótesis de nuevas aportaciones de dinero a la sociedad o en la posibilidad de que se financie la empresa posteriormente a su creación con una masa diferente o cambie esta de sede véase: RAMS ALBESA, J., «La empresa en la sociedad de gananciales» en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, págs. 722 y ss. (este autor considera que puede hablarse de una nueva empresa todas las veces que se cambia su actividad, se transforma la empresa individual en una que tiene personalidad jurídica, y, en los casos en que se mantenga la organización y la actividad primitiva, se abarquen nuevos campos comerciales o industriales). EGEA IBÁÑEZ, R., «Empresa o establecimiento mercantil. Bienes gananciales o privativos. Reforma del CC» en *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, 1982, págs. 1.302 y ss.

¹⁰¹ Así lo establece la STS n.º 731/1999, de 18 de septiembre (RJ 1999/6603). En el supuesto fáctico se discute sobre la procedencia de unas acciones nominativas recibidas como contraprestación a la aportación a la constitución de la sociedad realizada por el esposo del negocio heredado de su padre. Una vez casado el sujeto, transformó y amplió el negocio privativo (por lo tanto durante la vigencia de la sociedad de gananciales), con cargo a fondos de la sociedad de gananciales. El tribunal sostiene que en este caso la empresa sigue siendo privativa, no siendo posible aplicar el artículo 1.347.5 del CC (reclamación hecha por la esposa para que se pudiera incluir dicha empresa en la liquidación de la sociedad de gananciales).

¹⁰² SAP de Vizcaya n.º 531/2005, de 6 de julio (JUR 2005/240118).

La jurisprudencia considera además que la concesión administrativa de la licencia no sirve para que pueda considerarse constituida la empresa. Por tanto, para valorar si la empresa se ha constituido con el matrimonio e incluirla en el patrimonio ganancial *ex* artículo 1.347.5 del CC, se debe atender al otorgamiento de la concesión administrativa y no a la fecha del otorgamiento de la licencia de apertura. Esto se debe a que el sujeto «desde la concesión administrativa realiza un desembolso inicial y abona todos los meses al ayuntamiento una suma conveniente para la concesión... siendo la licencia de apertura un mero trámite de carácter administrativo... ajeno al nacimiento de los derechos y obligaciones»¹⁰³.

De todas formas merece hacer hincapié –cosa no tratada por la doctrina– sobre el hecho de que poco importa la diferencia que se hace en esta sede entre establecimiento y empresa, dado que el artículo 1.347.5 incluye ambos términos en el mismo precepto y los considera gananciales. Mayor relevancia tendría la diferenciación o la delimitación de uno u otro concepto si la norma hubiera excluido uno de los dos del carácter ganancial: la norma, considerando en el mismo supuesto fáctico a los dos siempre como bienes gananciales, no crea problemas interpretativos, así como poco importará que empresa o establecimiento coincidan, o uno englobe al otro o sean dos cosas diferentes; la realidad es que todo lo que se relacione con la empresa familiar y se haya fundado con dinero común es un bien ganancial. Por esta razón tampoco hay motivo para discutir sobre estos dos conceptos tan detenidamente, lo importante es que debe interpretarse la empresa como un bien unitario¹⁰⁴ o como una *universitas*¹⁰⁵ de bienes.

B) ¿Empresa individual o bajo forma societaria?

Otro aspecto importante, que ayuda a delimitar el ámbito objetivo de aplicación de la norma, es valorar si el artículo 1.347.5 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.

¹⁰³ SAP de Toledo n.º 92/2004, de 11 de marzo (JUR 2004/106635). En este supuesto los cónyuges se casaron justo en el arco temporal comprendido entre las dos concesiones, habiéndose dado el otorgamiento de la concesión antes de la celebración y la concesión de apertura una vez celebrado el matrimonio. La mujer pretendía la inclusión de la empresa en el activo ganancial. El Tribunal rechazó dicha petición, dado que consideró que la empresa se constituyó con dinero privativo y no ganancial, existiendo ya desde el momento del otorgamiento de la concesión administrativa, momento que fue anterior a la celebración del matrimonio; no recayendo por tanto la empresa en el artículo 1.347.5 del CC.

¹⁰⁴ Cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A., «La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13 de mayo de 1981» en *Revista Jurídica de Catalunya*, Ilustre Col·legi d'advocats de Barcelona, Barcelona, 1983, pág. 589.

¹⁰⁵ DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 8.ª edición, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 166. También TORRALBA sostiene que el término «explotación» del artículo 1.360 queda incluido en el de «empresa» del artículo 1.347 así como en el de «establecimiento», dado que por esto tiene que entenderse una *universitas*: TORRALBA SORIANO, V., «Artículo 1.347» en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 1.607 y 1.609. CANO TELLO, C., «La nueva regulación de la sociedad de gananciales: un ensayo sobre la Ley de 13 de mayo de 1981», *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1981, pág. 62; PEÑA DE BERNARDO DE QUIRÓS, M., «Artículo 1.347» en *Comentario del CC*, Ministerio de Justicia, tomo II, Madrid, 1991, pág. 648. Este último autor observa cómo el hecho de definir la empresa como una *universitas* no quiere decir que los diversos elementos pasen a constituir, a todos los efectos, un solo objeto de derecho.

