

1.2. Familia

EL PAGO DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO QUE GRAVA LA VIVIENDA FAMILIAR. A PROPÓSITO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA PRIMERA, DE 28 DE MARZO DE 2011 Y DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2012

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. EL DEBER DE CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS FAMILIARES CONSTANTE EL MATRIMONIO.—III. LAS CARGAS DEL MATRIMONIO EN LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO.—IV. LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y EL PAGO DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La vivienda familiar constituye, para la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, el lugar donde habitualmente se desarrolla la convivencia de la familia. La edificación habitable que satisface su necesidad permanente de vivienda o de habitación¹. Es el lugar donde la familia desarrolla sus actividades ordinarias, y que le proporciona no solo cobijo, sino además seguridad o intimidad. Dicho

¹ SERRANO ALONSO, E., «La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho Sucesorio», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, págs. 87 y 90; DE COSSÍO Y MARTÍNEZ, M., *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, McGraw Hill, Madrid, 1997, págs. 39-40; GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, págs. 70-71; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., «Protección legal de la vivienda familiar», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre de 1988, núm. 588, págs. 1586-1587; SERRANO GÓMEZ, E., *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Técnicos, Colección de Jurisprudencia Práctica, Madrid, 1999, págs. 11-12.

Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de diciembre de 1994 (*RJ* 1994/1030), que estima que es «un bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asiente, quien quiera que sea el propietario»; las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 10 de mayo de 1993 (AC 1993/1050); de la Audiencia Provincial de Valencia, de 30 de septiembre de 1996 (AC 1996/1537); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 8 de septiembre de 1997 (AC 1997/1914); de la misma Audiencia y Sección, de 23 de abril de 1998 (AC 1998/4537); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.^a, de 2 de marzo de 1999 (AC 1999/4917); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 21 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001/62709); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 25 de septiembre de 2003 (*JUR* 2004/25749); y de la Audiencia Provincial de Asturias, de 24 de noviembre de 2003 (*JUR* 2003/277780), también califican la vivienda familiar como un bien familiar no patrimonial, adscrito al servicio del grupo familiar o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario.

lugar será normalmente un inmueble, lo que no impide que pueda ser también un bien mueble susceptible de ser habitado, como una caravana, un barco etc.². Ahora bien, no cualquier espacio físico puede considerarse como tal, sino que debe tratarse de un espacio susceptible de ser habitado³. De ahí que se excluyan, en general, del concepto de vivienda los solares, chozas, cabañas, establos, almacenes, fábricas, locales de negocio, en definitiva, cualquier espacio que desde una perspectiva objetiva, no pueda considerarse como destinado a servir de residencia o morada para las personas⁴. En todo caso, la vivienda familiar ha de entenderse, existan o no hijos, como «vivienda conyugal»⁵, y medie o no en la pareja, vínculo matrimonial, como hogar familiar o lugar donde la familia desarrolla habitualmente su vida diaria⁶. Así lo pone de relieve la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996⁷, cuando define la vivienda familiar como «el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.), y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos. De ahí que las normas que sobre el uso de la vivienda familiar contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y su crisis se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja ya que las razones que abonan y justifican aquella valen también en este último caso»⁸.

Por su parte, en la vigente Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se entiende por vivienda habitual en el artícu-

² MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T., *Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 48.

³ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, de 5 de junio de 1992 (*RJ* 1992/5371), pone de manifiesto que «la vivienda es un concepto jurídico indeterminado en torno al que paradójicamente, se ha producido, incluso, todo un cuerpo de profusa legislación especial protectora. De ella, con claridad se desprende que es aquel espacio físico donde el ser humano puede, permanentemente, desarrollar sus actividades vitales —de ahí, «vivienda»— al resguardo de agentes externos; existiendo desde la Constitución (art. 47, «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada») hasta reglamentaciones administrativas que determinan sus condiciones mínimas exigibles, todo un sistema jurídico en torno a la vivienda. De esta forma, cualquiera que sea la indeterminación jurídica, o mejor, la falta de definición legal de vivienda, resulta indudable que es un concepto de común conocimiento que se explica por sí solo».

⁴ PLANES MORENO, M.^a D., «La vivienda familiar», en *Los procesos de familia: una visión judicial*, coordinador: Eduardo HIJAS FERNÁNDEZ, 2.^a ed., Colex, Madrid, 2009, pág. 943.

⁵ MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T., *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, pág. 1, 2 y 3 del Código Civil). Teoría y práctica jurisprudencial*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, pág. 49.

⁶ MORENO VELASCO, V., «Atribución del uso de inmuebles distintos de la vivienda habitual en procedimientos relativos a crisis matrimoniales o de parejas de hecho», en *La Ley*, núm. 7015, de 2 de febrero de 2009, pág. 1.

⁷ *RJ* 1996/9020. La sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 27 de enero de 1995 (*AC* 1995/165), la define como «la sede física en la que se desarrolla la convivencia familiar por decisión común de ambos cónyuges o por designio de la autoridad judicial».

⁸ La sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.^a, de 2 de abril de 2003 (*JUR* 2003/142698), afirma en este mismo sentido que, «la vivienda familiar se configura como un patrimonio, no al servicio de uno de los esposos (cualesquiera que sea la titularidad que ostenten), sino al servicio de la familia como colectividad que, por tanto, trasciende de los propios cónyuges».

lo 68.1.3, «aquella en la que el contribuyente resida durante un plazo continuado de tres años. No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo aquel carácter cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurren circunstancias que necesariamente exijan el cambio de la vivienda, tales como separación matrimonial, traslado laboral, obtención del primer empleo o de empleo más ventajoso u otras análogas»⁹.

Es característica de la vivienda familiar la nota de habitualidad y de que se trate de vivienda usada con carácter principal (arts. 96 y 1320 del CC). Puede ser ocupada en virtud de un título de propiedad, de un derecho real que atribuya su uso, de un derecho personal de uso, como puede ser un arrendamiento, o en virtud de la atribución de su uso a consecuencia de un procedimiento de nulidad, separación o divorcio. Asimismo, puede pertenecer en común a ambos cónyuges, o miembros de la pareja de hecho, o privativamente a uno de ellos. Si pertenece en común, dicha cotitularidad puede derivar de una comunidad ordinaria (al margen del régimen económico matrimonial), o de una comunidad conyugal.

Una de las formas de financiar la adquisición de vivienda es mediante préstamo hipotecario. Deben concurrir a su constitución en los supuestos mencionados, tanto los cónyuges como los miembros de la pareja estable por razón de su titularidad compartida (arts. 397 y 1375 y 1377 del CC). Ahora bien, no resulta imprescindible que la posición de deudor sea asumida por los dos cónyuges o por los dos miembros de la pareja; no obstante, las entidades de crédito para minimizar los riesgos de tales operaciones, suelen exigir que la posición de deudor sea asumida por los dos cónyuges (art. 1367 del CC), o miembros de la pareja, además, con carácter solidario. De forma que, si ambos cónyuges resultan deudores hipotecarios, quedarán sujetos a responsabilidad los bienes gananciales o comunes, y solidariamente los privativos de cada uno de ellos (arts. 1367, 1911 del CC, y 105 de la LH). En el caso que la vivienda habitual pertenezca a uno solo

⁹ Modificada por Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre; por Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012; por Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público; por Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y fomento de la competitividad; y por Ley 8/2012, de 30 de octubre, sobre saneamiento y venta de activos inmobiliarios del sector financiero. El Reglamento del IRPF, aprobado por Real Decreto-ley 439/2007, de 30 de marzo, en su artículo 54.1 considera vivienda habitual del contribuyente con carácter general, «la edificación que constituya su residencia durante un plazo continuado de, al menos, tres años. No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo el carácter de habitual cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurren otras circunstancias que necesariamente exijan el cambio de domicilio, tales como la celebración de matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral, obtención del primer empleo, o cambio de empleo, u otras análogas justificadas». En el apartado 2 de este mismo precepto, se destaca que, para que la vivienda constituya la residencia habitual del contribuyente debe ser habitada de manera efectiva y con carácter permanente por el propio contribuyente, en un plazo de doce meses, contados a partir de la fecha de adquisición o terminación de las obras. No obstante lo anterior, se entiende que la vivienda no pierde el carácter de habitual en los siguientes casos: a) Cuando se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurren otras circunstancias que, necesariamente impidan la ocupación de la vivienda, en los términos previstos en el apartado 1; b) Cuando este disfrute de vivienda habitual por razón de su cargo o empleo y la vivienda adquirida no sea objeto de utilización, en cuyo caso el plazo antes indicado comenzará a contarse a partir de la fecha del cese.

de los cónyuges para constituir hipoteca sobre la misma, será preciso, de acuerdo con el artículo 1320 del Código Civil, el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, autorización judicial. En este último caso, solo podrá contratar la apertura de crédito o la entrega del préstamo el cónyuge hipotecante, pues, será el único que asuma la posición de deudor. Si el cónyuge no propietario presta su asentimiento, participará en la operación como deudor, exigiendo por lo general la entidad crediticia que lo haga con carácter solidario. Asimismo, puede ocurrir que el inmueble adquirido constante matrimonio con destino a vivienda familiar ya estuviese hipotecado, siendo, en estos casos de aplicación, lo previsto en el artículo 118 de la Ley Hipotecaria.

Sobre tales bases, conviene precisar que la hipoteca regulada en el capítulo III, Título XV del Libro IV (arts. 1874 al 1880 del CC), y en la legislación especial (LH de 8 de febrero de 1946; y el RH de 14 de febrero de 1947), viene a ser en nuestro ordenamiento un derecho real y accesorio que se constituye en garantía de cualquier clase de obligación (arts. 2, 104, 105 de la LH y 1861 del CC). Según ROCA SASTRE, la hipoteca es «un derecho real que ya, de momento, sujeta lo hipotecado, cualquiera que sea su titular, al poder de exigir eventualmente la realización de su valor, así como la adopción de medidas dirigidas a salvaguardarlo, todo en seguridad o garantía de la efectividad de alguna obligación dineraria, y cuyo derecho es de carácter accesorio, indivisible, de constitución registral, y grava bienes inmuebles, ajenos, enajenables, que permanecen en posesión de su propietario o titular, y el cual implica un poderoso instrumento de crédito territorial»¹⁰. En consecuencia, la legislación española configura la hipoteca como un derecho real de garantía, de realización de valor, de carácter accesorio respecto de la obligación principal asegurada (art. 1857.1.^a del CC),

¹⁰ ROCA SASTRE, R. M.^a, *Derecho Hipotecario*, T. IV, 1.^o, 6.^a ed., Bosch, Barcelona, 2008, pág. 121. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de julio de 1997 (*RJ* 1997/5477) en su *Fundamento de Derecho Primero* define la hipoteca como «un derecho real de garantía que se constituye sobre un inmueble propiedad del hipotecante para asegurar el cumplimiento de una obligación». Asimismo, señala que «la hipoteca, pues, no es un contrato, sino un derecho real, pese al error del Código Civil de incluirla en su Libro IV, dedicado a las obligaciones y contratos. La hipoteca voluntaria, haciendo abstracción de las hipotecas legales, se constituye por negocio jurídico (art. 138 de la LH) que puede ser bilateral (contrato) o unilateral, prevista, esta última, que es el caso, del presente recurso de casación, en los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 del Reglamento Hipotecario: se constituye válidamente por la voluntad unilateral (negocio jurídico unilateral) del dueño de la finca hipotecada y para su eficacia como derecho real requiere la *conditio iuris* de la aceptación del acreedor en cuyo beneficio que, es la garantía de su derecho de crédito, se ha constituido; en cuya aceptación no ha establecido la ley plazo general alguno, sino que el dueño de la finca (sea el hipotecante o un tercero adquirente) puede dirigirle un requerimiento, tras el cual, si no se verifica y hace constar (por nota marginal) en el Registro de la Propiedad, la aceptación, en el plazo de dos meses, queda definitivamente ineficaz la hipoteca y puede cancelarse, a instancia del dueño de la finca». Finalmente dispone que «el negocio de constitución de hipoteca, sea bilateral (contrato) o unilateral (art. 141 de la LH) requiere los elementos esenciales de todo negocio jurídico: declaración de voluntad (en el unilateral) o declaraciones de voluntad (en la bilateral: coincidentes; consentimiento), objeto y causa. La causa, en el sentido objetivo que se desprende del artículo 1274 del Código Civil es la función económica y social, el fin objetivo e inmediato, que el Derecho reconoce como relevante. En el negocio jurídico de constitución de hipoteca, la causa es la creación de un derecho real con la función de garantía de una obligación; a su vez, tal derecho real de hipoteca, ya constituido, es un derecho de carácter accesorio que solo subsiste si hay obligación garantizada».

de ahí que actúe en función de garantía del cumplimiento de una obligación de pago en dinero¹¹. Estamos, en esencia, ante la constitución de un derecho real de garantía y de realización de valor que recae sobre bienes inmuebles y que asegura el cumplimiento forzoso de un crédito mediante la concesión a su titular de la facultad de proceder a tal realización por el cauce adecuado (arts. 1874 del CC, y 106 a 108 de la LH)¹². Se confiere al acreedor de manera directa un poder de realización sobre los bienes hipotecados para la satisfacción del crédito que garantizan, cualquier que sea el poseedor de los mismos (arts. 1876 del CC

¹¹ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 1989 (*RJ* 1989/4795); y de la Sección 1.^a, de 2 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010/150). Asimismo, las Resoluciones de la DGRN, de 22 de junio de 1995 (*RJ* 1995/5329); de 6 de junio de 1998 (*RJ* 1998/5226); y de 5 de noviembre de 1999 (*RJ* 1999/7780); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3.^a, de 28 de enero de 2000 (*AC* 2000/46); y de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.^a, de 25 de marzo de 2003 (*JUR* 2003/199856).

¹² Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de octubre de 1995 (*RJ* 1995/7022), precisa en su *Fundamento de Derecho* 5.^º: «(...) El pacto de hipoteca genera, partiendo del derecho de dominio, un nuevo derecho real, de menor entidad y cualitativamente distinto, que se transmite o deriva de otro sujeto, el acreedor hipotecario, y cuyo contenido es la adquisición del derecho de realización del valor de la cosa hipotecada, para el supuesto de que el obligado principal no cumpla la obligación. Sujeta directa e inmediatamente la cosa sobre la que recae al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida (art. 104 LH), y ello cualquiera que sea su poseedor. El acreedor hipotecario adquiere, pues, un derecho real que disminuye el derecho del propietario de la cosa. Cuando el deudor es dueño de la cosa, además de haber enajenado el poder de realización del valor de la cosa, responde con todos sus bienes presentes y futuros, en virtud de la responsabilidad patrimonial universal (art. 105 de la LH), salvo que al constituirse la garantía real accesoria, en que consiste la hipoteca, se haya hecho expresa limitación de la responsabilidad mediante pacto permitido por el artículo 140 de la Ley Hipotecaria. El hipotecante dueño es, pues, deudor principal y, además ha sujetado bienes concretos al pago de la deuda principal, pero de modo tal que, si al realizar el valor no se obtuviera dinero suficiente para cumplir la obligación, sería posible perseguir el cumplimiento con otros bienes de su patrimonio. Cuando el hipotecante es un tercero ajeno a la obligación principal, no se convierte en modo alguno en deudor, baste pensar que su responsabilidad se agota en el límite del dinero eventualmente obtenido al realizar la hipoteca, y si este es insuficiente no tendrá otra vía el acreedor que perseguir otros bienes del deudor, aunque no haya deudores en sus propios bienes, como se desprende del artículo 105. Lo mismo sucedería en caso de pérdida o destrucción de la cosa, sin culpa del hipotecante que determinaría la extinción de la hipoteca, sin que su patrimonio quede sujeto al cumplimiento de la obligación garantizada. En conclusión, si el hipotecante ajeno a la deuda no es deudor, no puede ser considerado garante análogo al fiador. Todo fiador contrae una obligación y es, en consecuencia, deudor, bien que sujeto (si no es solidario) a la *conditio iuris* del impago. El dueño de la cosa hipotecada carece del beneficio de orden y excusión y no contrae obligación de afianzar, sino que enajena el poder de realización de la hipoteca, que tiene el rango de derecho real ejercitable *erga omnes*». Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de noviembre de 1997 (*RJ* 1997/8430), señala que «(...) como no podía ser menos desde el momento en que la hipoteca se constituye para garantizar la satisfacción del crédito, cuya vida y vicisitudes en ella repercuten por su necesaria accesoriiedad. Esta finalidad económico-jurídica es lo que hace que la legislación hipotecaria nazca, entre otras cosas, para protegerlo y favorecer la seguridad jurídica de los préstamos, es jurídicamente su causa, y la que estructura en consecuencia toda normativa sobre la hipoteca, por lo que puede decirse que, si se cumple, el negocio de constitución de la misma tiene causa y está protegido por la Ley». Vid., asimismo, las Resoluciones de la DGRN, de 24 de julio de 1998 (*RJ* 1998/5979); y de 27 de julio de 1999 (*RJ* 1999/6083).

y 104 de la LH), y, asimismo, tiene un efecto *erga omnes*, pues, aquellos quedan sujetos al *ius distraendi* del acreedor.

Aunque la hipoteca se regule en el Código Civil en el Libro IV de los contratos, no tiene otro alcance que determinar el cauce de su constitución por negocio jurídico, bilateral o unilateral, que, en nuestro objeto de estudio será el correspondiente préstamo hipotecario. Como tal derecho real accesorio de garantía exige su constitución en escritura pública y su necesaria inscripción en el Registro de la Propiedad, tal como impone el artículo 145 de la Ley Hipotecaria¹³. Asimismo, como carga a efectos reales subsiste con el mismo rango aún en el caso de enajenación o gravamen posterior del inmueble.

El contrato de préstamo hipotecario se perfecciona, como cualquier contrato, desde que las partes consienten en obligarse y, en consecuencia, obliga al cumplimiento de lo expresamente pactado (el llamado *pacta sunt servanda* —arts. 1254, 1255, 1258 y 1278 del CC—), no pudiéndose dejar al arbitrio de una de las partes contratantes su cumplimiento (art. 1256 del CC), ni que estas se puedan desligar unilateralmente del mismo, pues lo acordado voluntaria y libremente por las partes tiene fuerza de ley entre las mismas (*lex contractus* —art. 1091 del CC—). Esto rige en todos los contratos, incluso en los de adhesión, donde se mantiene la libertad de contratar (celebrar o no el contrato), no así la libertad contractual, esto es, la posibilidad de establecer cualquiera de las partes las cláusulas que estimen pertinentes para su acuerdo o pacto posterior.

De forma que la fuerza vinculante de la *lex privata*, derivada de la voluntad de las partes y plasmada en el contrato, determina que ninguna de ellas puede desconocerla, pretendiendo la inexigibilidad de los compromisos voluntariamente asumidos, ni modificaciones posteriores de aquel en fase de ejecución, sin quebrantar el principio de inmutabilidad del contrato (*pacta sunt servanda*). No obstante, si la aplicación estricta de la ley aplicable puede provocar efectos perniciosos, y se contempla utilizar el mecanismo integrador de la equidad para mitigarlos, porque no hacer lo mismo cuando tales efectos indeseables los provoca la aplicación estricta de la *lex contractus*¹⁴. Aunque también es cierto que en nuestra doctrina y sobre todo nuestra jurisprudencia han previsto remedios de revisión judicial del contrato, tomando en consideración la posible alteración sobrevenida de las circunstancias sobre las que se sustentó la base del contrato y los efectos que pueden tener sobre los mismos, sobre todo si son de trato sucesivo de cierta duración o en aquellos en los que la prestación única exigen una ejecución diferida con la aplicación de la *cláusula rebus sic stantibus*¹⁵.

¹³ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de abril de 1996 (*RJ* 1996/2881); de la Sección 1.^a, de 17 de noviembre de 2006 (*RJ* 2006/8083); y de la Sección 1.^a, de 6 de julio de 2009 (*RJ* 2009/4453), que añade, como requisito de la hipoteca, la propiedad del hipotecante sobre el bien hipotecado. Asimismo, vid., las Resoluciones de la DGRN de 28 de julio de 1998 (*RJ* 1998/5984); de 28 de abril de 1999 (*RJ* 1999/2223), que impone la determinación de la obligación garantizada; y de 14 de septiembre de 2002 (*RJ* 2002/10031); y el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, de 31 de julio de 1993 (AC 1003/1394).

¹⁴ En esta línea, VIVAS TESÓN, I., «La excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación: necesidad de una regulación», en *Ejecución Hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*, coordinador: ANTONIO SALAS CARCELLER, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2010, pág. 128.

¹⁵ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.^a, de 23 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001/52108) que en su *Fundamento Jurídico 2.^º* señala que: «Como regla general, y por exigencias de la seguridad jurídica, ese principio de inalterabilidad del

Ahora bien, la garantía real del bien hipotecado que representa la hipoteca, no excluye la responsabilidad personal ilimitada del deudor (arts. 1911 del CC y 105 de la LH), salvo que, como se desprende del artículo 140 de la Ley Hipotecaria, expresamente se pacte en la escritura de constitución que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En la práctica bancaria española lo habitual es incluir en las escrituras de constitución de hipoteca que dicha garantía real se constituye sin perjuicio de la responsabilidad de los bienes hipotecados y que, a falta de este pacto, se aplicará siempre la regla de los citados artículos 105 de la Ley Hipotecaria y 1911 del Código Civil, es decir, la vigencia de la responsabilidad patrimonial universal del deudor¹⁶. Efectivamente, como

contrato opera aun cuando la vida, en su continuo fluir, traiga consigo una alteración de las circunstancias, ajena a la actuación y a la voluntad de las partes. Mas a veces y sobre todo en momentos de crisis económicas, o cuando se trata de contratos de ejecución sucesiva y larga duración, ese cambio de circunstancias puede hacer excesivamente onerosa para una de las partes la ejecución de lo convenido o puede convertir el contrato en objetivamente injusto. En tales supuestos, el Derecho puede reaccionar frente a esos eventos con tres tipos de soluciones: a) Las de naturaleza contractual, en las cuales las propias partes prevén la posible alternación de las circunstancias y toman medidas cautelares contra ella; b) La de tipo legal que, es el propio Estado el que en un determinado momento dicta leyes de aplicación general para atender a las circunstancias especiales; c) Las de tipo judicial, por las que se confía a los tribunales la facultad de fallar contra la fuerza vinculante de las convenciones, previo al ejercicio de la correspondiente acción por una de las partes».

¹⁶ En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 25 de septiembre de 2008 (*RJ* 2008/5570), en cuyo *Fundamento de Derecho* 3.^º señala que: «(...) Tampoco puede afirmarse que actúa el acreedor con manifiesto abuso de derecho si exige al deudor el importe que resta del crédito por el que se ejecutó, cuando en el proceso de ejecución no ha conseguido la cantidad suficiente para la satisfacción total de aquél. Ello solo puede suceder si se ha pactado al amparo del artículo 140 de la LH la hipoteca de responsabilidad limitada, que es una excepción a lo que dispone el artículo 105 de la misma Ley, «no altera la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil», o sea, que se pueden perseguir otros bienes distintos de los hipotecados hasta la entera satisfacción del crédito.

