

El pago del préstamo hipotecario tras el divorcio

M. Luisa Moreno-Torres Herrera

Facultad de Derecho
Universidad de Málaga

*Abstract**

Es un hecho frecuente que cuando se origina una crisis matrimonial, esté vigente el préstamo hipotecario concertado en su día por los esposos para la adquisición de un inmueble (que suele ser la vivienda habitual), suscitándose la cuestión de la proporción en la que los cónyuges divorciados deberán atender a su pago. El Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones sobre este problema, si bien su doctrina es menos rotunda y clara de lo que se piensa. En el artículo se realiza un análisis crítico de las decisiones judiciales sobre el tema, poniendo de relieve sus inconvenientes y las razones que hacen aconsejable un cambio de criterio, al tiempo que se propone una nueva vía de solución que no coincide tampoco con las formuladas hasta el momento por los autores.

Problems with mortgage loans are particularly common in cases of marital crisis. These mortgages are normally taken out in order to acquire family dwellings. Therefore, after a divorce or a legal separation one of the most controversial points will be to decide the mortgage payment proportions corresponding to each spouse. However, the Spanish Supreme Court doctrine on this subject is neither categorical nor clear. In this paper we take a critical look at these judgments and we propose changing the majority judicial criterion. Also, we bring a new perspective of this problem that may lead us to a new way to solve it.

Title: Payment of Mortgage Loan after Divorce¹

Palabras clave: préstamo hipotecario, divorcio, procesos matrimoniales, crisis matrimoniales, cargas del matrimonio, comunidad postganancial, sobreendeudamiento.

Keywords: mortgage loan, divorce, matrimonial proceedings, marital crisis, costs of married life, postmarital system of community acquisitions and properties, overindebtedness.

* Este artículo se ha realizado en el ámbito del Proyecto I+D del Subprograma estatal de generación del conocimiento, como proyecto de excelencia, titulado "El desarrollo práctico de la tutela legal de los deudores hipotecarios" (DER2013-48813-C2-2-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y del que es investigadora principal su autora.

Sumario

1. Introducción y objetivos
2. Préstamo hipotecario y ruptura matrimonial: planteamiento del problema
3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la obligación de pago del préstamo hipotecario tras el divorcio
 - 3.1. Préstamos celebrados durante la vigencia del régimen de gananciales
 - 3.2. Préstamos celebrados durante la vigencia del régimen de separación de bienes
4. Precisiones críticas sobre la doctrina jurisprudencial
5. Conclusiones sobre la doctrina jurisprudencial
6. Razones por las que se hace necesario pensar en una solución distinta a la distribución por mitades de la deuda hipotecaria
7. Valoración de las propuestas formuladas por los autores
8. Nueva propuesta de solución
9. Tabla de jurisprudencia citada
10. Bibliografía

1. *Introducción y objetivos*

La necesidad de protección del deudor hipotecario, y en particular de aquél que concertó el préstamo para la adquisición de su vivienda habitual, se deja sentir sobre todo en las relaciones entre el prestatario deudor-hipotecario y el prestamista-acredor hipotecario, o tanto en el momento de la celebración del contrato como en el supuesto de producirse el incumplimiento de la obligación de pago e iniciarse la ejecución hipotecaria. Son objeto de una importante atención en los últimos tiempos las relaciones jurídicas entre la entidad prestamista y el consumidor prestatario, que es la parte del contrato necesitada de protección.

Pero hay otro ámbito, distinto del de las relaciones entre las partes del contrato de préstamo, en el que también pueden producirse situaciones en las que el deudor hipotecario precise de cierta protección por parte del ordenamiento jurídico, y que sin embargo y pese a su relevancia práctica, no están recibiendo suficiente atención, y mucho menos desde esta óptica tuitiva². Nos referimos en concreto al problema que tras la ruptura matrimonial se le plantea al cónyuge que carece de ingresos suficientes para afrontar el pago del importe de la parte que le corresponde pagar de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario concertado en la etapa matrimonial para la adquisición de la vivienda habitual o, quizás, de otro inmueble distinto.

