

la regla de la abstención, sino la del *entire fairness test*. Para estos conflictos por cuenta del socio la regla aplicable sería la del artículo 190.3 LSC.

En sus conclusiones PAZ-ARES resume las tesis que ha empleado para desmontar aquellas que pretenden construir un derecho especial de sociedades para los grupos. Para los grupos planos, aquellos íntegramente participados por la matriz, no existe inconveniente para recomendar la doctrina de la organización, si bien no como tesis exorbitantes o derecho especial. En todo caso, para la protección de los accionistas de la sociedad matriz y de los acreedores de la sociedad matriz, bastan las reglas y los principios del derecho de sociedades, del derecho de obligaciones y del derecho concursal.

LÓPEZ PELÁEZ, Patricia, «*Hijos de uno solo de los cónyuges y sociedad de gananciales*», Ed. Tirant Lo Blanch, 2020. Monografía.

por

FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO
Catedrática de Derecho civil. UNED

También en tiempos de pandemia como los que nos asolan, con sus devastadoras consecuencias sociales y económicas, el tema que aborda la Profesora LÓPEZ PELÁEZ en su última monografía (*the latest, no the last*: ¡sabios los idiomas como el inglés, o el gallego, que diferencian y piensan que la última no es todavía la última!) presenta, ahora, nuevas vertientes.

Bajo el título *Hijos de uno solo de los cónyuges y sociedad de gananciales*, la autora despliega su mejor *know how* académico y jurídico para desarrollar propuestas de reformas necesarias y urgentes acerca de las cargas de la sociedad de gananciales. No es la autora una investigadora iniciática en esta materia relacionada con el régimen económico matrimonial. Todo lo contrario. Destacamos, ahora, algunos de sus trabajos que, seguramente, contribuyeron a crear un caldo de cultivo adecuado para elaborar la monografía que ahora presentamos. Se trata, por ejemplo, de sus Reflexiones en torno al régimen económico matrimonial de participación en las ganancias en la nueva legislación catalana: su valoración con relación al derecho común, en *Actualidad Civil*, núm. 7, 12 al 18 de febrero, 1996, págs. 137 a 151; o su Gestión de los conflictos en materia de pagos relacionados con el sostenimiento de la familia, en *La solución alternativa de conflictos en los nuevos modelos de familia*, SÁNCHEZ GARCÍA, A. y LÓPEZ PELÁEZ, P. (coords.), ARANZADI, Madrid, 2018, págs. 37 a 69.

Destaca la profesora LÓPEZ PELÁEZ en esta obra monográfica que una de las cuestiones peor resueltas en derecho común sobre el pasivo de la sociedad de gananciales, destinada a plantearse con cada vez mayor frecuencia a la vista del aumento de las familias reconstituidas, es la articulación del deber de mantenimiento de los hijos de uno solo de los cónyuges. El problema se plantea, especialmente, si el nuevo matrimonio del cónyuge progenitor está sometido al sistema de sociedad de gananciales, porque ahí se genera un patrimonio común que en principio ha de responder del sostenimiento de la familia.

La regla del Código civil para estos casos resulta clara en una primera lectura del artículo 1362.1: todo depende de si el hijo o hijos de uno solo de los cónyuges conviven o no en el hogar familiar. Si el hijo de uno solo de los cónyuges con-

vive en el hogar familiar sus gastos de alimentación y educación, en un sentido amplio, correrán a cargo de la sociedad de gananciales; esto supone que ambos cónyuges, incluido el no progenitor, están afrontando este mantenimiento, sin derecho de reembolso del no progenitor, que incluso podría verse en la obligación de utilizar sus bienes privativos si se tratase de necesidades ordinarias de estos hijos, *ex* artículo 1319.

Si, por el contrario, el hijo de uno solo no convive en el hogar familiar sus gastos serán sufragados por la sociedad de gananciales; sin embargo, estos gastos sí darán derecho a reintegro en el momento de la liquidación de la sociedad, de manera que no quedarán a cargo del cónyuge no progenitor de manera definitiva directa ni indirectamente, a menos que en el momento de la liquidación de la sociedad no pudieran abonarse estos reembolsos.