Así las cosas, no puede tacharse de conducta abusiva la del acreedor que usa en defensa de sus derechos, las facultades que le concede la ley, concretada en la reclamación de la diferencia entre el total de su crédito por el que ejecutó y el importe por el que se adjudicó en el procedimiento del artículo 131 de la LH los bienes agraviados. Dice al efecto la sentencia de esta Sala, de 24 de mayo de 2007 (*RJ* 2007/3438), que es gratuito, arbitrario y fuera de lugar calificar de abuso de derecho una actuación del Banco ejecutante ajustada a los trámites legales, citando en su apoyo las sentencias de 8 de mayo de 1996 (*RJ* 1996/3782), y 16 de febrero de 2006 (*RJ* 2006/720). La de 2 de julio de 2007 (*RJ* 2007/3788) permite, en base al artículo 105 de la Ley Hipotecaria, que la ejecutante perciba lo que restaba hasta cubrir el importe de la deuda, y la de 16 de febrero de 2006 (*RJ* 2006/720) declara: «en efecto, resultaba incompatible con la apreciación de abuso del derecho la constancia de que el derecho del adjudicatario ha sido ejercitado por quien, pese a ser acreedor, está legitimado expresamente para ello, y lo ha hecho con sujeción a los requisitos exigidos, de tal suerte que el provecho que pueda haber obtenido, como ha quedado reseñado al examinar el anterior motivo de casación, resulta de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico con el fin de facilitar la realización de las garantías hipotecarias, ante la falta de uso por el deudor de sus facultades para elevar el precio del remate, y por consiguiente, no puede estimarse que el acreedor sobrepase los límites normales del ejercicio del derecho, desde el punto de vista de su función económico-social, por el hecho de que no renuncie a resarcirse del total de su crédito, y al propio tiempo, trate de obtener del bien adjudicado ventajas económicas admisibles en el tráfico negocial».

garantía que se superpone al crédito, sin alterarlo, el acreedor puede cobrarse no solo con el producto del bien hipotecado, sino con cualesquiera otros bienes del deudor (o de terceros que han actuado como fiadores)¹⁷.

Por otra parte, conviene recordar que la hipoteca es mucho más que un derecho real de garantía con repercusión procesal y civil, ya que representa también un activo económico, pues, los bancos al amparo de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, están habilitados para refinanciar los créditos hipotecarios accediendo directamente al mercado de valores, mediante la emisión de cédulas hipotecarias o bonos de titulación hipotecaria. Por lo que cualquier medida que se tome en relación con la hipoteca en su conjunto, ha de tener presente la existencia de titulares de tales cédulas o bonos.

En este contexto, es habitual que la adquisición de la vivienda familiar tenga lugar mediante un préstamo hipotecario que se amortiza en varios años —treinta o más años—, en un número determinado de cuotas crecientes, y asumido por ambos cónyuges con carácter solidario, si ambos optan por tal compra, aunque también es posible que la propiedad del inmueble sea privativa de uno de los cónyuges, al adquirirla antes del matrimonio y se aporta al matrimonio como vivienda familiar, cuando contrae aquel. Por tanto, constante matrimonio las diferentes cuotas de amortización del préstamo se satisfacen en la forma como ambos cónyuges hayan convenido, normalmente de forma conjunta, por partes iguales, o proporcional a sus recursos económicos, sin ser posible plantear ninguna exigencia de reembolso por la asunción de mayor cantidad por parte de uno de los cónyuges. Ahora bien, los conflictos surgen cuando se produce la ruptura matrimonial, consecuencia de un proceso de divorcio, separación o nulidad, pues, el cese de la convivencia, además de determinar una disminución de ingresos —que puede agravarse por la situación de crisis económica actual—, exige la adopción de una serie de medidas en convenio regulador o adoptadas por el juez, entre las que necesariamente se encuentra la relativa al pago del préstamo hipotecario, pues, se ha de seguir cumpliendo periódicamente con las cuotas de amortización del mismo en la forma y cuantía pactadas, si se quiere evitar una posible ejecución hipotecaria por impago y la consiguiente pérdida de la vivienda, lo que por desgracia es una realidad creciente en los tiempos actuales. Ante tal situación se han adoptado dos líneas de actuación en la llamada «jurisprudencia menor»: una que considera que los pagos de dicho crédito constituyen cargas del matrimonio, lo que conlleva la posibilidad de establecer un pago en proporción a lo que a cada cónyuge le corresponda en la satisfacción de las mismas, o hayan convenido; y otra, la que, por el contrario, considera que el pago del crédito no es una carga del matrimonio, y, en consecuencia, ha de atenderse al título contractual asumido para la adquisición del bien inmueble.

Por último, por lo que respecta al artículo 10 bis de la Ley de Consumidores y Usuarios, es abusiva la cláusula por la que en la escritura pública de constitución de hipoteca se pactase también la responsabilidad ilimitada de los deudores. Ello es estipulación que se limita a aplicar el artículo 1911 y artículo 105 de la LH que lo permiten».

¹⁷ El ejercicio de la acción real derivada del crédito y de la acción personal derivada de la hipoteca. Vid., las Resoluciones de la DGRN (Propiedad) de 3 de febrero de 1992 (*RJ* 1992/1522); y de 10 de diciembre de 1997 (*RJ* 1997/8821); las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 1.^a, de 21 de enero de 2002 (AC 2002/19); y de 1 de octubre de 2003 (*JUR* 2003/264351); y el Auto de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 1.^a, de 21 de mayo de 2007 (*JUR* 2008/209757).

En esta última línea opera en sede de gananciales, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 28 de marzo de 2011¹⁸, cuando señala en su *Fundamento de Derecho segundo* 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 tanto, incluida en el artículo 1362.2 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, y debe, en consecuencia, excluirse de las reclamaciones formuladas por el reclamante. Por tanto, 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 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 por mitad.*». De forma que, para el Tribunal Supremo: 1) 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 no constituye carga del matrimonio. 2) Dicho pago constituye deuda de la sociedad de gananciales. 3) Corresponde pagarla a ambos cónyuges por mitad, al ser ambos copropietarios por mitad, aunque se haya producido la crisis matrimonial.

Esta misma respuesta negativa a la consideración como carga del matrimonio de la obligación del pago del préstamo hipotecario destinado a la adquisición de la vivienda familiar, y, por ende, su consideración como deuda de la sociedad de gananciales, ligada a la adquisición de la propiedad del bien, ya fue adoptada con anterioridad por esta misma Sala y magistrada ponente Excmo. Señora Encarna Roca, en la sentencia de 5 de noviembre de 2008¹⁹.

Los hechos probados en los que se basa la citada sentencia de 28 de marzo de 2011 son los siguientes: Don Antón y doña Andrea contrajeron matrimonio en 1991. Tuvieron dos hijos que en el momento de presentación de la demanda de divorcio eran menores de edad. Don Antón interpuso demanda de divorcio. En lo que afecta al recurso de casación, pidió la extinción de la sociedad legal de gananciales, disponiendo que los bienes se distribuyeran por partes iguales entre los cónyuges, «asumiendo igualmente de la misma forma, por mitad, las cargas que gravitan sobre el matrimonio». La sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 4 de Lliria, Valencia, de 23 de febrero de 2007, estimó la demanda de divorcio y en relación con el objeto de este recurso de casación declaró: «Con relación al pago de la cuota del préstamo hipotecario, y habida cuenta de las diferentes interpretaciones a que ha dado lugar el auto de medidas provisionales, debe concretarse que en ningún caso podrá satisfacerse a través de la pensión establecida a favor de los hijos, de modo que, teniendo en cuenta los ingresos de cada uno de los progenitores se satisfará el 80 por 100 del

¹⁸ RJ 2011/939; LA LEY 9109/2011.

¹⁹ LA LEY 169518/2008.

mismo por el señor Antón y el 20 por 100 por la señora Andrea de cada una de las cuotas mensuales». Ambos cónyuges apelaron, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 24 de septiembre de 2007, estimó en parte el recurso de apelación de doña Andrea y desestimó el de don Antón. Respecto al préstamo hipotecario, se afirmó que se discutía la cuantía de la prestación por alimentos, señalando que debía tenerse en cuenta «las posibilidades económicas del progenitor, máxime cuando, además, se ha impuesto al progenitor mayor contribución al pago del préstamo hipotecario al afectar el mismo a la vivienda y considerarse como aportación dentro de la pensión alimenticia, por lo que se mantienen ambas medidas, tanto la suma señalada como pensión alimenticia, como la aportación al pago del préstamo hipotecario». Don Antón presenta recurso de casación en base a lo establecido en el artículo 477.2.3 de la LEC, admitido por auto de esta Sala, de 12 de mayo de 2009, por presentar interés casacional. La parte recurrida no ha formulado oposición al recurso. Si bien, figura el escrito de impugnación del Ministerio Fiscal, en el que se pide la desestimación del recurso.

En motivo único 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, Sección 12.^a, de 3 de marzo de 2006, de 2 de enero de 2003, de 7 de enero de 2000, de 18 de octubre de 1999, de 13 de octubre de 1998, y de 8 de febrero de 1999, y las de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 27 de junio de 2005, de 9 de julio de 2003, y 6 de julio de 2005.* 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, Sección 22.^a, de 21 de febrero de 2005, de 29 de junio de 2004, y 29 de mayo de 2001, 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 tienen 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 motivo se estima.

Con posterioridad, optando por esta misma solución, si bien en sede de régimen de separación de bienes, se han pronunciado dos sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 26 de noviembre de 2012, recurso 1525/201120 y recurso 1852/201121, del mismo magistrado ponente Excmo. Señor don José Antonio SEIJAS QUINTANA. Así disponen que, «aun sin decirlo expresamente, 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

²⁰ LA LEY 185310/2012. Fundamento de Derecho Primero y Segundo.

²¹ LA LEY 181080/2012. Fundamento de Derecho Tercero.

pone a cargo del padre sin otra motivación que la siguiente: "sin perjuicio de la repercusión que debe tener 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 de 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, 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 propietario». Y añade: «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.^a 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». De forma que, se estima el único motivo del recurso de casación, y en lo relativo al pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar, se entiende que deberá ser pagada por mitad entre los cónyuges propietarios.

Los hechos sobre los que se sustenta la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 26 de noviembre de 2012 (recurso 1525/2011) son: Don Álvaro interpone demanda de juicio de divorcio contra doña Gloria, solicitando con relación a la hipoteca que grava el domicilio familiar sea pagada al 50 por 100 por cada una de las partes, al ser el citado inmueble un proindiviso. Por su parte, doña Gloria, interpone igualmente demanda de juicio de divorcio contra don Álvaro, en la que suplica al Juzgado se dicte sentencia por la que se tenga por interpuesta la demanda de divorcio estimando la misma, acordando la aprobación del convenio propuesto anteriormente, con la consiguiente modificación de las medidas provisionales adoptadas por auto de 28 de mayo de 2009, sin expresa pronunciación sobre la *litis expensa*. Por auto de fecha de 28 de julio de 2009, se acumulan ambos procedimientos. El Juzgado de Primera Instancia, número 25, de Madrid, dicta sentencia de fecha 7 de mayo de 2010, en la que respecto a la hipoteca que grava la vivienda familiar, se señala que correrá a cargo del padre, don Álvaro. Se interpone recurso de apelación por la representación procesal de don Álvaro, y la Sección 24 de la Audiencia Provincial de Madrid, dicta sentencia con fecha de 27 de abril de 2011 en la que desestima el recurso de apelación interpuesto por don Álvaro. Contra la expresa sentencia se interpuso recurso de casación alegando como motivo único la infracción de los artículos 90, 91, 1437, 1438 y 393 del Código Civil, pues, ambos litigantes se encontraban casados en régimen de separación de bienes y son titulares conjuntos del bien inmueble gravado con crédito hipotecario, al

que deben hacer frente ambos titulares por mitad. Cita para ello las sentencias de esta Sala, de 28 de marzo de 2011 y de 5 de noviembre de 2008, según las cuales 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 afecta al aspecto patrimonial de las relaciones entre cónyuges, y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los artículos 90 y 91 del Código Civil, 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.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha de 10 de enero de 2012, se acordó admitir el recurso interpuesto, y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días. Admitido el recurso, y evacuado el traslado conferido, doña Gloria presenta escrito de impugnación al mismo. Admitido el recurso y evacuado el traslado al Ministerio Fiscal, este presenta escrito interesando la estimación del recurso interpuesto con las consecuencias jurídicas que de ello se deriven. Se estima el único motivo de casación en los términos expuesto en líneas precedentes.

Respecto a los hechos relativos a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 26 de noviembre de 2012 (recurso 1852/2011): Don Avelino interpuso demanda de juicio de divorcio contra doña Raquel, entre cuyas medidas solicita que los cónyuges sufraguen por mitad todos aquellos gastos y cargas que pesan sobre los bienes del matrimonio, y en especial, abonarán al 50 por 100 las viviendas de Alcorcón, y préstamos para muebles, mientras mantengan la continuidad al 50 por 100 como bienes privativos. Doña Raquel contestó a la demanda y se opuso a la misma. El Juzgado de Primera Instancia, número 6, de Móstoles, dictó sentencia con fecha de 25 de febrero de 2010, por la que se estima la demanda formulada por don Avelino, y señala que el actor puede hacer uso de la otra vivienda perteneciente a ambos litigantes sita en Alcorcón, si bien, ha de pagar los gastos de hipotecas que graven las fincas prematrimoniales hasta que la demandada obtenga empleo remunerado. Se interpone recurso de apelación por don Avelino, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 12 de mayo de 2011, desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de instancia. Contra dicha resolución se interpone recurso extraordinario por infracción procesal con apoyo en los siguientes motivos: 1. Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia artículo 469.1.2.^º de la LEC. Entiende que se ha producido la vulneración de los artículos 208.2, 209, 216 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y 120.3 de la Constitución Española. 2. Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determine la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión (art. 469.1.3.^º de la LEC); y 3. Vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución (art. 469.1.4.^º de la LEC). Igualmente, se interpuso recurso de casación, alegando como motivo único, la infracción de los artículos 95, 392, 393, 1325, 1435, 1437, 1438, 1440 y 1441 del Código Civil, al condensarse en ambas instancias a pagar la hipoteca de las fincas pertenecientes al matrimonio hasta que la demandada obtenga empleo remunerado, dándose la circunstancia de que el matrimonio, en régimen de separación de bienes, tiene dos hipotecas que gravan dos fincas pertenecientes conjuntamente a cada uno de los cónyuges, y ello por considerar que la hipoteca constituye una carga del

matrimonio. El motivo único del recurso de casación se estima en los términos expuestos en líneas precedentes.

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en determinar si el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la vivienda familiar es una carga del matrimonio constante este o en situación de crisis matrimonial, o en la línea de la jurisprudencia citada, se trata de una deuda de la sociedad de gananciales a satisfacer por mitad por ambos cónyuges, o tratándose de un régimen de separación de bienes, se ha de entender, igualmente que, no es carga del matrimonio, sino que se ha de aplicar el régimen de copropiedad ordinaria como título de adquisición del bien o, considerado bien privativo, si el título tiene precisamente tal carácter. Para ello, habremos de determinar en primer lugar que se entiende por carga de matrimonio constante este, tanto para el régimen matrimonial de gananciales como de separación de bienes. Para con posterioridad considerar, si cuando tiene lugar la situación de crisis matrimonial, es posible hablar ya de cargas familiares, o tal concepto queda sustituido por la adopción de una serie de medidas en convenio regulador o judicialmente; para concluir, cuál de las dos soluciones nos parece más adecuada, y, en consecuencia, fijar a quién corresponde y sobre qué patrimonio recae el pago; y, asimismo, su posible relación con otras medidas que se adopten tras un proceso de separación, nulidad o divorcio, tales como la pensión de alimentos, pensión compensatoria, y uso de la vivienda familiar; y, finalmente, trataremos su incidencia en la liquidación de la sociedad de gananciales. Aludiremos en nuestro análisis a las diferentes posturas doctrinales y jurisprudenciales, esencialmente, adoptadas en las Audiencias Provinciales que han tenido lugar en relación con la materia, y, también, haremos referencia a la solución adoptada en otros ordenamientos autonómicos. Precisamente, la sentencia de 28 de marzo de 2011 alude al artículo 231-5 del Código Civil catalán que, modifica el artículo 4 del antiguo Código de familia; y, al artículo 233-23 del mismo cuerpo legal.

No obstante, antes de comenzar nuestro estudio, conviene poner de manifiesto que las soluciones que se dan en las sentencias citadas como en otras a las que haremos puntual referencia, operan únicamente en la relación *inter partes*, esto es, en el ámbito conyugal; de forma que, para nada afectan a terceros, concretamente al prestamista y acreedor hipotecario. Sin embargo, no piensa así en la sentencia de 28 de marzo de 2011, el recurrente en casación, pues, entiende que la imputación desigual del pago del crédito hipotecario (80 por 100 a él y 20 por 100 a su exmujer) impuesta por los Tribunales de Instancia, supone una infracción del artículo 1205 del Código Civil, es decir, considera que ello conlleva una novación en las condiciones del contrato de crédito. Como bien sabemos se estima el motivo de casación. En esta línea, se orienta COSTAS RODAL, para quien no se puede admitir, vía fijación de la contribución a las cargas del matrimonio, una alteración semejante de las normas de adquisición de bienes aplicables al caso, amén de lo pactado en el contrato de préstamo suscrito por ambos cónyuges²².

Tal forma de proceder nos parece discutible, pues, como hemos constatado, el acreedor hipotecario es claramente un tercero respecto de la relación existen-

²² COSTA 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 *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2011-3 de junio, pág. 40.

te entre los cónyuges, y en modo alguno puede resultar afectado por cualquier acuerdo entre ambos o por una decisión judicial sobre cómo tienen que ser satisfechos los pagos del crédito. En consecuencia, aunque se altere la relación interna entre los codeudores, el acreedor sigue conservando intactas todas las garantías que se establecieron para el cumplimiento de la obligación, sin que pueda ser obligado a aceptar un pago del crédito en términos distintos de los pactados²³. En el caso resuelto por la citada sentencia, ambos cónyuges se obligaron solidariamente, con lo que sin duda cuenta el acreedor con el patrimonio ganancial (art. 1367 del CC); y por aplicación del artículo 1911 del Código Civil, también con el patrimonio privativo de los cónyuges. Por tanto, el acreedor solo puede verse afectado por las vicisitudes de la relación conyugal y por lo que se pacte, siempre que consienta tal novación del crédito.

En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1.^a, de 16 de abril de 2010²⁴, en su *Fundamento de Derecho 2.^º*, después de señalar que «*las cargas matrimoniales existen en función del matrimonio, y de ahí que, con independencia del régimen por el que se rija la sociedad conyugal, la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio es clara, por cuanto constituye los gastos ordinarios de una familia. Siendo cierto esto, también lo es, y esta es la segunda consideración que ha de tener en cuenta, que el pago de los plazos de hipoteca para la adquisición de bienes inmuebles, aunque supongan su utilización como domicilio familiar, en principio, no puede comprenderse dentro del concepto de cargas del matrimonio, ya que una cosa son las cargas del matrimonio, entendidas como el conjunto de gastos de interés común origina la vida familiar, y otra cosa son las adquisiciones de bienes*», añade que «*no puede, sin embargo, obviarse las circunstancias económicas de los contrayentes —en general y en este caso concreto— y el peso en la economía familiar que supone de ordinario el pago de un préstamo hipotecario, sobretodo en momentos de crisis familiar y hasta la liquidación de la sociedad de gananciales y la necesidad de adoptar medidas en tal sentido para evitar que se liquide este activo. Por ello, la obligación asignada al recurrente a satisfacer las cuotas del préstamo hipotecario que grava el inmueble que fuera domicilio conyugal, en concepto de cargas del matrimonio, debe de ser en este caso mantenida, ya que se ajusta a las necesidades de la familia y a las circunstancias económicas de uno y otro cónyuge, y en este caso a la asignación del uso de la vivienda que así se hace a favor del recurrente; teniendo en cuenta que tal decisión solo puede tener efecto entre las partes, y es de carácter provvisorio y limitado hasta el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, y que la entidad bancaria no pierde en ningún caso su derecho de dirigirse contra uno u otro de los que aparecen como deudores en el préstamo suscrito*». Sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 13 de octubre de 1998²⁵, se utiliza la posible afectación del acreedor por las vicisitudes de la relación conyugal y la posible novación del crédito, para negar el carácter de carga del matrimonio al pago del préstamo hipotecario. Así en su *Fundamento de Derecho 2.^º* se pone de manifiesto que, «dado que en el concepto de “cargas del matrimonio” no se incluye el préstamo de naturaleza hipotecaria constituido

²³ En esta línea, FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, ÁLVAREZ-OSSORIO, M.^a del C., «Pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar: su consideración o no como carga del matrimonio. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2011 (RJ 2011/939)», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 27, año 2011-2, págs. 312-313.

²⁴ JUR 2010/233413.

²⁵ AC 1998/8968.

sobre la vivienda familiar, pues, excede por su origen y personas implicadas y naturaleza real del derecho de garantía de las relaciones propias de la familia, y del Derecho Patrimonial familiar, como tiene dicho esta Sala, enmarcándose dentro de relaciones más complejas, propias del Derecho Civil o del Derecho Hipotecario, sobre las cuales el juzgador de los procesos matrimoniales carece de competencia, dado que la regulación de las denominadas cargas del matrimonio, tiene por finalidad la adecuada contribución a los gastos, que origine la subsistencia de la familia, incluidas las litis expensas [art. 90 C), 91, 93 y 103.3.^º del CC], pero no aquellos gastos en los que aparece como acreedor un prestamista (Banco, Caja, o entidad de ahorro), frente al cual se obligan ambos cónyuges en la forma y con el contenido de la escritura de constitución del préstamo hipotecario, y sin que los prestatarios puedan por sí mismos ni unilateralmente variar el contenido del contrato (art. 1256 CC); para ello sería preciso se dieran alguno de los requisitos del artículo 1203 del Código Civil, y señaladamente los previstos en el artículo 1205 del Código Civil, es decir, el consentimiento del acreedor hipotecario; figura de «asunción de deuda», por sucesión particular en el débito que puede hacerse por convenio entre los deudores (delegación), ya por convenio de acreedores y nuevo deudor (expromisión), pero requiriendo el consentimiento expreso del acreedor o acreedores, que ha de contar de modo cierto e indudable sin que pueda presumirse [sentencias de 16 de junio de 1908, de 24 de marzo de 1956 (*RJ* 1956/1532), y 10 de enero de 1983 (*RJ* 1983/161), siendo tajantes las sentencias de 29 de marzo, 3 de mayo y 23 de junio de 1989 (*RJ* 1989/2281) (*RJ* 1989/3581)], cuando declaran que la asunción de deuda exige consentimiento del acreedor, siempre y muy ilustrativas las de 11 de mayo de 1992 (*RJ* 1992/3897), de 22 de mayo de 1992 (*RJ* 1992/4279), y 14 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995/9102), que resaltan la esencia de la *expromisio* en el acuerdo entre nuevo deudor y el acreedor, por el que aquél se obliga frente a este por el *ibem debitum* del (o de los) primitivos deudores, cuya exoneración consiente el acreedor con intención *animus novandi* plenamente liberatoria, no cumulativa del mismo; requisitos que obviamente no concurren en el presente caso, y lleva a dejar sin efecto el pronunciamiento combatido, debiendo estarse a lo acordado en la escritura del préstamo hipotecario».