La doctrina ¹⁰⁶ es favorable a una interpretación limitativa del precepto concluyendo en favor de la aplicabilidad del artículo 1.347.5 a las empresas mercantiles y no a las sociedades ¹⁰⁷. En cambio, la jurisprudencia aceptando sin duda la aplicación a las empresas individuales ¹⁰⁸; a la hora de referirla a las sociedades, se divide y, a una postura más limitativa ¹⁰⁹, se opone otra que considera que el precepto puede aplicarse también a las SL ¹¹⁰ y SA ¹¹¹.

Parecería, por lo tanto, que hay dudas sobre la aplicación a las sociedades porque, sin duda, el artículo 1.347.5 se aplica a las empresas individuales. Sin embargo, hay que plantearse otro interrogante; si cabe en dicho artículo el ejercicio de una actividad profesional que requiera una colegiación o una especial licencia administrativa. Tanto doctrina como jurisprudencia no tienen las ideas claras.

¹⁰⁶ RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Artículo 1.347» en *Jurisprudencia civil comentada, del CC*, Dir. Miguel PASQUAU LIAÑO, Comares, Granada, 2000, pág. 2.423; MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, L., «Artículo 1.347» en *Comentario al CC*, coord. Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, Bosch, 2000, pág. 87; TORRALBA SORIANO, V., «Artículo 1.347» en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1.608. Sostiene el autor esta postura porque teniendo una personalidad jurídica independiente, el patrimonio empresarial no sería ganancial y los derechos de la comunidad matrimonial se limitarían a las acciones, participaciones o aportaciones, así que el cónyuge no socio podría administrar la sociedad solo con el consentimiento unánime de los demás socios ex artículo 143 del Código de Comercio. Percíbese que aquí esta doctrina se olvida de la aplicabilidad del artículo 1.375 del CC y que en la mayoría de los casos el artículo 1.347.5 se aplica a sociedad donde no hay terceros socios. De acuerdo con la exclusiva aplicabilidad a las empresas individuales es también GARCÍA CANTERO en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, tomo V, vol. I, 12.ª edición puesta al día por Gabriel GARCÍA CANTERO y Jose María CASTÁN VÁZQUEZ, Reus, Madrid, 1994, pág. 462, nota n.º 2.

¹⁰⁷ 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, T., «Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981» en *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, 1982, pág. 132.

¹⁰⁸ SAP de Valencia n.º 311/2005, de 18 de mayo (JUR 2005/162946): tienda; SAP de Salamanca n.º 161/2003, de 10 de abril (JUR 2003/131772): hostelería; SAP de Valencia n.º 568/2003, de 4 de noviembre (JUR 2004/49919): establecimiento comercial dedicado a la actividad de café-bar. La SAP de Valencia n.º 266/2002, de 14 de mayo (JUR 2002/188536), considera empresa ex artículo 1.347.5 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 n.º 296/2004, de 24 de septiembre (JUR 2004/314843).

¹⁰⁹ Sobre la aplicación exclusiva a las empresas individuales y no a las sociedades con personalidad jurídica: STS n.º 731/1999, de 18 de septiembre (RJ 1999/6603); STS de 18 de noviembre de 1999; SAP de Valencia n.º 793/2000, de 28 de octubre (JUR 2001/12185); SAP de Pontevedra n.º 231/2004, de 8 de julio (JUR 2006/23640).

¹¹⁰ SAP de Granada n.º 211/2004, de 21 de marzo (JUR 2005/138786); SAP de Castellón n.º 721/2000, de 27 de diciembre (JUR 2001/168555); STSJ de Andalucía, Granada, n.º 689/2002, de 26 de febrero (JUR 2002/126407); SAP de Toledo n.º 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 1.347.5 aunque se deduce del supuesto fáctico (SL constituida en constancia de sociedad de gananciales con 50% de acciones cada esposo).

¹¹¹ STSJ de Cataluña de 5 de febrero 1992 (RJ 1992/774). Sobre la aplicación del artículo 1.347.5 a una sociedad agraria entre cónyuges: STSJ de Galicia recurso de suplicación n.º 5120/1994, de 7 de abril (RJ 1997/1508).

La doctrina ¹¹² y la jurisprudencia que admiten la aplicación de la norma a estos tipos de empresas basan su teoría en el hecho de que aunque la titularidad formal tiene que pertenecer a uno solo de los cónyuges, esto no obsta a que el negocio se califique ganancial si se fundó con dinero común, porque «tiene que diferenciarse entre la titularidad meramente administrativa de quien se sitúa al frente del establecimiento, y la del negocio, titularidad civil, que no puede ser suplataada por la normativa administrativa específica, y que... corresponde a la sociedad de gananciales» ¹¹³. Es este el caso por ejemplo de una farmacia ¹¹⁴ para la que se requiere una concesión administrativa especial o de un estanco. Así, la jurisprudencia ¹¹⁵ ha considerado gananciales a los efectos del artículo 1.347.5 la actividad de taxi ¹¹⁶, farmacia ¹¹⁷ o estanco ¹¹⁸.

