

# El préstamo hipotecario ganancial y la crisis matrimonial\*

## *Mortgage in ganancial property system and matrimonial crisis*

por

CARMEN FERNÁNDEZ CANALES  
*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil*  
*Universidad de Cantabria*

**RESUMEN:** Antes de estallar, la burbuja inmobiliaria provocó la proliferación de préstamos con garantía hipotecaria. En muchos casos, los préstamos estaban destinados a la adquisición de la vivienda habitual del matrimonio; cuando su régimen económico es el de gananciales y el matrimonio entra en crisis, es preciso determinar cómo seguir atendiendo al pago de las cuotas del préstamo. Este trabajo analiza la cuestión, atendiendo a la reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular.

**ABSTRACT:** Just before the current economic crisis, mortgages were absolutely frequent. Very often, their purpose was the acquisition of matrimonial domicile. When there is a ganancial property system and matrimonial crisis arises, it becomes necessary to make a decision about the mortgage loans payment. This problem will be discussed, focussing on recent jurisprudence of the Spanish Supreme Court.

---

\* Este estudio ha sido realizado en el marco del Proyecto del Plan Nacional de I + D + i del Ministerio de Ciencia e Innovación, «LA CONSTRUCCIÓN DE UNA NUEVA PATERNIDAD: EL DESBORDAMIENTO DE LA BIOLOGÍA POR EL DERECHO Y POR LAS RELACIONES SOCIO-AFECTIVAS» con Referencia: DER2011-29379.

PALABRAS CLAVE: Crisis matrimonial. Préstamo hipotecario.

KEY WORDS: *Matrimonial crisis. Mortgage.*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES. SUS FASES. EL ACTIVO Y EL PASIVO DE LA SOCIEDAD.—3. EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO GANANCIAL: SU NATURALEZA Y SU CALIFICACIÓN.—4. LA RECENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LAS CUOTAS DEL PRÉSTAMO GANANCIAL.—5. CONCLUSIÓN.

## 1. INTRODUCCIÓN

El préstamo con garantía hipotecaria está tristemente de moda, debido a la cascada de impagos que ha provocado, a su vez, un aluvión de ejecuciones hipotecarias, con repercusiones de todo tipo. El impacto de las ejecuciones hipotecarias se ha sentido en el estricto ámbito jurídico, a nivel normativo<sup>1</sup>, jurisprudencial<sup>2</sup> y doctrinal<sup>3</sup>, y ha tenido, además, una importante repercusión mediática y social cuando el bien sobre el que se ejecuta la hipoteca es la vivienda familiar.

No es esa, sin embargo, la cuestión que ahora nos ocupa. La problemática del préstamo hipotecario comprende tanto las relaciones entre los cónyuges-deudores y el banco-acredor, como la relación económica entre los propios cónyuges cuando el matrimonio entra en crisis<sup>4</sup>. Es, precisamente, esta segunda perspectiva la que, desde la óptica del Derecho Civil Común, y en relación con el préstamo hipotecario que financió la adquisición de la vivienda conyugal, se va a analizar aquí.

Después de tres capítulos —dedicados, respectivamente, a disposiciones generales sobre el régimen económico del matrimonio, las capitulaciones matrimoniales y las donaciones por razón de matrimonio—, el Título III del Código Civil, regula el régimen de gananciales en el Capítulo IV (arts. 1344 a 1410), el régimen de participación en el capítulo V (arts. 1411 a 1434) y el de separación de bienes en el Capítulo VI (arts. 1435 a 1444). Regímenes que, según LACRUZ, son el primero de comunidad, el segundo intermedio y el tercero de separación<sup>5</sup>. El régimen de separación de bienes implica una absoluta separación de patrimonios, tal y como se desprende de los artículos 1437 y 1440 del Código Civil<sup>6</sup>. El régimen de participación en las ganancias —sin perjuicio de que establece el derecho de cada uno de los cónyuges de participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo que el régimen haya estado vigente—<sup>7</sup>, hasta que llega el momento de su liquidación responde al modelo de independencia patrimonial propio de un régimen de separación de bienes<sup>8</sup>.

Esta «claridad patrimonial», propia del régimen de separación de bienes y el de participación en las ganancias, no está presente en el régimen de gananciales que, sin embargo y paradójicamente, sigue siendo el régimen legal supletorio en defecto de pacto.

Dispone el artículo 1316 del Código Civil que: «a falta de capitulaciones, o cuando estas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales»; y, en consecuencia, en los territorios en los que no existen especialidades forales en la materia<sup>9</sup>, a falta de opción expresa en otro sentido, se aplica a los cónyuges el régimen de gananciales; en definitiva, la supletoriedad implica que la inacción de los cónyuges les arrastrará a un régimen de comunidad<sup>10</sup>. Ciento es que contraer matrimonio bajo el régimen de gananciales no significa tener que seguir casado bajo ese régimen, dado el principio de mutabilidad de los regímenes económicos que impregna su regulación<sup>11</sup>. Pero no es menos cierto que, con frecuencia, los cónyuges no se preocupan por modificar el régimen supletorio, sencillamente porque desconocen las consecuencias patrimoniales que el régimen de gananciales puede acarrearles; consecuencias que pueden advertirse tanto desde el aspecto activo del patrimonio como en su vertiente pasiva.

La sociedad de gananciales genera unas expectativas de simplicidad que pronto demuestran ser irreales. Ni siquiera es pacífica su naturaleza<sup>12</sup>, aunque parece predominante la consideración de la sociedad de gananciales como una suerte de comunidad germánica o en mano común<sup>13</sup>, de manera que los cónyuges, mientras está vigente el régimen, no son titulares de mitades indivisas de todos y cada uno de los bienes comunes, sino que tienen cuotas ideales sobre el conjunto de los bienes gananciales hasta que se proceda a liquidar la sociedad. Lo que pudiera, a simple vista, parecer una cuestión puramente académica, tiene, sin embargo, una importante repercusión práctica: el margen de maniobra de los cónyuges al liquidar la sociedad de gananciales, queda condicionado por la respuesta que hayamos dado a la incógnita sobre su naturaleza.

La liquidación de la sociedad de gananciales es inevitable en cualquier caso, y, desde luego, llegada la crisis matrimonial, es evidente que ha de producirse. La sociedad de gananciales se disuelve, habitualmente, por las causas que establece el artículo 1392 del Código Civil —disolución del matrimonio (esto es, divorcio, muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges), nulidad del matrimonio, separación judicial de los cónyuges y modificación voluntaria del régimen económico-matrimonial; a estas causas debe añadirse la decisión judicial basada en algunos de los motivos que establece el artículo 1393 del Código Civil. Una vez disuelta, ordena el artículo 1396 del Código, que «se procederá a su liquidación», y, es en este instante, cuando se planteará el problema de fijar el inventario, en función del cual se procederá a la adjudicación concreta de bienes y deudas, entre las cuales, con frecuencia, se encontrará el saldo todavía pendiente de devolución de un préstamo con garantía hipotecaria.

## 2. LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES. SUS FASES. EL ACTIVO Y EL PASIVO DE LA SOCIEDAD

Volvamos ahora a una reciente afirmación: que el margen de maniobra de los cónyuges al liquidar la sociedad de gananciales, queda condicionado por la respuesta que hayamos dado a la incógnita sobre su naturaleza. Efectivamente, no resulta indiferente considerar la sociedad de gananciales comunidad romana o por cuotas, o comunidad germánica.

Si los cónyuges deben ser considerados constante el régimen titulares de todos y cada uno de los bienes gananciales por iguales mitades indivisas (comunidad romana o por cuotas), cuando procedan a liquidar la sociedad de gananciales cualquier adjudicación diferente a la asignación a cada uno de los cónyuges de una mitad indivisa de todos y cada uno de los bienes de carácter común, implicaría una transmisión patrimonial distinta y superpuesta a la propia liquidación, con sus correspondientes consecuencias fiscales. Sin embargo, si consideramos la sociedad de gananciales comunidad germánica, los cónyuges, mientras pervive el régimen, son titulares por mitades de la totalidad del patrimonio ganancial y en el momento de la liquidación serán libres para concretar sus cuotas ideales sobre los bienes gananciales de la manera que libremente estimen, que no significa necesariamente la asignación de todos y cada uno de los bienes por mitad; asignación que, de hecho, puede resultar incómoda cuando la liquidación se produce en situaciones de crisis matrimonial. Ahora bien, la libre asignación de los bienes, que fueron comunes, no tendrá consecuencias fiscales si el valor de los bienes adjudicados a cada cónyuge coincide con su interés en la liquidación; debe advertirse que, en caso contrario, se producirá un exceso de adjudicación, que no recibirá el mismo tratamiento según se satisfaga con metálico privativo del cónyuge que experimenta el exceso, con bienes diferentes al metálico pertenecientes a dicho cónyuge, o sea condonado; tampoco el tratamiento fiscal será el mismo en función de que el bien, cuya adjudicación origine el exceso, sea la vivienda habitual del matrimonio u otro bien común<sup>14</sup>.

Se parte pues, de la consideración de la sociedad de gananciales como comunidad germánica, y, por lo tanto, de la libertad de los cónyuges, llegada la liquidación, para adjudicar bienes y deudas como tengan por conveniente, sin otras consecuencias fiscales que las que, en su caso, pudieran derivarse de un exceso de adjudicación.

Al referirnos a la libertad de los cónyuges, estamos aludiendo a la tercera y última fase de la liquidación (la de adjudicaciones), pero es preciso advertir que a esta fase le preceden otras dos, la de inventario y avalúo y la de liquidación en sentido estricto (que también podríamos denominar de liquidación y determinación de derechos de los cónyuges). En la fase de inventario y avalúo, se procede a relacionar y valorar el activo y el pasivo ganancial; en la segunda fase, fijado y valorado ya el inventario, se efectúan los cálculos que permiten

conocer el interés económico de cada uno de los cónyuges en la liquidación (en sentido amplio); finalmente, en la tercera fase, o fase de adjudicaciones, se asignan bienes —y, en su caso, deudas— concretos a los cónyuges, en pago de los derechos que quedaron determinados en la fase anterior<sup>15</sup>.

Es fundamental la correcta fijación del inventario, puesto que las tres fases de la liquidación están vinculadas. Un error en la primera fase afectará a las dos subsiguientes, y, en consecuencia, enturbiará toda la liquidación. Los artículos 1397 y 1398 del Código determinan, respectivamente, cuál debe ser la composición del activo y el pasivo del inventario.

El activo del inventario estará integrado por los bienes gananciales que existan en el momento de la disolución, por el importe actualizado del valor que tenían los bienes cuando fueron enajenados por negocio ilegal o fraude —si no han sido recuperados— y por el importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad que fueran de cargo de uno de los cónyuges, y, en general, los créditos de la sociedad contra los cónyuges.

Ciertamente, solo los bienes gananciales pueden figurar en el activo ganancial, y precisamente al decidir si un bien concreto puede o no ser incluido en el inventario, es cuando se plantean problemas de calificación que hasta ese momento los cónyuges ni siquiera habrán sospechado<sup>16</sup>. No obstante la afirmación contenida en el artículo 1344 del Código Civil («mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella»), lo cierto es que no todo lo que obtienen los cónyuges se hace común, existiendo, efectivamente, bienes comunes, pero también bienes privativos de cada uno de los cónyuges, no pudiendo estos últimos ser incluidos en el activo del inventario<sup>17</sup>.