Jueces y tribunales se enfrentan a diario, en los procesos matrimoniales, a casos en los que la pareja en situación de crisis matrimonial contrajo, estando vigente la relación conyugal, un préstamo para la adquisición de su vivienda, préstamo que aún no han terminado de pagar en el momento en el que tienen que establecerse las medidas definitivas. Se trata, además, de un asunto sobre el que el TS ha emitido algunos pronunciamientos, los cuales han despertado el interés de los autores en los últimos años. Pero ello no quiere decir que no haya dudas y dificultades, ni que el debate deba darse por cerrado. Como se tendrá ocasión de demostrar, la doctrina jurisprudencial sobre el pago de los préstamos hipotecarios en las crisis matrimoniales, además de estar poco definida, provoca consecuencias no deseables, por cuanto que no toma en consideración la situación económica resultante de la ruptura de la pareja.

Se hace necesario por ello profundizar en el tratamiento que en los procesos matrimoniales están recibiendo los préstamos hipotecarios concertados por ambos cónyuges para la adquisición de vivienda habitual y que se encuentran parcialmente pendientes de pago en el momento de decretarse el divorcio. A priori todo indica que el planteamiento del TS precisa una revisión. De no ser así, de llegarse a la conclusión de que es correcta y adecuada la postura del Alto tribunal, habrán de explorarse otras posibles soluciones al

² Hay, no obstante, alguna excepción. Así, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (2012, pág. 13) alude, al hilo de ciertas noticias de prensa sobre la STS, 1ª, 28.03.2011 (RJ 2011/939; MP: Encarnación Roca Trías) a la posición de debilidad y necesidad de protección de aquel cónyuge que tras la separación o el divorcio no puede afrontar en solitario el pago de los plazos de amortización del préstamo hipotecario concertado constante matrimonio para la adquisición de la vivienda habitual.

problema de la insuficiencia patrimonial, o si se prefiere, del sobreendeudamiento del cónyuge divorciado.

Los objetivos de este trabajo son:

1º- Precisar el verdadero significado y alcance de la doctrina jurisprudencial sobre el pago de las cuotas del préstamo garantizado con hipoteca en las situaciones de crisis matrimonial.

2º- Realizar un análisis crítico de la mencionada doctrina jurisprudencial, poniendo de manifiesto sus puntos débiles y las consecuencias no deseables que provoca.

3º- Identificar y valorar otras soluciones al problema, tanto formuladas por los autores como aplicadas por la jurisprudencia menor.

4º- Sugerir nuevas vías de solución para el problema, que habrán de estar dirigidas a evitar el sobreendeudamiento que sobreviene al deudor hipotecario por efecto de la ruptura matrimonial.

2. Préstamo hipotecario y ruptura matrimonial. Planteamiento del problema

Aunque es claro que pueden darse otras hipótesis, la más frecuente en la práctica, en parte por exigencia de las entidades financieras, es aquella en la que los dos cónyuges compran un inmueble (generalmente para destinarlo a vivienda familiar) y conciertan conjuntamente un préstamo hipotecario destinado a financiar la compra. Ello va a determinar que ambos cónyuges sean *deudores*, acordándose además habitualmente que lo sean con carácter solidario, lo que como es bien sabido significa que el acreedor prestamista tiene derecho a exigir íntegramente el pago de la deuda a cualquiera de ellos (art. 1137 CC).

Si el matrimonio está sometido al régimen de separación de bienes, responden frente al acreedor hipotecario los patrimonios privativos de ambos esposos.

Si el matrimonio se encuentra sujeto al régimen de gananciales, responde, frente al acreedor hipotecario, el patrimonio ganancial, según lo dispuesto en el art. 1367 CC, a cuyo tenor los bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente. Y responden también, si los hubiera, los bienes privativos de uno y otro cónyuge, puesto que ambos son deudores, en virtud de lo establecido en el art. 1911, que consagra la responsabilidad patrimonial universal del deudor, al disponer que “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”.

Por lo que se refiere a la propiedad del bien comprado, y siempre en la hipótesis concreta que nos ocupa, en el primer caso (matrimonio en régimen de separación de bienes), el inmueble pertenecerá en proindiviso a los cónyuges, y por cuotas iguales, si no consta lo contrario (art. 393,2º CC), quedando inscrito en el Registro de la Propiedad por mitades indivisas, tal y como dispone el art. 90.2 del Real Decreto de 14.02.1947, por el que se

aprueba el Reglamento Hipotecario (BOE nº 106, de 16.04.1947) (en adelante, RH). En el segundo caso (matrimonio sometido al régimen de gananciales), el inmueble será ganancial (art. 1346,3º CC) y como tal quedará inscrito en el Registro de la propiedad, en virtud de lo previsto en el art. 93 RH³

Cuestión distinta a la de la responsabilidad frente al acreedor, y a la de la titularidad del bien, es la de la *distribución interna* de la deuda entre los varios codeudores, asunto éste que resulta irrelevante para el acreedor hipotecario, dado que los esposos son deudores solidarios, pero de indudable interés para ellos mismos.