Sin embargo, otra parte de la doctrina ¹¹⁹ y jurisprudencia ¹²⁰ cree que no puede considerarse ganancial una actividad que requiera colegiación o licencia administrativa especial. Esto es así porque «parece exagerado pensar en que la actividad profesional de un odontólogo-estomatólogo (como la de un abogado o un médico) con despacho abierto pueda entenderse comprendida dentro del difuso e impreciso concepto de «establecimiento»... o «empresa» del artículo 1.347.5 del CC» ¹²¹.

¹¹² Del mismo aviso es: TORRALBA SORIANO, V., «Artículo 1.347» en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1.609.

¹¹³ SAP de La Rioja n.º 232/2001, de 27 de abril (JUR 2001/211396). Esta sentencia aplica el artículo 1.347.5 a un estanco.

¹¹⁴ Para un breve análisis de este punto se reenvía a los interesantes artículos: MOLMENEU, R., GARRIGUES, T., MARTÍN VILLODRE, A., MUELAS TIRADO, J. y ESCUIN PLOP, V., «La propiedad de las farmacias» en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Pamplona, n.º 673, 2005, págs. 1 y ss.; RAZQUÍN LIZARRAGA, J., «La apertura de oficinas de farmacias: el Real Decreto-Ley 11/1996 de 17 de junio», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Pamplona, n.º 262, 1996, págs. 1 y ss.

¹¹⁵ En lo relativo a la aplicación a una actividad profesional individual, merece la pena también citar la SAP de Cantabria n.º 238/2002, de 14 de mayo (JUR 2002/188434) que no se considera empresa *ex* artículo 1.347.5 del CC la empresa de papelería ejercitada por el marido porque no se prueba la existencia de una organización de bienes y, por lo tanto, se afirma que siendo un ejercicio de una profesión no puede recaer en el concepto de empresa del artículo 1.347.5 del CC.

¹¹⁶ SAP de Vizcaya n.º 287/2004, de 6 de abril (JUR 2004/296268). Destáquese también la SAP de Barcelona de 7 de marzo de 1996 (AC 1996/492) que considera la licencia de auto-taxi un bien ganancial basándose en el hecho de que, en virtud del Texto Refundido de la Ley del Régimen Local de 18 de abril 1986, las licencias de auto-taxi «son tasas municipales y, por lo tanto, no pueden considerarse derechos subjetivos con plenitud de facultades dominicales».

¹¹⁷ STS de 29 de febrero de 1979. Considera ganancial una farmacia que los cónyuges habían adquirido después de 10 años de matrimonio. Obsérvese que, para esta sentencia «adquirir» es sinónimo de «constituir» a los efectos del artículo 1.347.5 del CC. En cambio parte de la doctrina opina que, en general, en los casos de adquisición de empresa se tendría que aplicar el principio de subrogación legal del párrafo tercero del artículo 1.347 y no el párrafo quinto: RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Artículo 1.347» en *Jurisprudencia civil comentada*. CC, Dir. MIGUEL PASQUAU LIAÑO, Comares, Granada, 2000, pág. 2.422.

¹¹⁸ SAP de La Rioja n.º 232/2001, de 27 de abril (JUR 2001/211396).

¹¹⁹ GIMÉNEZ DUART, T., «Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981» en *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, 1982, pág. 129. El autor pone el ejemplo de un médico que cursó toda su carrera durante el matrimonio, con cargo a fondos comunes, y que luego monta una clínica en la que colabora su mujer. Esta actividad no podría considerarse un establecimiento o una explotación de carácter común porque su mujer carece del requisito de la colegiación; dado que la colegiación faculta al colegiado y solamente a él para el ejercicio de la actividad, que nunca, por lo tanto, puede considerarse una actividad común.

¹²⁰ SAP de Santa Cruz de Tenerife, n.º 240/2005, de 27 de junio (JUR 2005/188801). En el supuesto fáctico es una farmacia. Sin embargo aquí se llega a esta conclusión por razones (criticables porque no se tiene cuenta la presunción del art. 1.361 CC) de carácter probatorio, no habiéndose probado el carácter común del dinero con el cual se constituyó la farmacia.

¹²¹ Auto del JPI de Cantabria, Santander, de 15 de enero de 2002 (AC 2002/524).

Quien escribe sostiene que la norma no puede aplicarse a estas hipótesis «especiales», dado que en estos supuestos no tendría sentido ni podría aplicarse el artículo 1.375 del CC y la relativa obligación de cogestión, sobre todo en el supuesto de una colegiación. Una actividad así calificada nunca podría considerarse una actividad común en la hipótesis de que el otro cónyuge no tenga los conocimientos técnicos requeridos. Mejor dicho, en este supuesto se entendería con mayor sentido la posible contratación como trabajador subordinado del otro cónyuge; piénsese en un consorte que trabaje como secretario en la clínica o en el bufete. Otra cosa será que dicha actividad pueda considerarse bien ganancial, no por el artículo 1.347.5, sino en virtud del primer párrafo del mismo artículo, que establece que son gananciales los bienes obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges.