En cuanto al pasivo del inventario, quedará integrado por: las deudas pendientes a cargo de la sociedad; el importe actualizado del valor de los bienes privativos que deba ser restituido en metálico por haber sido gastados dichos bienes en interés de la sociedad, o bien del deterioro sufrido en bienes privativos como consecuencia de su uso en beneficio de la sociedad; y por el importe actualizado de las cantidades que, siendo de cargo de la sociedad, hayan sido satisfechas por uno solo de los cónyuges, y en general los créditos de los cónyuges contra la sociedad de gananciales. También desde esta perspectiva deviene esencial la calificación: solo las deudas que puedan ser consideradas comunes deben figurar en el pasivo del inventario. A esta cuestión se hará referencia a continuación, no sin antes aclarar un extremo relativo a la adjudicación de deudas. Sin perjuicio de las deducciones en el caudal inventariado que prevé el Código (arts. 1399 a 1404 CC), en la actualidad es muy frecuente que las deudas no se paguen en el momento de la liquidación, sino que sean asumidas por los cónyuges en su tercera fase. La consecuencia es que las que fueron deudas gananciales se convierten en deudas privativas del cónyuge o cónyuges

adjudicatarios; evidentemente, para que surta efectos frente al acreedor, la adjudicación de las deudas debe contar con su consentimiento por imperativo del artículo 1205 del Código Civil. Cuando nos enfrentamos a un préstamo con garantía hipotecaria, efectivamente, lo habitual será que la deuda subsista a la liquidación; en la mayoría de los casos será económicamente inviable pretender satisfacerla en ese momento.

### 3. EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO GANANCIAL: SU NATURALEZA Y SU CALIFICACIÓN

El préstamo sobre el que se está —y seguirá— tratando aquí es el préstamo solicitado a una entidad bancaria. Según el artículo 1740 del Código Civil, en virtud del comodato, una parte entrega a la otra una cosa no fungible para que la use un tiempo y se la devuelva, mientras que el simple préstamo consiste en entregar dinero u otra cosa fungible, con condición de que sea devuelto otro tanto de la misma especie y calidad; por su parte, dispone el artículo 1753 del Código Civil, que «el que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad». Por tanto, el simple préstamo o mutuo es un contrato traslativo del dominio, en el que el mutuatario recibe la propiedad de la cosa, con la obligación de devolver otro tanto del mismo género; no porque la finalidad del préstamo de consumo sea transmitir la propiedad, siendo su finalidad ceder el uso de las cosas, sino porque tratándose de un préstamo de dinero, no podría cumplirse con la finalidad de usarlo si no se tuviera la facultad de disponer de ese dinero (que implica la previa adquisición del dominio).

Por otra parte, cuando concurren las circunstancias prevenidas en el artículo 311 del Código de Comercio (que una de las partes sea comerciante y que lo prestado se destine a actos de comercio), el préstamo se reputa mercantil. Entiende Uría<sup>18</sup> que no es preciso que se cumplan conjuntamente ambas circunstancias para que el préstamo sea mercantil, de manera que los préstamos bancarios tienen siempre carácter mercantil, sucediendo que el préstamo mercantil es por esencia préstamo simple o mutuo, en el cual el deudor no devuelve las mismas cosas que ha recibido, sino otras de la misma especie y calidad.

Aclarados estos conceptos preliminares, se deben ahora establecer las repercusiones del préstamo en el pasivo ganancial.

El pasivo de la sociedad de gananciales es ciertamente complejo<sup>19</sup>. El Código Civil contempla las deudas de la sociedad de gananciales en cuanto responsabilidad interna entre los cónyuges —responsabilidad definitiva—, pero también la responsabilidad de los bienes gananciales frente a terceros —responsabilidad externa o provisional—, existiendo, además, un precepto, el artículo 1366, que comprende ambos aspectos. Es decir, en el ámbito interno, según la deuda sea

o no ganancial, de manera definitiva, se determina qué patrimonio debe soportar el gasto, qué patrimonio realmente es deudor, si el común o bien el privativo (de uno o de ambos cónyuges). Ahora bien, desde el punto de vista externo, los acreedores pueden agredir el o los patrimonios que el Código Civil en cada caso determina (aunque ese patrimonio, en realidad, no deba —internamente—); si, como consecuencia de la responsabilidad frente al acreedor, termina soportando el gasto un patrimonio que no es el que definitivamente debe asumirlo, se producirán en el ámbito interno los correspondientes reintegros<sup>20</sup>.

Además de la indicada distinción entre responsabilidad externa e interna, es preciso considerar otro factor: la sociedad de gananciales, en sí, carece de personalidad jurídica, luego frente a terceros, la sociedad de gananciales, en puridad, nunca puede ser deudora. Cuando contrate un solo cónyuge, tal cónyuge será el único deudor frente al acreedor; cuando contraten ambos cónyuges, frente al acreedor, serán los dos deudores. Aunque la sociedad de gananciales, como tal, nunca será deudora del acreedor, los bienes gananciales responderán en aquellos casos en los que el Código Civil así lo determina, lo que puede suceder ya contrate uno solo de los cónyuges, ya contraten ambos.

Se ha aludido a la diversa posición frente al acreedor, según contraten uno o ambos cónyuges; por otra parte, los artículos del Código Civil, que regulan el pasivo, distinguen entre la actuación conjunta y separada de los cónyuges, atribuyéndoles distintas consecuencias. Preciso es, pues, referirse ahora a la capacidad de uno solo de los cónyuges para obtener un préstamo ganancial e hipotecar la vivienda adquirida en garantía de la devolución del préstamo.

Sin perjuicio del principio de gestión y disposición conjunta de los bienes gananciales proclamado por el artículo 1375 del Código Civil, ningún obstáculo existe para que uno solo de los consortes adquiera por título de compra la vivienda habitual, solicite un préstamo para financiar esa adquisición e hipoteque la vivienda como garantía, siempre que el préstamo con garantía hipotecaria se formalice con carácter simultáneo a la adquisición. Esto conlleva que deben contemplarse tanto la calificación de la deuda como el régimen de responsabilidad frente al acreedor, según el préstamo sea solicitado por un consorte o por los dos.

La capacidad de uno solo de los cónyuges para endeudar a la sociedad de gananciales, se desprende de varios preceptos del Código Civil: del artículo 1365, que se refiere a determinadas deudas contraídas por un cónyuge, resultando, según el artículo 1362 del Código Civil, que esas deudas son, en todo caso, deudas de la sociedad de gananciales<sup>21</sup>; del artículo 1366, respecto del ámbito de la responsabilidad extracontractual; de los artículos 1368 y 1370 para los dos supuestos concretos que, respectivamente, regulan (la separación de hecho de los cónyuges, contrayendo uno de ellos deudas para el sostenimiento, previsión<sup>22</sup> y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales —deudas gananciales según el art. 1362.1.<sup>º</sup>— y la compra con precio aplazado de un bien

ganancial efectuada por uno de los cónyuges —que origina una deuda ganancial, según el art. 1362.2.<sup>o</sup>; también del artículo 1369 del Código Civil. Cuando el artículo 1369 se refiere a las deudas de un cónyuge que además son deudas de la sociedad, está aludiendo a supuestos en los que la actuación individual de un consorte genera, desde el punto de vista interno, una deuda ganancial, es decir, una obligación de cargo de la sociedad de gananciales, aunque al contratar solo un cónyuge figuró en la parte deudora. En concreto, los casos que encajan en el artículo 1369 son: los del apartado 1362.1.<sup>o</sup> del Código Civil en cuanto excedan del simple ejercicio de la potestad doméstica, los gastos de adquisición de los bienes comunes, y los gastos para la tenencia y disfrute de bienes comunes realizados por uno solo de los cónyuges, a pesar de que ni por ley ni por capítulos tenga atribuida tal facultad de actuación individual (art. 1362.2.<sup>o</sup>).

El cónyuge que aisladamente compra y solicita el préstamo, también puede hipotecar, por sí solo, la vivienda que adquiere, siempre que la hipoteca esté asegurando la devolución del préstamo que, precisamente, sirve para poder llevar a cabo la adquisición. El cónyuge no grava, sin consentimiento de su consorte, un inmueble que, libre de cargas, integraba el patrimonio ganancial, sino que hace ingresar en el patrimonio ganancial un inmueble gravado, precisamente porque solo así es posible adquirirlo, y, en consecuencia, aumentar la masa ganancial<sup>23</sup>. Puesto que la finalidad de las normas que establecen limitaciones o restricciones a la constitución de gravámenes es proteger a determinadas personas, para evitar la merma de su patrimonio, cuando la constitución del gravamen es necesaria para aumentar dicho patrimonio, no deben aplicarse tales limitaciones o restricciones; esto sucede cuando el gravamen consiste en una garantía (la hipoteca) accesoria a la concesión de un préstamo que se emplea para conseguir aumentar el activo patrimonial. Además, es ilógico que una persona casada en régimen de gananciales, pueda aisladamente endeudar a la sociedad de gananciales, y, no se le permita, sin embargo, establecer por sí sola un pacto accesorio de garantía; que se le permita contratar sobre lo esencial (el préstamo) y no sobre lo accesorio (la hipoteca)<sup>24</sup>. Cuando el inmueble que se adquiere sea destinado a vivienda familiar, podría objetarse que, si el artículo 1320 exige el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual, aunque pertenezca a uno solo de los cónyuges, con mayor motivo debe exigirse el consentimiento conjunto cuando la vivienda les pertenezca a ambos, pero en el momento mismo de la adquisición, la vivienda todavía no ha podido convertirse en familiar; ningún destino ha recibido aún. Si en el momento de la adquisición se pretende destinarla a vivienda familiar y después se modifica el destino del inmueble, carecería de sentido haber aplicado la limitación del artículo 1320 del Código Civil. Ahora bien, si una vez adquirida es efectivamente destinada a vivienda familiar y después se pretende gravarla, sí entrará en juego la limitación del citado artículo 1320.

Habiéndose, pues, determinado que el préstamo con garantía hipotecaria puede ser obtenido por uno o por ambos consortes, preciso es ahora dilucidar las consecuencias en el pasivo ganancial, según la parte prestataria esté integrada por un solo cónyuge o por los dos.

Antes se ha indicado que el préstamo bancario tiene siempre carácter mercantil; que el préstamo mercantil necesariamente es préstamo simple o mutuo; y que el simple préstamo, mutuo o préstamo de consumo, consiste en entregar dinero u otra cosa fungible, con condición de que sea devuelto otro tanto de la misma especie y calidad, de manera que el simple préstamo transfiere la propiedad (es un contrato traslativo del dominio, en el que el mutuatario recibe la propiedad de la cosa, con la obligación de devolver otro tanto del mismo género). Al tratarse de un préstamo de dinero, no podría cumplirse con la finalidad de usarlo si no se tuviera la facultad de disponer (que implica haber adquirido previamente el dominio). Por tanto, cuando uno o ambos cónyuges obtienen un préstamo de dinero, se produce la adquisición del dominio sobre el mismo, lo que permite disponer de ese dinero.

Así pues, se está adquiriendo la propiedad del dinero prestado y el artículo 1362.2.<sup>o</sup> del Código Civil establece que la adquisición de bienes comunes, genera una deuda ganancial. En consecuencia, si el dinero adquirido, en virtud del préstamo, es ganancial, surge, desde la perspectiva interna, una deuda ganancial.

La calificación del dinero recibido a préstamo depende de que la adquisición (de dicho dinero), sea, o no, onerosa. Cuando el prestamista es una entidad bancaria, la parte prestataria, además de reintegrar el capital, tiene que satisfacer intereses, lo que significa que la adquisición del dinero tiene carácter oneroso<sup>25</sup>.