II. EL DEBER DE CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS FAMILIARES CONSTANTE EL MATRIMONIO

Con la reforma operada por la Ley de 13 de mayo de 1981 se introduce por primera vez en la sistemática del Código Civil, un capítulo especialmente dedicado al régimen económico-matrimonial primario en el Libro IV, Título III, Capítulo III (arts. 1315 a 1324). Dentro del conjunto de normas que lo conforman, aparece consagrado el deber de contribución de ambos cónyuges al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1318.1) con carácter meramente enunciativo, sin concretar los gastos que se consideran incluidos en tal concepto, los sujetos que pueden generar dichas cargas, y, sin establecer en qué cuantía o proporción cada cónyuge está obligado a contribuir a los gastos considerados cargas del matrimonio, remitiéndose para ello a las normas de cada uno de los regímenes legales admitidos que, regulan igualmente esta cuestión: el artículo 1362 dentro del régimen de gananciales, y para los regímenes de separación de bienes y participación, el artículo 1438 del Código Civil —en este caso en virtud de la remisión del art. 1413 del CC—, pues, se trata de una cuestión de equilibrio entre

las distintas masas de los bienes de la sociedad conyugal²⁶. Y, en relación con las situaciones de crisis matrimonial, a los artículos 90 D, 91 y 103. Asimismo, en la concreción de tal deber se ha considerado como punto de partida necesario los deberes conyugales de socorro y ayuda mutua contenidos en los artículos 67 y 68 del Código Civil²⁷.

En todo caso, el artículo 1318.1 se caracteriza por ser una norma de carácter general, en tanto se aplica a todo régimen económico-matrimonial y sin trascendencia en otras relaciones jurídicas aisladas que, pueden presentarse entre los cónyuges, como la prestación de alimentos, aunque en ocasiones sea difícil fijar el límite²⁸. Igualmente, es una norma de carácter imperativo en un doble sentido: por ser una norma que inspira el orden público sistemático, y porque su aplicación es de obligado e inexcusable cumplimiento en todos los regímenes económicos matrimoniales²⁹; no siendo posible un pacto global que tenga por finalidad excluir por completo el contenido de la norma a uno de los cónyuges, aunque sí un pacto o convenio en el que se concrete la cuantía de contribución de cada uno de los cónyuges que, dependerá del régimen matrimonial y de las concretas circunstancias familiares, asimismo la forma de contribución a las cargas, esto es, las medidas y las condiciones de aportación de cada uno, la distribución interna de responsabilidades entre las distintas masas patrimoniales³⁰ que podrá constar en capitulaciones matrimoniales, o en otra forma no necesariamente

²⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, volumen coordinado por Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 3.^a ed., Colex, Madrid, 2011, pág. 202.

²⁷ DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. XVIII, vol. 1.^º, Edersa, Madrid, 1982, págs. 101-102; MIRALLES GONZÁLEZ, I., «El deber de contribución a las cargas del matrimonio (constante matrimonio)», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, págs. 9-10.

²⁸ DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 103, quien observa al respecto que «situación distinta es la que se plantea en la separación de hecho, al menos por lo que se refiere a la sociedad legal de gananciales, en vista de lo dispuesto por el artículo 1368 del Código Civil, pero no es aplicable por analogía la solución que ofrece el artículo citado fuera de los regímenes de comunidad por faltar un acervo común. Criterios distintos se establecen también por el Código, para regular la contribución a las cargas en los casos de separación, nulidad y divorcio y que cuenta también con normas de efectividad especiales por medio de la intervención judicial».

²⁹ PASTOR ÁLVAREZ, M.^a del C., *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 1998, págs. 95-96.

³⁰ PASTOR ÁLVAREZ, M.^a del C., «El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio», *op. cit.*, págs. 103-104; PÉREZ SANZ, A., «Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXVI. 1985, pág. 24. Aunque para cierto sector doctrinal es posible un convenio de exoneración del deber de contribución a las cargas por alguno de los cónyuges, siempre y cuando exista una causa que lo justifique, esto es, responda a una distribución de responsabilidades respecto del grupo familiar y conforme a las circunstancias concretas del mismo. En cambio, no se considera válido un pacto mediante el cual se pretenda eludir cargas de cumplimiento imperativo dentro de la familia, o, implique una derogación del principio de contribución a las cargas por ambos cónyuges. Vid., DELGADO ECHEVARRÍA, J., *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Tecnos, Madrid, 1974, pág. 267; REBOLLEDO VARELA, A. L., *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil)*, Montecorvo, Madrid, 1983, págs. 416-417.

capitular³¹; y por último, representa un deber de inexcusable cumplimiento que, la ley impone expresamente a los cónyuges³².

Su fundamento lo encontramos en la necesaria colaboración entre los cónyuges consecuencia del matrimonio como algo sustancial al mismo, y en la convivencia familiar³³.

Ahora bien, el artículo 1318 no ofrece un concepto de cargas del matrimonio. Mayoritariamente la doctrina ha estimado que coincide básicamente con lo establecido en el artículo 1362.1 del Código Civil en sede de gananciales, y más concretamente, referido a los gastos que son de cargo de la sociedad de gananciales que, a su vez se integra con la definición amplia de alimentos del artículo 142 del Código Civil. MORENO Mozo las conceptúa como «aquellas necesidades materiales (en el citado sentido de que su satisfacción es susceptible de valoración económica) del grupo familiar, formado por los cónyuges e hijos convivientes —comunes o unilaterales—, sobre las que el citado grupo tiene el deber legal de satisfacerlas o levantarlas, en cuanto que, además de sujetos perceptores, son siempre y al mismo tiempo sujetos contribuyentes»³⁴. De forma que, frente a quien identifica cargas del matrimonio con el contenido de la potestad doméstica (art. 1319 del CC) del artículo 1362.1 se deduce que son cargas del matrimonio los gastos derivados del sostenimiento ordinario de la familia, esto es, alimentación, alojamiento, vestido, asistencia médica, educación, así como las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia. El nivel económico de la familia es un referente a la hora de determinar la cuantía a la que pueden ascender esos gastos para poder ser considerados carga del matrimonio. Los gastos extraordinarios pueden ser también considerados carga, si son inevitables, incluso aunque superen el nivel de vida de la familia y sus recursos³⁵. Asimismo,

³¹ LACRUZ BERDEJO, J. L., «Capítulos matrimoniales y estipulación capitular», en *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección 3.^a, vol. II, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1965, págs. 119-120; GARRIDO DE PALMA, V. M., «El matrimonio y su régimen económico», en *El nuevo Derecho de Familia español*, Reus, Madrid, 1982, pág. 426.

³² ÁLVAREZ OLALLA, M.^a P., *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 88.

³³ GARCÍA GARCÍA, M. A., «El deber de actuar en interés de la familia», en *Revista de Derecho Privado*, 1984, págs. 243-244; QUINONERO CERVANTES, «Notas sobre el deber de contribución a las cargas de la familia», en *Libro Homenaje a Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, pág. 693; GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre el régimen matrimonial primario», en *Documentación Jurídica*, 1982-1, números 33-36, pág. 304.

³⁴ MORENO MOZO, F., *Cargas del matrimonio y alimentos*, Comares, Granada, 2008, págs. 39-40. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.^a, de 23 de octubre de 1998 (AC 1998/8095), considera cargas familiares «el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar y están regulados en nuestro Código Civil, con referencia a las responsabilidades de los patrimonios conyugales (arts. 1318, 1362 y 1438 del CC), y expresamente como un deber de los cónyuges en algunas legislaciones extranjeras». Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1.^a, de 23 de noviembre de 2005 (JUR 2006/9151), señala que pueden considerarse las cargas del matrimonio como «el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar, reguladas en nuestro Código Civil con referencia a las responsabilidades de los patrimonios conyugales (arts. 1318, 1362, y 1438 del CC), gastos que se produzcan durante el matrimonio en beneficio de la sociedad conyugal, a los que el artículo 1318 del Código Civil afecta a los bienes de las mismas, al expresar que los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio».

³⁵ HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DÍEZ-

pueden ser considerados carga del matrimonio, aquellos otros gastos destinados al consumo de la familia que son considerados como necesarios por acuerdo de los cónyuges³⁶. Se supera con ello el concepto de alimentos del artículo 142 del Código Civil. Desde tal perspectiva, para MONFORT FERRERO, cargas del matrimonio o sostenimiento de la familia comprenderá «todo lo que, razonablemente, pueda contribuir al desarrollo y expansión en los diferentes campos ligados a la actividad cultural, intelectual o deportiva que desarrolle cualquiera de estos sujetos, incluidos los desembolsos provenientes del simple recreo o esparcimiento, así como los que deriven del mantenimiento de las conductas sociales que vengan impuestas por la posición económica de la familia o del ejercicio de acciones altruistas que la familia considera legítimas»³⁷.

El artículo 1362.1 del Código Civil habla genéricamente de sostenimiento «de la familia», de forma que, pueden causar gasto, por ende, cargas del matrimonio los componentes de la familia en sentido estricto, es decir, los cónyuges, los hijos comunes y los no comunes que convivan en el domicilio familiar³⁸. En consecuencia, no son carga del matrimonio los gastos de los hijos mayores de edad que no conviven en el hogar familiar. En todo caso, obligados al levantamiento de las cargas están no solo los cónyuges con la totalidad de sus bienes, sino también los hijos que convivan en el domicilio conyugal en la parte que les corresponda, según los artículos 155.2 y 165.2 del Código Civil³⁹.

Como hemos señalado, el artículo 1318.1 se limita a imponer el deber de los cónyuges de contribuir a las cargas del matrimonio, sin concretar la medida en la que cada cónyuge está obligado a contribuir, pues, ello dependerá del régimen matrimonial elegido. En el régimen de separación de bienes, el artículo 1438 del Código Civil remite a los pactos entre los cónyuges, y a falta del mismo, al criterio de proporcionalidad. Los pactos, en todo caso, quedan sometidos a los límites del artículo 1328, sin que sea lícita la exclusión de determinados bienes del sometimiento al levantamiento de las cargas, al no respetar la igualdad o reciprocidad de derechos que corresponde a cada cónyuge⁴⁰. En el régimen de gananciales, los bienes comunes se han de responder, en primer lugar, al levantamiento de las cargas, y a falta de bienes comunes es aplicable la regla del artículo 1438⁴¹.

PICAZO Y PONCE DE LEÓN, y Pablo SALVADOR CODERCH, T. II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 581.

³⁶ COSTAS RODAL, L., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.^a ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 1563.

³⁷ MONFORT FERRERO, M.^a J., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», en *Código Civil comentado*, directores: Ana CAÑIZARES LASO, Pedro DE PABLO CONTRERAS, Javier ORDUÑA MORENO, y Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, vol. III, Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2011, pág. 829.

³⁸ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, T. I, *Derecho de Familia*, undécima edición, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 137; HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 581.

³⁹ COSTAS RODAL, L., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1563.

⁴⁰ HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 579.

⁴¹ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 137; DÍEZ-PICAZO, L., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», en *Comentario a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1501; HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 580; PASTOR ÁLVAREZ, M.^a del C., «El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio», *op. cit.*, págs. 111-112.

Ahora bien, cuando uno de los cónyuges incumple su deber de contribuir al levantamiento de las cargas, el artículo 1318.2 permite al otro reclamar la intervención judicial para asegurar la contribución de aquel en la medida que le corresponda de acuerdo con su régimen económico-matrimonial⁴². Si el gasto se ha realizado estaremos ante una pretensión de reembolso de la parte que, corresponda al cónyuge que haya abonado los gastos. La legitimación la tiene el cónyuge que cumple frente al otro. Si ninguno cumple, corresponde a cualquiera de ellos⁴³. El juez está facultado para adoptar las medidas que considere oportunas para asegurar el cumplimiento futuro de la obligación de contribuir; y aunque no aparezcan tipificadas en el citado precepto, pueden concretarse en las relativas a la realización de bienes, custodia de fondos, retenciones, y embargo de bienes con carácter transitorio a la vista de la existencia de cargas inminentes y próximas⁴⁴. El procedimiento a seguir es el de jurisdicción voluntaria según lo establecido en la Disposición Transitoria 10.^a de la Ley de 13 de mayo de 1981⁴⁵. El Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 continúa vigente (salvo determinados preceptos) en tanto no entre en vigor la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, según lo dispuesto en la Disposición Derogatoria única 1.1.^a de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En cuanto a la responsabilidad de las distintas masas patrimoniales frente a los acreedores en las obligaciones derivadas de las cargas familiares habrá que estar a la regla contenida en el artículo 1319, cuyo párrafo tercero también se reconoce la existencia de un derecho de reembolso entre cónyuges respecto a las necesidades ordinarias de la familia⁴⁶.

En este contexto, el Código Civil asume en numerosos preceptos la distinción entre las cargas y las obligaciones de la sociedad de gananciales, que la doctrina identifica con las nociones de responsabilidad definitiva o provisional (pasivo definitivo o provisional). Así, para la doctrina las cargas son aquellos gastos o pagos que, por razón de su finalidad, se atribuyen definitivamente al patrimonio común y que puede derivar tanto de la asunción de un débito por los cónyuges como de cualquier otro gasto o desplazamiento patrimonial realizado individual o conjuntamente por ellos. Mientras que, el concepto obligaciones de la sociedad hace referencia a las deudas de uno o ambos cónyuges que, pueden ser ejecutadas directamente sobre el patrimonio común por los acreedores, independientemente de que a nivel interno constituyan también cargas de la sociedad. La diferencia entre ambas reside en el ámbito de operatividad de cada una, así las cargas actúan en la relación interna entre cónyuges (pasivo provisional o responsabilidad *inter partes*), con el objeto de determinar, cuando ya ha sido pagada totalmente la deuda a los acreedores, qué patrimonio debe soportar definitivamente el gasto producido, si el privativo de uno de los cónyuges o el ganancial, y, en consecuen-

⁴² MONFORT FERRERO, M.^a J., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 832, considera que el incumplimiento al que se refiere este artículo, debe ser un incumplimiento al menos culpable. De ahí que no pueda considerarse la existencia de incumplimiento, si el cónyuge, circunstancialmente, por motivos de salud o laborables, por ejemplo, no pudiera hacer frente a dichos gastos.

⁴³ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 137.

⁴⁴ DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 108; MONFORT FERRERO, M.^a J., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 832.

⁴⁵ DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 106; MONFORT FERRERO, M.^a J., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 832.

⁴⁶ MONFORT FERRERO, M.^a J., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 832.

cia, si el desembolso efectuado por una masa patrimonial debe ser reintegrado por otra masa distinta, al corresponder a esta el cargo definitivo, lo que provoca un reajuste o reintegro entre las masas gananciales y privativas (el cónyuge que hace frente con bienes propios a gastos de cargo de la sociedad tendrá derecho de reintegro frente a la misma, aunque el pago no se refiere a obligaciones directas de la sociedad, mientras que la sociedad tendrá un derecho de reintegro si satisfizo gastos que debieran ser de cada de uno solo de los cónyuges, aunque el pago se refiere a obligaciones directas de la sociedad —art. 1364 del CC—)⁴⁷. Se regula en los artículos 1362 a 1364 del Código Civil. Por su parte, las obligaciones se proyectan hacia el exterior en las relaciones con los acreedores de uno o ambos cónyuges, de forma que, una deuda es ganancial cuando el deudor o deudores responden con los bienes gananciales, sin necesidad de hacer excusión del patrimonio privativo del deudor o de los patrimonios privativos de los deudores, y es responsabilidad provisional porque puede generar un derecho de reembolso a cargo del patrimonio beneficiado. Está regulada en los artículos 1365 a 1370 del Código Civil⁴⁸. Para MORALEJO IMBERNÓN, «la razón de ser de esta distinción parece hallarse en la necesidad de garantizar la solvencia económica de los cónyuges frente a los acreedores, lo cual se logra previendo un mayor número de supuestos de responsabilidad provisional que aseguren de manera más eficaz el cobro de las deudas contraídas por aquellos, aunque posteriormente deba reintegrarse lo abonado a la sociedad si el débito resultara no ser definitivamente común»⁴⁹. En todo caso, como advierte SABORIDO SÁNCHEZ, no todas las cargas de la sociedad se corresponden con obligaciones, ni tampoco todas las obligaciones de la sociedad son cargas de la sociedad⁵⁰. Por su parte, LACRUZ BERDEJO precisa que hay entre los supuestos de los artículos 1362 y 1365 notables semejanzas, aunque no identidad. Más todavía cabe pensar que una vez demostrado que una deuda debe ser carga de los bienes comunes (art. 1362), podrá hacerse esta efectiva sobre dichos bienes desde el primer momento, aunque no se halle incluida en los supuestos del artículo 1365, para evitar un rodeo innecesario; en estos casos será indispensable que el acreedor se dirija contra ambos cónyuges⁵¹.

De todas formas, aunque hay tres masas patrimoniales, conviene precisar que los deudores son únicamente los cónyuges. El patrimonio común es de ambos, porque la sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica propia. Lo que supone que, conforme a las reglas generales, los bienes que integran el patrimonio común también están afectos al pago de las deudas personales de cada cónyuge; del mismo modo, las deudas que son definitivamente de cargo de la sociedad de gananciales son en realidad deudas de ambos cónyuges, a lo que deberán responder los patrimonios privativos de ambos. Por eso, el Código

⁴⁷ SABORIDO SÁNCHEZ, P., «Comentario al artículo 1362 del Código Civil», en *Código Civil comentado*, directores: Ana CAÑIZARES LASO, Pedro DE PABLO CONTRERAS, Javier ORDUNA MORENO, y Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, vol. III, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2011, pág. 1007.

⁴⁸ RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «La sociedad de gananciales (4). El pasivo de la sociedad», en *Tratado de Derecho de Familia*, directores: Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS, vol. III, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2011, págs. 1015-1016.

⁴⁹ MORALEJO IMBERNÓN, N., «Comentario al artículo 1362 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOTIZZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.^a ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 1605.

⁵⁰ SABORIDO SÁNCHEZ, P., «Comentario al artículo 1362 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1007.

⁵¹ LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil, IV, Familia*, cuarta edición revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 203.

Civil introduce algunas reglas dirigidas a establecer las formas y mecanismos en que los bienes comunes responden de deudas privativas o los bienes privativos responden de deudas comunes⁵².

Así, en el artículo 1362, primer apartado del Código Civil, indica algunos gastos que pueden calificarse de cargas del matrimonio, al señalar que son de cargo de los bienes comunes, «el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia». Para HERRERO GARCÍA, ejemplificando el precepto, se calificarían como cargas «los gastos de alojamiento, vestido, alimentación, asistencia médica de todos sus miembros»⁵³. Por su parte, para SABORIDO SÁNCHEZ, varias consideraciones han de realizarse al respecto. «En primer lugar, la referencia al sostenimiento de la familia alude no solo la alimentación o educación, sino que debe englobar las necesidades propias atendiendo a los gastos no propiamente alimenticios, incluyendo los de ocio, recreo, y otros exigidos según los usos sociales. Entre ellos, las atenciones de previsión, como los seguros de vida, los relativos a la vivienda, y ajuar familiares, el seguro médico, escolar y los obligatorios de viaje, etc... Es decir, todos aquellos que se acomoden según las circunstancias sociales imperantes, a través de una razonable gestión económica-doméstica. Parte de la doctrina incluye gastos que no son necesarios pero que contribuyen al desarrollo y expansión en distintos campos de los miembros (actividades deportivas, viajes escolares, de recreo, atenciones sanitarias no cubiertas por sanidad pública que dependen de la posición económica de la familia)»⁵⁴. Asimismo, LACRUZ BERDEJO señala que, entran dentro de dicho apartado primero la alimentación, el vestido y el alojamiento de los cónyuges e hijos, los gastos de viajes, los de enfermedad; los hechos para proteger cualquier interés legítimo de todos ellos patrimonial o extrapatrimonial (filiación, honor, libertad), que no representa una deuda de capital de bienes propios. En general, en «el sostenimiento de la familia» han de entenderse incluidas todas las atenciones legítimas de los cónyuges⁵⁵. El concepto de familia, al que se refiere el precepto, engloba no solo a los cónyuges e hijos comunes, sino también a los hijos de uno solo de ellos que conviven en el hogar familiar⁵⁶. De forma que, los gastos de sostenimiento de los hijos de uno de los cónyuges que no conviven con la familia no

⁵² MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», *op. cit.*, pág. 238, precisa que, «según esto, puede haber deudas de la sociedad de las que responde la sociedad de gananciales, y que, además, son de cargo de la sociedad de gananciales; en este caso, no hay especiales problemas. Sin embargo, puede haber también deudas de las que responde la sociedad de gananciales (responsabilidad provisional), pero que no son de cargo del patrimonio ganancial, sino de uno de los patrimonios privativos (responsabilidad definitiva): esto quiere decir que frente a los acreedores responden los bienes comunes, pero que entre los cónyuges la deuda es privativa, porque debe hacerse cargo de ella el patrimonio privativo de que se trate, lo que se traduce en la atribución al patrimonio ganancial del derecho a obtener el reembolso actualizado del valor empleado en hacer frente a esa deuda».

⁵³ HERRERO GARCÍA M.^a J., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 580.

⁵⁴ SABORIDO SÁNCHEZ, P., «Comentario al artículo 1362 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1008.

⁵⁵ LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», IV, «Familia», *op. cit.*, pág. 201.

⁵⁶ RUEDA PÉREZ, M. A., y RUEDA PÉREZ, J. M., «Notas sobre la nueva regulación de cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981», en *Revista de Derecho Privado*, 1982, pág. 560, apuntan que las razones por la que todos los gastos se ponen a cargo de la sociedad sin distinción, reside en los lazos

se sufragan a costa del patrimonio común, de haberlo hecho *ad initio*, deberán reintegrarse las cantidades cubiertas con dichos bienes gananciales a la sociedad en el momento de su liquidación (responsabilidad provisional).

En la regulación autonómica, el artículo 231-5 del Código Civil catalán determina como gastos familiares los necesarios para el mantenimiento de la familia, de acuerdo con los usos y el nivel de vida familiar, entre los que destaca los originados en concepto de alimentos, en el sentido más amplio. Con respecto a los hijos no comunes que convivan con los cónyuges se incluyen como gastos familiares los alimentos a los que se refiere el artículo 237-1 que dispone que «se entiende por alimentos todo cuanto es indispensable para el mantenimiento, vivienda, vestido, asistencia médica de la persona alimentada, así como los gastos para la formación si esta es menor, y para la continuación de la formación, una vez alcanzada la mayoría de edad, si no la ha terminado antes por una causa que no le es imputable, siempre y cuando mantenga un rendimiento regular. Asimismo, los alimentos incluyen los gastos funerarios, si no están cubiertos de otra forma».

Por otra parte, son a cargo de la sociedad de gananciales los gastos de adquisición, conservación y administración de las cosas comunes, los dirigidos a la obtención de sus frutos, y, también aunque el precepto no los mencione los gastos de disposición⁵⁷.

Sobre tales bases, la sentencia de 28 de marzo de 2011, objeto de estudio, después de señalar que el concepto de «cargas del matrimonio» es «un concepto abierto que por ello mismo ha sido objeto de diversas interpretaciones por la jurisprudencia», manifiesta que «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 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». De forma que, el pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, cuando el régimen es de gananciales, es para la citada resolución una carga o deuda de la sociedad de gananciales en los términos previstos en el citado artículo 1362.2 del Código Civil. Si bien, este argumento no sirve, aún siendo el régimen de gananciales, cuando la vivienda no es común; ni tampoco en aquellos casos en los que los cónyuges están sujetos al régimen de separación de bienes. Sin embargo, para todos los matrimonios con independencia del régimen económico matrimonial que se pacte, lo determinante para concretar quien está obligado al pago del préstamo hipotecario, es el título por el que se ha constitutivo tal contrato.