V. INTERACCIÓN CON LA NORMATIVA LABORAL: PROBLEMAS Y CONSECUENCIAS

El precepto del artículo 1.347.5 es de carácter civil y queda incorporado al texto, el CC, que ha adquirido más relevancia y prestigio tras la Constitución. Las presunciones de no laboralidad en cambio, pertenecen a la esfera de un Derecho especial y específico como es la laboral. 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) del ET, y del artículo 7.2 y disposición adicional 27.^a de la 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 la 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 2001 ¹²² 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 CC a tenor del cual el marido y la mujer ¹²³ 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 ¹²⁴. Así, tendría que concluirse que el régimen de ganancia-

¹²² Recurso n.º 4525/1999, ponente don Aurelio DESDENTADO BONETE (RJ 2001/4614).

¹²³ *Rectius* «entre cónyuges», en virtud de la reforma operada por la Ley 13/2005, de 1 de julio (BOE n.º 157 de 2 de julio de 2005) por la que se han sustituido las palabras «marido» y «mujer» por las de «cónyuge/s».

¹²⁴ STSJ n.º 624/2003, de 28 de noviembre, ponente don José Luis GILOMO LÓPEZ, inédita.

les –y, por lo tanto, la disposición contenida en el art. 1.347.5 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 causal sino intencionadamente. De hecho, el objetivo de este trabajo es demostrar cómo, por lo menos en el supuesto que se está analizando, 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.

Lo que se demostrará será que el conjunto de la normativa civil y laboral, en el estado actual, impide contratar a un cónyuge como trabajador por cuenta ajena en la particular hipótesis del 1.347.5 del CC (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. Esto será así independientemente de que se acepte la aplicabilidad del artículo 1.347.5 del CC 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 1.347.5 A LAS SOCIEDADES MERCANTILES

La STS de 30 de abril de 2001 afirma que no se puede aplicar el artículo 1.347.5 del CC a una SL o SA. Esta postura jurisprudencial no puede aceptarse, sobre todo después de la entrada en vigor de la disposición adicional 27.^a de la LGSS. Repárese en que, efectivamente, el pronunciamiento del Tribunal Supremo no ha tomado en consideración la existencia de este precepto. Hay, por todo ello, que hacer algunas aclaraciones:

En primer lugar, tiene que admitirse que la disposición adicional 27.^a de la 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 disposición adicional 27.^a 2, n.º 1 ¹²⁵.

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

¹²⁵ «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 sus servicios esté distribuido entre socios, con los que conviva, y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.»

«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 mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto de aquella. 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 disposición adicional 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 por un lado se podrán destruir mediante prueba en contrario las presunciones establecidas en el segundo párrafo; por otro, no será posible en el supuesto del primer párrafo dado que la presunción *iuris et iure* no admite prueba en contra. Reitera y comprueba esto el inciso «Estarán obligatoriamente incluidos en el RETA...» que tiene que confrontarse con el inciso del segundo párrafo por 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 disposición adicional 27.^a de la LGSS. Este tiene que inscribirse en el RETA y nunca podrá considerarse como trabajador por cuenta ajena.

Se ha visto que la disposición adicional 27.^a de la 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 1.347.5 del CC.

El último inciso del primer párrafo de la disposición adicional 27.^a de la 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. ¡Es este el específico caso del artículo 1.347.5 del CC! La ganancialidad establecida por esta norma opera de forma que cualquier cónyuge posea por lo menos el 50 por 100 del capital social. Esto se verificará 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. 1.347.5) 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 disposición adicional 27.^a 1 de la LGSS. Si se acepta que los cónyuges (en virtud del art. 1.323 CC) pueden estipular entre sí toda clase de contrato, 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 EF 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 ¹²⁶ y aunque el

¹²⁶ 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» aunque estas no entren en el específico supuesto del artículo 1.347.5, dado que no están constituidas solamente por los cónyuges.

artículo 1.347.5 no obligue expresamente a que los cónyuges gestionen la empresa como en cambio requiere el correspondiente artículo 177 del *Codice* italiano ¹²⁷. La disposición adicional 27.^a 1 de la LGSS «obliga» a este preciso requerimiento en caso de que se funde una empresa familiar societaria; esto se verá en el epígrafe sucesivo, derivando también de lo dispuesto y de la interpretación del artículo 1.375 del CC.

Antes de analizar el supuesto de empresa individual fundada en base al artículo 1.347.5 del CC, queda por analizar un último aspecto. Se ha fundamentado la teoría sostenida gracias a la existencia de la presunción *iuris et iure* del primer párrafo de la disposición adicional 27.^a de la 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, todas las veces que pruebe la efectiva subordinación de su actividad laboral. Dicha crítica no podría aceptarse dado que –en la específica hipótesis del art. 1.347.5 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 estos no tengan un régimen de sociedad de gananciales (por ejemplo, régimen de separación de bienes o supuesto del art. 1.354 CC).