Cuando el préstamo tiene carácter oneroso por haberse pactado el pago de interés, el dinero obtenido en virtud del préstamo será ganancial en todo caso, con independencia de que figuren uno o ambos cónyuges en la parte prestataria<sup>26</sup>. El artículo 1347.3.<sup>o</sup> del Código Civil declara gananciales los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, ya se adquiera para la comunidad, ya para uno solo de los esposos; además, si conciertan el préstamo ambos cónyuges, arrastra a idéntica conclusión el segundo párrafo del artículo 1355; y, por último, debe considerarse la presunción de ganancialidad *ex artículo 1361* del Código Civil.

Aunque el dinero obtenido en virtud del préstamo sea ganancial siempre<sup>27</sup>, es preciso distinguir la responsabilidad externa e interna, en función de que la parte prestataria esté integrada por uno o por ambos consortes.

Si solamente uno de los cónyuges es el prestatario<sup>28</sup>, la deuda es internamente ganancial por aplicación del artículo 1362.2.<sup>o</sup>, puesto que se ha originado por la adquisición de dinero ganancial, aunque frente al acreedor solo figura como deudor el cónyuge-prestatario. Desde la perspectiva externa, esto es, al contemplar los bienes que el acreedor puede agredir, y de acuerdo con el artículo 1369 —al encontrarnos ante la deuda de un cónyuge que es también deuda de la sociedad—,

debe concluirse que el acreedor puede dirigirse, indistintamente, contra los bienes privativos del cónyuge deudor (el prestatario)<sup>29</sup> y contra la totalidad de los bienes gananciales (pero no contra los bienes privativos del cónyuge no prestatario).

Si ambos consortes son prestatarios, la deuda también es internamente ganancial, de nuevo por aplicación del artículo 1362.2.<sup>o</sup> del Código Civil, porque se ha originado por la adquisición de dinero ganancial; y, puesto que ambos integran la parte prestataria, los dos cónyuges son deudores frente al acreedor. En cuanto a la perspectiva externa, resulta que el acreedor puede agredir los bienes privativos de cada uno de los cónyuges<sup>30</sup> y, además, por aplicación del artículo 1367 del Código Civil, la totalidad de los bienes comunes<sup>31</sup>.

Por otra parte, evidentemente, son cuestiones distintas la calificación del dinero conseguido en virtud de un préstamo y la calificación del bien comprado con ese dinero, pero cuando sea aplicable el principio de subrogación real<sup>32</sup>, la calificación del dinero decide, a su vez, la del bien adquirido con ese dinero. Así, si la vivienda se compra al contado —y, lógicamente, cuando se solicita un préstamo, lo habitual es que la compra se produzca al contado, sin aplazamiento del precio—, invirtiendo dinero ganancial en el pago del precio (el dinero que se ha recibido en virtud del préstamo), la vivienda adquirida será también ganancial por aplicación del artículo 1347.3.<sup>o</sup> del Código Civil.

#### **4. LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LAS CUOTAS DEL PRÉSTAMO GANANCIAL**

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre las cuotas pendientes de satisfacción del préstamo, excluyéndolas del concepto «cargas del matrimonio», de manera que, siendo el régimen económico-matrimonial el de gananciales, tales cuotas deben ser consideradas deuda, y no carga, de la sociedad de gananciales. A partir de la STS, de 28 de marzo de 2011<sup>33</sup>, el Tribunal Supremo formula doctrina que resuelve la controversia nacida de la dispar jurisprudencia de las Audiencias Provinciales sobre el particular<sup>34</sup>. Forzoso es, pues, hacer referencia a esta sentencia del año 2011, pero también a la que la precedió en el año 2008, y, además, a dos sentencias posteriores, ambas del año 2012, sobre idéntica cuestión, si bien en los dos casos resueltos en el 2012 el régimen económico del matrimonio era el de separación de bienes. Sin perjuicio de que la problemática a la que específicamente se alude en este trabajo es la que se presenta en el régimen de gananciales, solo una visión conjunta de estas cuatro sentencias y de otra del año 2006 (citada en las dos sentencias de 2012), permitirá arrojar algo de luz sobre el difuso concepto de cargas del matrimonio.

La STS de 5 de noviembre de 2008<sup>35</sup>, se refiere a un litigio planteado ante la separación de un matrimonio que estuvo casado en régimen de gananciales. El Juzgado de Primera Instancia dispuso que la esposa debía satisfacer en su

totalidad el pago del préstamo hipotecario que gravaba el domicilio conyugal y, en apelación, la Audiencia Provincial determinó que el pago del préstamo debía efectuarse por partes iguales. El TS decidió que: «La hipoteca que grava el piso que constituye la vivienda familiar no debe ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90.D) del Código Civil, porque se trata de una deuda de la sociedad de gananciales y por lo tanto, incluida en el artículo 1362.2.<sup>a</sup> del Código Civil. Por tanto, mientras subsista la sociedad, la hipoteca debe ser pagada por mitad por los propietarios del piso que grava, los cónyuges».

La citada STS, de 28 de marzo de 2011, resuelve el conflicto planteado por un divorcio, habiendo sido gananciales el régimen económico. El Juzgado de Primera Instancia ordenó que las cuotas del préstamo hipotecario fueran satisfechas, considerando los ingresos de cada uno de los litigantes, en cuanto al 80 por 100 por el exesposo y un 20 por 100 por la exesposa, criterio que fue confirmado por la Audiencia Provincial. Presentado recurso de casación por el exmarido, en lo esencial, el contenido de dicha sentencia es el que sigue:

- El TS argumenta en los siguientes términos: «Discute el recurrente si el préstamo hipotecario se encuentra comprendido dentro del concepto de cargas del matrimonio del artículo 91 del Código Civil, de modo que la sentencia recurrida impone el pago de las cuotas del préstamo hipotecario en una proporción desigual para cada uno de los cónyuges, alterando el carácter solidario con el que cada uno de los prestatarios se obligaron frente a la entidad prestamista. Señala que entre las Audiencias Provinciales existen dos líneas de solución: *a)* la representada por las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona (...) y las de la Audiencia Provincial de Valencia (...). En ellas se excluye la naturaleza de carga familiar y, además, se argumenta que esta Sala requiere el consentimiento del acreedor para que pueda producirse una novación modificativa del tipo de la propuesta; *b)* en contra de esta línea, aporta el recurrente las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (...), en el sentido que aun cuando se halle disuelta la sociedad de gananciales, puede seguirse hablando de cargas del matrimonio, de modo que puede establecerse la proporción de ambos cónyuges al sostenimiento de las mismas. Entiende también que el préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, independientemente de quién sea el atributario del uso, no tiene el carácter de carga del matrimonio, por lo que no es posible atribuir una obligación de pago distinta de la establecida en el título constitutivo, de modo que lo altere».
- El TS estima el motivo: «Los artículos 90 y 91 del Código Civil imponen a los cónyuges, en los casos de cese de la convivencia por divorcio o separación, la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio,

concepto abierto que por ello mismo ha sido objeto de diversas interpretaciones por la jurisprudencia. (...) se debe distinguir entre lo que se considera carga del matrimonio, según los artículos 90.D) y 91 del Código Civil y la obligación de pago del préstamo hipotecario, que corresponde a la sociedad de gananciales y va ligado a la adquisición de la propiedad del bien. 1.<sup>º</sup> La primera pregunta contenida en este recurso a que debe responder esta sentencia corresponde a si constituye o no carga familiar el préstamo hipotecario destinado a la adquisición de la vivienda familiar. La respuesta de esta Sala es negativa y así nos hemos ya pronunciado en la sentencia de 5 de noviembre de 2008. (...) el pago de las cuotas hipotecarias afecta al aspecto patrimonial de las relaciones entre cónyuges, porque si el bien destinado a vivienda se ha adquirido vigente la sociedad de gananciales, debe aplicarse lo establecido en el artículo 1347.3 del Código Civil, que declara la ganancialidad de los «bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos», por lo que será de cargo de la sociedad, según dispone el artículo 1362.2.<sup>º</sup> del Código Civil, «la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes». Se trata de una deuda de la sociedad de gananciales, porque se ha contraído por ambos cónyuges en su beneficio, ya que el bien adquirido y financiado con la hipoteca tendrá la naturaleza de bien ganancial y corresponderá a ambos cónyuges por mitad. 2.<sup>º</sup> Deben distinguirse dos tipos de gastos que pueden afectar a la vivienda familiar: i) los relacionados con la conservación y mantenimiento del inmueble destinado a vivienda familiar, que sí tienen la categoría de gastos familiares aun después de la disolución del matrimonio, y ii) el pago de las cuotas del préstamo que ha permitido que ambos cónyuges hayan accedido a la propiedad por mitad del local destinado a vivienda en tanto que bien ganancial. Esto último está relacionado con la adquisición de la propiedad del bien y debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio. En este sentido debe entenderse reproducido aquí lo dicho en la ya citada sentencia de 5 de noviembre de 2008. En todo caso, se tratará de un problema de liquidación de la sociedad de gananciales, que debe resolverse entre los cónyuges en el momento de la disolución y consiguiente liquidación del régimen. En la sociedad de gananciales existe una deuda frente al acreedor hipotecario y eso debe resolverse con los criterios del régimen matrimonial correspondiente».

- Finalmente, la Sala formuló «la siguiente doctrina: el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, queda

incluida en el artículo 1362.2.<sup>º</sup> del Código Civil y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los artículos 90 y 91 del Código Civil», resolviendo el TS, en consecuencia, que «las cuotas relativas al pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar, que deberán ser pagadas por mitad entre los cónyuges propietarios mientras no se haya procedido a la liquidación de la sociedad de gananciales».

La STS de 26 de noviembre de 2012 (sentencia núm. 713/2012)<sup>36</sup>, resuelve sobre el divorcio de dos personas que estuvieron casadas en régimen de separación de bienes. El Juzgado de Primera Instancia ordenó que las cuotas del préstamo hipotecario sobre la vivienda familiar —de la titularidad de ambos exconsortes por iguales mitades indivisas—, fueran íntegramente satisfechas por el exmarido, criterio confirmado en apelación. El exmarido formuló recurso de casación, con cita, en apoyo de su posición, de las SSTS de 5 de noviembre de 2008 y de 28 de marzo de 2011, y el TS estimó el recurso, al entender que «la sentencia considera el pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda conyugal como una carga propia de un matrimonio, y lo pone a cargo del padre sin otra motivación que la siguiente: *«sin perjuicio de la repercusión que debe tener en la liquidación del régimen económico-matrimonial o de las obligaciones directamente nacidas de las partes con el Banco concedente del préstamo»*. Lo cierto y evidente es que la sentencia desconoce las sentencias de esta Sala, de 5 de noviembre de 2008 y 29 de abril de 2011, expresivas de que la hipoteca no puede ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90 del Código Civil». Y sigue argumentando: «La noción de cargas del matrimonio, dice la sentencia de 31 de mayo de 2006, debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar, considerándose también como contribución el trabajo dedicado por uno de los cónyuges para la atención de los hijos comunes (art. 103-3.<sup>a</sup> del CC). Pero no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que excluye cualquier idea de patrimonio común familiar. En consecuencia.. la normativa aplicable a tales bienes era la propia del régimen general de la copropiedad, y en concreto el artículo 393 del Código Civil, que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales». Finalmente, el TS concluye que: «las cuotas correspondientes al pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar (...) deberán ser pagadas por mitad entre los cónyuges propietarios».