Se desencadena, de este modo, para la autora, una situación realmente desproporcionada para la persona que paga una pensión alimenticia a sus hijos con los que no convive, pues el cónyuge que no tenga consigo a sus hijos anteriores a su nuevo matrimonio, además del daño que esto puede suponer a nivel emocional, tendrá que tomar de menos en la disolución de la nueva sociedad de gananciales lo que les haya pagado en concepto de alimentos, mientras que el cónyuge que sí los tiene consigo, además de disfrutar de su compañía constante, no tendrá que reintegrar a la sociedad lo que esta haya pagado para el mantenimiento de dichos hijos.

Por otro lado, el hecho de que el cónyuge no progenitor reciba a los hijos del otro cónyuge en su casa se traduce en unas consecuencias económicas que pueden resultar muy gravosas, dado que por su consentimiento expreso o tácito a convivir con estos menores se va a encontrar con que su sociedad de gananciales debe mantenerlos sin derecho de reintegro, *ex* artículo 1362.1.

La pregunta razonable que la autora se plantea ante semejante escenario es la de cuál es el motivo para semejante distinción. Un criterio (el de la convivencia), que en su día pudo tener cierta justificación, hoy resulta injusto. Y ello, según la prof. LÓPEZ PELÁEZ, por dos razones:

Por un lado, porque la convivencia con uno u otro de los progenitores no siempre es voluntaria, sino que puede venir determinada por resoluciones judiciales que no pueden ser desobedecidas sin más; de esta manera, la no convivencia obligada por una resolución judicial, además de privar de la compañía diaria de los hijos, se traduce en unas consecuencias económicas no tenidas en cuenta en cuanto a su mantenimiento económico.

Por otra parte, porque no es posible —entiende la prof. LÓPEZ PELÁEZ— que un cónyuge pueda negarse a convivir con los hijos de su nuevo consorte, pues tal cosa supondría una clara infracción del deber de ayuda y socorro mutuos, y también de la obligación de compartir el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a cargo de cada uno, *ex* artículo 68 del Código civil.

En este caso, una convivencia que, en principio, puede o no ser deseada, además de ser obligatoria, se va traducir en la obligación de mantenimiento de dichos menores a través de la sociedad de gananciales, perdiendo incluso el derecho de reintegro, cuando, en principio, el consentimiento, de existir, se prestó para la convivencia y de haber sabido que tenía estas otras implicaciones económicas quizá no se hubiera prestado.

Todo ello lleva a la autora a hacer una reflexión acerca de la conveniencia de mantener el sistema de sociedad de gananciales como sistema supletorio de primer grado en defecto de pacto. Este sistema cumplió una importante función

en épocas pasadas, en cuanto que la mujer, que no solía contribuir a la existencia de bienes gananciales con rentas de trabajo, sí contribuía en cambio al mantenimiento de la familia con su trabajo en la casa, y dicha contribución se veía reconocida al corresponderle en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales la mitad de tales bienes.

Sin embargo, en una sociedad como la actual, que parte del principio de igualdad de los cónyuges, en la que ambos trabajan, como regla general, y en la que es muy frecuente la existencia de segundos y terceros matrimonios, con las liquidaciones de gananciales previas correspondientes, no se adapta demasiado a las nuevas circunstancias.

Es por ello por lo que la autora propone un replanteamiento de esta cuestión, que parta de la base de la igualdad de los cónyuges y de su autonomía patrimonial, de manera que el régimen supletorio en defecto de pacto sea el de separación de bienes, pasando a ser el de sociedad de gananciales, y la comunicación de gananciales que ello supone, un sistema que debe ser expresamente querido o pactado por los cónyuges.