Por lo tanto, la presencia conjunta de la disposición adicional 27.^a 1 de la LGSS y del artículo 1.347.5 del CC impide la contratación de un cónyuge como trabajador por cuenta ajena, no dando plena actuación al artículo 1.323 del CC.

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 1.347.5 a las sociedades, entran en juego las presunciones de los artículos 1.3 e) del ET y 7.2 de la LGSS.

La cuestión es la misma: ¿Podría el cónyuge trabajar por cuenta ajena en una empresa individual fundada por el artículo 1.347.5? 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) del ET y 7.2 de la LGSS se deduce que el ordenamiento plantea la posibilidad de que el cónyuge quede contratado por cuenta ajena por el propio cónyuge en la EF. Esto se deduce del hecho de que estas presunciones son *iuris tantum* y admiten la

¹²⁷ Esto habla de «le aziende gestite da entrambi i coniugi e fondate dopo il matrimonio».

prueba en contrario ¹²⁸. Todas las veces 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, pudiéndose dar 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 CC 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 normas de carácter general relativas a la sociedad de gananciales al supuesto específico del artículo 1.347.5 del CC, y, se verá, como estos deslices jurídicos de carácter civil afectan a la normativa laboral.

Tiene que analizarse el conjunto de los artículos 1.347.5, 1.323 y 1.375 del CC.

El artículo 1.347.5 del CC declara la ganancialidad de la empresa familiar creada con exclusivo dinero ganancial, afirmando que dicha empresa es un «bien ganancial».

Ahora el artículo 1.375 del CC, 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 1.347.5 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.

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 CC, 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 normas generales de contratación entre partes y en virtud del artículo 1.323 del CC.

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 1.347.5 del CC, pudiendo el cónyuge no gestor ser libre de trabajar por cuenta ajena en la misma empresa.

¹²⁸ *Supra* párrafos 3 y 4 de la primera parte de este estudio.

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 particular supuesto del artículo 1.347.5 del CC, la cualidad de socio y de gestor coinciden necesariamente, dado que el bien es ganancial (*ex art. 1.347.5*) y además porque el artículo 1.375 habla de «gestión y disposición». Por lo tanto, en el supuesto del artículo 1.347.5 del CC, al hablar de gestor, este se identifica necesariamente con propietario, al ser el trabajador uno de los dos cónyuges. Por todo ello, el cónyuge gestor tendrá que, necesariamente, 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 CC sirve para cualquier tipo y género 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 1.347.5 del CC.

Las partes podrán estipular una cláusula mediante capitulaciones matrimoniales para regular la gestión exclusiva de un cónyuge, permitiendo así que el cónyuge quede exento de las operaciones de gestión. Efectivamente, en virtud de la interpretación conjunta de los artículos 1.325 y 1.326 del CC, los cónyuges pueden estipular una cláusula mediante capitulación matrimonial en una fase sucesiva al matrimonio refiriéndola a un aspecto determinado de su relación matrimonial ¹²⁹ manteniendo así intacto el régimen de sociedad de gananciales existente entre ellos ¹³⁰.

No obstante, la estipulación de una capitulación en el supuesto de la empresa familiar conyugal conlleva unos problemas jurídicos que, al ser similares con la hipótesis de la celebración del contrato de mandato, se tratará 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 CC –por el cual los cónyuges pueden celebrar cada tipo de contrato– estos pueden celebrar un contrato de mandato entre ellos. Por la misma dis-

¹²⁹ Esto se deduce del inciso del artículo 1.325 «cualquier otra disposición del mismo».

¹³⁰ Si no fuese así y no lo mantuvieran, no estaríamos en el supuesto fáctico del artículo 1.347.5 del CC porque el régimen de los cónyuges sería el pactado en capitulaciones. En cambio, uno de los requisitos necesarios de aplicación del artículo 1.347.5 del CC es la propia existencia de la sociedad de gananciales. Aquí, por lo tanto, esta hipótesis quedaría desmontada, no siendo posible derogar el régimen de cogestión de los cónyuges mediante capitulaciones en la hipótesis de una empresa familiar conyugal: el cambio de régimen patrimonial excluiría la aplicación del artículo 1.347.5.

posición legal pueden también fundar una sociedad entre ellos ¹³¹. 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 1.347.5 del CC y observándose cómo el sistema jurídico quiebra.