La otra STS de la misma fecha, 26 de noviembre de 2012 (sentencia núm. 726/2012)<sup>37</sup>, igualmente resuelve el litigio planteado por el divorcio de dos personas que estuvieron casadas en régimen de separación de bienes. El Juzgado de Primera Instancia ordenó al exmarido pagar las cuotas de dos préstamos hipotecarios hasta que la exesposa obtuviera un empleo remunerado, solución que fue confirmada en apelación, al considerar la Audiencia Provincial que las cuotas del préstamo eran carga del matrimonio; las hipotecas pesaban sobre dos inmuebles de los que los exconsortes eran titulares por iguales mitades indivisas. El exmarido basó el interés casacional en las SSTS de 31 de mayo de 2006, de 5 de noviembre de 2008 y de 28 de marzo de 2011; el TS estimó el recurso, considerando que «la hipoteca no puede ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90 del Código Civil, porque se trata de una deuda contraída para la adquisición del inmueble que debe satisfacerse por quienes ostentan título de dominio sobre el mismo de acuerdo con lo estipulado con la entidad bancaria, en este caso por ambos cónyuges, con independencia de si su disfrute es otorgado a un concreto copropietario, y por tanto el pago de la hipoteca cuando ambos cónyuges son deudores y el bien les pertenece, no puede ser impuesta a uno solo de ellos, sino que debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio, que en el caso lo es de separación de bienes». El TS cita, a continuación, en términos literales, las consideraciones antes transcritas a propósito de la noción de cargas del matrimonio y la sentencia de 31 de mayo de 2006, y concluye que «las cuotas relativas al pago de las hipotecas que gravan las fincas pertenecientes al matrimonio (...) deberán ser pagadas por mitad entre los cónyuges propietarios».

Para finalizar esta exégesis de jurisprudencia, es preciso aludir a la STS de 31 de mayo de 2006<sup>38</sup>, citada en las dos SSTS de 26 de noviembre de 2012. El marido reclamaba a la esposa que le abonase la mitad de los pagos que él había efectuado constante el matrimonio en régimen de separación de bienes, para atender a las cuotas de los préstamos que sirvieron para financiar la adquisición de tres viviendas que habían comprado en copropiedad. El Juzgado de Primera Instancia distingüía según que los devengos se hubieran producido antes de la sentencia firme de separación matrimonial, en cuyo caso, y por «la extraordinaria desproporción de ingresos a favor del marido», debía ser el marido quien asumiera el pago de las cuotas, y los devengos producidos después de la sentencia de separación matrimonial, a partir de cuyo momento los cónyuges debían asumir el pago de las cuotas por mitad. La Audiencia, sin embargo, consideró que el pago de todas las cuotas correspondía a ambos cónyuges por partes iguales, sin distinción en cuanto al momento en que se hubieran devengado. La esposa, al recurrir en casación, entiende infringido el artículo 1438 del Código Civil, pues considera que el pago de las cuotas del préstamo debe subsumirse en el concepto de cargas del matrimonio y que, por lo tanto, su satisfacción

constante matrimonio debía efectuarse, a falta de convenio, en proporción a los recursos económicos de cada cónyuge. Indica el TS que «La cuestión cardinal que queda así planteada, que es sobre la que en realidad versa el recurso y en concreto sus dos primeros motivos, radica en la determinación de si el concepto de cargas del matrimonio, a que se refiere el artículo 1438 del Código Civil para establecer la forma de su sostenimiento cuando rige el régimen de separación de bienes, comprende los conceptos que se discuten en este proceso referidos a gastos producidos por bienes de carácter común a efectos de que pueda resultar obligado uno de los cónyuges a una mayor contribución al contar personalmente con mayores recursos económicos. La respuesta ha de ser negativa, ya que la noción de cargas del matrimonio debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar, considerándose también como contribución el trabajo dedicado por uno de los cónyuges para la atención de los hijos comunes (art. 103.3.<sup>a</sup> del CC). Pero no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que excluye cualquier idea de patrimonio común familiar. En consecuencia, la solución adoptada por la Audiencia al considerar que la normativa aplicable a tales bienes era la propia del régimen general de la copropiedad, y en concreto el artículo 393 del Código Civil, que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales, no supone la existencia de las infracciones legales que se denuncian en los dos primeros motivos del recurso que, por ello, han de ser rechazados».

Las soluciones jurisprudenciales que acaban de referirse, merecen valoración positiva en un doble aspecto: no solo ayudan a clarificar el confuso concepto de cargas del matrimonio, sino que evitan alterar las finalidades perseguidas por el ordenamiento jurídico cuando regula los regímenes económico-matrimoniales y las obligaciones solidarias.

Efectivamente, el Código Civil se refiere a las cargas del matrimonio en varios preceptos, pero ni las define ni las enumera<sup>39</sup>.

Para las situaciones de crisis matrimonial aluden a las cargas del matrimonio el artículo 90.D)—antes, 90.C)—, cuando indica que el convenio regulador debe referirse a «La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso»; el artículo 91, disponiendo que: «En las sentencias de nulidad, separación o divorcio o en ejecución de las mismas, el juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en

relación con (...) las cargas del matrimonio (...), estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias»; y, finalmente, el artículo 103, relativo a las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio, conforme al cual «Admitida la demanda, el juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de estos, las medidas siguientes: (...) 3.<sup>a</sup> Fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, incluidas si procede las “litis expensas”, establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro».

También, dentro de la regulación del régimen económico del matrimonio, existen referencias legales a las cargas del matrimonio. Así, el artículo 1318, entre las Disposiciones Generales que son aplicables a todo régimen económico-matrimonial, establece la siguiente: «Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio. Cuando uno de los cónyuges incumpliere su deber de contribuir al levantamiento de estas cargas, el juez, a instancia del otro, dictará las medidas cautelares que estime conveniente a fin de asegurar su cumplimiento y los anticipos necesarios o proveer a las necesidades futuras (...). Y, entre los preceptos que regulan el régimen de separación de bienes, se encuentran los dos que a continuación se citan; el artículo 1438, a cuyo tenor: «Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación»; y el artículo 1440<sup>40</sup>, que contiene, por remisión, alusión a las cargas, cuando dispone que: «Las obligaciones contraídas por cada cónyuge serán de su exclusiva responsabilidad. En cuanto a las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria responderán ambos cónyuges en la forma determinada por los artículos 1319<sup>41</sup> y 1438 de este Código».

No obstante las dosis de confusión que introduce el citado artículo 1440 del Código Civil, es casi pacífico que el concepto de necesidades ordinarias de la familia —con el peculiar régimen de responsabilidad que establece respecto de los acreedores—, si bien se comprende dentro del más amplio de cargas del matrimonio, tiene un carácter más restringido que aquél<sup>42</sup>. No resulta fácil, desde luego, distinguir *a priori* y de manera absoluta ambos conceptos, de manera que su deslinde solo puede conseguirse, en situación de conflicto, atendiendo al casuismo que el desenvolvimiento de la vida conyugal plantea espontáneamente.

La propia expresión «cargas del matrimonio» ha merecido alguna crítica doctrinal. Así, señala AFONSO RODRÍGUEZ que tal concepto «que relaciona el

artículo 1362 del Código Civil solo concurre en el supuesto de separación matrimonial —por la subsistencia del vínculo—, y no así en cambio en la nulidad o divorcio, en los que el término *cargas del matrimonio* viene a identificarse con los alimentos a los hijos»<sup>43</sup>. La autora pone de manifiesto cómo, a partir de la citada STS de 5 de noviembre de 2008, es decisiva la interpretación que el Tribunal Supremo concede a la expresión «cargas del matrimonio», de modo que las obligaciones nacidas de los préstamos hipotecarios no deben ser considerados cargas en el sentido del artículo 90 del Código Civil, y, en consecuencia, «las obligaciones contraídas por los cónyuges, constante matrimonio, pertenecen a la esfera de la contratación privada, debiendo estarse para su cumplimiento al título de su constitución, sin que la resolución judicial pueda alterar el régimen de las mismas, acogiendo la frecuente pretensión de que descansen sobre uno solo de los cónyuges el pago de una obligación contraída por ambos»<sup>44</sup>.

Respecto de su contenido, muchos y variados pronunciamientos doctrinales ha merecido la expresión. Según DE LOS MOZOS, las cargas del matrimonio comprenden «todas aquellas que deriven de las necesidades *ordinarias* de la familia, o de la sociedad conyugal (habitación, sustento, vestido, educación de los hijos, etc.), de acuerdo con los usos sociales y con la posición de la familia, pero no otras, como las estimadas como *extraordinarias*, o las derivadas de una relación recíproca, aisladamente, como la prestación de *alimentos* que hace suponer que la convivencia entre los cónyuges, no existe, o se halla destruida, transitoria o definitivamente, la sociedad conyugal»<sup>45</sup>. MONTÉS PENADÉS<sup>46</sup> considera que «cargas del matrimonio son sustento, habitación, vestido y asistencia médica de todo el grupo familiar, educación y alimentación de los hijos comunes, gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo, y atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia». ALEJANDREZ PEÑA ha criticado que se identifiquen cargas del matrimonio con las expresadas en el artículo 1362 del Código Civil, porque «este precepto define las cargas de la sociedad de gananciales, cuyo concepto es distinto a las cargas del matrimonio, por ejemplo, en otros regímenes económico-matrimoniales»<sup>47</sup>, y cita a PÉREZ MARTÍN para afirmar que en el régimen de separación de bienes, todo lo más, pueden considerarse cargas del matrimonio las expresadas en el primer párrafo del artículo 1362.1.<sup>º</sup> del Código Civil. RIBERA BLANES<sup>48</sup> entiende que, en el régimen de separación de bienes, los gastos comprendidos en el primer párrafo del artículo 1362.1.<sup>º</sup> del Código Civil, son «cargas del matrimonio para todos los cónyuges, con independencia del régimen económico por el que se rijan sus relaciones patrimoniales». BARCELÓ DOMENECH<sup>49</sup> considera que las cargas del matrimonio comprenden «el conjunto de los gastos relativos al sostentimiento de la familia, entendida esta en un sentido restringido, como familia nuclear, compuesta por la pareja y los hijos» y que «tratándose de la sociedad de gananciales, el artículo 1362.1.<sup>º</sup> del Código Civil (...) pone a cargo de los bienes comunes (...) la alimentación y educación de los hijos de uno solo de los

cónyuges... cuando convivan en el hogar familiar; en rigor estos últimos no son miembros de la familia, pero la ley los considera como tales y, en consecuencia, es también carga del matrimonio su educación y alimentación. No son, sin embargo, cargas del matrimonio los gastos de los hijos mayores de edad que no convivan en el hogar familiar (...) En cualquier caso, debe advertirse (...) que el artículo 1362.1.<sup>º</sup> del Código Civil no fija de modo taxativo las posibles cargas del patrimonio común, sino solo determina un mínimo indisponible dejando a la voluntad de los cónyuges la posibilidad de ampliar tales supuestos». MONFORT FERRERO<sup>50</sup>, después de advertir que el artículo 1318 no ofrece un concepto de lo que son cargas del matrimonio, y que tradicionalmente la doctrina lo ha identificado con el contenido del artículo 1362.1.<sup>º</sup> del Código Civil, indica que tal concepto supera el de «alimentos del artículo 142 del Código Civil, por lo que comprende todo lo necesario para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación, pero además también incluye todo lo que deba entenderse contenido dentro de una razonable gestión de la economía doméstica como la adquisición de mobiliario y utilaje», resultando un término más amplio que el contenido en el artículo 1319 del Código Civil, de manera que dentro de las cargas del matrimonio deben entenderse comprendidos los gastos generados por la actividad cultural, intelectual o deportiva, los de recreo o esparcimiento y los que deriven de conductas sociales derivadas de la posición económica de la familia; finalmente, alude a las citadas SSTS de 31 de mayo de 2006 y de 5 de noviembre de 2008, para concluir que no son cargas del matrimonio aquellos gastos en los que se da prioridad al aspecto inversor frente al de uso o consumo<sup>51</sup>. HERRERO GARCÍA<sup>52</sup>, después de efectuar una disquisición sobre los gastos de educación de los hijos —en el sentido de que deben entenderse comprendidos en las cargas del matrimonio los que se correspondan con una formación integral, pero no los de colocación o carrera—, termina concluyendo que, realmente, es el nivel económico de los obligados el que debe decidir, en cada caso, si el gasto debe, o no, ser considerado carga del matrimonio.