Lo habitual, como ocurre en el presente caso, el contrato de préstamo y la constitución de la hipoteca se han celebrado por ambos cónyuges, de forma

afectivos que previsiblemente se entablan entre estos y el cónyuge no progenitor, así como la dificultad práctica de deslindar los gastos que corresponden a uno y otros descendientes.

⁵⁷ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 1991 (*RJ* 1991/3953), que declara a cargo de la sociedad de gananciales los gastos de gestión de venta de un inmueble ganancial.

solidaria, por lo que responden los bienes gananciales y los bienes privativos de cada uno de los esposos, pues, ambos son deudores (art. 1367 del CC). De forma que, cualquier modificación subjetiva u objetiva de la relación obligatoria, obligando a uno solo de los cónyuges, o distribuyendo el pago de diferente manera a la convenida inicialmente, necesitará contar como tal acuerdo novatorio con el consentimiento del acreedor. Ahora bien, en la hipótesis que el contrato de préstamo y garantía hipotecaria se haya celebrado con uno solo de los cónyuges, la constitución de la hipoteca requerirá el consentimiento de los dos cónyuges en virtud de los artículos 1375 y 1377 del Código Civil que establecen el principio de actuación conjunta para los actos de disposición a título oneroso sobre los bienes gananciales, aunque la vivienda hubiera sido adquirida por uno de los cónyuges (por aplicación de los arts. 1347.3, y 1354 a 1358 del CC). Por otra parte, si la adquisición de bienes comunes es una carga de la sociedad de gananciales (art. 1362.2), que va a pesar de forma definitiva sobre el patrimonio ganancial, también se entiende que ha de recaer sobre el mismo de manera provisional, quedando los bienes gananciales sujetos a la responsabilidad frente al acreedor (art. 1365.1)⁵⁸.

En este contexto, resulta criticable que la citada sentencia de 28 de marzo de 2011 identifique la titularidad de la vivienda como ganancial con la determinación de los sujetos obligados, cuando, como hemos señalado, hay que atender al título de constitución del contrato para concretar quien o quienes están obligados al pago. Si bien, tal forma de operar tiene reflejo en la doctrina⁵⁹ y en numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales⁶⁰. Es cierto que se busca

⁵⁸ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.ª E., *Obligaciones de los cónyuges tras el divorcio o la separación. Hipoteca sobre la vivienda familiar, pensión alimenticia y pensión compensatoria*, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 25.

⁵⁹ DÍEZ MARTÍNEZ, A., «Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales: especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales», en *Actualidad Civil*, 1998-2, pág. 383, manifiesta que, el crédito hipotecario que sirvió para la adquisición de la vivienda habitual ganancial deberá pagarse por ambos cónyuges al 50 por 100, pues, mientras no se haya practicado la liquidación de la sociedad conyugal, ambos continúan siendo titulares dominicales de aquella.

⁶⁰ La sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 18 de febrero de 1995 (AC 1995/348) señala en su *Fundamento de Derecho 3.º* que: «La vivienda es de propiedad ganancial, debiendo participar ambos cónyuges en su pago, no resultando ajustada al presente caso la pretensión última de que sea el esposo quien corra con los gastos de amortización del préstamo concertado para la adquisición de la vivienda»; para la sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 1.^a, de 26 de mayo de 1999 (AC 1999/4959), el marido debe satisfacer la mitad de la cuota de amortización del préstamo hipotecario que grava la vivienda conyugal; siendo un bien ganancial la vivienda familiar, el aporte de la mitad de dicha cuota por cada uno de los esposos no hace sino facilitar tal situación en lo más posible, y con ello el padre no destina la cantidad correspondiente a satisfacer un concreto gasto, sino precisamente en la reducción de la hipoteca de un bien en cuya mitad es propietario; asimismo, para la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3.^a, de 6 de junio de 2002 (JUR 2002/210230), comparte el criterio del Juzgado de Primera Instancia que impuso a los litigantes el pago por partes iguales del préstamo hipotecario que grava la vivienda, cuando dicha vivienda es propiedad de ambos litigantes; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.^a, de 19 de diciembre de 2005 (JUR 2005/52571), aludiendo al artículo 4 de la Ley Autonómica 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, sostiene que la contribución de doña Lucía al pago del referido préstamo hipotecario, siendo el inmueble de titularidad conjunta, se habría de considerar simplemente como contribución a la economía familiar; y, en la sentencia de la Audiencia Provincial de

cierta correspondencia entre los bienes (patrimonio) que quedan sujetos en la esfera externa y los bienes que han de soportar el gasto en la esfera interna. Pero esta correspondencia no supone que, en todos los casos de bienes comunes, los cónyuges deben responder de la deuda originada por su adquisición, pues, también responden aquellos, por las deudas contraídas por uno de los cónyuges para la adquisición de un bien común (art. 1347.3). En definitiva, para considerar que ambos cónyuges son obligados al pago depende de que ambos sean parte contratante, y, en consecuencia, reputar la deuda como ganancial (art. 1367), o que se den los supuestos previstos en los artículos 1365 y 1369 del Código Civil para que las deudas contraídas por uno de los cónyuges queden sujetos también los bienes gananciales. Todo ello opera con independencia de la calificación del bien que se adquiere, que viene determinado por criterios legales, entre otros, el principio de subrogación real establecido en el artículo 1347.3 del Código Civil. De forma que, sobre la base de lo previsto en nuestro Derecho de obligaciones, cualquier sujeto queda vinculado por lo que pacta en la relación contractual que consiente, por lo que en sede de gananciales, la deuda será común si ambos contratantes resultan obligados, y no necesariamente por la calificación de los bienes como comunes. Por otra parte, cuando se habla de la naturaleza de la sociedad de gananciales, se parte de la existencia de una comunidad de bienes asimilable a la comunidad germánica o mano común, en la que está ausente la idea de cuotas o partes sobre los bienes concretos que lo integran⁶¹; por lo que los derechos de los cónyuges recaen sobre el patrimonio en su conjunto y, en consecuencia, sobre los bienes que lo forman por entero (la masa ganancial); las respectivas participaciones de cada cónyuge en esa masa patrimonial no son transmisibles; y no existe una acción de división autónoma⁶². De admitirse el concepto de cuota por mitad, como hace la mencionada sentencia, sería como

Málaga, Sección 6.^a, de 17 de marzo de 2010 (*JUR* 2010/364731), en relación con la carga del 50 por 100 de los plazos de amortización de la hipoteca que grava la vivienda familiar atribuida en uso y disfrute a los hijos menores y esposa, considera que la decisión adoptada al respecto es conforme a derecho, pues, se trata de un bien de naturaleza ganancial en el que la obligación de pago recae conjuntamente sobre ambos interesados, no siendo de recibo pretender imponer el soporte de la carga en exclusividad sobre uno de ellos.

⁶¹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de septiembre de 1988 (*RJ* 1988/6859). En consecuencia, los cónyuges no pueden disponer individualmente de su cuota del bien o bienes comunes [Resoluciones de la DGRN, de 2 de febrero de 1983 (*RJ* 1983/1088); y de 28 de febrero de 1992 (*RJ* 1992/2881)], sino únicamente en la parte que poseen en el patrimonio global y esto solo con efectos *mortis causa*; por la misma razón tampoco pueden los acreedores privativos embargar la mitad indivisa de un bien ganancial en cobro de sus créditos [Resolución de la DGRN, de 22 de mayo de 1986 (*RJ* 1986/3042)]; y por último, los cónyuges no están legitimados para interponer tercera de dominio con objeto de liberar de la traba su cuota dentro del bien ganancial indebidamente embargado (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de marzo de 1994 (*RJ* 1994/1652)).

⁶² MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», *op. cit.*, pág. 225. A lo que hay que añadir algunas de las precisiones propuestas por DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1344 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. XVIII, vol. 2.^º, Edersa, Madrid, 1984, págs. 84-85, como: 1) Es una comunidad que surge de un régimen económico matrimonial, por lo que la condición de comunero no es separable de la del cónyuge, y es inalienable; 2) Recae sobre una masa patrimonial separada, y no sobre cada uno de los bienes singulares; 3) Esa masa patrimonial no tiene plena autonomía como la tienen los patrimonios personales; 4) En cuanto trasunto de una comunidad familiar más amplia, recibe atribuciones y cargas que no podrían encontrarse en otro tipo de comunidad,

concepto ideal o como medida de participación de cada cónyuge más no en el sentido romano del término⁶³.

Ahora bien, atendiendo a la distinción puesta de manifiesto en líneas precedentes entre las relaciones externas con el acreedor, y las relaciones internas de los cónyuges entre sí, sin que implique novación, es posible la existencia de pactos conyugales sobre la distribución de la deuda, incluso la atribución del pago a uno de los cónyuges ante circunstancias excepcionales como la falta de empleo, o la repercusión de un pago de forma desigual en aras de una reintegración de lo pagado de más en una futura liquidación⁶⁴.

lo que explica las peculiaridades de su régimen en cuanto a la atribución y titularidad de los bienes, o a las reglas para su administración y disposición.

⁶³ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.ª E., «La naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales», en *Revista de Derecho Privado*, 2001, núm. 6, pág. 113.

⁶⁴ La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.^a, de 17 de mayo de 1999 (*AC* 1999/6701), señala que, en lo que atañe a las cuotas del préstamo hipotecario, segundo de los puntos apelados, el marido apelante no es que se opusiera a la legitimidad de esos pagos, que la sentencia recurrida reparte entre los dos esposos en coherencia con el carácter ganancial que el inmueble a cuya adquisición iba destinado el préstamo hipotecario que así se amortiza, sino que era un pronunciamiento innecesario e impropio, además, de tratarse de una sentencia que resuelve sobre las medidas en un proceso matrimonial. La obligación del esposo —añadía— no debe derivar de sentencia de separación, sino sencilla y directamente, del contrato de préstamo con hipoteca celebrado con el Banco, tesis esta según él, recogida en la sentencia de 11 de diciembre de 1991 de la Audiencia Provincial de Bilbao, que en el informe citó; y añadía que, de ser consecuentes con ese reparto de gastos (de los pagos mensuales de amortización de la hipoteca) que el Juzgado realiza, también debería hacer lo propio con las cuotas mensuales por la compra de un vehículo a motor, satisfechas exclusivamente por él, mediante la domiciliación bancaria en su cuenta, cuotas estas que, al igual que la hipoteca del piso debería ponerse, por meses alternativos a cargo de los esposos. A estos argumentos, contesta la Audiencia Provincial que, hay algo de razón en este argumento y aunque el pronunciamiento de esta sentencia no alterará la posición de deudores que frente al concedente del préstamo ostentan ambos cónyuges, vulnerables a las acciones que, en caso de impago de las cuotas pudiera aquel ejercer, no es tan inane ni irrelevante como el marido dice, la expresa constancia de que, como cargas del matrimonio esos pagos serán sufragados alternativamente por los dos consortes, pues ello, siempre conferirá acción, ha supuesto que él no abonare su cuota, y tuviera ella que suplirle en este pago frente al Banco deudor, para pedir dicha esposa la traba de bienes de él, en periodo de ejecución de este fallo; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.^a, de 14 de junio de 2002 (*JUR* 2002/202213), confirma la decisión del Juzgado de Primera Instancia en el sentido de que no concurren circunstancias excepcionales que determinasen, por absoluta imposibilidad de uno de los cónyuges, la atribución al otro en exclusiva de la obligación, en la relación *inter partes*, de contribución a las cargas que gravan el domicilio en común; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.^a, de 19 de diciembre de 2005 (*JUR* 2006/52571), don Rafael reclama a doña Lucía, que fue su pareja sentimental desde el año 1985 hasta octubre de 1999, el reembolso del 50 por 100 de la suma por él destinada a la cancelación del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda familiar de la que ambos son copropietarios *pro indiviso*, pretensión que desestimó la jueza en primera instancia con unos argumentos, dice la Audiencia, que compartimos. Pues, en las relaciones internas entre los copropietarios habrá que estar a lo especialmente pactado y ante la falta de prueba directa del acto, al destino de la cantidad objeto del préstamo para concluir, a quién incumbía, en dicho ámbito el pago de la deuda; según establece la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3.^a, de 11 de julio de 2006 (*JUR* 2006/239992), no ha de correr la misma suerte desestimatoria el motivo referido al pago de la cuota del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, pues, estando, como es el caso, ante una obligación ganancial afectante a un inmueble de igual

Frente a la consideración del pago del préstamo hipotecario como una deuda de la sociedad de gananciales adoptado por una parte de la doctrina y jurisprudencia en línea con la sentencia del Tribunal Supremo sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1362.2 del Código Civil⁶⁵, se ha considerado, sin embargo, por otro sector de la doctrina y jurisprudencia como carga del matrimonio, puesto que está al servicio del cumplimiento de la obligación de alimentos. Si bien, deja de serlo cuando el inmueble a su vez, deja de ser vivienda familiar, por extinción de dicha obligación o porque voluntariamente los cónyuges decidan desafectarla de dicho destino⁶⁶. En esta línea, FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO señala

naturaleza, es claro que el cumplimiento de la misma debe ser asumido o soportado por ambos cónyuges a partes iguales (50 por 100), sin perjuicio, lógicamente, del derecho que pueda corresponder a cada uno de ellos en la futura liquidación de la sociedad legal de gananciales, o del que pueda tener la entidad prestamista-acredora para dirigirse contra uno solo de los cónyuges exigiéndole, por razones de solidaridad, el cumplimiento íntegro de la prestación (arts. 1822, 1137, 1144 del CC); en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 24 de septiembre de 2007 (*JUR* 2007/339944), se dispone en cuanto a la proporción de la hipoteca la Sala debe confirmar ese pronunciamiento, puesto que la diferencia económica actual determina el que sea el esposo el que soporte el 80 por 100 y solo el 20 por 100 la esposa, pero no existe razón alguna para que se ponga a exclusivo cargo de aquel su pago, cuando se trata de una deuda ganancial, y de cuyo pago se beneficiará la esposa con motivo de la liquidación de la sociedad de gananciales, máxime cuando se ha atribuido a esta el uso de la misma. Y finalmente, tampoco puede prosperar el que se pongan a cargo del esposo el pago de unos servicios y suministros que solo el titular del uso disfruta, tales como recibos de gas, de canal satélite digital, de veterinaria. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas. Sección 3.^a, de 19 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008/65871), señala sobre el pago de la hipoteca que, es criterio de este Tribunal que las reglas pactadas en el contrato de préstamo hipotecario y las de administración de la sociedad de gananciales no debe alterarse por vía de fijación de una contribución a las cargas matrimoniales desequilibrada entre los cónyuges, salvo en casos excepcionales, porque este tipo de medidas afectan negativamente a la regular liquidación del régimen económico matrimonial, al tratarse de una deuda o carga de la sociedad conforme al artículo 1362 del Código Civil, y por tanto ha de ser satisfecha por mitad por cada cónyuge en dicho momento, con reintegros al que haya pagado cuotas de amortización por encima de este porcentaje, de acuerdo con el artículo 1398.3 del mismo Código Civil. por tanto, establecer una contribución de un cónyuge por encima de la paridad, crearía un crédito del constituyente en la fase de liquidación que a la postre minoraría indeseablemente los derechos del cónyuge solo aparentemente beneficiado por la medida provisional sobre contribución de cargas matrimoniales. Claro es que, en ocasiones, cuando por ejemplo, el cónyuge usuario del domicilio conyugal carece de recursos para satisfacer la mitad del préstamo hipotecario, han de introducirse este tipo de disposiciones para no hace ilusorio el derecho de uso, pero esta posibilidad solo tiene valor de excepción, y nunca de regla general (*Fundamento de Derecho* 2.^o).

⁶⁵ RUBIO TORRANO, E., «Sobre el pago de cuotas del crédito hipotecario para vivienda familiar contratado por los cónyuges antes del divorcio», en *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, 2011-3 (junio), pág. 19; CABEZUELO ARENAS, A. L., «¿Son cargas matrimoniales los préstamos concertados durante el matrimonio para adquirir la vivienda? El problema de la alteración convencional o judicial de las cuotas concertadas con la entidad de crédito. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, núm. 188/2011, de 28 de marzo», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, octubre de 2011, pág. 28; COSTA 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», *op. cit.*, pág. 43.

⁶⁶ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, de 10 de julio de 1995 (AC 1995/1488); de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 6 de septiembre de 1993 (AC 1993/1658); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 25 de septiembre de 1995 (AC 1995/2220),

que «no cabe duda alguna que tanto en la lista del artículo 1362.1.^º como la del artículo 90 D) del Código Civil entre los gastos que los cónyuges y excónyuges están obligados a atender se encuentran desde luego los alimentos (el de los hijos siempre y de los cónyuges al menos constante matrimonio). Según el artículo 142 del Código Civil, la obligación de alimentos comprende, entre otras cosas, la de proporcionar habitación al alimentista. Y parece razonable afirmar que la exigencia de proporcionar «habitación», debe comprender todo aquello que sea necesario para su cumplimiento efectivo; lo que, a su parecer, incluye el pago del préstamo hipotecario que ha permitido la adquisición del inmueble tanto si dicho pago es lo que garantiza que va a poder seguir gozando de la vivienda sin que el acreedor ponga en marcha los mecanismos de protección de su derecho y ejecute la hipoteca, con las consecuencias que de ello se derivan y que, en última instancia, conllevan la pérdida de aquella». Ahora bien, sentado lo anterior, añade la autora que «hay que hacer hincapié en que la obligación de pago del préstamo hipotecario entendida como carga familiar se mantendrá únicamente, y como es razonable, mientras esté al servicio del cumplimiento de la obligación de alimentos, esto es, en tanto el inmueble hipotecado esté efectivamente destinado al fin de constituir la habitación del alimentista»⁶⁷. Lo cierto es que la consideración del pago de las cuotas del crédito hipotecario como *aportación dentro de la pensión alimenticia* es la respuesta que dan a la cuestión las dos sentencia de instancia.

Sobre tales bases, partiendo que el pago de las cuotas del préstamo hipotecario es una deuda o carga de la sociedad de gananciales en los términos previstos en el artículo 1362.2 del Código Civil, y que ha sido contratada por ambos cónyuges, constante matrimonio estamos ante una deuda ganancial (art. 1367), que ha de ser satisfecha con carga a los bienes comunes, y si no hubiera numerario común o este fuera insuficiente, procedería acudir a los patrimonios privativos de los cónyuges y aplicar la regla de la proporcionalidad en la contribución al sostenimiento de tal deuda, aplicando lo previsto en el artículo 1438 para la separación de bienes, sobre la base de la cooperación y solidaridad conyugal, sin que por ello se afecte a la esfera externa, esto es, a lo pactado con el acreedor.

En cuanto al régimen de separación de bienes, cada uno de los cónyuges obtiene para sí sus ingresos y rentas y los administra y gasta libremente, sin perjuicio de la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. Para los matrimonios cuyo régimen económico esté sometido al Código Civil, determina el artículo 1435 que «existirá entre los cónyuges separación de bienes: 1. Cuando así lo hubiesen convenido. 2. Cuando los cónyuges hubieren pactado en capitulaciones matrimoniales que no regirán entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por las que han de regirse sus bienes. De forma que, el régimen de separación de bienes es el legal supletorio de segundo grado. 3. Cuando se extinga, constante matrimonio, la sociedad de gananciales

después de señalar que las cargas del matrimonio no deja de ser un concepto residual y referible estrictamente a las cargas del sistema económico-matrimonial (pago de préstamos y créditos de la sociedad de gananciales), señala que los alimentos han de establecerse en el más amplio sentido que se contiene en el artículo 142 del Código Civil, comprendiendo por tanto, todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción; y de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.^a, de 23 de abril de 1996 (AC 1996/797).

⁶⁷ FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, ÁLVAREZ-OSSORIO, M.^a del C., «Pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar: su consideración o no como carga del matrimonio. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2011 (RJ 2011/939)», *op. cit.*, pág. 315.

o el régimen de participación, salvo que por voluntad de los interesados fuesen sustituidos por otro régimen distinto. Los casos a los que se refiere este precepto son: *a)* La conclusión por decisión judicial de la sociedad de gananciales o el régimen de participación (art. 1415) por las causas previstas en el artículo 1393 del Código Civil. *b)* El de disolución legal de la sociedad de gananciales en caso de que, solicitado por el acreedor el embargo de los bienes comunes por deudas propias de uno de los cónyuges, el otro exija que en la traba se sustituyan tales bienes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal. Si bien, en este supuesto el cónyuge deudor puede evitar la aplicación del régimen de separación de bienes optando en documento público, en un plazo de tres meses, por el comienzo de una nueva sociedad de gananciales (art. 1374 del CC).

Existe una independencia patrimonial de los cónyuges en el régimen de separación, pues, a tenor del artículo 1437, pertenecen a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial y los que adquiera después por cualquier título. Si se hubieran empleado fondos del otro cónyuge se aplicarán, entre ellos, las reglas generales sobre reembolsos y reintegros entre patrimonios distintos, pero para los acreedores solo vale la existencia de un título formal de adquisición por cada cónyuge deudor⁶⁸. En el caso que no sea posible probar la pertenencia privativa de los bienes o derechos, corresponde a ambos por mitad (art. 1441 del CC)⁶⁹. En consecuencia, no se forma entre los cónyuges ningún tipo de comunidad de carácter conyugal; de formarse, sería respecto de algún o algunos bienes en concreto, y sería una comunidad ordinaria regida por los artículos 392 y siguientes del Código Civil. Asimismo, corresponde a ambos cónyuges la administración, goce y libre disposición de sus propios bienes, obtiene para sí sus ingresos y rentas y goza y administra libremente todos sus bienes y —salvo disposición legal como ocurre si se trata de vivienda habitual o de los muebles de uso ordinario de la familia (art. 1320 del CC)—, puede disponer de ellos sin necesidad de contar con el consentimiento o la aprobación de su consorte. Si bien, en la práctica resulta frecuente y hasta inevitable que uno de los cónyuges gestione asuntos del otro, por lo que tendrá las mismas obligaciones y responsabilidades que un mandatario (art. 1439 del CC).

Ahora bien, ni la titularidad separada de los bienes ni la completa autonomía de cada cónyuge en su administración y disposición puede ser obstáculo para el cumplimiento de la obligación que a ambos impone el artículo 1318 del Código Civil, sea cual sea el régimen económico del matrimonio, y que el artículo 1438 concreta para la separación de bienes, cuando establece que «los cónyuges contri-

⁶⁸ DE PABLO CONTRERAS, P., «Los regímenes de separación y participación», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, volumen coordinado por Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 3.^a ed., Colex, Madrid, 2011, pág. 269; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 217.

⁶⁹ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de septiembre de 1998 (*RJ* 1998/6799), afirma la propiedad exclusiva de la esposa sobre una finca adquirida en virtud de compraventa, inscrita a su nombre en el Registro, casando la sentencia de la Audiencia Provincial que consideró que, a pesar de dicha inscripción, la finca correspondía en proindiviso a ambos cónyuges. Por su parte, la sentencia de este mismo Tribunal, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2002 (*RJ* 2002/9098) declaró la propiedad exclusiva de la esposa de bienes comprados con préstamo personal por la esposa e inscritos a su nombre; no admitiendo como título traslativo el reconocimiento de que el 50 por 100 pertenecía al marido. No rige el mecanismo de subrogación real debido a la inexistencia de preceptos legales que, en sede de separación de bienes, así lo determinen.

*buirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos*⁷⁰. Para ÁLVAREZ OLALLA, este deber no deriva del régimen económico-matrimonial, sino del principio de colaboración, solidaridad y ayuda entre ambos cónyuges, de tal manera que el régimen económico solo fija el modo en que el deber ha de cumplirse⁷¹. En todo caso, se trata de una norma de distribución entre los cónyuges de los gastos que, origina atender a las cargas del matrimonio. Del propio precepto se deduce que la medida de la contribución será primero la convenida por los cónyuges, y, a falta de acuerdo, se aplica el criterio legal de la proporcionalidad. Para la mayoría de la doctrina, los cónyuges van a poder determinar básicamente cómo se van a repartir las cargas, qué cantidad tienen que aportar cada uno y de qué manera se va a ejecutar la obligación de contribuir; de forma que, los pactos a los que pueden llegar las partes serán muy variados: establecimiento de un porcentaje sobre sus ingresos (mitad, un tercio, un cuarto); determinación de una cantidad periódica fija susceptible de actualización, o variable en función de las cargas asumidas en los distintos períodos (constante matrimonio o tras la separación)⁷². Resulta discutible la validez de un pacto en el que uno de los cónyuges quede exonerado absolutamente de contribuir a las cargas matrimoniales. Coincidimos con RIBERA BLANES, en que no resultan válidos tales pactos, ante la obligatoriedad

⁷⁰ El Código Civil francés, en sede de separación de bienes, su artículo 1537 hace referencia a la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio en los siguientes términos: «los cónyuges contribuyen a las cargas del matrimonio según las convenciones contenidas en su contrato; a falta de estas, en la proporción determinada por el artículo 214». Este último precepto determina, a falta de acuerdo entre los cónyuges, la proporción en que ellos van a contribuir a las cargas matrimoniales. Así dispone que «si las convenciones matrimoniales no regulan la contribución de los cónyuges a las cargas del matrimonio, ellos contribuyen en proporción a sus recursos respectivos».

Al respecto, señala RIBERA PLANES, B., *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 51, que al legislador español debemos aplaudirle el haber sabido concentrar en un precepto lo que el legislador francés ha dispuesto en dos normas distintas, si bien, al primero le recriminamos la ubicación de esta norma.

⁷¹ ÁLVAREZ OLALLA, P., «Comentario al artículo 1438 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.^a ed., Aranzadi Thomson Reuters, 2009, pág. 1672, quien, asimismo, dentro del concepto de cargas del matrimonio, incluye «los gastos destinados a satisfacer las necesidades *primarias* (art. 142) de la familia, conforme al nivel de vida de la misma, determinado por sus medios económicos, salvo que los cónyuges acuerden la elevación o disminución del nivel de vida, acuerdo que podrá ser denunciado por cualquiera de ellos, en todo momento». Asimismo, añade, «son cargas del matrimonio los gastos destinados a satisfacer necesidades *secundarias* —hobbies, vacaciones, concertación de seguros— en tanto exista acuerdo de los cónyuges al respecto».

⁷² RIBERA PLANES, B., «La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes», *op. cit.*, págs. 53-54; DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1438 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. XVIII, vol. 3.^º, Edersa, 1985, pág. 369; REBOLLEDO VARELA, A. L., *Separación de bienes en el matrimonio*, Montecorvo, Madrid, 1983, pág. 414; MIRALLES GONZÁLEZ, I., «El deber de contribución a las cargas del matrimonio constante matrimonio», *op. cit.*, pág. 600; MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario al artículo 1438 del Código Civil», en *Comentario a las reformas de Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1937; ÁLVAREZ SALA WALTHER, J., «Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular», en *Revista de Derecho Notarial*, 1981, pág. 25.

del deber de contribuir a las cargas del matrimonio, tal y como se deduce de los artículos 1318 y 1438 del Código Civil, que puestos en relación con los artículos 66 a 68 del citado cuerpo legal, han de tenerse, esencialmente el primero como normas imperativas aplicables sea cual sea el régimen económico matrimonial; no siendo, en consecuencia, posible admitir tales pactos cuando se den determinadas circunstancias, pues, si una persona carece de ingresos porque no ejerce ningún trabajo remunerado ni ostenta titularidad sobre patrimonio alguno del que pueda obtener algún tipo de beneficio económico, siempre tiene la posibilidad de contribuir con el trabajo doméstico⁷³.

Igualmente, hay que dudar de la validez de aquellos pactos en los que se establezca que uno de los cónyuges ha de aportar todos sus recursos económicos para hacer frente a todos los gastos; no así de aquellos en los que se pacte una contribución no proporcional, pues, el legislador no la impone como regla general para todos los supuestos⁷⁴.

Ahora bien, la medida de la contribución a las cargas del matrimonio convenida por los cónyuges no ha de entenderse necesariamente que, ha de pactarse en capitulaciones matrimoniales, pues, vale cualquier acuerdo, incluso informal (verbal) y hasta tácito, revelado por hechos concluyentes o deducibles del com-

⁷³ RIBERA PLANES, B., «La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes», *op. cit.*, págs. 59-60; DE PABLO CONTRERAS, P., «Los regímenes de separación y participación», *op. cit.*, pág. 272. Por su parte, para ÁLVAREZ SALA WALTHER, J., «Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular», *op. cit.*, pág. 26, y MIRALLES GONZÁLEZ, I., «El deber de contribución a las cargas del matrimonio constante matrimonio», *op. cit.*, págs. 600-601, consideran nulos tales pactos. Precisamente, esta última autora señala que exonerar del deber de contribución a uno de los cónyuges constituiría una quiebra del principio igualitario, sumado al hecho que un pacto similar sería ineficaz al no ser pactable, una derogación del principio contenido en el artículo 1315 del Código Civil. Por el contrario, otros autores aceptan la validez de tales pactos, así LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil, IV, Familia*, segunda edición revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 269, dispone que «en rigor, mediante capitulaciones matrimoniales, cabría incluso dispensar a un cónyuge de contribuir a las cargas del matrimonio, haciendo que las soporte únicamente el otro; sin embargo, en ciertos casos, según pienso, esta cláusula podría ser considerada ilícita». Para DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 219, el contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio es una obligación de los cónyuges cualquiera que sea el régimen económico matrimonial por el que se rijan (art. 1318). Quiere ello decir que en los casos de completa liberación de la obligación de contribuir de un cónyuge por el otro habrá una evidente dosis de gratuidad con las consecuencias jurídicas que comporta (v.gr., colaciones en la herencia, inoficiosidad, etc.). O simplemente aceptan la validez de tales pactos, si bien se exigen determinadas circunstancias especiales para su licitud, en este sentido, PASTOR ÁLVAREZ, M.ª P., *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 100-101, señala que el deber de contribuir por los cónyuges es de indudable carácter imperativo, y no permite exonerar a uno de ellos de ese deber legal, a excepción de aquellos supuestos en que a alguno de ellos le sea materialmente imposible por carecer de recursos económicos; del mismo modo, REBOLLEDO VARELA, A. L., «Separación de bienes en el matrimonio», *op. cit.*, págs. 416-417.

⁷⁴ RIBERA PLANES, B., «La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes», *op. cit.*, págs. 60-63; ÁLVAREZ SALA WALTHER, J., «Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular», *op. cit.*, pág. 27; ARROYO I AMAYUELAS, E., «Comentario al artículo 1438 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, director: Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Lex Nova, Valladolid, 2010, págs. 1572-1573.

portamiento habitual de los cónyuges, de modo que cada uno asume su deber de contribuir a las cargas durante el matrimonio⁷⁵. De convenirse en capitulaciones matrimoniales como documento público ha de constar en escritura pública (art. 1327 del CC), con la ventaja de su acceso al Registro Civil, y si afectase a inmuebles se tomará razón en el Registro de la Propiedad (art. 1333 del CC) con eficacia frente a terceros.

A falta de convenio, la obligación de contribuir será proporcional a los recursos económicos de cada cónyuge, lo que incluye tanto capitales como las rentas, sean estas de trabajo o de capital; y los bienes de los que sean titulares los cónyuges, ya que cada uno de ellos tiene la facultad de disponer libremente de los mismos, como los frutos y rentas que de ellos se derivan⁷⁶.

El artículo 1438 termina haciendo referencia al «trabajo para la casa» que 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. De forma que, las labores domésticas no retribuidas han de valorarse como recurso económico del cónyuge que efectivamente las realiza, al efecto de calcular la cuantía de su contribución proporcional al levantamiento de las cargas del matrimonio. Pero, además, la realización de tales tareas da derecho, en todo caso, a una compensación económica que, a falta de acuerdo, fijará el juez al concluir el régimen de separación de bienes⁷⁷.

Por otra parte, como regla general las obligaciones contraídas por los cónyuges serán de su exclusiva responsabilidad (art. 1440.1 del CC). De forma que cada uno responde de sus propias deudas, y no responde de las contraídas por otro, salvo que ambos se hubieran obligado solidariamente, mancomunada o sub-

⁷⁵ RIBERA PLANES, B., «La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes», *op. cit.*, pág. 67; DE PABLO CONTRERAS, P., «Los regímenes de separación y participación», *op. cit.*, pág. 272; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 218; DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1438 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 370; PASTOR ÁLVAREZ, M.ª P., «Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes», *op. cit.*, pág. 107. Sin embargo, para REBOLLEDO VARELA, A. L., «Separación de bienes en el matrimonio», *op. cit.*, pág. 413, debe constar en capitulaciones matrimoniales en tanto que es una modificación del régimen económico-matrimonial, bien sea que los cónyuges no habían pactado nada en sus capitulaciones, y estando sometidos a la regulación legal del artículo 1438 quieren modificarla, bien que habiendo pactado en sus capitulaciones quieren someterse al régimen del artículo 1438 o a otro diferente del convenido anteriormente. En ambos casos, nos encontramos claramente ante una estipulación capitular que ha de constar necesariamente en capitulaciones.

⁷⁶ RIBERA PLANES, B., «La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes», *op. cit.*, págs. 91-92; DE PABLO CONTRERAS, P., «Los regímenes de separación y participación», *op. cit.*, pág. 272; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 218; REBOLLEDO VARELA, A. L., «Separación de bienes en el matrimonio», *op. cit.*, pág. 430; MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario al artículo 1438 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1937.

⁷⁷ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 14 de julio de 2011 (LA LEY 111573/2011), sienta en su *Fundamento de Derecho 7.º* la siguiente doctrina: que «el derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que, habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge».

sidiariamente conforme la normativa general del Derecho de Obligaciones⁷⁸. Sin embargo, cuando las obligaciones se han contraído en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria responderán ambos cónyuges en la forma determinada por los artículos 1319 y 1438 de este Código (art. 1440.2). Es por ello que, de las deudas contraídas por un cónyuge para atender a las necesidades ordinarias de la familia responden sus bienes y subsidiariamente los del otro cónyuge frente a los acreedores, sin perjuicio del derecho de cada cónyuge de exigir al otro la aportación que le corresponda en el levantamiento de las cargas del matrimonio. De tratarse de una obligación que excede de la potestad doméstica, responde exclusivamente el cónyuge deudor, sin que el acreedor pueda agredir el patrimonio del otro.

En todo caso, cada cónyuge puede exigir al otro su obligación de contribuir a las cargas del matrimonio desde que estas deban ser atendidas, o pedir los reembolsos que procedan. En caso de incumplimiento, se puede solicitar al juez la adopción de las medidas cautelares a las que hace referencia el artículo 1318 del Código Civil, y serán de cuenta del otro cónyuge los gastos que se deriven de tales litigios, siempre que se den las circunstancias establecidas por dicho precepto.

De todas formas, el deber de contribución no constituye *a priori* un límite a la libre disposición de los bienes por parte de los cónyuges; si bien la limitación puede ser judicialmente acordada mediante el procedimiento establecido en el citado artículo 1318.2 del Código Civil. Asimismo, conviene precisar que, tal deber de contribución se mantiene mientras persista la situación normal de convivencia matrimonial; pues, una vez que se produce la separación, ya sea judicial o de hecho, tal deber pasa a concretarse en los correspondientes deberes de prestación de alimentos, pensión compensatoria, o los derivados de la patria potestad que pueden ser fijados en el correspondiente convenio regulador, o reclamados en el procedimiento judicial correspondiente.

Sobre tales bases, en los casos resueltos en sendas sentencias del Tribunal Supremo, de 26 de noviembre de 2012, se entiende que el pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda conyugal en una de ellas, y dos viviendas —de la que una es vivienda familiar—, no constituyen cargas del matrimonio en los términos del artículo 1438, y en consecuencia, para la determinación de la cuantía que corresponde a ambos cónyuges, ha de estarse a lo pactado por las partes, o, a falta de acuerdo, en forma proporcional a sus recursos económicos, sino que ha de atenderse al título de adquisición de tales viviendas, y, como no hay patrimonio común en el régimen de separación de bienes, en principio pertenece al cónyuge titular, pero de los hechos se desprende que han sido adquiridas por ambos cónyuges en régimen de copropiedad, por lo que procede aplicar el artículo 393 del Código Civil que, establece el concurso de los partícipes en las cargas de forma proporcional a sus respectivas cuotas que, se presumen iguales.

De la misma manera que en sede de gananciales, el pago de las cuotas de un préstamo hipotecario no se considera por la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, cargas del matrimonio, sino que para determinar quién resulta obligado al pago, hay que atender al título de adquisición y de contratación de tal préstamo. Quedan, por tanto, excluidos del concepto de carga del matrimo-

⁷⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 268, señala al respecto que «si un cónyuge, porque anticipa fondos al otro o por cualquier otra causa, deviene acreedor de su esposo, el crédito y la consiguiente deuda se hallan sujetos al Derecho común de obligaciones, de modo que el pago de aquél no ha de diferirse a la disolución del régimen, sino que es exigible desde luego».

nio aquellos gastos que tienen por objeto la adquisición de bienes de inversión, aunque mediante su uso y disfrute se satisfagan necesidades familiares, primarias o secundarias, como por ejemplo la adquisición de vivienda familiar⁷⁹. De todas formas, la puesta a disposición de la vivienda familiar adquirida ha de considerarse como un modo de cumplir el deber de contribución. No obstante lo expuesto, el pago del alquiler de la vivienda si integraría el concepto de carga en uno y otro régimen matrimonial.

Con anterioridad a tales sentencias de 2012, la sentencia de este mismo Tribunal, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 2006, operaba en el mismo sentido, al señalar en su *Fundamento de Derecho 3.º*: «(...) La cuestión cardinal que queda así planteada es sobre la que en realidad versa el recurso y en concreto sus dos 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 abarca 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.^a 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 de considerar 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 el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales, no supone la existencia de infracciones legales que se denuncian en los dos primeros motivos del recurso que, por ello, han de ser rechazados»⁸⁰.

⁷⁹ En esta línea, ÁLVAREZ OLALLA, P., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 2006», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 74, mayo/agosto de 2007, pág. 898; de la misma autora, «Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes», *op. cit.*, págs. 74 y 76.

⁸⁰ *RJ* 2006/3502. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 9 de febrero de 1999 (AC 1999/4031), en su *Fundamento de Derecho 3.º* señala que: «(...) ambas hipotecas constituidas sobre la vivienda conyugal deberán ser pagadas por mitad entre los esposos por estar sujeto el matrimonio al régimen de separación de bienes, y por ser ello lo que se deriva de su respectiva titularidad, lo cual debe ser, asimismo, ratificado por este Tribunal, por cuanto, efectivamente, al ser la vivienda conyugal propiedad en común y proindiviso de ambos cónyuges, cada uno de ellos deberá abonar, como contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio, la mitad de las cuotas mensuales de amortización previstas en las escrituras de constitución de sendas hipotecas que gravan aquella». Después de señalar que al estar sujetos al régimen de separación de bienes deben ser pagadas por la mitad, pues, el bien es propiedad común y proindiviso de ambos cónyuges, parece que luego se inclina por considerarla cargas del matrimonio, y de nuevo manifiesta

Se parte de la idea que se ha pactado un régimen de separación de bienes, y en consecuencia la inexistencia de un patrimonio común. Si bien, lo determinante no es solo la propia configuración del régimen económico-matrimonial de separación de bienes, sino el hecho que se parte que el pago de la hipoteca no es carga del matrimonio en el sentido establecido en el artículo 1438 del Código Civil; de forma que para determinar cómo se ha de pagar tales cuotas habrá que estar al título de adquisición de la vivienda (en estos casos en régimen de copropiedad), y al título de constitución del préstamo hipotecario, pues, es posible un pacto solidario del mismo.

III. LAS CARGAS DEL MATRIMONIO EN LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Como hemos señalado, los pagos del préstamo hipotecario constante matrimonio se van haciendo de una forma que podemos considerar «normal», conforme con la comunidad de vida que representa el matrimonio sobre la base de la colaboración, esfuerzo común y solidaridad entre los cónyuges, sin importar, hay que decirlo, qué cuantía de los ingresos de uno y otro se destinan a ese fin, ni la observancia estricta de la regla de la proporcionalidad en el régimen de separación de bienes. La situación de conflicto se plantea cuando tiene lugar la crisis matrimonial, lo que conlleva un empeoramiento en la situación económica de la familia respecto de la que disfrutaba durante el matrimonio, y donde se hace más difícil afrontar los pagos del préstamo hipotecario. Por eso, tanto en la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de marzo de 2011, como en la mayoría de las Resoluciones de las Audiencias Provinciales, la controversia sobre la naturaleza o no de carga de las cuotas hipotecarias se plantean como consecuencia de un proceso de separación o divorcio. Quizá porque resulta difícil que constante matrimonio en una situación estable de convivencia, se inicien pleitos para hacer cumplir el deber de contribución a los gastos familiares, para dilucidar quién ha de pagar el préstamo o en qué cuantía se ha de hacer, o, en fin, para el reembolso de los gastos pagados en exceso. De plantearse, sería un primer paso a lo inevitable como es la separación o divorcio.

Sobre tales bases, constante matrimonio se ha considerado el pago del préstamo como deuda de la sociedad de gananciales, cabe cuestionarse si tal consideración se mantiene o varía cuando tiene lugar la crisis conyugal, y se inician los correspondientes procesos de separación o divorcio.

Los artículos 90.d), 91 y 103.3 del Código Civil establecen que bien las partes puedan pactar o el juez decidir la manera de contribuir los cónyuges a las cargas del matrimonio⁸¹. Coincidimos con GARCÍA CANTERO en que no puede hablarse de

que debe pagarse por mitad. A nuestro entender mezcla conceptos, y aunque parece operar en la línea del Tribunal Supremo, luego parece que se aparta.

⁸¹ La sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 5.^a, de 9 de diciembre de 1997 (AC 1997/2566), señala que, el concepto de «cargas de matrimonio», que incluye el de alimentos, viene regulado sustancialmente en los artículos 90, 91 y 103.3 del Código Civil, y se refiere a las cantidades que debe entregar un cónyuge al otro y a los hijos como consecuencia de un supuesto de separación. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.^a, de 1 de abril de 1998 (AC 1998/4765), dispone que las cargas del matrimonio «puede considerarse como el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar, regulados en nuestro Código Civil, con referencia a las responsabilidades

cargas del matrimonio en los casos de divorcio; en todo caso, esta expresión sería aplicable a los casos de separación de mutuo acuerdo⁸². El artículo 90 permite a los cónyuges fijar en el convenio regulador las medidas que deben aplicarse tras la sentencia, que pone fin a la crisis conyugal. MARÍN LÓPEZ lo define como «el negocio jurídico familiar, que tiene carácter mixto, por intervenir los cónyuges y la autoridad judicial, que contiene las medidas definitivas que se aplican tras la sentencia definitiva de nulidad, separación o divorcio, supliendo de este modo la función que debería realizar el juez ex artículo 91 de no existir tal convenio regulador»⁸³. En todo caso, las medidas aprobadas conforme a este artículo 90 sustituyen desde el mismo instante de la sentencia a las medidas provisionales del artículo 103. Dentro del contenido del convenio en la letra d) se alude a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso. Cuando los cónyuges no han presentado convenio, o habiéndose presentado no ha sido aprobado por el juez, corresponde a este fijar las medidas definitivas que han de regir la sentencia de nulidad, separación o divorcio. Igualmente, estas medidas sustituyen, desde el momento de su otorgamiento, a las medidas provisionales (art. 103) que hayan estado vigentes durante la tramitación del procedimiento judicial. Entre tales medidas está la vivienda familiar y las cargas del matrimonio.

Por otra parte, además de los efectos señalados en el artículo 102, la admisión de la demanda ha de provocar otros efectos en varios ámbitos (respecto de los hijos, vivienda, carga del matrimonio, etc.), con el fin de garantizar los intereses personales y patrimoniales de los cónyuges hasta la finalización del proceso judicial. En el artículo 103 se regulan las medidas provisionales que el juez debe adoptar cuando no exista pacto entre los cónyuges. Entre estas, el apartado 3 señala la fijación de la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio,

de los patrimonios conyugales (arts. 1318, 1367 y 1438), y en cualquier caso no puede confundirse ese concepto con la pensión compensatoria prevenida en el artículo 97 del Código Civil y que solo procederá en la correspondiente sentencia de separación o divorcio».

⁸² GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 90 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. II, Edersa, Madrid, 1982, pág. 382. En este sentido, ROCA TRÍAS, E., «Comentario a los artículos 90 a 101 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 555, explica que el concepto de cargas del matrimonio presupone la convivencia; no obstante, añade que puede entenderse que subsistieren cargas para los supuestos de separación, pero no para los de divorcio o nulidad. Asimismo, MORENO MOZO, F., «Cargas del matrimonio y alimentos», *op. cit.*, págs. 42-44, insiste de nuevo en la idea de que las cargas del matrimonio, trasunto del deber de socorro mutuo, solo existen constante matrimonio, y aún vigente este, solo hasta que haya separación judicial, mientras el matrimonio se desarrolle en circunstancias normales; tras la crisis matrimonial, lo que existe será alimentos en los casos de separación, pensión compensatoria tanto para los supuestos de divorcio como para los de separación indemnización en los casos de nulidad del matrimonio. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 5 de febrero de 2004 (*JUR* 2004/263336) señala que «aunque el artículo 91 sigue hablando de cargas del matrimonio tal expresión, por lo antedicho, no puede incluir ya obligaciones directas a favor de cualquiera de los referidos miembros de la unidad familiar, sino que abarca aquellas responsabilidades que, contraídas durante la convivencia conyugal frente a terceros, deben seguir siendo afrontadas por los esposos no obstante la ruptura, como puede ser hipotecas o préstamos personales que graven la economía familiar» (*Fundamento de Derecho* 5.^º).

⁸³ MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al artículo 90 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, 3.^a ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 207.

incluidas si procede la *litis expensa*, establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares conveniente, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar a otro. Estas medidas se sustanciarán por el procedimiento establecido en el artículo 773 de la LEC, que las denomina «medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda» para distinguirlas de las medidas provisionalísimas o «medidas provisionales previas a la demanda» (arts. 104 del CC y 771 de la LEC). El juez deberá resolver sobre tales medidas provisionales al admitir la demanda de nulidad, separación o divorcio cuando ninguno de los cónyuges haya solicitado previamente las mencionadas medidas provisionalísimas. En todo caso, el juez debe fijar en qué cuantía contribuye cada cónyuge al levantamiento de las cargas del matrimonio. Si no existe acuerdo entre los cónyuges, el juez fijará tal cuantía teniendo en cuenta el régimen matrimonial de matrimonio, lo que se haya dispuesto sobre los hijos y la vivienda familiar, las medidas que se fijen sobre los bienes al amparo del artículo 103.4.^a y 5.^a, y en último término, las disponibilidades económicas de cada cónyuge.