Para una parte de la doctrina ¹³²—postura que se comparte plenamente— no se puede admitir la estipulación de un mandato *ad vitam*, siendo posible solo la celebración de un mandato a 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 los razonamientos empleados 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, y se supone 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 CC el mandato puede ser tanto expreso como tácito y, en la mayoría de los casos, en un matrimonio es solo un cónyuge quien gestiona *de facto* los bienes. 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 la gestión de 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 el supuesto fáctico analizado, juegan las presunciones de no laboralidad por cuenta ajena de los artículos 1.3 e) y 7.2 de la LGSS. Según estas el cónyuge que trabaje en la EF tiene que inscribirse en el RETA salvo que no demuestre que esté efectivamente desarrollando un trabajo por cuenta ajena. La jurisprudencia, tratándose de una presunción *iuris tantum*, admite cualquier medio de prueba ¹³³. Quien escribe destaca 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 1.347.5. Aquí hay que concluir que no se podrán

¹³¹ HERRERO GARCÍA, M.J., «Artículo 1.323» en *Comentario del CC*, Ministerio de Justicia, tomo II, Madrid, 1991, pág. 598.

¹³² HERRERO GARCÍA, M.J., «Artículo 1.323» en *Comentario del CC*, Ministerio de Justicia, tomo II, Madrid, 1991, pág. 598, este autor más bien se refiere a una hipótesis en la que exista una sociedad entre cónyuges.

¹³³ *Supra* párrafos 3 y 4 de la primera parte de este estudio.

aceptar todos los medios de prueba sino exclusivamente algunos. La incoherencia del sistema legislativo actualmente vigente limita y agrava la prueba testifical del sujeto. Esto viene provocado por la compenetración de los artículos 1.347.5, 1.323 y 1.375 del CC con las presunciones de los artículos 1.3 e) del ET y 7.2 de la LGSS. 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. Ahora el mandato normalmente tiene una eficacia *inter partes* y, para poderse elevar a prueba con eficacia *erga omnes*, deberá tener carácter de documento publico, 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. 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*¹³⁴, haya excluido su obligación de cogestión del bien ganancial aportando en juicio el contrato de mandato o la capitulación. Obsérvese cómo 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 1.347.5 del CC tendrían que rechazarse por no estar suficientemente probadas¹³⁵.

Una última aclaración es obligatoria. El mecanismo de las presunciones de no laboralidad de los artículos 1.3 e) del ET y 7.2 de la 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 alguna 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 CC, pero no resulta aplicable la gestión conjunta del artículo 1.375 del CC.

Sistematizando y resumiendo todo lo afirmado hasta ahora, se ha visto que la disposición adicional 27.^a 1 impide siempre que los cónyuges puedan estipular un contrato por cuenta ajena entre sí

¹³⁴ En caso de que se estipulen capitulaciones, el problema no existiría porque estas tienen eficacia *erga omnes* debiendo estipularse por escritura pública según lo dispuesto del artículo 1.327 del CC.

¹³⁵ *Supra* párrafos 3 y 4 de la primera parte de este estudio.

en el supuesto de EF conyugal que tenga una forma societaria. En cambio, en caso de empresa conyugal constituida en forma individual, para poder contratar por cuenta ajena el cónyuge 1) se debería en todo caso siempre estipular previamente una cláusula mediante capitulaciones matrimoniales o (si se aceptase esta posibilidad) un mandato *ad vitam* entre los cónyuges, en el 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) del ET y 7.2 de la LGSS. Además, en caso de mandato, este 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.

En cambio, se podrá estipular siempre 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 1.347.5 y su necesaria correlación con el artículo 1.375 y –en caso de sociedad– tampoco se produciría con la disposición adicional 27.^a 1. ¿Quizás pueda hablarse de disparidad de tratamiento jurídico?

Además una última puntualización. La estipulación de un mandato de tal género provocaría el inconveniente de cómo se debe conciliar la norma del artículo 1.711.2 del CC 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 1.347.5 el cónyuge es socio y propietario y, por lo tanto, cabe la aplicación del artículo 1.711.2 del CC: ¿qué sentido tendría una retribución suplementaria en un contexto de perfecta ganancialidad del bien establecida por el artículo 1.347.5 ¹³⁶? ¿Cómo se cualificaría jurídicamente esta retribución?

VIII. UNA NECESIDAD DE REFORMA

Se ha visto cómo en la particular hipótesis de una EF 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 al diferente cargo de la prueba), cómo 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 puedan estipular entre sí un contrato de trabajo subordinado en el supuesto de EF conyugal creada con dinero común, o se rechace por el contrario dicha postura.

¹³⁶ Además, según lo dispuesto en el artículo 1.347.1 del CC, 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 cualquiera de los cónyuges».

Ambas posturas tienen sus *pro y contra*.

La posibilidad de permitir al cónyuge trabajar por cuenta ajena en el supuesto del artículo 1.347.5 del CC 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 CC 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 reseñar otro importante aspecto que produciría la contratación del cónyuge en la hipótesis del artículo 1.347.5. Si la contratación 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.º 2. En base a esta norma, a la hora de disolver o liquidar la sociedad de gananciales¹³⁷, cada cónyuge tendrá derecho a que se incluya con preferencia en su haber la explotación económica que gestione efectivamente. Entiéndase cómo no convendría al cónyuge venir 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.º 2– este derecho de preferencia. Así que solamente el cónyuge, titular formal de la empresa, que ha contratado el 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 1.347.5 del CC quizás resultaría coherente interpretando dicho precepto con el artículo 1.347.1 del CC. El dinero que el cónyuge cobraría por trabajar por cuenta ajena por el artículo 1.347.1 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, tiene que «asumirse unos riesgos», independientemente de que haya sido el otro consorte el que ha constituido formalmente y exclusivamente.