Todavía la autora va más allá y considera necesaria una reforma legal del Código civil que aclare algunos conceptos. En concreto, destacamos las cinco siguientes propuestas:

- 1) La sustitución del concepto de «carga del matrimonio» por el de «carga familiar», que existirá siempre que haya familia y convivencia entre sus miembros, sin perjuicio de que sean los cónyuges, o convivientes, los principales obligados a su mantenimiento.
- 2) La concreción en la medida de lo posible de dicho concepto, que incluya todas las necesidades de la familia de acuerdo con los usos sociales y sus circunstancias particulares, y el establecimiento del deber de los cónyuges de contribuir al sostenimiento de dichas cargas, y no solo la sujeción de sus bienes, así como las reglas básicas de esta obligación.
- 3) La aclaración del concepto de «necesidad familiar ordinaria» recogido en el art 1319 del Código civil, que da derecho a cada cónyuge a vincular, además de sus bienes propios, los bienes comunes, e incluso los privativos del otro, y que parece más restringido que el concepto anterior.
- 4) La articulación concreta de las deudas por alimentos legales debidas por alguno de los cónyuges a otras personas, y su configuración o no como «cargas del matrimonio o familiares», con o sin derecho de reembolso, dado que el deber de alimentos se puede prestar no solo entregando una cantidad económica sino también recibiendo en casa al alimentista.
- 5) La aclaración de la obligación de «compartir el cuidado y atención de las personas a cargo de uno de los cónyuges», tras la reforma del artículo 68 del Código civil, indicando que tal obligación no incluye el mantenimiento económico, y por ello puede realizarse una interpretación amplia de la expresión «a cargo».

En el origen de las propuestas de la autora, es destacable la resonancia a la clásica dualidad carga-responsabilidad en la sociedad de gananciales, si bien esta distinción —como quien escribe esta líneas reflejó hace ya unos cuantos años— apenas tiene relevancia para el Tribunal Supremo (aunque los supuestos de hecho que entonces pude analizar eran muy variados, lo que hace difícil extraer conclusiones claras), porque lo que al Alto Tribunal le interesa es la protección de los acreedores, y por tanto la responsabilidad externa. Y si estos supuestos

coinciden o no con la responsabilidad interna habrá de ventilarse exclusivamente entre los cónyuges. Por otra parte, las diferencias entre los gastos considerados carga de la sociedad de gananciales y los considerados de su responsabilidad en la dicción literal del Código civil son muy pequeñas, hasta el punto de que prácticamente todos los supuestos de deuda ganancial interna lo son también de responsabilidad frente a terceros, y viceversa, salvo alguna excepción, e incluso cuando el Código regula la liquidación de la sociedad hace referencia en el artículo 1398 a las «deudas pendientes a cargo de la sociedad» como parte del pasivo de la misma, quedando equiparados, al menos en este momento final, los conceptos de responsabilidad provisional y definitiva. Esta confusión de conceptos en el Tribunal Supremo, que invoca preceptos reguladores de la responsabilidad interna cuando en realidad no está resolviendo una cuestión entre cónyuges, sino la posible vinculación del patrimonio ganancial frente a terceros, alcanza su máxima expresión tratándose de deudas derivadas del ejercicio del comercio o de la profesión de uno de los cónyuges.

Pero lo que la autora estima totalmente imprescindible es la modificación de la regla del Código civil que considera carga de la sociedad de gananciales (y por analogía carga del matrimonio) el mantenimiento de los hijos de uno solo de los cónyuges, con derecho de reembolso si no conviven en el hogar familiar, y sin el mismo si convivieran.

Aunque lo razonable es que en el caso de existir sistema de sociedad de gananciales, se establezca la obligación de los bienes gananciales de atender a este mantenimiento, con acuerdo con la autora en que la regla, tal y como está configurada en la actualidad, haciendo depender el derecho de reembolso del cónyuge no progenitor de la existencia o no de convivencia con el menor afectado, puede generar muchas desigualdades.