En este contexto, sería quizás más correcto el término cargas familiares o de medidas, y en caso de separación judicial o de hecho, que, igualmente que en el divorcio hay una suspensión de la vida en común de los cónyuges, aunque, a diferencia de este, se mantiene el vínculo matrimonial, se puede hablar de obligación legal de alimentos a favor del cónyuge más necesitado de protección, y siempre que el otro cónyuge tenga medios económicos para prestarlos (arts. 146 y 148 del CC); de pensión compensatoria (art. 97 del CC), y, de alimentos a favor de los hijos —aunque solo respecto de los hijos mayores de edad, puesto que respecto a los menores no hay obligación de alimentos propiamente dicha, sino cumplimiento de los deberes inherentes a la filiación—. Puede decirse que «el deber conyugal de socorro mutuo (art. 68) se reduce al deber de alimentos, cuando se rompe la unidad de vida»⁸⁴. Respecto de la vivienda familiar, además de decidir sobre la atribución del uso, se plantea la cuestión del pago del préstamo hipotecario,

⁸⁴ MORENO MOZO, F., «Cargas del matrimonio y alimentos», *op. cit.*, pág. 43. En este sentido, GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 90 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 197-198, señala que «cesada la convivencia conyugal, el deber de socorro mutuo adquiere una fisionomía jurídica más perfilada, transformándose en el deber de alimentos entre cónyuges que el Código Civil regula con carácter preferente (arts. 142, 143.1 y 145, párrafo 3) bajo el aspecto de obligación de dar».

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.^a, de 5 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/84423), precisa en su *Fundamento de Derecho* 3.^º: «En la sentencia de separación no se ha de hacer una atribución selectiva de cargas del matrimonio, sino que se tienen en cuenta como necesidades de los integrantes de la familia nuclear, y en su caso, de las disponibilidades de los cónyuges para hacer frente a aquellas, y en razón a unas y a otras fijar la pensión que proceda. Es en el momento de la liquidación del régimen económico donde las cargas, si las hay, formarán parte del pasivo, y una vez dextraídas del activo, determinarán la formación del haber partible, produciéndose las adjudicaciones en la forma ordenada por la ley. Pero ahora no tienen otro significado que el de contribuir a delimitar el alcance y cuantía de los alimentos, sin perjuicio de que, por esa vía indirecta, se indique cuál de los cónyuges haya de satisfacer la carga, mas siempre y en todo caso, se tratará de una satisfacción conjunta y a la par, en cuanto uno y otro cónyuge, a través del pago de la pensión uno y de la aportación de lo que sea precisa, por el otro, forman el patrimonio familiar, en tanto este no se liquide. Es, por ello, que el Código Civil, en los artículos 91 y siguientes contiene previsión específica para que el juez acuerde sobre el pago de una singular carga o gravamen, a diferencia de lo que ocurre cuando son los propios

pues no olvidemos que habitualmente se conviene a largo plazo. Las posiciones son de nuevo las mismas que se han planteado constante matrimonio. Para una parte de la doctrina y jurisprudencia, el pago del préstamo con el que se adquirió la vivienda no debe variar como consecuencia de la separación o del divorcio mientras el inmueble siga cumpliendo la función de dar habitación a los hijos. Y, en consecuencia, estamos ante una carga del matrimonio, en la que habrá de establecerse la proporción de ambos cónyuges al sostenimiento de las mismas, pues, tal obligación de contribuir a las cargas del matrimonio comprende hacer todo lo necesario para la satisfacción del derecho; y si ello requiere garantizar la efectividad de los pagos so peligro de que se pueda ejecutar la hipoteca que recae sobre el inmueble, habrá que buscar la fórmula para ello⁸⁵. Mientras que

cónyuges a los que sí se les permite el pacto sobre este punto (art. 90 del CC), sin duda para facilitar la conclusión del convenio».

⁸⁵ FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, ÁLVAREZ-OSSORIO, M.^a del C., «Pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar: su consideración o no como cargo del matrimonio. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2011 (*JUR* 2011/939)», *op. cit.*, pág. 317; PÉREZ MARTÍN, A. J., «Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio regulador. Procedimiento consensual», en *Tratado de Derecho de Familia*, T. II, Lex Nova, Valladolid, 2009, pág. 233. Asimismo, en esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 10 de julio de 1995 (*AC* 1995/1488) señala que, de suerte que disuelta la sociedad de gananciales por virtud de sentencia de separación, la obligación de satisfacer las amortizaciones pendientes desde la fecha de esta resolución a la prevista para la extinción del préstamo, debe ser calificada como cargo del matrimonio de las mencionadas en el artículo 91 del Código Civil, ya que habiendo nacido vigente la sociedad conyugal perdura en el tiempo más allá de la extinción de esta; por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 3.^a, de 2 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/211839), asimismo, precisa en su *Fundamento de Derecho* 4.^º que, la amortización del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar —adquirida por ambos cónyuges para atender a sus necesidades de habitación— es una carga del matrimonio y obligación de ambos cónyuges de levantarla. Tal caracterización no se pierde tras la crisis matrimonial, mientras dicha vivienda continúa siendo el domicilio familiar y su uso y disfrute está atribuido a la madre bajo cuya custodia han quedado los hijos del matrimonio. La cuantía de las cuotas de amortización debe tomarse en consideración al cuantificarse la pensión frente a las cargas matrimoniales, que en el presente caso no ha sido solicitada como tal por la esposa o por el esposo. La sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.^a, de 5 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/84423), dispone, igualmente, en su *Fundamento de Derecho* 4.^º que: «Lo que se expresa es particularmente aplicable al pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar. Esta, según el artículo 96, a falta de acuerdo, se atribuye en uso a los hijos y al cónyuge con el que convivan, de modo que, siendo los hijos comunes menores de edad los titulares principales, y de primer grado de ese derecho de uso, se computa el mismo como parte integrante de la pensión alimenticia a su favor, pensión que engloba no solo el sustento sino también “la habitación” del alimentista (art. 142, párrafo 1.^º del Código Civil), y por ello, si esa vivienda donde se concreta ese aspecto de los alimentos genera el gasto correspondiente a la amortización del préstamo, los pagos pendientes de este se han de tener en cuenta para garantizar tan elemental faceta de la deuda alimenticia. En suma, no hay posibilidad de fijar una proporción en el pago de la deuda hipotecaria, sino tomándola en consideración, establecer la cuantía de la pensión alimenticia, completándola si es preciso, para hacer frente a esa deuda, como a todas las demás que genere el “sustento, habitación, vestido, y asistencia médica, educación e instrucción” que es justamente el contenido legal de los alimentos (art. 142 del CC)». En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 21 de febrero de 2005 (*JUR* 2005/84947), señala en su *Fundamento de Derecho* 3.^º que: «(...) el préstamo hipotecario es una carga del matrimonio en sentido estricto, concepto que comprende las

para otras, en la línea de la sentencia de 28 de marzo de 2011, estamos ante una deuda de la sociedad de gananciales, cuya consideración, igualmente, no varía en la situación de crisis matrimonial, y corresponde a ambos cónyuges el pago por mitad; además cualquier novación modificativa que varíe el tipo contractual establecido, requerirá el consentimiento del acreedor⁸⁶. Si bien, no faltan en la

obligaciones que gravan la economía familiar y deben seguir siendo afrontadas respecto a terceros con independencia de la ruptura de la unión nupcial y en la demanda se solicita ba en concepto de pensión alimenticia y para el levantamiento de las cargas familiares, la cantidad de 3.600 euros mensuales, cantidad que excede con mucho del importe mensual de la cuota del préstamo hipotecario, siendo la razón que determina que dicha decisión sea adecuada a Derecho la enorme disparidad económica de ambos litigantes»; también, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 3 de diciembre de 1996 (AC 1996/2412); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 17 de febrero de 1998 (AC 1998/4886); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 13 de octubre de 1998 (AC 1998/8968); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 9 de febrero de 1999 (AC 1999/4031); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 2 de julio de 1999 (AC 1999/7978); de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3.^a, de 23 de septiembre de 1999 (AC 1999/6577); de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.^a, de 17 de noviembre de 1999 (AC 1999/2412); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 17 de enero de 2000 (JUR 2000/142509); de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3.^a, de 6 de marzo de 2000 (JUR 2001/106347); de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.^a, de 12 de abril de 2000 (AC 2000/3607); de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5.^a, de 20 de julio de 2000 (JUR 2001/15447); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 16 de febrero de 2001 (JUR 2001/136993); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 26 de abril de 2002 (JUR 2002/197476); de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 1 de octubre de 2002 (AC 2002/1840); de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1.^a, de 22 de mayo de 2003 (JUR 2003/173093); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.^a, de 19 de diciembre de 2005 (JUR 2006/52571); de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.^a, de 10 de mayo de 2006 (JUR 2006/260633); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.^a, de 22 de mayo de 2006 (JUR 2006/280030); de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2.^a, de 16 de abril de 2007 (JUR 2007/262544); de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.^a, de 19 de noviembre de 2007 (JUR 2008/76371); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12.^a, de 17 de abril de 2008 (JUR 2008/179146); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.^a, de 5 de febrero de 2009 (JUR 2008/208317).

⁸⁶ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.^a E., «Obligaciones de los cónyuges tras el divorcio y la separación», *op. cit.*, págs. 51 y 57; CASTILLA BAREA, M., y CABEZUELO ARENAS, A. L., «Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio», en *Tratado de Derecho de Familia*, vol. II, *Las crisis matrimoniales*, directores: Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2011, pág. 473. La sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 18 de febrero de 1995, señala en su *Fundamento de Derecho tercero* que: «(...) no debe olvidarse que en tanto no se produce la liquidación de la sociedad de gananciales, la vivienda es de propiedad ganancial, debiendo participar ambos cónyuges en su pago, no resultando ajustada al presente caso la pretensión última de que sea el esposo quien corra con los gastos de amortización del préstamo hipotecario concertado para la adquisición de la vivienda, pues, en cualquier caso, no existe el interés prevalente de mantener la misma en beneficio de los hijos, todo ello, sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 1398.3.^º del Código Civil». Asimismo, vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de 12 de febrero de 1992 (AC 1992/317); de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 22 de julio de 1992 (AC 1992/1074); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 25 de noviembre de 1997 (AC 1997/2559); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 24 de abril de 1998 (AC 1998/4461); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1.^a, de 13 de abril de 1999 (AC 1999/600); de la Audiencia Provincial de León, Sección 1.^a, de 26 de mayo de 1999 (AC 1999/4959); de la Audiencia Provincial de Bar-

doctrina quienes para decidir en uno u otro sentido, atienden al criterio de si el gasto del pago de la hipoteca asumido por los cónyuges se destina a satisfacer necesidades mínimas comunes o primarias, de la familia en cuyo caso estamos ante una carga del matrimonio, o, se trata de un acto de inversión que excluye tal consideración⁸⁷; y en la jurisprudencia menor, para excluir la existencia de cargas

celona, Sección 18.^a, de 20 de septiembre de 1999 (*AC* 1999/2060), propiedad en común y pro indiviso de los cónyuges; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.^a, de 7 de abril de 2000 (*JUR* 2000/183920); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 1 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/133645); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.^a, de 5 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/20778); de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 7.^a, de 20 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/222906); de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.^a, de 11 de junio de 2002 (*JUR* 2002/224639); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 30 de abril de 2003 (*JUR* 2003/254341); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 16 de diciembre de 2003 (*JUR* 2004/30138); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 17 de junio de 2004 (*JUR* 2005/1988); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.^a, de 1 de octubre de 2004 (*JUR* 2004/304663); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 6 de julio de 2005 (*JUR* 2005/202903); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.^a, de 13 de julio de 2005 (*JUR* 2006/4774); de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4.^a, de 22 de diciembre de 2005 (*JUR* 2006/161945); de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.^a, de 8 de marzo de 2006 (*JUR* 2006/207734); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 2 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/272284); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 20 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/120508); de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.^a, de 13 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008/70376); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.^a, de 18 de diciembre de 2007 (*JUR* 2008/90441); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.^a, de 29 de enero de 2008 (*JUT* 2008/132034); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.^a, de 17 de julio de 2008 (*JUR* 2008/271933); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.^a, de 15 de enero de 2010 (*JUR* 2010/149768); de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.^a, de 23 de febrero de 2010 (*JUR* 2010/185041); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.^a, de 1 de marzo de 2010 (*JUR* 2011/13285); de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.^a, de 17 de marzo de 2010 (*JUR* 2010/364731); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.^a, de 12 de julio de 2010 (*JUR* 2010/417517); de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3.^a, de 25 de febrero de 2011 (*JUR* 2011/157440); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.^a, de 11 de julio de 2012 (*JUR* 2012/353825).

⁸⁷ MIRALLES GONZÁLEZ, I., «El deber de contribución a las cargas del matrimonio contante matrimonio», *op. cit.*, págs. 594-595 y 597, considera que los alimentos de los cónyuges y los alimentos de los hijos comprenden todos los conceptos contenidos en el artículo 142, salvo la educación de los cónyuges, y, en consecuencia, se incluye todo aquello que sea necesario para la vida diaria de los cónyuges e hijos. A la familia le corresponde no solo cubrir las necesidades mínimas de sus miembros, sino también lo que sea necesario para contribuir a su desarrollo, de manera que todo gasto dirigido a satisfacer esas necesidades será carga a la que deban contribuir ambos cónyuges, si bien ha de estar en correspondencia con los recursos económicos y el nivel de vida de la familia. Si bien, añade que, si los gastos se realizan para atender necesidades familiares, aunque no sean gastos necesarios y excedan del nivel de vida asumido por la comunidad, serán de carga del matrimonio, cuando sean asumidos o se realicen de común acuerdo entre los cónyuges, de otro lado, si el gasto extraordinario que se realiza por uno solo de los cónyuges tiene carácter necesario (art. 1368 del CC), o inevitable, con independencia de su cuantía, también se considerará carga, ya que forzosamente ello tiene que significar que se trata de atender alguna de las cargas del matrimonio. Sin embargo, ÁLVAREZ OLALLA, P., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2006», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 74, 2007, pág. 898, señala que, cargas del matrimonio son los gastos destinados a satisfacer las necesidades primarias de los cónyuges e hijos comunes enumerados en el artículo 142 del Código Civil, pero quedan

del matrimonio entre cónyuges divorciados o separados, aducen la quiebra de la convivencia, de los vínculos de la solidaridad familiar derivados de esta, y, en consecuencia, la inaplicabilidad de todas aquellas normas inherentes a la misma destinadas a ordenar la economía de los cónyuges⁸⁸; o, simplemente, para determinar a quién corresponde el pago del préstamo hipotecario parten de la diferente situación económica de los cónyuges⁸⁹; o, en fin, se considera que, la atribución del uso de la vivienda conlleva el pago del préstamo hipotecario⁹⁰.

En todo caso, recordemos que la citada Resolución del Tribunal Supremo formula como doctrina que 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 del Código Civil y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los artículos 90 y 91 del Código Civil. Y, además, añade que deben distinguirse dos tipos de gastos que pueden afectar a la vivienda familiar: «1) *Los relacionados con la conservación y*

fuera los gastos destinados a la adquisición de bienes de inversión, incluso aunque mediante su uso y disfrute se satisfagan necesidades familiares primarias o secundarias, como ocurre en el caso de adquisición de vivienda habitual, porque ello va más allá del mero objetivo de satisfacción de una necesidad familiar, no va exclusivamente destinado a ello, sino a la formación de un patrimonio inmobiliario.

⁸⁸ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 7 de enero de 2000 (*AC* 2000/746); de la misma Audiencia y Sección, de 2 de enero de 2003 (*JUR* 2003/108268) señala en su *Fundamento de Derecho* 3.^º que «(...) Disuelta la “vigencia” del matrimonio, tanto las reglas del régimen económico-matrimonial primario como las que sean de aplicación en virtud de los capítulos matrimoniales, si existiesen, o del régimen legal supletorio, establecen la forma en la que ha de participar cada esposo en las cargas del matrimonio, tanto de gastos de sostenimiento, alimentos, incluido capítulo vivienda, como de inversiones privativas comunes. Para los post-cónyuges no existe regulación específica, sin que pueda hacer distinción entre separados, divorciados o anulados, puesto que la *ratio legis* de la vinculación patrimonial en el reparto de las cargas comunes no es otro que la convivencia. La separación matrimonial determina la “disolución del régimen económico” (art. 95 del CC), sea cual sea este (puesto que aun la separación estricta de bienes persiste el ámbito del régimen primario y los eventuales bienes adquiridos en régimen de proindivisión). Con la disolución del régimen las normas relativas a la contribución a las cargas comunes dejan de ser aplicables, aunque todavía no se haya producido la liquidación».

⁸⁹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.^a, de 20 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/170534); de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2.^a, de 1 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/149978), amortización en solitario a cargo del esposo por carencia de ingresos de la esposa; de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.^a, de 23 de julio de 2002 (*JUR* 2002/262045), abono por el esposo de conformidad con sus circunstancias económicas, pues, el nivel de vida es muy superior al de su esposa; de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.^a, de 17 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/193033), la diferente situación económica de la esposa y marido justifica que, al marido le corresponda el abono del 70 por 100 de la carga hipotecaria, dado que en cierto modo actúa como reequilibrador de los diferentes ingresos de uno y otro cónyuge; de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4.^a, de 5 de julio de 2006 (*JUR* 2006/246022); y, de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.^a, de 22 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/297423).

⁹⁰ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 22 de noviembre de 2006 (*JUR* 2007/164393); de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.^a, de 22 de mayo de 2007 (*JUR* 2007/253349); de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.^a, de 31 de julio de 2007 (*JUR* 2007/340864); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.^a, de 22 de septiembre de 2008 (*JUR* 2009/94697); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.^a, de 30 de septiembre de 2010 (*JUR* 2010/385397).

mantenimiento del inmueble destinado a vivienda familiar, que sí tiene la categoría de gastos familiares aun después de la disolución del matrimonio; 2) El pago de las cuotas del préstamo 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 todo caso, se tratará de un problema de liquidación de sociedad de gananciales, que debe resolverse entre los cónyuges en el momento de 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».

Esta solución es también la adoptada por el artículo 231-5 del Código Civil catalán que modifica el artículo 4 del antiguo Código de Familia, pues, en dicho precepto se ha eliminado de la consideración de cargas familiares, el pago de las cuotas dirigidas a la adquisición de bienes destinados a vivienda⁹¹. Además, el artículo 233-23 del citado cuerpo legal, dispone en su párrafo primero que «en caso de atribución o distribución del uso de la vivienda, las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución», mientras que el párrafo segundo considera que, «los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y las tasas de devengo anual corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso»⁹².

En base a lo que es nuestra opinión coincidente en parte con la citada sentencia, la situación no varía cuando se produce la crisis matrimonial⁹³. Estamos ante una deuda de la sociedad de gananciales (art. 1362.2 del CC), y aunque puede objetarse que la sociedad de gananciales se disuelve con la separación o el divorcio.

⁹¹ El artículo 4 del Código de Familia disponía al respecto que: «1. Tienen la consideración de gastos familiares los necesarios para el mantenimiento de la familia, con adecuación a los usos y el nivel de vida familiar, y en especial: a) Los originados en concepto de alimentos en su sentido más amplio, de acuerdo con la definición que hace del mismo el presente Código; b) Los de adquisición y mejora, si es de titularidad conjunta, de las viviendas u otros bienes de uso de la familia y, en todos los casos, los gastos de conservación. Los derivados de la adquisición, de pago de mejoras y de préstamos concedidos con la finalidad de adquirir o realizar mejoras en la vivienda familiar o en otros bienes de uso de la familia únicamente tienen la consideración de gastos familiares, en la parte que corresponda al valor, de su uso, si se trata de bienes de titularidad de uno de los cónyuges en el régimen de separación de bienes o si se trata de bienes privativos en los demás regímenes económicos matrimoniales. En todos los casos también son gastos familiares los de conservación; c) Las atenciones de previsión, médicas y sanitarias».

En la línea, de lo que disponía el citado artículo 4 del Código de Familia, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 17 de enero de 2000 (*JUR* 2000/142509), considera que constituyen cargas del matrimonio, acordada la separación, los ocasionados por la amortización del préstamo hipotecario, y el impuesto sobre Bienes Inmuebles, impuesto directo, real y objetivo que grava la titularidad de los bienes inmuebles.

⁹² Igualmente, el Auto de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.^a, de 24 de abril de 1997 (*AC* 1997/968), las cuotas de la comunidad están comprendidas en la contribución a las cargas del matrimonio, constituyen un gasto ordinario necesario para el sostenimiento de la familia y no requieren tratamiento separado.

⁹³ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.^a, de 12 de abril de 2000 (*AC* 2000/3607).

Es cierto que, en tanto como en este caso, no se liquide, estamos ante lo que se denomina «comunidad postganancial o postmatrimonial»⁹⁴ —de la que son titulares los cónyuges o excónyuges, o el cónyuge superviviente y los herederos del cónyuge fallecido (o declarado fallecido)— que, como coincide la mayoría de la doctrina, el patrimonio ganancial subsiste y continúa respondiendo de las deudas contraídas con anterioridad a la disolución, como sería el pago del préstamo hipotecario. Constituye una realidad que el patrimonio común se puede agotar —en cuanto han desaparecido las fuentes de las que se nutría el patrimonio ganancial—, al no incrementarse con los rendimientos del trabajo de los cónyuges, que suele ser la principal fuente de ingresos, además de con los frutos o rendimientos de los bienes privativos de los cónyuges, que pasarán a formar parte de su patrimonio privativo. Pero en tanto esto no suceda, dicho patrimonio común ha de seguir respondiendo de los pagos del crédito hipotecario que, no obstante puede experimentar aumentos (con los frutos o rendimientos de bienes comunes) o cambios en su composición (cobro de créditos comunes u otros casos de subrogación real). Si no hay efectivo común, o es insuficiente habrá que, hacer frente al pago del crédito hipotecario con los patrimonios privativos de los cónyuges⁹⁵. Si uno paga más, puede reclamar

⁹⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ C., «La sociedad de gananciales», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, volumen coordinado por Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 3.^a ed., Colex, Madrid, 2011, pág. 259, señala que a falta de reglas específicas, la comunidad postganancial se regirá por las de la comunidad ordinaria en cuanto sea aplicables a una comunidad universal y no por las reglas de la sociedad de gananciales. Por su parte, DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 202, manifiestan al respecto que, en principio es razonable entender que no estamos ante una comunidad sobre cada uno de los bienes o derechos, que se regularían por los artículos 392 y siguientes, sino que es probable por la remisión que el Código hace a la partición y liquidación de la sociedad de gananciales que, sea una comunidad de naturaleza especial equiparable a la comunidad hereditaria antes de la partición, es decir, tendremos un patrimonio cuya titularidad la ostentan varias personas. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 10 de julio de 1995 (AC 1995/1488) dispone que, se acomoda en mayor medida al estatuto de comunidad ordinaria, en la que ambos comuneros ostentaran una cuota idéntica sobre ese conjunto patrimonial en liquidación entendido en su unidad global, comprensiva de bienes, derechos y obligaciones; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 7 de febrero de 2007 (JUR 2007/205101). Para RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La comunidad postganancial*, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 42-43, estamos ante una cotitularidad sobre un patrimonio especial, que se halla sujeto al levantamiento de determinadas cargas y afecto a ciertas responsabilidades, pero que no proporciona un derecho diferenciado y distinto sobre una *universitas*.