Analicense 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

¹³⁷ La empresa en concreto es una explotación mercantil. Además, como sostiene LÓPEZ SÁNCHEZ, el término empresa ya 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, n.º 71-I: LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A., «La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13 de mayo de 1981» en *Revista Jurídica de Catalunya*, Ilustre Col·legi d'avocats de Barcelona, Barcelona, 1983, pág. 591.

del CC. 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. 1.347.5); de tal forma que el bien no sería ganancial y no se aplicaría el artículo 1.375 del CC, como se ha visto genera problemas.

De todas formas, el problema subsistiría en caso de considerarse aplicable el artículo 1.347.5 a las sociedades, porque aquí la contratación por cuenta ajena del cónyuge resulta impedida siempre y en cualquier caso por la presunción *iuris et iure* de la disposición adicional 27.^a 1 de la LGSS. Por lo tanto, tendría que reformarse también la disposición adicional 27.^a 1 última parte, añadiéndose «salvo el dispuesto del artículo 1.347.5 del CC en el que se considerará aplicable la disposición adicional 27.^a 2 n.º 1», admitiéndose así prueba en contra.

De todos modos, la exclusión del supuesto del quinto párrafo del artículo 1.347 del CC no sería posible. De hecho, siendo constituida con dinero ganancial, dicha empresa conyugal, sin duda, es configurable como ganancial. Excluir la 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 esta 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 violándose el artículo 1.367 del CC ¹³⁸. Piénsese, por ejemplo, que un tercero resulte acreedor de la sociedad de ganancial 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 CC. Según lo dispuesto en el segundo párrafo, el tercer 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 así su tutela, no pudiéndose embargar o pedir dinero de esta empresa ¹³⁹.

Por todo ello, la conclusión es que no tendría que modificarse el artículo 1.347.5 sino modificar el artículo 1.375 del CC. Esto sería así añadiendo el inciso «*lo dispuesto es este párrafo no se aplica al artículo 1.347.5, donde las partes podrán o no establecer la gestión conjunta de dicho bien*» ¹⁴⁰. Así, se eliminaría la necesaria cogestión del bien y se eliminaría el problema probatorio provocado

¹³⁸ Para un supuesto fáctico real en que en caso de deudas de la empresa conyugal responde la sociedad de gananciales *vid.* SAP de Orense n.º 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, V., «Artículo 1.347» en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1.612. Este autor sostiene que en tal caso nos encontraríamos ante una solución análoga a la de los artículos 6 y ss. del Código de Comercio.

¹³⁹ De todos modos recuérdese que por el artículo 1.319.2 del CC el tercero podría siempre pedir dinero privativo del cónyuge que contrajo la deuda o subsidiariamente del otro cónyuge.

¹⁴⁰ 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 dispuesto en este párrafo no se aplica al artículo 1.347.5 donde las partes podrán o no establecer la gestión conjunta de dicho bien».

por la estipulación de una cláusula en capitulaciones matrimoniales o de un contrato de mandato. De hecho, la estipulación de estos no será más obligatoria para destruir las presunciones laborales dado que no se necesita la coestión prevista por el artículo 1.375 del CC. Esta reforma tendrá igualmente que ser acompañada por la modificación de la disposición adicional 27.^a 1 de la 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 disposición adicional 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 CC 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 1.347.5 del CC. Por lo que, tendría que modificarse el artículo 1.323 añadiendo «salvo la celebración de un contrato subordinado en el supuesto del artículo 1.347.5».

Asimismo, aceptar dicha opinión conlleva que las presunciones de los artículos 1.3 e) del ET y 7.2 de la LGSS estén actualmente mal formuladas. Estas, siendo *iusuris 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 dispuesto del artículo 1.347.5 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 ¹⁴¹, el artículo 1.347.5, de carácter totalmente ajeno al Derecho común español. A la hora de incorporarse cualquier tipo de precepto, esto 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—como se ha visto—en Italia opera exclusivamente en el determinado supuesto *legal* de la empresa familiar delineado en el artículo 230 bis del CC (compatible ¹⁴² con el art. 177 CC) y esta presunción se relaciona con una automática repartición de ganancias y obligaciones de

¹⁴¹ Cabe notar que el proyecto de ley del artículo 1.347.5 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, J., «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 brillantemente señala cómo 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 aquella que se crease con dinero prevalentemente privativo, respecto de la fuerza atractiva de la masa ganancial a través del artículo 1.347.3.