A juicio de la profesora LÓPEZ PELÁEZ, mantenida la obligación de los bienes gananciales frente a los hijos, el criterio relevante para la existencia de reembolso en favor de la sociedad no debe ser el de la convivencia, como recoge en la actualidad el Código civil, y ello porque la convivencia con los hijos no siempre depende de la voluntad de los padres, y puede ser obligada para el cónyuge de cualquiera de ellos aunque no sea el progenitor de los menores, y sin haber participado en la redacción del convenio regulador ni en el proceso judicial sobre custodia, sino que debe ser el del consentimiento de dicho cónyuge no progenitor para asumir tales gastos como definitivos.

Este consentimiento podrá ser expreso o tácito, pero si se demuestra que no existe, el cónyuge debe tener derecho al reembolso de la parte que corresponda, y ello tanto si se trata de hijos no comunes que convivan con él como si no conviven, pues no vemos razón para imponer a una persona el mantenimiento de hijos que no son suyos como no sea su propio consentimiento para ello.

De este modo, y siguiendo el razonamiento de la autora, el cónyuge no progenitor no puede negarse a dicha convivencia física, porque infringiría el deber de socorro y ayuda mutua entre cónyuges, pero sí podría negarse a que los gastos generados durante esos periodos por quienes no son sus hijos queden definitivamente a cargo de su parte en los bienes comunes.

De considerarse el mantenimiento de los hijos de uno solo de los cónyuges como una carga del matrimonio con carácter general, no solo para la sociedad de gananciales, y por tanto con obligación de ambos cónyuges de atenderlo, el criterio para decidir si existe derecho de reembolso debe ser el mismo: la existencia o no de consentimiento del cónyuge no progenitor de atender a dichos gastos con su propio patrimonio.

En definitiva, el criterio básico de asunción de gastos, tanto en el régimen común como en el autonómico, debe ser el del consentimiento expreso o tácito del cónyuge no progenitor y no el de la convivencia, puesto que en realidad no participa en el establecimiento de la misma, ni de la custodia ni los periodos de visita o estancia, sea por acuerdo de los progenitores o por el juez, ni se solicita su opinión. Dicho consentimiento podría referirse a la asunción de estos gastos solo con los bienes comunes, o incluso con sus propios bienes privativos si fuere necesario.

La utilización como criterio de la «convivencia» pudo tener sentido inicialmente, pues la convivencia del hijo con la nueva familia podía ser excluida por el nuevo cónyuge, pero en realidad lo que se nos estaba diciendo era que la voluntad del nuevo cónyuge era lo determinante, y en la actualidad resulta más correcto prescindir de aquella palabra y acudir directamente al principio regulador: el consentimiento del cónyuge no progenitor afectado.

La tesis de la autora de esta monografía armoniza perfectamente con el creciente protagonismo de la autonomía de la voluntad de los miembros de las familias a la hora de organizar sus relaciones, tanto personales como patrimoniales. Todo ello no es otra cosa que el reflejo de la traslación al ámbito familiar de la protección de los derechos fundamentales, cuya principal consecuencia no es otra que la libertad en la configuración de las relaciones, especialmente, de las económicas, en las que criterios legislativos, como el de la convivencia, deben ir dejando paso a los forjados por los propios sujetos afectados por las relaciones económicas dentro de la familia.

La virtud de una obra como la de la profesora LÓPEZ PELÁEZ no solo reside en presentar y analizar un problema con todo lujo de detalles sino en abrir ventanas y rendijas al investigador para explorar temas interconectados. Los juristas no solo debemos escribir para informar o para suscitar debates y polémicas sino para despertar en el otro jurista que nos lee —y, en general, en cualquier lector— esa perspectiva de análisis o esa curiosidad insatisfecha que llevamos dentro y de la que no éramos conscientes antes de que alguien la despertara. De otro lado, estamos ante una obra que anclada en los sólidos cementos del Derecho de familia patrimonial se eleva por encima de ellos y alcanza una altura desde la que nos ofrece unas propuestas de cambio razonadas y muy razonables.