Si el matrimonio contrajo la deuda estando sujeto al régimen de separación de bienes, la cuestión se resuelve acudiendo al art. 393 CC, que dentro de las normas reguladoras de la comunidad de bienes, dispone que “El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas”. Como ya se ha dicho, estas cuotas se presumen iguales mientras no se pruebe lo contrario, lo que significa que salvo en este último caso, internamente la deuda estará dividida entre los esposos al cincuenta por ciento.

No es aplicable, en cambio, el art. 1483 CC, que ordena que a falta de convenio los cónyuges en régimen de separación de bienes contribuyan al sostenimiento de las cargas del matrimonio proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. No tienen la consideración de “cargas del matrimonio” las cuotas del préstamo hipotecario, ni, en general, “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” (STS, 1ª, 31.05.2006, RJ 2006/3502; MP: Antonio Salas Carceller)⁴.

La cuestión había recibido una solución distinta en el Derecho valenciano, que adopta un concepto de cargas del matrimonio más amplio que el seguido en el CC español. El art. 9.3 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano (BOE nº 95 de 20.04.2007), declarado inconstitucional por STC, Pleno, 28.04.2016, (RTC 2016/82; MP: Encarnación Roca Trías) incluía entre las cargas del matrimonio “Los gastos de adquisición, conservación y mejora de los bienes y derechos de titularidad conjunta y los mismos gastos en relación con los bienes de titularidad privativa de alguno de los miembros de la familia, pero sólo en proporción al valor de su uso, cuando este corresponde a la familia y se ejercite efectivamente por ella”. En aplicación de

³ Lo afirmado en el texto se entiende sin perjuicio de las reglas especiales del art. 1354 CC para el caso de que el inmueble hubiera sido adquirido en parte con dinero ganancial y en parte con dinero privativo.

⁴ La cuestión cardinal que el TS dirime en esta sentencia es la del criterio de distribución entre los esposos, durante la vigencia del régimen de separación de bienes, de los gastos, impuestos y créditos de tres viviendas que ambos habían adquirido en copropiedad durante el matrimonio. La tesis de la Audiencia fue que habían de ser sufragados por ellos conforme a su cuota, de conformidad con los arts. 393 y 395 CC. Este punto de vista fue discutido en casación por la esposa recurrente, quien defendía la aplicación del criterio de la proporcionalidad del art. 1483. El TS confirma la solución de la sentencia de apelación por entender que dichos gastos no tienen la consideración de cargas del matrimonio y que consecuentemente no les es de aplicación este último precepto.

lo dispuesto en este artículo, la STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 25.03.2015 (RJ 2015/4989; MP: Juan Climent Barbera) declaró como doctrina jurisprudencial que “los pagos realizados por uno u otro cónyuge durante el tiempo de convivencia para satisfacer las cuotas de amortización hipotecaria de la vivienda podrán conceptuarse como contribución a cargas del matrimonio sin perjuicio del derecho del cónyuge a ser reembolsado por otro en los términos del artículo 11-2 de la citada ley autonómica cuando no guarde la debida proporción con su valor en uso”.

Pese a haberse adquirido el inmueble por mitades indivisas, puede ocurrir que *de facto* la contribución de los esposos al pago de las cuotas del préstamo hipotecario sea desigual. De ello no cabe deducir que ha habido una donación por parte del cónyuge que ha satisfecho mayor parte del precio, a favor del otro, dado que el *animus donandi* no se presume. Muy por el contrario, habrá que entender que nace una acción de reembolso frente al cónyuge que ha contribuido en menor proporción, de conformidad con lo preceptuado en el art. 1145, párrafo 2º CC. También puede resultar de aplicación el art. 1158 CC si se trata de un pago por tercero⁵, y los arts. 1838 y 1839 en el supuesto de que el cónyuge pagador tuviese la condición de fiador, como en el caso de la SAP Pontevedra, civil, secc. 1ª, 06.04. 2016 (JUR 2016/97634; MP: Manuel Almenar Belenguer), en el que los inmuebles se habían adquirido como privativos de uno de los cónyuges.