⁹⁵ En esta línea, MORENO MOZO, F., «Cargas del matrimonio y alimentos», *op. cit.*, págs. 128-129 señala que, «tampoco es cierto, como a veces se afirma que, existente una vivienda familiar (privativa o ganancial) cuyo precio se deba en todo o en parte, el pago de ese precio constituya una carga del matrimonio. Verdaderamente, el pago del precio deberá soportarlo uno o ambos cónyuges en cuanto sean y en la medida en que sean titulares del inmueble en cuestión. Así, si se trata de un régimen de separación de bienes y el titular del inmueble es solo uno de los cónyuges, este exclusivamente deberá afrontar el pago (art. 1440.1 del CC). Si la vivienda es ganancial, el pago del precio será de cargo de los gananciales (art. 1362.2 del CC) pero no una carga del matrimonio incluyible en el artículo 1362.1». La trascendencia de esta distinción es importantísima, añade el autor, «en primer lugar, es indudable que los hijos no deberían asumir nunca el pago, no solo porque no sean titulares del inmueble, sino porque al no representar el gasto una carga del matrimonio, tampoco estarán obligados a asumirlos de forma equitativa, lo que sí ocurriría, si realmente constituyera una carga matrimonial (art. 155.2.^º del CC). En segundo lugar —aspecto esencial— disuelta la sociedad de gananciales, los cónyuges, si los bienes comunes no son

lo pagado en exceso, lo que no podría hacer, si se trata de una carga, porque es contribución obligada al sostenimiento de la familia⁹⁶.

De manera que el pago de la hipoteca constante matrimonio y tras la situación de crisis conyugal va ligado al título de constitución del préstamo hipotecario —y no como señala la sentencia de 28 de marzo de 2011, necesariamente al título de adquisición de la propiedad del bien—, pues, el acreedor hipotecario es ajeno a lo que suceda en las relaciones *inter conyugales*⁹⁷. Aun en situación de crisis conyugal, aquél puede dirigirse contra cualquiera de los cónyuges para reclamar el pago, pues, no olvidemos que se obligaron solidariamente⁹⁸, y sin que el convenio regulador o la correspondiente sentencia judicial de nulidad, separación o divorcio puedan novar el contenido obligacional del título por el que se constituyó la obligación de pago⁹⁹. En todo caso, el establecimiento de una contribución desigual y distinta en el pago del préstamo hipotecario de la que resulte del título constituido, una vez que tiene lugar la situación de crisis

suficientes para afrontar el pago del precio pendiente, deberán soportarlo, en la esfera interna y en última instancia, por mitad con cargo a sus respectivos patrimonios privativos en cuanto serán, a la poste, titulares por iguales mitades del inmueble, y nunca deberán asumir el pago en proporción a sus respectivos recursos económicos, como si cabría defender si se tratase de una carga del matrimonio».

⁹⁶ La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.^a, de 12 de mayo de 2003 (AC 2003/1676), señala que, al considerarse el pago del préstamo hipotecario como contribución a las cargas de la familia destinadas a satisfacer las necesidades alimenticias de vivienda de las hijas, no dará lugar a reembolso alguno en la futura liquidación del bien común. Sin embargo, GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «La sociedad de gananciales en liquidación: especial referencia a la comunidad postganancial surgida con ocasión de la crisis conyugal», en *Actualidad Civil*, 1999-2, pág. 366, después de afirmar que, el pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar es una carga del matrimonio, entiende que respecto de quien afronta la totalidad del pago, ha de computarse lo pagado en exceso en el momento liquidatorio.

⁹⁷ La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 7 de enero de 2000 (AC 2000/746), precisa, en este sentido, que el cumplimiento de la obligación hipotecaria frente a la entidad prestamista ha de hacerse a tenor del título que la constituyó. En la misma línea, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 16 de enero de 2001 (*JUR* 2001/114463); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.^a, de 24 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/200561); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 25 de enero de 2002 (*JUR* 2002/111416); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.^a, de 24 de abril de 2008 (*JUR* 2008/197008); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 17 de marzo de 2009 (*JUR* 2009/379129).

⁹⁸ En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 13 de octubre de 1998 (AC 1998/8968) señala en su *Fundamento de Derecho* 2.^º que: «(...) la regulación de las denominadas cargas del matrimonio tienen por finalidad la adecuada contribución a los gastos, que origine la subsistencia de la familia, incluida la litisexpensas [arts. 90.c), 91, 93 y 103.3 del CC], pero no aquellos gastos en los que aparece como acreedor un prestamista (Banco, Caja o entidad de ahorro), frente al cual se obligan ambos cónyuges en la forma y con el contenido de la escritura de constitución del préstamo hipotecario».

⁹⁹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 31 de julio de 1998 (AC 1998/6186); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 2 de mayo de 2000 (*JUR* 2000/209857); de la Audiencia Provincial de Segovia, Sección 1.^a, de 30 de junio de 2004 (*JUR* 2004/197286), la asunción conjunta y por mitad entre ambos obligados no puede modificarse en la ejecución del título judicial; y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 27 de abril de 2006 (*JUR* 2006/272473). Sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 16 de abril de 2007 (*JUR* 2007/313697), se da por válido el convenio *inter partes* por el que se acuerda que el crédito hipotecario sobre la vivienda ganancial sea abonado exclusivamente por la esposa.

conyugal, no debe ser excluida por principio, si existe acuerdo entre los cónyuges al respecto; ahora bien, la no intervención del acreedor en ese acuerdo prestando su consentimiento determina que la obligación se mantenga subjetivamente inalterada; lo que no impide la validez y eficacia *inter partes* del acuerdo de asunción del pago celebrado entre ambos deudores, si bien, no respecto del acreedor que mantiene inalterable su posición crediticia, salvo que consienta la novación subjetiva de la obligación¹⁰⁰.

Lo cierto es que al no existir convivencia entre los cónyuges tras la crisis matrimonial decae el fundamento del deber de contribución a las cargas del matrimonio, basado como bien sabemos, en la colaboración, solidaridad conyugal, ayuda mutua entre ambos cónyuges, y, en el consumo y disfrute de bienes en común; lo único que puede solicitar un cónyuge al otro como medidas en convenio regulador o en la correspondiente resolución judicial, será su derecho de alimentos, pensión compensatoria, contribución a los gastos ordinarios y, en su caso, extraordinarios de los hijos comunes, atribución del uso de la vivienda¹⁰¹.

Desde tal perspectiva, entre las cargas del matrimonio no puede situarse el pago de las deudas como la hipotecaria, ni siquiera las originadas por la adquisición de la vivienda familiar, porque ésta es una cuestión ya determinada, como hemos expuesto, por contrato de préstamo, aunque si puede tener alguna repercusión excepcionalmente en algunas de las medidas que, hemos citado.

Ahora bien, tras la crisis matrimonial y, por ende, la disolución del régimen económico no cabe duda que, la capacidad de los excónyuges se ve mermada considerablemente, al haber menos ingresos (o quizás ninguno) para ambas partes. Y aunque los recursos económicos de los que disponen los excónyuges no se toman como base para determinar a quién corresponde y en qué proporción el pago del préstamo hipotecario, si, en cambio, puede ser un criterio a tener en cuenta para el cálculo de otras medidas que se adoptan, bien en convenio regulador debidamente homologado judicialmente, bien en el correspondiente proceso contencioso (pensión compensatoria, alimentos, uso de la vivienda). Precisamente, en la combinación del pago de la hipoteca con esas otras medidas, parece posible y conveniente —entre otras cosas para evitar un posible impago de las cuotas hipotecarias y la pérdida de la vivienda— que, en la determinación del obligado y del cálculo de su cuantía de aquellas, se tenga en cuenta los recursos económicos de los que disponen las partes. Lo cierto que, a ello favorece la existencia de una tendencia mayoritaria en la doctrina de dotar de valor económico al uso de la vivienda, y, en consecuencia, de computarse como tal a la hora de fijar la pensión alimenticia o pensión compensatoria. Así, respecto de los alimentos, se considera que la adjudicación del uso y disfrute de la vivienda familiar cubre la necesidad de habitación a la que se refiere el artículo 142 del Código Civil, y, por tanto, constituye pago en especie de dicha pensión. Y, en relación a la pensión compensatoria se tiende a considerar como una circunstancia más a tener en

¹⁰⁰ RUBIO, G., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de marzo de 2011», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 88, enero/abril de 2012, pág. 368. Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 8 de febrero de 1999 (AC 1999/2852); y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.^a, de 19 de noviembre de 2007 (JUR 2008/65871).

¹⁰¹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 8 de febrero de 2012 (LA LEY 54195/2012), señala que, aunque la pensión compensatoria y los alimentos legales entre cónyuges tienen finalidad y características distintas, esto da soporte a su compatibilidad.

cuenta a la hora de determinar su importe conforme lo previsto en el artículo 97 del Código Civil, el hecho que el cónyuge no usuario esté obligado a pagar un alquiler y parte del préstamo hipotecario¹⁰². Así, ROCA TRIAS mantiene, por un lado, que la atribución de la vivienda familiar prevista en el artículo 96 del Código Civil puede considerarse como una forma de contribución que asume una parte del contenido de los alimentos; y, por otro, señala que la cuantía de la pensión compensatoria debe ser menor, teniendo en cuenta que el artículo 97 alude a otras circunstancias que hay que tener en cuenta, cuando el cónyuge titular ha cedido el uso de la vivienda al no titular, con lo que subviene una parte de sus necesidades¹⁰³. ELLORIAGA DE BONIS, asimismo, considera que la atribución del uso de la vivienda a los hijos y al cónyuge, en cuya compañía queden, es una de las formas de contribuir a las cargas de conformidad con el artículo 154.1 en relación con el artículo 141.1 del Código Civil. Dicha atribución, precisa, tiene un valor económico, por lo que es lógico que el cónyuge perjudicado con el no uso de la vivienda, sea, al menos, beneficiado con una menor contribución al resto de las cargas; incluso, la pensión compensatoria por desequilibrio regulada en el artículo 97 podría verse reducida¹⁰⁴. Por su parte, MURCIA QUINTANA manifiesta, igualmente, que el disfrute de la vivienda familiar por los hijos menores del matrimonio supone la satisfacción de sus obligaciones de contribución a las cargas del matrimonio y de pago de alimentos por parte del cónyuge que no tiene a su cargo la guarda; se trataría, precisa el autor, de una contribución en especie o como satisfacción *in natura* de parte de los alimentos debidos¹⁰⁵. Asimismo, excluye la pensión compensatoria a favor del cónyuge adjudicatario del uso, si la atribución del uso de la vivienda resulta suficiente para conservar el mismo nivel económico anterior. En relación con la contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes, RIBERA BLANES afirma que el uso de la vivienda constituye una forma de contribuir en especie del cónyuge que es titular del bien correspondiente. Normalmente, precisa, la contribución no se limita a la aportación del bien en cuestión, sino también a los objetos que se encuentran en él. Ahora bien, esta forma de aportación de bienes propios considera la autora, constituye también una forma de contribuir a las cargas del matrimonio en los casos de separación judicial, en estos casos, la autoridad judicial concede a uno de los cónyuges la facultad de ocupar la residencia familiar que pertenece en propiedad a su consorte sin obligarle al pago de una contraprestación. Y, finalmente, señala que la aportación de un bien inmueble para contribuir a las cargas

¹⁰² RUBIO, G., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de marzo de 2011», *op. cit.*, pág. 369, asimismo, opta por qué el pago del préstamo hipotecario en proporción exacta a lo que resulta del título constitutivo, vaya acompañado de una ponderación sobre el resto de las medidas a acordar en el proceso de separación o divorcio. Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 25 de noviembre de 1997 (AC 1997/2559); y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.^a, de 2 de marzo de 1999 (AC 1999/4917), la inclusión en el concepto de alimentos de la atribución del uso de la vivienda.

¹⁰³ ROCA TRIAS, E., «Comentario al artículo 93 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil*, T. I, dirigidos por Cándido PAZ ARES, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y Pablo SALVADOR CODERCH, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 393.

¹⁰⁴ ELLORIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 388.

¹⁰⁵ MURCIA QUINTANA, E., *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 del CC)*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 380-382.

del matrimonio ha de valorarse atendiendo a la renta que tendría que satisfacer por el arrendatario de un bien de similares características, a un tercero. No sería difícil fijar el precio, simplemente habría que atender a los criterios de mercado¹⁰⁶. Por último, en relación con el pago de la hipoteca, piensa GARCÍA DE BLAS que, puede ser computado dentro de la pensión compensatoria atribuida al cónyuge o dentro de la obligación alimenticia a favor de los hijos; en cualquiera de estas formas, considera que «el pago del préstamo hipotecario no genera reembolso alguno por quien paga una vez liquidado el bien»¹⁰⁷.

En esta línea, una parte de la jurisprudencia, atendiendo a los recursos económicos de los cónyuges, condiciona la decisión sobre el pago del préstamo hipotecario y su cuantía, a otras medidas como las pensiones alimenticias debidas a los hijos o la pensión compensatoria, que debe asumir el cónyuge obligado, o incluso la propia atribución del uso de la vivienda, en unos casos reduciéndolas y en otras compensándolas. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 7 de febrero de 2007, precisa en su *Fundamento de Derecho 3.^º* que: «(...) Ha quedado acreditada la diferencia de ingresos de las partes; el hecho de haberse atribuido el uso de la vivienda que fue familiar a favor de la señora Amelia, lo que tiene un evidente contenido económico, además de la cotitularidad de dicha vivienda por ambas partes, impide que se pueda fijar una pensión compensatoria a su favor, pues los ingresos del demandado quedan mermados con los importantes gastos que tienen que afrontar con el pago de la mitad de las cuotas hipotecarias y la renta por alquiler de una vivienda para sí mismo. Todo ello podría obviarse si las partes se pusieran de acuerdo y vendieran el referido inmueble, medida que esta Sala no puede acordar, pero sí las partes, lo que supondría un importante capital tanto para la señora Amelia como para el señor Benedicto, por lo que sus economías serían más holgadas, y podrían, en su caso, revisarse la pensión alimenticia de la hija común, siempre que se acreditará una sustancial modificación de las circunstancias»¹⁰⁸.

¹⁰⁶ RIBERA BLANES, B., «La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes», *op. cit.*, págs. 116-119.

¹⁰⁷ GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, M.^a L., «La vivienda familiar en situaciones de normalidad y de crisis», en *Conflictos en torno a los patrimonios personal y empresariales*, coordinadores: Martín GARRIDO MELERO y Josep M.^a FUGARDO ESTIVILL, T. II, Bosch, Barcelona, 2010, pág. 1147.

¹⁰⁸ JUR 2007/205121. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 15 de diciembre de 1994 (AC 1994/2304), después de relacionar la atribución de uso de la vivienda como parte de la pensión alimenticia, dispone que, el pago de la carga hipotecaria corresponde al esposo en unas 2/3 y a la esposa en la 1/3 parte restante; la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 10 de junio de 1995 (AC 1995/1488), en su *Fundamento de Derecho 4.^º*, señala que: «No puede dejar de subrayarse que el uso de la susodicha vivienda familiar fue atribuida a la hija del matrimonio menor de edad, junto con la madre a la que se confió su guarda y custodia, y que la aludida asignación del uso participa, en alguna medida, de la naturaleza de la pretensión alimenticia, siendo criterio legal bien conocido el que proclama la preferencia del beneficio o interés de los menores en cuantas cuestiones dimanan de los procesos matrimoniales y les afecten, habiendo de adoptar el juez, incluso de oficio, las cautelas o garantías precisas para asegurar la efectividad de las prestaciones acordadas, como señalan los artículos 91 y 93 del Código Civil. Y, en este orden de ideas, es patente que la obligación impuesta al padre de satisfacer la parte correspondiente de las amortizaciones del préstamo hipotecario, sin necesidad de acudir al procedimiento de liquidación de la sociedad conyugal, propiciará la estabilidad del uso asignado, evitando que por dificultades económicas de la madre pudiera darse lugar

a la ejecución hipotecaria, con el riesgo de pérdida de la vivienda; por lo que también desde esta perspectiva resulta procedente la estimación de la pretensión deducida»; por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 1.^a, de 26 de mayo de 1999 (*AC 1999/4959*), dispone en su *Fundamento de Derecho 2.º* que, el marido debe satisfacer la mitad de la cuota de amortización del préstamo hipotecario que grava la vivienda conyugal, y, consecuentemente debe reducirse a 40.000 pesetas la cantidad a satisfacer mensualmente a cada uno de sus dos hijos —Álvaro y Mario—, con precisión en cuanto a las cantidades por concepto de gastos extraordinarios que serán satisfechas por mitad entre ambos cónyuges. Al producir la sentencia firme de separación conyugal la disolución del régimen económico-matrimonial, y siendo un bien ganancial la vivienda familiar, el aporte de la mitad de dicha cuota por cada uno de los cónyuges no hace sino facilitar tal situación en lo más posible, y con ello el padre no destina la cantidad correspondiente a satisfacer un concreto gasto, sino precisamente en la reducción de la hipoteca de un bien en cuya mitad es propietario, teniendo siempre presente que las cantidades fijadas por los diversos conceptos en la sentencia de instancia, y modificación de la presente pueden siempre adecuarse a las concretas necesidades de los padres e hijos conforme dispone la normativa legal o se produzcan alteraciones sustanciales de las concretas circunstancias de cada uno de los interesados». En la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1.^r, de 7 de noviembre de 2003 (*JUR 2004/50100*), se pone de manifiesto en su *Fundamento de Derecho 1.º* que, en la fijación de las pensiones a favor de los descendientes, la juzgadora *a quo* tuvo en consideración, como claramente se especifica en la resolución, que las mencionadas prestaciones no se verán minoradas por la necesidad de satisfacer cantidad alguna en concepto de habitación, por ser la morada propiedad de las partes, y satisfacer el padre las cuotas del préstamo, cuya cuantía también fue computada a la hora de distribuir los ingresos excedentes del progenitor entre la madre e hijos que conviven en el indicado domicilio, y el esposo que ha salido de la casa y ha de sufragar los gastos de otra residencia. (...) Por lo que interesa que el padre siga abonando las cuotas hasta que se produzca la independencia económica de los hijos, dado que, el padre aceptó dicha carga mientras la vivienda estuviese atribuida al hijo y al progenitor que con él conviviera. (...) Desde otro punto de vista, es evidente que al establecer las pensiones efectivamente se tuvo en cuenta que la madre y los hijos, que no disponen de otros ingresos, no tendrían que pagar alquiler ni atender a las amortizaciones del préstamo y que, por el contrario, si debería sufragarlas íntegramente el padre, lo que reduciría el aludido monto del saldo neto resultante para el marido que debería simultáneamente atender a su propia habitación, equilibrio que resultaría roto cuando se produjera la liquidación de los gananciales, con el consiguiente empobrecimiento de la parte más débil y enriquecimiento de quien dispone de mayores medios, ante lo cual, procede acceder a que la obligación de pago del préstamo continúe a cargo del padre, mientras que los hijos no tengan independencia económica y ello al margen de que se liquide o no la sociedad de gananciales, conclusión a la que no obsta la consideración de tipo técnico jurídico relativa a que *el pago de las cuotas fue establecido en concepto de contribución a las cargas de la sociedad de gananciales, puesto que, si bien es cierto que, una vez liquidada dicha sociedad, ya no existirán cargas derivadas de la misma, no lo es menos que el mantenimiento después de dicho momento de la obligación de pago por el padre, puede de establecerse como un complemento de la pensión alimenticia a favor de los hijos*, ya que nada impide que se separen en partidas diferenciadas el coste derivado del mantenimiento de la vivienda mediante el abono del préstamo, y el resto de las que integran la pensión alimenticia, cuyo resultado sería idéntico que el de establecer que, *una vez producida la liquidación, la pensión total a favor de los hijos se incrementase en el monto equivalente a la mayor disponibilidad obtenida por el padre al liberarse de la mitad de la aludida obligación y consiguiente empobrecimiento del resto de la familia, máxime cuando la cuantía de la pensión compensatoria no permitiría hacer frente a la mitad de las tantas veces citadas cuotas*, lo que, de otro lado, comportaría una alteración de las circunstancias que dieron lugar a la fijación de las medidas reguladoras de la separación que bastaría para instar un expediente de modificación, lo que permite, en aras del principio de economía procesal, y a la protección

Si bien, no faltan aquellas que, simplemente, mantiene la absoluta independencia de las medidas adoptadas con el pago del préstamo hipotecario¹⁰⁹.

de la parte más débil en la ruptura de la convivencia, salir al paso de tal contingencia ya en este momento; *estableciendo que las cuotas sean íntegramente satisfechas por el padre hasta la independencia económica de los hijos, ya sean en concepto de contribución al levantamiento de las cargas de la sociedad de gananciales, ya en el de complemento de las pensiones alimenticias para hacer frente al costo de habitación.* Igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 27 de abril de 2005 (*JUR* 2005/234937), se reduce la pensión alimenticia a favor de los hijos teniendo en cuenta la capacidad económica del padre que, debe dar cobertura con un alquiler a su necesidad de propia vivienda, y, asimismo, ha de contribuir con el 50 por 100 del préstamo hipotecario, que en la práctica representa la mitad de los ingresos del recurrente, muy por encima de la tercera parte que viene señalando la doctrina jurisprudencial. La sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.^a, de 6 de octubre de 2006 (*JUR* 2007/145294), señala que, la hija habida del matrimonio necesita de una vivienda y si la madre no puede hacer frente a la hipoteca que pesa sobre la vivienda que tienen —la hija y la madre a cuyo cuidado se encuentra—, como parece claro a la vista de sus escasos ingresos, resulta de justicia que dicha hipoteca la pague el padre para que su hija pueda seguir teniendo un hogar (*Fundamento de Derecho 2.º*); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 7 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/202521), no se fija pensión compensatoria, pues, los ingresos del marido quedan mermados con el pago de la mitad de las cuotas hipotecarias; y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.^a, de 17 de junio de 2008 (*JUR* 2008/338256) se señala que, si al salario de 2.221 euros, máximo acreditado con horas extras que percibe el exmarido, se le resta lo que debe pagar de alquiler, y lo que establece la sentencia como pensión de los hijos, y a esta cantidad se suma el salario de la demandada, vienen a ser las percepciones equivalentes, y en definitiva, lo único que se impone es el pago de la mitad de la hipoteca correspondiente a la mitad de la vivienda que a ella le corresponde y que en lógica debe asumir. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.^a, de 10 de abril de 2000 (*AC* 2000/3381); de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 3.^a, de 12 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/124648); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.^a, de 20 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/170534), señala que, es cierto que en la determinación de quien ha de correr con los gastos de vivienda, que también forman los alimentos que el padre ha de satisfacer al hijo, pues, este es el que queda en el uso de la misma, hay que tener en cuenta sus posibilidades económicas reales, su capacidad económica para el cálculo de la contribución al pago de la cuota hipotecaria; de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2.^a, de 1 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/149978), pago a cargo del esposo en solitario de la hipoteca, por carecer de ingresos la esposa; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17.^a, de 30 de noviembre de 2004 (*JUR* 2005/35378), compensación parcial con otros gastos e ingresos familiares; de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 27 de abril de 2005 (*JUR* 2005/234937) reducción de los alimentos a los hijos por la reducida capacidad económica del alimentista al tener que pagar el alquiler de la vivienda y contribuir al pago de la hipoteca que grava el domicilio familiar; de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.^a, de 31 de octubre de 2005 (*JUR* 2006/80915); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.^a, de 22 de septiembre de 2008 (*JUR* 2009/94697), se considera equitativo que la recurrente satisfaga el importe del préstamo hipotecario, que grava la vivienda que constituye el domicilio familiar, cuyo uso y disfrute se le ha atribuido; y, de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1.^a, de 14 de diciembre de 2011 (La Ley 247682/2011), no se establece pensión alimenticia a cargo de la madre a favor de la menor que vive con su padre al considerar los actuales ingresos, y, la asunción de la carga hipotecaria.