En fin, y en todo caso, gracias a la reciente jurisprudencia del TS, sabido es, ahora, que dentro del concepto de cargas del matrimonio, no deben incluirse las cuotas pendientes de los préstamos con garantía hipotecaria.

Debe considerarse que cuando tratamos del pago de las cuotas de un préstamo hipotecario, estamos contemplando el patrimonio conyugal desde una perspectiva pasiva<sup>53</sup>. Cuando se adquiere un inmueble gracias a la concesión de un préstamo con garantía hipotecaria, en el activo figurará la titularidad del inmueble, adquirido en virtud de la relación obligatoria que se ha establecido entre la parte compradora y la parte vendedora; y en el pasivo existirá una deuda, de la que será acreedora la entidad prestamista, por el importe solicitado para financiar la adquisición. A medida que la parte prestataria vaya pagando las cuotas pactadas de amortización de capital e intereses, irá colmando el interés de la entidad prestamista, que consiste en percibir la devolución del principal

prestado y como remuneración por el préstamo, los intereses. El pago de las cuotas del préstamo se imbrica, por lo tanto, dentro de la relación obligatoria entre prestamista-prestatario, se destina a la satisfacción de esta relación. Por su parte, el pago del precio o contraprestación se produce dentro de la relación obligatoria entre la parte vendedora y la parte compradora; si se ha solicitado un préstamo, lo habitual es que el precio se pague en su totalidad y no exista aplazamiento, es decir, lo más frecuente es que la compra sea al contado, con satisfacción total e inmediata de la parte vendedora<sup>54</sup>.

Pues bien, los contratos de préstamo con garantía hipotecaria concedidos por entidades bancarias, sistemáticamente, y con independencia del régimen económico-matrimonial de los cónyuges-deudores, establecen la solidaridad de todas las personas que integran la parte deudora; es decir, ambos consortes son, frente al banco-prestamista, deudores solidarios. Por lo que respecta a esta solidaridad pasiva, interesan ahora los siguientes preceptos del Código Civil: el artículo 1137, conforme al cual: «La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquellos tenga derecho a pedir, ni cada uno de estos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Solo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria»; el artículo 1144, que determina que: «El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo»; y, finalmente, el artículo 1145, a tenor del cual: «El pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación. El que hizo el pago solo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo. La falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno».

En palabras de RAMÓN CHORNET<sup>55</sup>, «la única característica esencial de la solidaridad es la de que cada uno de los acreedores solidarios o cada uno de los deudores solidarios, respectivamente, tiene derecho a pedir o debe prestar *íntegramente* la prestación prometida; sin que, en realidad, ni cada uno de aquellos ni cada uno de estos sean *realmente* acreedores o deudores de la prestación total». Además, señala CAFFARENA LAPORTA<sup>56</sup> que «la solidaridad implica también una relación entre los acreedores y deudores vinculados solidariamente, la llamada relación interna. (...) Aquí prima la idea de que cada acreedor tiene derecho a la parte que le corresponda y cada deudor debe la parte correspondiente. Dichas partes se establecerán en base a la relación subyacente y en último término se entenderán iguales, con base en el artículo 1138».

En definitiva, la solidaridad asumida frente al acreedor implica que este puede solicitar el cumplimiento íntegro a cualquiera de los cónyuges-deudores; estos no tienen el beneficio de división, de manera que el acreedor puede exigir

la deuda total a cualquiera de ellos<sup>57</sup>. Ahora bien, el deudor que pague puede dirigirse contra el otro, reclamándole su parte de la deuda (determinada en función de lo que conste en el negocio constitutivo de la obligación, o bien de lo que se desprenda de los negocios o relaciones internas entre los codeudores, y, en último término y subsidiariamente, debiendo entenderse iguales todas las partes en la deuda); es «el llamado derecho de regreso, un derecho de crédito surgido *ex novo* con el hecho del pago»<sup>58</sup>.

Por tanto, es evidente que ni una resolución judicial referida a la relación económica entre los cónyuges o excónyuges, ni tampoco un acuerdo voluntariamente asumido por estos, puede alterar el régimen de responsabilidad frente al acreedor, salvo, claro está, que tal alteración cuente con su consentimiento, por aplicación del artículo 1205 del Código Civil (esto es, salvo que el acreedor acepte el cambio de deudor). En el régimen de gananciales, las cuotas pendientes del préstamo hipotecario son deuda ganancial, desde el punto de vista interno; si el préstamo fue solicitado por ambos cónyuges, los dos son, externamente, deudores solidarios (pudiendo el acreedor agredir los bienes privativos de cada uno de los cónyuges y, además, la totalidad de los bienes comunes por aplicación del art. 1367 CC). Cuando se produzca la liquidación de la sociedad de gananciales, la deuda —internamente— cesará de ser ganancial, y se adjudicará privativamente a uno o ambos cónyuges en la proporción que acuerden, debiendo concurrir el imprescindible consentimiento del acreedor hipotecario, exigido por el artículo 1205 del Código Civil.

Cuando el TS aclara que las cuotas pendientes de satisfacción deben ser consideradas deuda, y no carga, de la sociedad de gananciales, resulta que, al no ser consideradas carga del matrimonio, no puede determinarse por resolución judicial que su pago sea asumido por uno de los cónyuges en proporción superior al otro. Si en un procedimiento de divorcio se permitiera al juez ordenar la satisfacción de las cuotas del préstamo en proporciones diferentes a las que resultan de lo que en su día se pactó, se estaría alterando el régimen de solidaridad en cuanto a las relaciones internas de los codeudores. Si tal resolución se produce en un procedimiento de separación, quedando pendiente la liquidación de la sociedad de gananciales, señala COSTAS RODAL<sup>59</sup>, que si el juez establece —estando aún pendiente la liquidación de la sociedad de gananciales— aportaciones desiguales para la satisfacción de las cuotas del préstamo, «el cónyuge que ha pagado cuotas de amortización del préstamo por encima de la paridad tiene derecho a ser reintegrado de una cantidad en el momento de la liquidación, *ex artículo 1398.3.º del Código Civil* por haber pagado una deuda de cargo de la sociedad (...) el beneficio del cónyuge que, antes de la liquidación paga menos, tiene un mero carácter provisional, pues sus derechos en la liquidación quedarán minorados en esa misma medida». En realidad, el derecho al reintegro lo tendrán ambos cónyuges, pero por diferente cuantía. Es decir: cuando se produce la disolución de la sociedad de gananciales, si un

cónyuge utiliza, como es lo habitual, su salario, para hacer frente al pago de una deuda ganancial, tiene derecho a ser reintegrado, de acuerdo con el artículo 1398.3.<sup>60</sup> Cuando nace la comunidad postganancial, dejan de ser comunes los rendimientos del trabajo<sup>60</sup>; en consecuencia, si la cuota del préstamo es de 2.000 euros, y, desde la separación hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, cada cónyuge satisface 1.000 euros que proceden de su salario, está utilizando dinero ya privativo en satisfacer una deuda ganancial, y, cuando se liquide la sociedad de gananciales, cada uno de ellos tendrá derecho al reintegro de ese importe. Si, por el contrario, uno satisface 800 euros, y su consorte 1.200 euros, llegado el momento de la liquidación será diferente la cuantía del reintegro que debe hacerse a cada uno. En definitiva, efectivamente, el que primero haya pagado de más (desde la disolución hasta la liquidación), también tendrá derecho a un reintegro más cuantioso cuando llegue el momento de la liquidación. En definitiva, una resolución judicial que ordenase la satisfacción de las cuotas del préstamo en proporciones diferentes, en realidad solo estaría generando, a la postre, el endeudamiento del cónyuge supuestamente favorecido con esta medida.

## 5. CONCLUSIÓN

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre las cuotas pendientes de satisfacción del préstamo, excluyéndolas del concepto «cargas del matrimonio», de manera que, siendo el régimen económico-matrimonial el de gananciales, tales cuotas deben ser consideradas deuda, y no carga, de la sociedad de gananciales. A partir de la STS de 28 de marzo de 2011, el Tribunal Supremo ha formulado doctrina que ha resuelto la controversia nacida de la dispar jurisprudencia de las Audiencias Provinciales sobre este particular. Esta sentencia debe contemplarse en relación con otra que la precedió en el año 2008, y, también en conexión con dos sentencias posteriores, ambas de 26 de noviembre de 2012, que igualmente se han manifestado en el sentido de que las cuotas de los préstamos hipotecarios deben ser excluidas del concepto de cargas del matrimonio, si bien en los dos casos resueltos en el 2012 el régimen económico del matrimonio era el de separación de bienes.

La solución jurisprudencial que se desprende de las citadas sentencias merece valoración positiva en un doble aspecto: ayuda a clarificar el confuso concepto de cargas del matrimonio, y evita la alteración de las finalidades perseguidas por el ordenamiento jurídico cuando regula los regímenes económicos-matrimoniales y las obligaciones solidarias.

## BIBLIOGRAFÍA

- AFONSO RODRÍGUEZ, M. E.: *Código Civil comentado*, Vol. I, *Artículos 1 a 608*. VV.AA., codir.: CAÑIZARES LASO, A.; DE PABLO CONTRERAS, P.; ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNANDEZ, R.; coord.: DE PABLO CONTRERAS, P., y VALPUESTA FERNANDEZ, R., Civitas, Navarra, 2011, 1.<sup>a</sup> ed.
- ALBACAR LOPEZ, J. L. (dir.): *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*. Editorial Trivium, S. A., Madrid, 2000.
- ALEJANDREZ PEÑA, P.: *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por DOMÍNGUEZ LUELMO, A., Lex Nova, Valladolid, 2010, 1.<sup>a</sup> ed.
- ANDERSON, M.: «El régimen económico-matrimonial», en *Derecho de Familia. Procesos matrimoniales, convenio regulador, ejecución de sentencias, recursos, régimen tributario, familia y extranjería, parejas estables y otras vinculaciones personales y patrimoniales*. VV.AA., coord.: VILLAGRASA ALCAIDE, C., Bosch, Barcelona, 2011.
- ARROYO I AMAYUELAS, E.: *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por DOMÍNGUEZ LUELMO, A., Lex Nova, Valladolid, 2010, 1.<sup>a</sup> ed.
- ARRUÑADA, B.: «La reforma de la responsabilidad hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 731, mayo-junio de 2012, págs. 1259-1289.
- BARCELÓ DOMENECH, J.: *El régimen económico del matrimonio (comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, VV.AA., coordinado por MORENO MARTÍNEZ, J. A. y RAMS ALBESA, J., Dykinson, Madrid, 2005.
- BELLO JANEIRO, D.: *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Bosch, Barcelona, 1993.
- CABEDO SERNA, L. L.: *El régimen económico del matrimonio (comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, VV.AA., coordinado por MORENO MARTÍNEZ, J. A. y RAMS ALBESA, J., Dykinson, Madrid, 2005.
- CAFFARENA LAPORTA, J.: *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, año 1993.
- COSTAS RODAL, L.: «Préstamo hipotecario que grava vivienda familiar ganancial: obligación de los excónyuges de pagar las cuotas hipotecarias por mitad. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2011», en *Aranzadi, Revista Doctrinal*, Sección Comentarios, núm. 3-2011, junio, págs. 35-44.
- DE LOS MOZOS, J. L.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dirigidos por Manuel ALBALADEJO. Tomo XVIII, vol. 1. *Artículos 1315 a 1343 del Código Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Edersa, Madrid, 1982.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dirigidos por Manuel ALBALADEJO. Tomo XVIII, vol. 2. *Artículos 1344 a 1410 del Código Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Edersa, Madrid, 1984.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV. *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Editorial Tecnos, S. A., 10.<sup>a</sup> ed., reimpresión de octubre de 2006, Madrid.
- FERNÁNDEZ CANALES, C., *Sociedad de gananciales y vivienda conyugal*, Editorial Reus, 2013.
- FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I.: *Derecho matrimonial económico*, Editorial Reus, S. A., Madrid, 2011.