La solución es otra en el caso del Derecho catalán. El art. 232-3 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el Libro segundo del Código civil de Cataluña (BOE n. 203, 21.08.2010), (en adelante, CCCat), aplicable a los matrimonios en régimen de separación de bienes, tras establecer en su número primero que “Los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio pertenecen al cónyuge que conste como titular”, añade: “Si se prueba que la contraprestación se pagó con bienes o dinero del otro cónyuge, se presume la donación”.

Previsiones como la contenida en el art. 232-3 CCCat reflejan que el legislador es consciente de que la titularidad formal de los bienes puede no coincidir con el patrimonio con cargo al cual se ha pagado el precio. Es una situación sobre la cual no hay una norma específica en el ordenamiento español para los matrimonios en régimen de separación, salvo para el caso de concurso⁶, lo que quiere decir que el problema habrá de resolverse recurriendo a los

⁵ La STS, 1ª, 25.04.2016 (RJ 2016/1612; MP: Antonio Salas Carceller), considera fundamento correcto de esta acción de reembolso el art. 1158. Descarta en cambio, como era de esperar, la tesis de la demandada de que el hecho de que el precio de la adquisición del inmueble hubiese sido pagado exclusivamente por uno de los esposos, entrañe una simulación del contrato y la consiguiente nulidad de la adquisición llevada a cabo por el otro.

También la SAP Madrid, civil, secc. 18ª, 23.11.2015 (JUR 2016/15860; MP: Pedro Pozuelo Pérez) versa sobre la reclamación por parte de la exesposa de la parte de las cuotas del préstamo hipotecario cuyo pago correspondía al exmarido, entendiéndose la Sala que el procedimiento a seguir es el declarativo ordinario y el juzgado competente el de 1ª instancia ordinario y no el de familia, como argumentaba el recurrente.

⁶ El art. 78.1 de la Ley 22/2003/1748, concursal (BOE n.164 de 10.07.2003) (en adelante, LC) dispone lo siguiente: “Declarado el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado”. No existiendo en el CC una presunción general relativa al título de atribución cuando en el régimen de separación de bienes resulte acreditado que los medios utilizados por un cónyuge en su adquisición provienen del otro, esa viene a ser, precisamente, la virtualidad del precepto (ASUA GONZÁLEZ, 2009, pág. 214).

principios generales que inspiran el sistema, que no son otros que los de la necesidad de prueba del ánimo de liberalidad.

En los matrimonios sujetos al régimen de gananciales, la respuesta teórica a la pregunta sobre la división interna de la deuda entre los esposos debe ser que no hay tal división, sino que el pago se hace con cargo a la sociedad de gananciales, en aplicación de lo dispuesto en el art. 1362, 2ª CC (COSTAS RODAL, 2011, pág. 3)

En la práctica, en la mayoría de las familias, el pago de las cuotas del préstamo hipotecario se efectúa con cargo a los ingresos procedentes de las actividades laborales o empresariales de los cónyuges. En la sociedad española lo más frecuente hoy es que ambos esposos obtengan ingresos de una actividad laboral, profesional o empresarial, aunque obviamente también puede ocurrir que lo haga uno solo de ellos⁷. Y es claro, además, que incluso si los dos desarrollan una actividad remunerada, lo más común es que los ingresos que perciben por este concepto sean de diferente cuantía. Por eso no sería correcto afirmar, ni siquiera en términos económicos, que el pago de las cuotas del préstamo hipotecario se realiza *por mitad*. No se hace por mitad, sino con cargo a los bienes gananciales, los cuales, eso sí, les serán atribuidos por mitad a los cónyuges al disolverse la sociedad de gananciales (art. 1344 CC).

En los matrimonios sujetos al régimen de gananciales, puede ocurrir que el pago de la deuda hipotecaria conjunta se haga con cargo a bienes privativos, siendo entonces de aplicación la norma contenida en el art. 1364 CC, que reconoce al cónyuge que hubiere aportado bienes privativos para los gastos o pagos que sean de cargo de la sociedad, el derecho a ser reintegrado de su valor a costa del patrimonio común⁸.

Una vez que se ha expuesto cuál es la situación durante la vigencia de la relación matrimonial, distinguiendo según cuál sea el régimen económico del matrimonio, pasamos a referirnos a lo que ocurre cuando se desencadena una crisis matrimonial.