¹⁰⁹ En esta línea, CABEZUELO ARENAS, A. L., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de noviembre de 2008», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 80, mayo/agosto de 2009, pág. 921. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 17 de febrero de 1998 (*AC* 1998/4886) la carga hipotecaria neta-

Asimismo, tal forma de proceder es asumida en el Código Civil catalán. Así, el artículo 233-20 dispone en su apartado primero que «*los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar a uno de ellos, a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de este. También pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por períodos determinados*». Por su parte, si no existiera acuerdo conyugal, o si este no es aprobado, la autoridad judicial a la hora de decidir la atribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, deberá ponderar aquél como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria, que eventualmente devengue el otro cónyuge (apartado 7). Y añade el artículo 233-21, que la autoridad judicial, a instancia de uno de los cónyuges, puede excluir la atribución del uso de la vivienda familiar, si el cónyuge que debería ceder el uso puede asumir y garantizar suficientemente el pago de las pensiones de alimentos de los hijos y, si procede, de la prestación compensatoria del otro cónyuge en una cuantía que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de estos (apartado 1 b). Ahora bien, esta misma conexión uso vivienda y pensiones de alimentos y compensatoria la reproduce este mismo Código Civil cuando regula los efectos de la extinción de la pareja estable, así el artículo 234-8, apartado primero, señala que, «*los convivientes en pareja estable pueden acordar la atribución a uno de ellos del uso de la vivienda familiar, con su ajuar, para satisfacer en la parte que sea pertinente los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la eventual prestación alimentaria de este*»; y añade en el apartado 3, que «*la atribución o distribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al miembro de la pareja que no es beneficiario, debe ser tenida en cuenta para la fijación de los alimentos a los hijos y la prestación alimentaria que eventualmente devengue el otro miembro de la pareja*».

En cuanto al régimen de separación de bienes, se puede extinguir por la disolución del matrimonio por sentencia de separación o divorcio, y ha de procederse a una liquidación, que se centra en fijar los pagos que tengan pendientes los cónyuges como contribución a las cargas del matrimonio, a establecer reembolsos —con las revalorizaciones oportunas— que en tal concepto procedan, y, en su caso, a fijar la compensación por el trabajo para la casa que resulte debida. Pero, en tanto no se liquide, la disolución del régimen no modifica la

mente diferenciada de los alimentos; la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.^a, de 23 de octubre de 1998 (AC 1998/8095) dispone la necesidad de la determinación individualizada de cada prestación; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 8 de febrero de 1999 (AC 1999/2852), señala que, es lo cierto que no puede entenderse que sobre la materia hubiera un acuerdo válido, en forma de delegación de deuda, ni tampoco que el pago de los plazos de amortización de la hipoteca que grava la vivienda familiar sea una «carga» del matrimonio en sentido estricto, ni mucho menos que pueda ser imputada en forma de pago de pensión compensatoria; la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.^a, de 20 de abril de 2001 (JUR 2001/181403); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.^a, de 17 de marzo de 2010 (JUR 2010/364731), en su *Fundamento de Derecho* 2.^º, apartado 4, señala que en lo concerniente al motivo de disconformidad con tener que asumir la carga del 50 por 100 de los plazos de amortización de la hipoteca que grava la vivienda atribuida en uso y disfrute a menores y esposa, considera el tribunal colegiado que la decisión adoptada al respecto, con absoluta y plena independencia de la concesión de una pensión compensatoria por desequilibrio económico a la esposa, aspecto este que nada tiene que ver, es decisión adoptada conforme a derecho, pues se trata de un bien de naturaleza ganancial en el que la obligación de pago recae conjuntamente sobre ambos interesados.

regla general contenida en el artículo 1440 del Código Civil en la que cada cónyuge responde de sus deudas propias y no responde de las contraídas por el otro, salvo si ambos se hubieran obligado solidaria, mancomunada o subsidiariamente. En el caso de las sentencias de 26 de noviembre de 2012, la vivienda habitual pertenece en *pro indiviso* a las partes, de forma que resulta aplicable 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, y, además, el préstamo hipotecario para su adquisición, atendiendo al título de dominio estipulado con la entidad bancaria, ha sido asumida en este caso por ambos cónyuges solidariamente; por lo que, habrá que estar al mismo, como en el supuesto resuelto por la sentencia de 28 de marzo de 2011, para determinar la cuantía y a quién corresponde el pago de la deuda hipotecaria contraída para la adquisición del inmueble que constituye la vivienda familiar¹¹⁰.

IV. LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y EL PAGO DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

En el caso resuelto por la citada sentencia de 28 de marzo de 2011, se ha disuelto pero no liquidado la sociedad de gananciales como consecuencia del divorcio. En concreto, dispone que en lo relativo a la distribución de las cuotas relativas al pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar, deberán ser pagadas por mitad entre los cónyuges propietarios, mientras no se haya procedido a la liquidación de la sociedad de gananciales. Asimismo, señala que 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, está relacionado con la adquisición de la propiedad del bien, y debe ser resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio. 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. Parece desprenderse del texto de la sentencia que esta distribución por mitad se mantiene hasta la liquidación, momento en que habrá de resolverse sobre el pago del préstamo hipotecario, y su eventual extinción. Sin embargo, respecto de las deudas comunes no vencidas —como préstamo hipotecario cuyo plazo de amortización se alarga considerablemente en el tiempo— la situación se mantiene igual que en la disolución, pues las operaciones liquidatorias no conllevan necesariamente el vencimiento anticipado de tales deudas y su exigibilidad inmediata, pues, son pasivo de la comunidad ordinaria dividenda, que no pierden el carácter, la exigibilidad y responsabilidad que tenían conforme a su título, cuando se contrajeron¹¹¹. Efectivamente, aunque forman

¹¹⁰ MORENO VELASCO, V., «Aspectos prácticos de la contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes en el Código Civil», en *La Ley*, año XXXI, núm. 7425, de 16 de junio de 2010, pág. 3, señala, sin embargo, que la hipoteca de la vivienda familiar, aunque sea bien personal de uno de los cónyuges, si es usada para la familia debe computarse como carga familiar.

¹¹¹ LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 244. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.^a, de 6 de marzo de 1996 (AC 1996/469), señala que pasa a ser computable su pago individual en el pasivo.

parte del pasivo de la sociedad entre otras las deudas pendientes a cargo de la sociedad (art. 1398.1.^a del CC) —como ocurre en las situaciones concursales—, ha de tenerse en cuenta que el pago alcanza a las deudas vencidas y exigibles.

Pues bien, con respecto del pago de las deudas y reembolso se dispone que, una vez realizado el inventario, con la determinación del activo y pasivo de la comunidad postganancial, se procederá a la liquidación del pasivo con el activo, y solo después se distribuye el remanente entre los titulares de la comunidad. Si el caudal inventariado no alcanzase para ello, se observará lo dispuesto para la concurrencia y prelación de crédito (art. 1399 del CC).

En cuanto a las deudas no vencidas, como el préstamo hipotecario, la disolución de la sociedad y su liquidación no provoca, como hemos señalado, su vencimiento anticipado, ni parece necesario reservar bienes para hacer frente al pago, sino que se aplicarán las previsiones del artículo 1401 del Código Civil respecto de los acreedores que, siguen conservando sus créditos contra el cónyuge deudor. Tal precepto presupone que las deudas han sido contraídas por ambos cónyuges (los dos son deudores) o solo por uno de ellos, con consentimiento del otro o sin él, cuando el Código Civil lo permite, frente al acreedor que, podrá dirigirse contra el cónyuge deudor ilimitadamente (patrimonio ganancial y privativo), y contra el cónyuge no deudor solo en la medida de los bienes que le hayan sido adjudicados en la partición, pero solo si se hubiera formulado debidamente inventario, lo que permite identificar los bienes que el cónyuge no deudor recibió como consecuencia de la partición. Si no se hubiera realizado inventario, la responsabilidad el cónyuge no deudor será también ilimitada¹¹². En todo caso, si uno de los cónyuges paga una cantidad mayor de la que le corresponde, tiene derecho a obtener del otro cónyuge el reembolso de lo pagado en exceso.

En todo caso, los acreedores sociales también están protegidos por otras vías, pues, como dispone el artículo 1402 del Código Civil, los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de herencias.

Por otra parte, en la liquidación del pasivo deben tenerse en cuenta, por un lado, los créditos que contra la sociedad pudiera tener uno de los cónyuges; y por otro, los créditos de los cónyuges entre sí. Respecto de los primeros, tales créditos son pospuestos a los créditos de terceros, según dispone el artículo 1403 del Código Civil. Así pues, el pago de los créditos que tengan los cónyuges frente al patrimonio común en concepto de indemnizaciones y reintegros derivados del funcionamiento de la sociedad conyugal, se efectuarán después de que se hayan pagado las deudas y cargas de la sociedad a los que se refiere el artículo 1399 del Código Civil. Para ello, en primer lugar, se compensarán estas deudas del patrimonio común frente a los cónyuges con los eventuales créditos que tengan el patrimonio común frente a los cónyuges —siempre que tales créditos no hayan sido realizados previamente para pagar las deudas y cargas de la sociedad—; y,

¹¹² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Comentario al artículo 1401 del Código Civil», en *Commentario del Código Civil*, T. II dirigidos por Cándido PAZ ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y Pablo SALVADOR CODERCH, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 787, precisa que, siguen teniendo los acreedores de la sociedad sobre el patrimonio ganancial en liquidación las mismas posibilidades de embargo, y ejecución sobre sus bienes, acción revocatoria, acción subrogatoria, facultad de intervenir en la división de un condominio ordinario en que una cuota sea ganancial, facultades relativas al orden de prelación (tercerías de mejor derecho), y, a los procedimientos concursales.

si el patrimonio común sigue resultando deudor, se efectuará el pago de dichas deudas a cargo de los bienes que conforman aquél. Todo ello, con el límite que supone el activo de la comunidad postganancial¹¹³.

Con relación a los segundos, si uno de los cónyuges resultara en el momento de la liquidación acreedor personal del otro, podrá exigir que se le satisfaga su crédito adjudicándole bienes comunes, salvo que el deudor pague voluntariamente (art. 1405 del CC). En nuestro caso, se trata de hacer frente en fase de liquidación de gananciales a los oportunos reintegros a favor de quien contribuyó a la amortización del préstamo hipotecario por encima de la paridad¹¹⁴. De todas formas, tanto los reintegros debidos al consorcio por los cónyuges, como los reintegros del consorcio a los cónyuges ha de pagarse en dinero, salvo pacto en contrario.

De forma que, en el presente caso aunque se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales, el pago del préstamo hipotecario se seguirá satisfaciendo por mitad por ambos cónyuges, mientras vayan venciendo los plazos de amortización, sin que tal liquidación determine ni el vencimiento anticipado de la deuda ni tampoco puede conllevar una modificación subjetiva del deudor obligado (en este caso, ambos excónyuges), salvo que tal novación sea consentida por el acreedor.

Al hilo de lo último expuesto, es posible que las partes decidan adjudicar el bien (vivienda familiar) a uno de los cónyuges y la consiguiente asunción de la deuda por uno solo de los deudores, tal forma de proceder exige el consentimiento del acreedor¹¹⁵; asimismo, si se decide la venta conjunta del bien inmueble, puede

¹¹³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La sociedad de gananciales», *op. cit.*, pág. 263, quien, asimismo, precisa que esta regla no se aplica a todos los créditos que tenga cada cónyuge frente al patrimonio común, sino únicamente a los que constituyan indemnizaciones y reintegros derivados del funcionamiento interno de la sociedad conyugal. Lo que PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Comentario al artículo 1403 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 792, denomina «créditos incidentales que forman parte del complejo de derechos y deberes que integran la posición de cada cónyuge en la relación societaria y que, por tanto, se liquidan con esta».

¹¹⁴ Sobre el derecho de reintegración o reembolso relativo a la contribución a los gastos familiares MONFORT FERRERO, M.^a J., *La responsabilidad de los cónyuges ante las necesidades ordinarias de la familia*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 59-72. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.^a, de 19 de septiembre de 1996 (AC 1996/1768), en la que se reconoce un derecho de reembolso por parte del demandado de la mitad de los pagos por aquella realizados para amortizar el préstamo hipotecario sobre la vivienda que fue domicilio familiar. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 3.^a, de 11 de septiembre de 2002 (JUR 2002/263460), la hipoteca de la vivienda familiar ha de ser soportada por los cónyuges al 50 por 100, pero la esposa carece de ingresos, de forma que corresponde al esposo satisfacer la totalidad del crédito, con la precisión de que dicho pago íntegro se produce sin perjuicio de que, al tiempo de la liquidación de la sociedad legal de gananciales, pueda tenerse en cuenta, como crédito a favor del esposo, las cantidades satisfechas en la parte que excediera de la mitad que le corresponde pagar, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1392, 1396 y concordantes del Código Civil. Igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6.^a, de 18 de septiembre de 2002 (JUR 2003/7816); de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.^a, de 4 de octubre de 2005 (JUR 2005/274353); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.^a, de 24 de octubre de 2005 (JUR 2005/272727); de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.^a, de 16 de enero de 2008 (JUR 2008/371445); y de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3.^a, de 24 de septiembre de 2009 (JUR 2009/460926).

¹¹⁵ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.^a E., «Obligaciones de los cónyuges tras el divorcio y la separación», *op. cit.*, págs. 41-42, precisa que, «dicho consentimiento es imprescindible, puesto que el artículo 1401 del Código Civil, si bien garantiza la sujeción de los bienes gananciales a pesar de las adjudicaciones de los bienes realizadas por los cónyuges, no asegura, lógi-

optarse por liquidar la deuda y cancelar la hipoteca, o, por la subrogación del nuevo titular en el crédito hipotecario para lo cual, asimismo, se exigirá contar con el consentimiento del acreedor.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ OLALLA, P.: «Comentario a la sentencia de 31 de mayo de 2006», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 74, mayo/agosto de 2007.
- *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Aranzadi, Navarra, 1996.
- CABEZUELO ARENAS, A. L.: «Comentario a la sentencia de 5 de noviembre de 2008», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 80, mayo/agosto de 2009.
- «¿Son cargas matrimoniales los préstamos concertados durante el matrimonio para adquirir la vivienda? El problema de la alteración convencional o judicial de las cuotas concretadas con la entidad de crédito», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, octubre de 2011.
- COSTA RODAL, L.: «Préstamo hipotecario que grava la 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 *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, 2011-3 (junio).
- GARCÍA CANTERO, G.: «Comentario al artículo 90 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. II, Edersa, Madrid, 1982.
- GARCÍA RUBIO, M.ª P.: *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Civitas, Madrid, 1995.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «La sociedad de gananciales en liquidación: especial referencia a la comunidad postganancial surgida con ocasión de la crisis conjugal», en *Actualidad Civil*, 1999-2.
- DE LOS MOZOS, J. L.: «Comentario al artículo 1438 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. XVIII, vol. 3.º, Edersa, Madrid, 1985.
- FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, ÁLVAREZ-OSSORIO, M.ª del C.: «Pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar: su consideración o no como carga del matrimonio. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2011 (RJ 2011/939)», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 27, año 2011-2.
- HERRERO GARCÍA, M.ª J.: «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, y Pablo SALVADOR CODERCH, T. II, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 1991.
- MORENO MOZO, F.: *Cargas del matrimonio y alimentos*, Comares, Granada, 2008.
- PASTOR ÁLVAREZ, M.ª del C.: *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Universidad de Murcia, 1998.
- RIBERA BLANES, B.: *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *La comunidad postganancial*, Bosch, Barcelona, 1997.

camente, la sujeción del patrimonio privativo del cónyuge que también contrató y ahora quedaría liberado si su consorte asume la deuda».

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.^a E.: *Obligaciones de los cónyuges tras el divorcio o la separación*, Tecnos, Madrid, 2012.

RUBIO, G.: «Comentario a la sentencia de 28 de marzo de 2011», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 88, enero/abril de 2012.

RUBIO TORRANO, E.: «Sobre el pago de cuotas de crédito hipotecario para vivienda familiar contratado por cónyuges antes del divorcio», en *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, 2011-3 (junio).

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 31 de mayo de 2006 (*RJ* 2006/3502).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 5 de noviembre de 2008 (*RJ* 2009/3).
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de marzo de 2011 (LA LEY 9109/2011; *RJ* 2011/939).
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 26 de noviembre de 2012 (LA LEY 185310/2012).
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 26 de noviembre de 2012 (LA LEY 181080/2012).
- SAP, La Rioja, de 22 de julio de 1992 (*AC* 1992/1074).
- SAP, Álava, de 18 de febrero de 1995 (*AC* 1995/348).
- SAP, Asturias, de 10 de julio de 1995 (*AC* 1995/1488).
- SAP, Murcia, Sección 1.^a, de 23 de abril de 1996 (*AC* 1996/797).
- SAP, Barcelona, Sección 16.^a, de 19 de septiembre de 1996 (*AC* 1996/1768).
- SAP, Madrid, Sección 22.^a, de 25 de noviembre de 1997 (*AC* 1997/2559).
- SAP, Madrid, Sección 22.^a, de 17 de febrero de 1998 (*AC* 1998/4886).
- SAP, Barcelona, Sección 12.^a, de 31 de julio de 1998 (*AC* 1998/6186).
- SAP, Barcelona, Sección 12.^a, de 13 de octubre de 1998 (*AC* 1998/8968).
- SAP, Barcelona, Sección 18.^a, de 9 de febrero de 1999 (*AC* 1999/4031).
- SAP, Guipúzcoa, Sección 1.^a, de 13 de abril de 1999 (*AC* 1999/600).
- SAP, Barcelona, Sección 12.^a, de 7 de enero 2000 (*AC* 2000/746).
- SAP, Castellón, Sección 3.^a, de 6 de marzo de 2000 (*JUR* 2001/106347).
- SAP, Asturias, Sección 4.^a, de 10 de abril de 2000 (*AC* 2000/3381).
- SAP, Barcelona, Sección 18.^a, de 16 de enero de 2001 (*JUR* 2001/114463).
- SAP, Las Palmas, Sección 4.^a, de 1 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/133567).
- SAP, Barcelona, Sección 18.^a, de 25 de enero de 2002 (*JUR* 2002/111416).
- SAP, Madrid, Sección 22.^a, de 14 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/198894).
- SAP, Alicante, Sección 6.^a, de 31 de enero de 2003 (*JUR* 2003/128642).
- SAP, Toledo, Sección 1.^a, de 22 de mayo de 2003 (*JUR* 2003/173093).
- SAP, Segovia, Sección 1.^a, de 30 de junio de 2004 (*JUR* 2004/197286).
- SAP, Las Palmas, Sección 3.^a, de 19 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/165472).
- SAP, Barcelona, Sección 18.^a, de 27 de abril de 2006 (*JUR* 2006/272473).
- SAP, León, Sección 1.^a, de 29 de junio de 2006 (*JUR* 2006/295475).
- SAP, Las Palmas, Sección 3.^a, de 23 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/151664).
- SAP, Madrid, Sección 22.^a, de 16 de abril de 2007 (*JUR* 2007/313697).
- SAP, Murcia, Sección 1.^a, de 29 de enero de 2008 (*JUR* 2008/132034).
- SAP, Las Palmas, Sección 3.^a, de 24 de abril de 2008 (*JUR* 2008/197008).
- SAP, Barcelona, Sección 12.^a, de 17 de marzo de 2009 (*JUR* 2009/379129).
- SAP, Murcia, Sección 4.^a, de 25 de junio de 2009 (*JUR* 2009/308678).
- SAP, Vizcaya, Sección 4.^a, de 15 de enero de 2010 (*JUR* 2010/149768).
- SAP, Cádiz, Sección 5.^a, de 23 de febrero de 2010 (*JUR* 2010/185041).
- SAP, A Coruña, Sección 3.^a, de 25 de febrero de 2011 (*JUR* 2011/157440).
- SAP, Cádiz, Sección 5.^a, de 11 de julio de 2012 (*JUR* 2012/353825).

RESUMEN

**MATRIMONIO, CRISIS
MATRIMONIAL, VIVIENDA
FAMILIAR, HIPOTECA, CARGAS,
DEUDAS, PROPIEDAD**

La controversia jurídica se centra en determinar si el pago de las cuotas del préstamo hipotecario, que grava la vivienda familiar, constituye una carga del matrimonio, integrada en la noción de alimentos y, por tanto, sometida al régimen de contribución de aquella, o estamos ante una deuda de la sociedad de gananciales (art. 1362.2 del CC). La sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de marzo de 2011, opta por esta segunda opción en sede de sociedad de gananciales, tanto constante matrimonio como para las situaciones de crisis conyugal; de forma que las relaciones con el acreedor hipotecario no se rigen tan solo por el régimen económico-matrimonial, sino por las normas que disciplinan la contratación privada, atendiendo al título de constitución del préstamo hipotecario. Por su parte, en esta línea, las sentencias de este mismo Tribunal, de 26 de noviembre de 2012, para el régimen de separación de bienes, consideran que quedan fuera del concepto de cargas del matrimonio (art. 1438 del CC) aquellos gastos que tienen por objeto la adquisición de bienes de inversión aunque se destinen a vivienda familiar y, en consecuencia, si tal bien ha sido adquirido por un cónyuge, la deuda que se deriva de tal adquisición es asumida únicamente por este; mientras que si tal adquisición es conjunta, la propiedad será en pro indiviso ordinario; de forma que ambos son titulares de la deuda, y para su pago se ha de atender a la cuota establecida en la copropiedad.

ABSTRACT

**MARRIAGE, MATRIMONIAL CRISIS,
FAMILIAR HOUSING, MORTGAGE,
LOADS, DEBTS, PROPERTY**

The juridical controversy establishes on determining if the payment of the quotas of the mortgage lending that burdens the familiar housing constitutes a load of the marriage, joined the food notion, and, therefore, submitted to the regime of contribution of that one, or, we are before a debt of the company of joint property (article 1362.2 of the Civil Code). The judgment of the Supreme Court, of March 28, 2011 he chooses for this second option in headquarters of company of joint property, so much constant marriage as for the situations of conjugal crisis; so that, the relations with the mortgage creditor are not ruled only by the economic matrimonial regime, but for the procedure that discipline the private contracting attending to the title of constitution of the mortgage lending. For your part, in this line, the judgments of the same Court of November 26, 2012, for the regime of separation of goods, think that there stay out of the concept of loads of the marriage (article 1438 of the Civil Code) those expenses that take the acquisition of capital goods as an object though they are destined to familiar housing, and, in consequence, if such good has been acquired by a spouse, the debt that stems from such an acquisition it is assumed only by this one; whereas, if, such a acquisition is joint, the property will be in pro undividedly ordinarily; so that, both are holders of the debt, and, for his payment one has to attend to the quota established in the co-ownership.