- GARCÍA CANTERO, G.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dirigidos por Manuel ALBALADEJO. Tomo II. *Artículos 42 a 107 del Código Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Edersa, Madrid, 1982.
- GASPAR LERA, S.: «Los procedimientos de ejecución forzosa por deudas de persona casada en régimen económico de comunidad: insuficiencias técnicas y sustantivas del sistema», en *Revista Aranzadi Civil Doctrinal*, Sección Estudios, núm. 4, 2011, págs. 45-89.
- GIMENO Y GOMEZ LA FUENTE, J. L. y RAJOY BREY, E. (coord.): *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones. Derecho Común, Foral y Especial*, Tomo I., VV.AA., Thomson Civitas, Navarra, 2008.
- GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C.: *Las cláusulas de exigibilidad anticipada del crédito en los contratos bancarios*, Tirant lo Blanch, 2012.
- GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: «La compensación prevista en el artículo 1438 del Código Civil», en *El Derecho de Familia en expansión*, VV.AA., Dykynson, Madrid, 2009, págs. 19-140.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «El tratamiento de las adquisiciones onerosas de bienes gananciales en los artículos 1362 y 1365 del Código Civil», en *Centenario del Código Civil*. Tomo I, de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1990.
- GUILLEM CARRAU, J.: *Código Civil comentado*, vol. III. *Artículos 1088 a 1444*, VV.AA., codir.: CAÑIZARES LASO, A.; DE PABLO CONTRERAS, P.; ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.; coord.: ORDUÑA MORENO, J.; PLAZA PENADÉS, J.; RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., Civitas, Navarra, 2011, 1.<sup>a</sup> ed.
- HERRERO GARCÍA, M. J.: *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, año 1993.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El nuevo régimen de la familia. II. Filiación, patria potestad, economía del matrimonio, herencia familiar*, Editorial Civitas, S. A., 1.<sup>a</sup> ed., 3.<sup>a</sup> reimpresión, Madrid, 1982.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVERRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil. IV. Familia*, Dykinson, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2005 y 4.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2010.
- LÓPEZ LIZ, J.: *Bienes inmuebles y sociedad conyugal. Adquisición, administración y disposición, hipoteca y embargo, con particular estudio del derecho real de uso especial de la vivienda familiar*, Bosch, Barcelona, 1998.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M.<sup>a</sup> T.: «La sociedad de gananciales, en general, y su liquidación, en particular, en el Código Civil desde 1889 hasta 1981: el camino hacia la plena igualdad de los cónyuges», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 701, mayo-junio de 2007, págs. 1149-1167.
- *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*. McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- MONTÉS PENADÉS, V.: *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, año 1993.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, año 1993.

- PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo IV. Familia-Matrimonio-Divorcio-Filiación-Patria potestad-Tutela*, Bosch, Casa Editorial, S. A., 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1985.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. III, *Los regímenes económico-matrimoniales (I). Disposiciones generales, la vivienda familiar, capitulaciones matrimoniales, la sociedad de gananciales*, codir.: IZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M., Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2011, 1.<sup>a</sup> ed.
- «El acreedor frente a la disolución de la sociedad de gananciales», en *Centenario del Código Civil*. Tomo II, de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- RAMÓN CHORNET, J. C.: *Código Civil comentado*, vol. III. *Artículos 1088 a 1444*, VV.AA., codir.: CAÑIZARES LASO, A.; DE PABLO CONTRERAS, P.; ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.; coord.: ORDUÑA MORENO, J.; PLAZA PENADÉS, J.; RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., Civitas, Navarra, 2011, 1.<sup>a</sup> ed.
- RAMS ALBESA, J. J.: *La sociedad de gananciales*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1992.
- REBOLLEDO VARELA, A. L.: «Las controversias sobre adjudicaciones y pago de deudas en la liquidación de la sociedad legal de gananciales: aspectos sustantivos del artículo 810 LEC», en *El Derecho de Familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad legal de gananciales*. Coord.: REBOLLEDO VARELA, A. L. y SEOANE SPIEGELBERG, J. L., Dykinson, 2010.
- RIBERA BLANES, B.: *El régimen económico del matrimonio (comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, VV.AA., coordinado por MORENO MARTÍNEZ, J. A. y RAMS ALBESA J., Dykinson, Madrid, 2005.
- RUBIO TORRANO, E.: «Sobre el pago de cuotas de crédito hipotecario para vivienda familiar contratado por cónyuges antes del divorcio», en *Aranzadi, Revista Doctrinal*, Sección Comentarios, núm. 3-2011, junio, págs. 17-21.
- SÁIZ GARCÍA, C.: *Acreedores de los cónyuges y régimen económico-matrimonial de gananciales*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.
- SERRA RODRÍGUEZ, A.: *La compraventa a plazos de un bien ganancial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- SOSPEDRA NAVAS, F. J. (dir.): *La ejecución hipotecaria: Análisis, procedimiento, ejecución y formularios*, VV.AA., Civitas, 2012.
- URÍA, R.: *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 28.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2001.

## NOTAS

<sup>1</sup> Así, el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa (*BOE* núm. 161, de 7 de julio de 2011), el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (*BOE* núm. 60, de 10 de marzo de 2012), o el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios (*BOE* núm. 276, de 16 de noviembre de 2012). Este último se encuentra en fase de tramitación como Ley: Proyecto de Ley de medidas urgentes para reforzar la protección

a los deudores hipotecarios (procedente del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre); otras iniciativas en tramitación son la Proposición de Ley de regulación de la dación en pago, de paralización de los desahucios y de alquiler social (corresponde al número de expediente 120/000019/0000 de la IX Legislatura), procedente de Iniciativa Legislativa Popular, la Proposición de Ley de medidas contra el sobreendeudamiento personal y familiar y de protección ante procedimientos de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), o la Proposición de Ley de medidas contra el sobreendeudamiento personal y de protección ante procedimientos de ejecución que afecten a personas naturales, incluyendo el derecho a la vivienda, presentado por el Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural.

<sup>2</sup> Por su extraordinario impacto, merecen ser citadas la sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo, de 20 de marzo de 2013, que ha anulado las «cláusulas suelo» de los préstamos hipotecarios en los casos de falta de transparencia al consumidor, y la sentencia de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictada en el asunto C-415/11 (que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artícu-  
lo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, mediante auto de 19 de julio de 2011, recibido en el Tribunal de Justicia el 8 de agosto de 2011), por la que se declara que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro (España, en este caso), que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final. El texto completo de esta última sentencia, puede consultarse en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=hipoteca&docid=135024&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=405929#ctx1>.

<sup>3</sup> Sirvan como ejemplo ARRÚNADA, B., «La reforma de la responsabilidad hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 731, mayo-junio de 2012, págs. 1259-1289; GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C., *Las cláusulas de exigibilidad anticipada del crédito en los contratos bancarios*, Tirant lo Blanch, 2012, o SOSPEDRA NAVAS, F. J. (dir.), *La ejecución hipotecaria: Análisis, procedimiento, ejecución y formularios*, VV.AA., Civitas, 2012.

<sup>4</sup> Según noticia aparecida en la página web del Poder Judicial, el 22 de marzo de 2013, «En el año 2012 tuvieron entrada en los órganos judiciales españoles un total de 70.571 asuntos de divorcio consensuado, un 2,4 por 100 superior al año anterior, y 49.485 de divorcios contenciosos, un 2,5 por 100 de incremento sobre el año anterior, según los datos hechos públicos hoy por el Servicio de Estadística Judicial del Consejo General del Poder Judicial. Asimismo se presentaron 4.738 separaciones de mutuo acuerdo y 2.404 separaciones contenciosas. También ingresaron 164 asuntos de nulidad matrimonial. (...) Comparando los datos globales de 2012 con los de 2011 se observa que en Andalucía, Cataluña y Madrid han aumentado las dos formas de divorcio, mientras que han disminuido tanto las separaciones contenciosas como las de mutuo acuerdo. En Canarias y Extremadura han aumentado todas las formas de ruptura matrimonial. (...) En 2012 se han iniciado 6.719 procedimientos consensuados de modificación de medidas, un 14,4 por 100 más que en 2011. Respecto a procedimientos no consensuados de modificación de medidas se han iniciado 26.435, con un incremento interanual del 24 por 100. Asimismo, se iniciaron 11.607 procedimientos consensuados de guardia, custodia y alimentos de hijos no matrimoniales, un 17,3 por 100 más que en 2011, mientras que procedimientos no consensuados se iniciaron 19.885, un 12,2 por 100 más que en 2011».

Puede ampliarse esta información en [http://www.poderjudicial.es/cgj/es/Poder\\_Judicial/En\\_Portada/Los\\_divorcios\\_crecieron\\_un\\_2\\_el\\_ano\\_pasado\\_y\\_los\\_procesos\\_de\\_modificacion\\_de\\_medidas\\_un\\_14](http://www.poderjudicial.es/cgj/es/Poder_Judicial/En_Portada/Los_divorcios_crecieron_un_2_el_ano_pasado_y_los_procesos_de_modificacion_de_medidas_un_14).

<sup>5</sup> Puede criticarse la sistematización de estos preceptos: seguramente hubiera sido más coherente regular, en primer término, los regímenes de gananciales y de separación de bienes, y finalizar con el régimen de participación en las ganancias; para una adecuada comprensión de este, es preciso conocer primero los dos anteriores.

<sup>6</sup> Dispone el artículo 1437 del Código Civil, refiriéndose al activo patrimonial: «Artículo 1437. Propiedad de los bienes en el régimen de separación. En el régimen de separación pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiera por cualquier título. Asimismo corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes». En cuanto al pasivo, establece el artículo 1440 del Código Civil: «Artículo 1440. Responsabilidad de las obligaciones contraídas por cada cónyuge. Las obligaciones contraídas por cada cónyuge serán de su exclusiva responsabilidad. En cuanto a las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria responderán ambos cónyuges en la forma determinada por los artículos 1319 y 1438 de este Código».

<sup>7</sup> Vid. artículo 1411 del Código Civil.

<sup>8</sup> Así, según el artículo 1412: «A cada cónyuge le corresponde la administración, el disfrute y la libre disposición, tanto de los bienes que le pertenecían en el momento de contraer matrimonio como de los que pueda adquirir después por cualquier título», añadiendo el artículo 1413 que, en todo lo no previsto especialmente, se aplicarán, durante la vigencia del régimen de participación, las normas relativas al de separación de bienes.