El divorcio⁹ de los deudores no afecta, desde luego, al acreedor hipotecario, para quien las cosas siguen exactamente igual que antes de producirse. Por el sólo hecho de la ruptura de

⁷ Como observa CABEZUELO ARENAS (2011, pág. 5) “A veces, la adquisición de ese bien ganancial se verificó merced a lo que ganaba solamente uno de los cónyuges, única fuente de ingresos del matrimonio”.

⁸ Véase, no obstante, el punto de vista de GUILARTE GUTIERREZ (2012, págs. 346-359), quien propone matizar y minimizar el sistema de reintegros, que considera uno de los grandes males prácticos de las sociedades de gananciales. El autor pone de manifiesto cómo en el momento liquidatorio “se revitalizan pretéritos créditos respecto de los cuales nunca se pensó que producirían reclamación alguna” y entiende que se debe considerar que todos los gastos realizados en atenciones comunes no dan lugar a reembolso alguno en el momento liquidatorio, salvo que así expresamente se convenga en el momento del eventual devengo. Es una opinión sugerente, pero nótese que el autor la refiere a los “gastos realizados en atenciones comunes” y no a los pagos realizados para la adquisición de bienes comunes, que es nuestro caso.

⁹ El caso concreto analizado en este trabajo es el divorcio, por su mayor frecuencia en la práctica. La separación judicial podría presentar algunas peculiaridades, especialmente si se comparte la idea de que en los casos de separación continúa habiendo matrimonio y por lo tanto también cargas matrimoniales.

la pareja no sufre alteración alguna lo pactado en el contrato, sin perjuicio, lógicamente, de la posibilidad, que siempre existe en teoría, de que mediante acuerdo de las partes, éste se modifique. Ahora bien, la sentencia de divorcio pone fin al régimen económico del matrimonio (art. 95 CC), lo que debiera originar la liquidación de la sociedad de gananciales, a realizar de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1396 y ss. CC. Sin embargo, es una práctica muy extendida, por razones de distinto tipo, que la liquidación de la sociedad de gananciales se difiera incluso un largo tiempo. Para aludir a esta situación jurídica, en la que no hay régimen económico del matrimonio (dado que ya no hay matrimonio) pero en la que aún no se ha liquidado la sociedad, se habla de comunidad postganancial, una situación que no se rige ya por las normas del régimen de gananciales sino por un particular régimen jurídico¹⁰. El asunto concreto que aquí interesa es el del pago de las cuotas del préstamo hipotecario durante esta etapa.

No hay en el CC previsiones normativas específicas para este problema.

En cambio, el art. 233-23 CCCat, ubicado en la sección destinada a la atribución o distribución de la vivienda familiar, dentro de la regulación de los efectos del matrimonio, del divorcio y de la separación judicial, 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”, añadiéndose en el párrafo segundo 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”. Lo que la norma hace, en definitiva, es resolver el problema de cuál de los cónyuges tiene que asumir, tras el divorcio, las “obligaciones por razón de la vivienda”, distinguiendo entre las derivadas de su adquisición (se está pensando en particular en el crédito hipotecario) y las derivadas del uso de la vivienda. Las primeras recaen sobre el sujeto o sujetos que tengan la consideración de deudor según el título constitutivo, y con independencia de que resulte o no titular del derecho de uso, y las segundas sobre el beneficiario de dicho derecho.

La misma solución acoge la Ley 7/2015, de 30 de junio, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (BOE nº 176 de 24.07.2015), cuyo art. 12.9 dice: “En caso de atribución o distribución del uso de la vivienda, las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los préstamos hipotecarios y los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse por las partes de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución. Los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y las tasas o impuestos de devengo anual corren a cargo del beneficiario del derecho de uso”.

En los territorios en los que es de aplicación el CC, no ha sido infrecuente en el pasado que las sentencias que ponían fin a los procesos matrimoniales incluyesen entre las medidas definitivas, disposiciones relativas al pago de la deuda hipotecaria, que unas veces se distribuía entre los dos cónyuges, bien por mitades, bien de manera desigual, y otras veces se atribuía por entero a uno de ellos. Aunque es difícil afirmarlo con rotundidad, dado el

¹⁰ Puede verse un buen resumen de las reglas que rigen la comunidad postganancial en: PÉREZ GARCÍA (2012, págs. 1174-1178).

elevado número de divorcios que tienen lugar en nuestro país, todo parece indicar que actualmente los jueces y tribunales no adoptan otra solución que no sea el reparto igualitario de la obligación de pago de la deuda entre los dos cónyuges¹¹. Este cambio encuentra su razón de ser en la jurisprudencia del TS, de la que se trata a continuación.