¹⁴² Esta es nuestra postura. En esta línea es BUSNELLI, cfr. *op. cit.*

mantenimiento de la empresa que no existe en España ¹⁴³. 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 1.347.5 fue introducido en 1981, cuando en el ordenamiento jurídico ya estaban en vigor las presunciones de los artículos 1.3 e) del ET y 7.2 de la LGSS ¹⁴⁴. El legislador español tendría que haber valorado si la introducción del precepto creaba incongruencias con la normativa laboral. Lo mismo debería haber ocurrido cuando se introdujo, en 1997, la disposición adicional 27.^a 1 de la LGSS ¹⁴⁵.

Se ha visto, que en Italia el requisito de la cogestión es requerido expresamente por el artículo 177 del Codice Civile, en cambio en España –aunque el art. 1.347.5 no lo disponga– se requiere *de facto* en virtud del artículo 1.375 o, en caso de una sociedad, también *ex* disposición adicional 27.^a 1 de la 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 si 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 solo si las partes no han pactado otra cosa. En el Derecho italiano no significa que necesariamente exista trabajo por cuenta propia en una empresa conyugal familiar que venga gestionada conjuntamente por los cónyuges. En 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 ¹⁴⁶ a la empresa familiar tendrá derecho a una repartición de ganancias proporcionada al trabajo efectuado ¹⁴⁷ y un derecho de mantenimiento. La presunción de no laboralidad,

¹⁴³ FERRANTE, A., «Aportaciones comparativas para la definición jurídica de un instituto: la empresa familiar en Italia», en *Derecho de Sociedades*, Aranzadi, n.º 23, 2004, pág. 474.

¹⁴⁴ 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 n.º 2065/1974, de 30 de marzo, ha sido modificado por la disposición adicional 11.^a 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.

¹⁴⁵ La Ley 66/1997, de 30 de diciembre (BOE 31 diciembre 1997, n.º 313). La disposición se ha vuelto a modificar por el artículo 34.2 de la Ley 50/1998, 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 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

¹⁴⁶ Cass. n.º 1.525 de 19 de febrero de 1997; Cass. n.º 5.741, de 22 de mayo de 1991; Corte d'Appello Messina 16 de febrero; Pretura Forlì 21 de diciembre de 1994 en *Diritto Famiglia* 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, A., «Aportaciones comparativas para la definición jurídica de un instituto: la empresa familiar en Italia», en *Derecho de Sociedades*, Aranzadi, n.º 23, 2004, págs. 474 y ss.

¹⁴⁷ Obsérvese esto solamente si el presupuesto de la empresa se cerrara en positivo. Nunca podrá definirse un trabajador por cuenta ajena en este caso porque, por ejemplo, si el balance de la empresa fuese negativo y, por lo tanto, la empresa tuviese deudas frente a terceros, el sujeto no responderá nunca frente a la deuda contraída con su dinero privativo.

en Italia ¹⁴⁸, resulta así acompañada de una tutela del sujeto que colabora en la empresa familiar, esto siempre y 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 posea todas las características de un trabajo por cuenta ajena al igual que pasa en el Derecho español.

La norma italiana literalmente pide solo que 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. 1.347.5 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. En cambio, en el Derecho español, la cogestión de la empresa familiar conyugal resulta obligatoria por la normativa civil (cfr. arts. 1.347.5, 1.375, 1.323 CC) y laboral (disp. adic. 27.ª 1 LGSS) aunque el artículo 1.347.5 no lo disponga expresamente. Esto choca con la posible destrucción de la presunción *iuris tantum* establecida en los artículos 1.3 e) del ET y 7.2 de la 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 CC 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 1.347.5, el cónyuge podría trabajar «libre y tranquilamente» por cuenta ajena –probando que esté desarrollando un trabajo que posea los requisitos propios de ajenidad– exclusivamente en una hipótesis: la prevista por el artículo 1.387 del CC, o sea, toda 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 tranquilamente 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 –es decir según la actual redacción de los arts. 1.3 e) ET y 7.2 LGSS– se estaría ante de una evidente disparidad de tratamiento en fase de carga de la prueba a la hora de destruir las presun-

¹⁴⁸ 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 370/1934 sobre el «riposo domenicale e settianale» 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 *Dpr* 1403/71, de 31 de diciembre, permite una relación de trabajo doméstico entre parientes y el artículo 5 del *Dpr* 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. 18 de mayo de 1971 n.º 1.475, en «*Giust. civ. mass.*» 1971, fasc. 5, pág. 111; Cass. 29 aprile 1974 n.º 1.452, in *Giust. civ. mass.* 1974, fasc. 4, pág. 67.

ciones de no laboralidad por parte del cónyuge según que la empresa sea o no sea constituida enteramente con dinero ganancial. De dicho modo, la ganancialidad o no de la empresa, es decir, la normativa civil, afectaría de forma indirecta a la normativa laboral y a la esfera jurídica del sujeto.

Permitase que se concluya con una frase —quizás un poco «gótica»— que, sin embargo, resume todo lo anteriormente expuesto y defendido. En el momento actual puede verse la EF 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 esta ni tan siquiera la naturaleza autónoma o subordinada del trabajo efectuado en su contexto.