<sup>9</sup> Haciendo un rápido recorrido por las especialidades forales, pueden encontrarse en: Aragón, donde el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Código del Derecho Foral de Aragón, en defecto de pactos en capitulaciones o para completarlos, aplica las normas del consorcio conyugal; Islas Baleares, rigiendo el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, que en defecto de pacto en capitulaciones matrimoniales, que pueden otorgarse antes o después del matrimonio, aplica el régimen de separación de bienes; Cataluña, donde coexisten, el Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, de Compilación de Derecho Civil de Cataluña, y el Código Civil de Cataluña (Libro Segundo: Persona y Familia), aprobado por la Ley 25/2010, de 29 de julio, si bien ambas normas establecen el régimen de separación de bienes, en defecto de capitulaciones matrimoniales; Galicia, disponiendo la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, que el régimen económico será el que se estipule en capitulaciones matrimoniales y, a falta o por ineeficacia de estas, la sociedad legal de gananciales, que no regula, siendo, por tanto, aplicable el régimen previsto en el Código Civil; Navarra, donde el Fuego Nuevo, aprobado por Ley 1/1973, de 1 de marzo, establece que, en defecto de otro régimen establecido en capitulaciones matrimoniales, se observará el de conquistas; País Vasco, cuyas especialidades civiles forales se contienen en la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil del País Vasco, que, respectivamente, contiene en sus Libros I, II y III, el Derecho Civil Foral de Vizcaya, de Álava y Guipúzcoa, siendo la peculiaridad más significativa de Vizcaya la denominada comunicación foral vizcaína, que es un régimen de comunidad absoluta que resulta aplicable en defecto de pacto (por su parte, las especialidades forales de Alava se refieren a Derecho Sucesorio y, en cuanto a Guipúzcoa, el Fuego establece especialidades en cuanto a la transmisión del caserío); Valencia, donde la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen económico-matrimonial valenciano en defecto de capitulaciones matrimoniales, también denominadas carta de nupcias, o si son ineeficaces, ordena que el régimen económico-matrimonial será el de separación de bienes; finalmente, puede citarse el caso particular del Fuego de Baylío, fuero local que sigue sin codificarse, y totalmente consuetudinario, que se aplica solo en algunos pueblos de Badajoz, y ninguno de Cáceres e implica una comunicación universal de bienes entre los cónyuges.

En definitiva, y resumiendo, los regímenes supletorios de primer grado son regímenes de comunidad en Galicia, Vizcaya, Navarra y Aragón; y son regímenes de separación de bienes en Cataluña, Baleares y Valencia.

<sup>10</sup> Según GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., no existe en España una tradición capitular consolidada («La compensación prevista en el artículo 1438 del Código Civil», en *El Derecho de Familia en expansión*, VV.AA., Dykynson, Madrid, 2009, pág. 19), aunque según GASPAR LERA, S., la tendencia está cambiando actualmente, precisamente para sustituir los regímenes legales de comunidad por uno de separación de bienes («Los procedimientos de ejecución forzosa por deudas de persona casada en régimen económico de comunidad: insuficiencias técnicas y sustantivas del sistema», en *Revista Aranzadi Civil Doctrinal*, Sección Estudios, núm. 4. 2011, pág. 47).

<sup>11</sup> Actualmente, la regulación del régimen económico se puede definir por la aplicación de tres principios, la mutabilidad del régimen económico, la libertad de pactos entre los cónyuges y la igualdad jurídica entre ellos. Vid. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV. *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Editorial Tecnos, S. A., 10.<sup>a</sup> ed., reimpresión de octubre de 2006, Madrid, págs. 134-136 y págs. 94-96. Vid. también, en cuanto a la mutabilidad, FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I., *Derecho matrimonial económico*, Editorial Reus. S. A., Madrid, 2011, págs. 37-38 y 41-42.

<sup>12</sup> Puede encontrarse una síntesis de las distintas posiciones doctrinales, anteriores y posteriores a la reforma del Código Civil en 1981, en PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo IV. Familia-Matrimonio-Divorcio-Filiación-Patria potestad-Tutela*, Bosch, Casa Editorial, S. A., 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1985, págs. 127 a 130.

<sup>13</sup> Tal es la tesis de la que se parte en el presente trabajo.

<sup>14</sup> Un ejemplo de esta libertad de adjudicación se refleja en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de febrero de 2013, sentencia núm. 77/2013, recurso núm. 1577/2010, Id. Cendoj 28079110012013100050. Se adjudicó a cada uno de los cónyuges un bien inmueble, debiendo compensar la esposa el exceso de adjudicación por el mayor valor del bien a ella adjudicado.

<sup>15</sup> Tal es la terminología que aquí se propone, si bien debe advertirse que no es pacífica la cuestión. Tampoco lo es la imbricación del avalúo dentro de la primera o de la segunda fase de la liquidación en sentido amplio.

Respecto del segundo problema apuntado, vid. REBOLLEDO VARELA, A. L., «Las controversias sobre adjudicaciones y pago de deudas en la liquidación de la sociedad legal de gananciales: aspectos sustantivos del artículo 810 LEC», en *El Derecho de Familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad legal de gananciales*, coordinado por REBOLLEDO VARELA, A. L. y SEOANE SPIEGELBERG, J. L., Dykinson, 2010, consultado en V-LEX. Y sobre las fases de la liquidación, vid. también MARTÍN MELÉNDEZ, M.<sup>a</sup> T., «La sociedad de gananciales, en general, y su liquidación, en particular, en el Código Civil desde 1889 hasta 1981: el camino hacia la plena igualdad de los conyuges», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 701, mayo-junio de 2007, págs. 1149-1167.

<sup>16</sup> Sobre esta cuestión, vid., más extensamente, FERNÁNDEZ CANALES, C., *Sociedad de gananciales y vivienda conyugal*, Editorial Reus, 2013.

<sup>17</sup> Si fuese nítida la diferencia entre lo común y lo privativo, obviamente, no se plantearían en sede judicial conflictos sobre la determinación del carácter ganancial o privativo de lo adquirido constante matrimonio. A título meramente ejemplificativo, pueden citarse como casos controvertidos los de las indemnizaciones por despido, los bienes adquiridos por título hereditario abonando el exceso de adjudicación con fondos gananciales, las cuentas bancarias de titularidad exclusiva de un cónyuge en las que se ingresan fondos comunes, los rendimientos de negocios generados por la inversión de dinero ganancial pero establecidos físicamente en un local de negocio de titularidad privativa, etc.

<sup>18</sup> URÍA, R., *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A.. 28.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2001, pág. 831.

<sup>19</sup> Debe advertirse que la doctrina no es pacífica, ni en el planteamiento general de la cuestión, ni en cuanto a los preceptos que determinan responsabilidad externa e interna. Vid. RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. III, *Los regímenes económico-matrimoniales (I). Disposiciones generales, la vivienda familiar; capitulaciones matrimoniales*,

*la sociedad de gananciales*, codir.: IZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M., Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2011, 1.<sup>a</sup> ed.; también RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «El acreedor frente a la disolución de la sociedad de gananciales», en *Centenario del Código Civil*. Tomo II, de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «El tratamiento de las adquisiciones onerosas de bienes gananciales en los artículos 1362 y 1365 del Código Civil», en *Centenario del Código Civil*. Tomo I, de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1990; RAMS ALBESA, J. J., *La sociedad de gananciales*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1992; DE LOS MOZOS, J. L., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO. Tomo XVIII. Vol. 2. *Artículos 1344 a 1410 del Código Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Edersa, Madrid, 1984; MARTÍN MELÉNDEZ, M.<sup>a</sup> T., *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, McGraw-Hill, Madrid, 1995; SÁIZ GARCÍA, C., *Acreedores de los cónyuges y régimen económico-matrimonial de gananciales*. Thomson Aranzadi, Navarra, 2006; GASPAR LERA, S., *Los procedimientos....*, cit.; BELLO JANEIRO, D., *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Bosch, Barcelona, 1993; SERRA RODRÍGUEZ, A., *La compraventa a plazos de un bien ganancial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, año 1993; ANDERSON, M., «El régimen económico-matrimonial», en *Derecho de Familia. Procesos matrimoniales, convenio regulador, ejecución de sentencias, recursos, régimen tributario, familia y extranjería, parejas estables y otras vinculaciones personales y patrimoniales*. VV.AA., coord.: VILLAGRASA ALCAIDE, C., Bosch, Barcelona, 2011.

<sup>20</sup> Más extensamente, sobre la problemática que plantea el pasivo ganancial, vid. FERNÁNDEZ CANALES, C., *Sociedad de gananciales y vivienda conyugal*, Editorial Reus, 2013.

<sup>21</sup> La del cónyuge que se endeuda en el ejercicio de la potestad doméstica (concepto comprendido en el más amplio del art. 1362.1.<sup>o</sup>), o al llevar a cabo la gestión o disposición sobre gananciales que tiene atribuida por ley o por capítulos (parte del art. 1362.2.<sup>o</sup>), o en la administración ordinaria de sus propios bienes (vid. art. 1362.3.<sup>o</sup>), o en el ejercicio ordinario de su profesión, arte u oficio (vid. el apartado 4.<sup>o</sup> del art. 1362).

<sup>22</sup> MONFORT FERRERO, M. J. (*Código Civil comentado*, vol. III. *Artículos 1088 a 1444*, VV.AA., codir.: CAÑIZARES LASO, A.; DE PABLO CONTRERAS, P.; ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.; coord.: ORDUÑA MORENO, J.; PLAZA PENADÉS, J.; RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., Civitas, Navarra, 2011, 1.<sup>a</sup> ed., pág. 831), aclara lo que debe entenderse por «atenciones de previsión», que consisten en la contratación de seguros de daños, de responsabilidad, de vida, médicos, escolares, etc.; en definitiva, «atenciones de previsión son aquellas prestaciones que tienen como finalidad atender anticipadamente los gastos que puedan ocasionarse a la familia como consecuencia de las eventualidades del futuro, y así evitar que en el momento que tales incertidumbres se produzcan, esta sufra un mayor perjuicio económico».

<sup>23</sup> La DGRN en su Resolución de 21 de febrero de 2004 (Westlaw.ES, *RJ* 2004/2377), indica que «este Centro Directivo ha entendido que solo es posible la exclusión de la normativa protectora cuando el gravamen que se incardina en el negocio complejo no constituye un acto independiente que comprometa o arriesgue los patrimonios preexistentes de los menores, incapacitados o personas especialmente protegidas», consideraciones que pueden hacerse extensibles a la protección de los derechos del cónyuge no interviniente. Así, se sostiene aquí que puede excluirse la normativa protectora cuando el gravamen no constituya un acto independiente que comprometa o arriesgue el patrimonio ganancial preeexistente.

<sup>24</sup> También admiten que uno solo de los consortes pueda hipotecar el bien que adquiere, siempre que la constitución de la garantía sea simultánea a la adquisición, RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (*Tratado de Derecho de la Familia...*, cit., pág. 932), LÓPEZ LIZ, J. (*Bienes inmuebles y sociedad conyugal. Adquisición, administración y disposición, hipoteca y embargo, con particular estudio del derecho real de uso especial de la vivienda familiar*, Bosch, Barcelona, 1998, págs. 139-140), o BELLO JANEIRO, D. (*La defensa frente...*, cit., pág. 318).

<sup>25</sup> Este carácter oneroso del préstamo con intereses, se desprende de diversas sentencias del Tribunal Supremo. Sirvan, como ejemplo, las siguientes: la STS de 17 de octubre de 1989 (Sala de lo Civil, Westlaw.ES, *RJ* 1989/6928), la STS de 29 de enero de 1997 (Sala de lo Civil, recurso de casación núm. 826/1993, Westlaw.ES, *RJ* 1997/145), o la STS de 28 de noviembre de 1997 (Sala de lo Civil, recurso de casación núm. 3069/1993, Westlaw.ES, *RJ* 1997/8430).