Frente a lo que ocurre en el ordenamiento español, en el que las audiencias provinciales aplican sin excepciones la idea de que el pago de las cuotas del préstamo hipotecario debe efectuarse por los cónyuges por mitad, hemos encontrado algunas excepciones en el caso del Derecho catalán, lo que no deja de ser curioso si se tiene en cuenta que el CC Cat sí que regula el problema. Se trata de la SAP Girona, civil, secc. 1ª, 21.07.2014 (JUR 2014/235968; MP: Nuria Lefort Ruiz de Aguiar), sobre la que se volverá posteriormente¹².

3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la obligación de pago del préstamo hipotecario tras el divorcio

Si bien no es excesivamente amplio el número de sentencias en las que el TS ha abordado, como cuestión controvertida, el tema de la obligación de pago del préstamo hipotecario por los esposos divorciados, en principio todo parece indicar que existe, a día de hoy, una doctrina consolidada. La exponemos a continuación, distinguiendo la referida a los matrimonios en régimen de gananciales y la relativa a las parejas que contrataron el préstamo hipotecario estando sujetas al régimen de separación de bienes. Pensamos que es una distinción necesaria a los efectos de su adecuada valoración. No hay, en apariencia, excesivas diferencias entre los pronunciamientos vertidos en unos casos y en otros y de hecho, el propio Tribunal cita indistintamente sentencias anteriores sin tener en cuenta el régimen matrimonial del caso que resuelve, pero lo cierto es que aunque la doctrina parezca idéntica, no lo son los fundamentos jurídicos.

3.1. Préstamos celebrados durante la vigencia del régimen de gananciales

La doctrina jurisprudencial sobre la obligación de pago del préstamo hipotecario por los cónyuges que lo contrataron estando en régimen de gananciales, tras la ruptura matrimonial, se encuentra contenida en las SSTS, 1ª, 5.11.2008 (RJ 2009/3; MP: Encarnación Roca Trias) y 28.03.2011 (RJ 2011/939; MP: Encarnación Roca Trías). A ellas se suma la más reciente STS, 1ª, 21.09.2016 (RJ 2016/4451; MP: Francisco Javier Arroyo Fiestas).

¹¹ SAP Santa Cruz de Tenerife, civil, secc. 1ª, 24.10.2011 (JUR 2012/4718; MP: Eugenio Santiago Dobarro Ramos); SAP Murcia, civil, secc. 4ª, 01.12.2011 (JUR 2012/990; MP: Carlos Moreno Millán); SAP Almería, civil, secc. 2ª, 23.07.2012 (JUR 2013/134416; MP: Juan Ruiz-Rico Ruiz-Morón); SAP Murcia, civil, secc. 5ª, 08.05.2013 (JUR 2013/201559; MP: Fernando J. Fernández-Espinar López); SAP Alicante, secc. 4ª, 15.05.2014 (JUR 2014/254368; MP: Manuel Benigno Flórez Menéndez); SAP Cáceres, civil, secc. 1ª, 05.09.2014 (JUR 2014/260993; MP: Luis Aurelio Sanz Acosta); SAP Pontevedra, civil, secc. 1ª, 06.04.2016, ya citada, y SAP Valladolid, civil, secc. 1ª, 08.04.2016 (JUR 2016/106863; MP: José Ramón Alonso-Mañero Pardal). También, Auto AP Huelva, civil, secc. 2ª, 10.02.2016 (JUR 2016/107363; MP: José Pablo Martínez Gámez).

¹² Véase el apartado “Razones por las que se hace necesario pensar en una solución distinta a la distribución por mitades de la deuda hipotecaria”.

En la primera de ellas se declara 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 por el art. 90, d) del Código civil, porque se trata de una deuda de la sociedad de gananciales y por lo tanto, incluida en el art. 1362, 2ª 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”.