<sup>26</sup> Es más, ante un préstamo oneroso, para que el dinero adquirido tuviera carácter privativo, sería necesaria la aseveración, ratificada por el consorte, de que el dinero que se adquiere en virtud del préstamo será devuelto, en todo o en parte, con dinero privativo. Vid. artículo 1324 del Código Civil, y más extensamente, sobre este argumento, FERNÁNDEZ CANALES, C., *Sociedad de gananciales...*, cit.

<sup>27</sup> Con la salvedad antedicha, que en la práctica es no imposible, pero sí muy improbable que se plantee.

<sup>28</sup> Posibilidad que se ha admitido aquí.

<sup>29</sup> Sin perjuicio de que dicho cónyuge tiene, en ese caso, internamente, derecho a ser reintegrado por la sociedad de gananciales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1364 del Código Civil.

<sup>30</sup> También en este supuesto si algún cónyuge responde frente al acreedor con sus bienes privativos, internamente tiene derecho a ser reintegrado por la sociedad de gananciales, por aplicación del artículo 1364 del Código Civil.

<sup>31</sup> Según el artículo 1367 del Código Civil, los bienes gananciales responden, en todo caso, de las obligaciones contraídas por ambos cónyuges conjuntamente (este es el caso cuando ambos consortes son prestatarios) o por un cónyuge con el consentimiento expreso del otro.

<sup>32</sup> Sin embargo, si la vivienda se adquiere al ejercitarse un derecho de retracto de carácter privativo gracias a dinero ganancial obtenido por medio de un préstamo, la vivienda es privativa por aplicación del artículo 1346.4.<sup>o</sup> del Código Civil; ahora bien, el cónyuge titular de la vivienda resulta deudor a la sociedad de gananciales por la cantidad ganancial invertida en el ejercicio del retracto.

<sup>33</sup> Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>, sentencia núm. 188/2011, recurso núm. 2177/2007, Westlaw.ES, *JUR* 2011/114512.

<sup>34</sup> Así lo pone de manifiesto RUBIO TORRANO, E. (*Sobre el pago de cuotas de crédito hipotecario para vivienda familiar contratado por cónyuges antes del divorcio*, en *Aranzadi, Revista Doctrinal*, Sección Comentarios, núm. 3-2011, pág. 21), quien no solo alude a la contradictoria jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, sino también a que el problema no había sido suficientemente atendido por la doctrina española, si bien considera que «La trascendencia práctica de la misma es relativa, dado que, pactos al margen, la liquidación de la sociedad de gananciales fija en todo caso el límite temporal de esta situación hasta el presente no bien resuelta».

<sup>35</sup> Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>, sentencia núm. 991/2008, recurso núm. 962/2002, Westlaw.ES, *RJ* 2009/3.

<sup>36</sup> Sala de lo Civil, recurso núm. 1525/2011, Id Cendoj: 28079110012012100692.

<sup>37</sup> Sala de lo Civil, recurso núm. 1852/2011, Id Cendoj: 28079110012012100681.

<sup>38</sup> Sala de lo Civil, sentencia núm. 564/2006, Westlaw.ES, *RJ* 2006/3502.

<sup>39</sup> RUBIO TORRANO, E. (*Sobre el pago de cuotas...*, cit, pág. 19): «el Código Civil no define ni enumera las partidas que deben considerarse cargas del matrimonio (arts. 103, regla 3.<sup>a</sup>, 90), ni la doctrina ha perfilado del todo este concepto, distinguiéndolo del de deuda de la sociedad de gananciales».

<sup>40</sup> Comentando este precepto, señala ARROYO I AMAYUELAS, E. (*Comentarios al Código Civil*, dirigidos por DOMÍNGUEZ LUELMO, A., Lex Nova, Valladolid, 2010, 1.<sup>a</sup> ed., pág. 1576), que «el carácter familiar de las deudas altera, en beneficio de terceros, las reglas del artículo 1911 del Código Civil: de las deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica responde el cónyuge deudor, pero también el que no lo es».

<sup>41</sup> Artículo que dice así: «Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al

uso del lugar y a las circunstancias de la misma. De las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge. El que hubiere aportado caudales propios para satisfacción de tales necesidades tendrá derecho a ser reintegrado de conformidad con su régimen matrimonial.

A propósito del artículo 1319 del Código Civil, considera DE LOS MOZOS, J. L. (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO. Tomo XVIII, vol. 1. *Artículos 1315 a 1343 del Código Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Edersa, Madrid, 1982, pág. 115), que «Actualmente queda comprendido en este ámbito, referido a las *necesidades ordinarias de la familia*, no solo todo lo relativo al sustento y habitación de la familia, incluyendo las reparaciones ordinarias del hogar familiar, reposición de muebles, electrodomésticos, etc., así como los gastos de enfermedad ordinarios y extraordinarios, previsión, seguros, tráfico bancario para atender a estas necesidades, sino también todo lo relativo al vestido, educación de los hijos, contratación de un apartamento o vivienda de verano, de un viaje de vacaciones, etc., pues la norma, no tiene más límite interno que el gasto *no sea excesivo*, de acuerdo con la posición de la familia y según el uso del lugar».

RIBERA BLANES, B. [*El régimen económico del matrimonio (comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, VV.AA., coordinado por MORENO MARTÍNEZ, J. A. y RAMS ALBESA J., Dykinson, Madrid, 2005, pág. 873], pone de manifiesto que la doctrina ha considerado que la adquisición de la vivienda habitual persigue una finalidad que va más allá de la simple satisfacción de una necesidad familiar, puesto que el propósito es la adquisición de patrimonio inmobiliario, de manera que no puede generar la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante que establece el artículo 1319 del Código Civil, con independencia de que se solicite, o no, un préstamo.

<sup>42</sup> Así, vid. MONTÉS PENADÉS, V., *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, año 1993, pág. 865.

<sup>43</sup> AFONSO RODRÍGUEZ, M. E., *Código Civil comentado*, vol. I. *Artículos 1 a 608*, VV.AA., codir.: CAÑIZARES LASO, A.; DE PABLO CONTRERAS, P.; ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.; coord.: DE PABLO CONTRERAS, P., y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., Civitas, Navarra. 2011, 1.<sup>a</sup> ed., pág. 491.

Mucho antes, comentando el artículo 90 del Código Civil, fórmula parecida critica GARCÍA CANTERO, G. (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO. Tomo II. *Artículos 42 a 107 del Código Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Edersa, Madrid, 1982, pág. 382): «En el caso de divorcio no parece correcto seguir hablando de *cargas del matrimonio*, que por definición se ha disuelto».

<sup>44</sup> AFONSO RODRÍGUEZ, M. E., *Código Civil...*, cit., pág. 492.

<sup>45</sup> Efectúa tales consideraciones al comentar el artículo 1318 del Código Civil: DE LOS MOZOS, J. L., *Comentarios (...)* Tomo XVIII, vol. 1. (...), cit., pág. 102.

<sup>46</sup> MONTÉS PENADÉS, V., *Comentario...*, cit., pág. 864.

<sup>47</sup> ALEJANDREZ PEÑA, P., *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por DOMÍNGUEZ LUELMO. A., Lex Nova, Valladolid, 2010, 1.<sup>a</sup> ed., págs. 1449-1450.

<sup>48</sup> RIBERA BLANES, B., *El régimen económico...*, cit., pág. 874.

<sup>49</sup> BARCELÓ DOMÉNECH, J., *El régimen económico del matrimonio (comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, VV.AA., coordinado por MORENO MARTÍNEZ, J. A. y RAMS ALBESA, J., Dykinson, Madrid, 2005, pág. 60.

<sup>50</sup> MONFORT FERRERO, M. J., *Código Civil comentado*, Vol. III, cit., págs. 829 y 830.

<sup>51</sup> Sin embargo, GUILLÉM CARRAU, J. (*Código Civil comentado*, vol. III. *Artículos 1088 a 1444*, VV.AA., codir.: CAÑIZARES LASO, A.; DE PABLO CONTRERAS, P.; ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.; coord.: ORDUÑA MORENO, J.; PLAZA PENADÉS, J.; RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., Civitas, Navarra, 2011, 1.<sup>a</sup> ed., págs. 1293-1294), con cita del artículo 9 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen económico-matrimonial valenciano,

incluye, entre las cargas del matrimonio, los gastos de adquisición de los bienes y derechos de titularidad conjunta, aunque cita la STS de 31 de mayo de 2006 para aclarar que no son carga del matrimonio los gastos generados por bienes que «aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio». En cuanto a los préstamos concertados constante matrimonio por ambos cónyuges en régimen de separación de bienes (pág. 1304), con cita de dos sentencias de Audiencias Provinciales, considera que en la relación interna tienen que ser soportados por mitad cuando estén destinados a atender necesidades ordinarias de la familia, y puesto que «Lo habitual es que existan posiciones divergentes entre los cónyuges sobre la realidad o no de la vinculación material de los préstamos con las necesidades familiares (...) el juez decidirá sobre la base del destino de los montantes económicos del préstamo y la identificación de los mismos con el levantamiento de las cargas del matrimonio».

<sup>52</sup> HERRERO GARCÍA, M. J., *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, año 1993, pág. 580.

<sup>53</sup> Así, aquí se califica el préstamo como deuda de la sociedad de gananciales por tratarse de un préstamo oneroso que ha originado la adquisición de dinero ganancial, y, en consecuencia, una deuda a cargo de la sociedad (art. 1362.2.<sup>º</sup> CC); por otra parte, al haberse invertido en la adquisición dinero ganancial, el inmueble adquirido tiene también la consideración de ganancial. El TS llega a idéntica conclusión, pero por un camino diverso: considera que la deuda es ganancial porque ha surgido de la adquisición de una vivienda ganancial.

<sup>54</sup> Más extensamente, sobre el deslinde entre ambas relaciones obligatorias, vid. FERNÁNDEZ CANALES, C., *Sociedad de gananciales...*, cit.

<sup>55</sup> RAMÓN CHORNET, J. C., *Código Civil comentado*, vol. III. *Artículos 1088 a 1444*, VV.AA., codir.: CAÑIZARES LASO, A.; DE PABLO CONTRERAS, P.; ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.; coord.: ORDUÑA MORENO, J.; PLAZA PENADÉS, J.; RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., Civitas, Navarra, 2011, 1.<sup>a</sup> ed., pág. 277.

<sup>56</sup> CAFFARENA LAPORTA, J., *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, año 1993, pág. 118.

<sup>57</sup> Vid., de nuevo, CAFFARENA LAPORTA, J., *Comentario...*, cit., pág. 136.

<sup>58</sup> Nuevamente, CAFFARENA LAPORTA, J., *Comentario...*, cit., págs. 140-141.

<sup>59</sup> COSTAS RODAL, L., «Préstamo hipotecario que grava vivienda familiar ganancial: obligación de los excónyuges de pagar las cuotas hipotecarias por mitad. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2011», en Aranzadi, *Revista Doctrinal*, Sección Comentarios, núm. 3-2011, junio. Cita tomada de la pág. 43.

<sup>60</sup> CABEDO SERNA, L. L., respecto de los ingresos de la comunidad postganancial, hace la siguiente distinción: dejan de ser comunes los rendimientos del trabajo y los frutos de los bienes privativos (salvo, en cuanto a estos, los que estén pendientes cuando se produce la disolución), pero, sin embargo, siguen siendo comunes los rendimientos de los bienes gananciales. Vid. *El régimen económico del matrimonio (comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, VV.AA., coordinado por MORENO MARTÍNEZ, J. A. y RAMS ALBESA J., Dykinson, Madrid, 2005, págs. 578-579.

*(Trabajo recibido el 4-4-2013 y aceptado para su publicación el 18-6-2013)*