El pronunciamiento se formula en un proceso contencioso, iniciado por la esposa, en la que ésta pedía “que se fije con cargo al demandado, una pensión en concepto de contribución a las cargas del matrimonio, incluyendo en este concepto los alimentos a los hijos mayores de edad [...] y que se fije con cargo al demandado, también en concepto de contribución a las cargas del matrimonio, la obligación de pagar el importe mensual íntegro del préstamo hipotecario [...]. El Juzgado de 1ª Instancia fija a cargo del marido una determinada cantidad que se dice que será su “contribución a las cargas del matrimonio y alimentos a favor de los hijos” y aclara, a solicitud de la esposa, que tal contribución supone que ella “deberá hacer frente en su totalidad al pago del préstamo hipotecario que grava el domicilio por haberse tenido en cuenta este extremo en la fijación de dicha cantidad”. La sentencia de apelación, en cambio, impone al marido tres pensiones distintas: una pensión compensatoria a favor de la esposa, por una duración de ocho años, y sendas pensiones alimenticias a favor de los dos hijos mayores de edad, estableciendo que “corresponde por partes iguales el pago del préstamo hipotecario que pesa sobre la vivienda que fue domicilio conyugal”.

También la STS 28.03.2011 declara que el pago de las cuotas del préstamo garantizado con hipoteca que grava la vivienda familiar no constituye carga del matrimonio *ex art.* 90, d) y 91 CC, y que mientras subsista la sociedad, la hipoteca debe ser pagada por mitad por los propietarios del piso que grava (Fundamento de Derecho tercero).

En este caso se trataba igualmente de un procedimiento contencioso. La pareja tenía dos hijos menores de edad y estaba en desacuerdo en lo referente a su custodia. Por lo que se refiere a las medidas de contenido económico, el marido (que solicitaba la custodia compartida y la distribución del uso de la vivienda familiar por periodos de dos meses) pedía el establecimiento de una pensión alimenticia de idéntica cuantía a cargo del progenitor que no estuviese en ese momento disfrutando de la compañía de los hijos, y manifestaba expresamente que no procedía pensión compensatoria alguna; además de ello, afirmaba, de modo muy genérico, que “Procederá la extinción de la sociedad legal de gananciales, disponiendo que cuantos bienes existan a nombre de ambos cónyuges, se distribuyan entre ellos por partes iguales, asumiendo igualmente de la misma forma, por mitad, las cargas que gravitan sobre el matrimonio”. La esposa, por su parte, solicitaba la guarda exclusiva de los hijos, el derecho al uso del domicilio familiar, el establecimiento de una determinada pensión alimenticia a favor de cada uno de los hijos, así como que los gastos extraordinarios de éstos fuesen satisfechos íntegramente por el padre. También demandaba que se fijase con cargo al marido y en concepto de cargas del matrimonio, una

determinada cantidad que habría de satisfacerse mensualmente a la esposa. Por último, solicitaba que el préstamo hipotecario que gravaba la vivienda familiar fuese satisfecho por el marido como carga familiar.

La Sentencia de 1ª Instancia atribuye a la madre la guarda de los menores, y con ella el uso de la vivienda familiar, impone una determinada pensión alimenticia al padre a favor de los hijos, y a ambos progenitores el deber de satisfacer por mitad los gastos extraordinarios de éstos. Declara que no ha lugar a pensión compensatoria y, con relación al préstamo hipotecario, “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”, el marido satisfará el 80% de cada una de las cuotas mensuales, y la mujer el 20%. Todas las medidas anteriores fueron mantenidas por la sentencia de apelación.

En el motivo único del recurso de casación, formulado al amparo del art. 477.2.3º LEC, se aduce infracción de los arts. 1205 y 393 CC. Se sostiene por el marido recurrente que en torno a la consideración del préstamo hipotecario como cargas del matrimonio del art. 91 CC hay opiniones dispares de las audiencias, y que mientras que unas niegan que se trate de una carga familiar, otras en cambio consideran que puede seguirse hablando de cargas del matrimonio tras la disolución de la sociedad conyugal y establecerse la proporción de ambos cónyuges a su sostenimiento. El TS se decanta por la respuesta negativa, estima el motivo y, en consecuencia, anula en parte la sentencia recurrida, manteniendo todos sus pronunciamientos “excepto lo relativo a la distribución de las cuotas relativas al pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar, que deberán ser pagadas por mitad entre los cónyuges propietarios mientras no se haya procedido a la liquidación de la sociedad de gananciales”.

En el Fundamento de Derecho segundo de esta sentencia se explica 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 art. 1347.3 CC, 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 art. 1362.2 CC, 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”.

Se añade, por último, que deben distinguirse dos tipos de gastos que pueden afectar a la vivienda familiar: los relacionados con la conservación y mantenimiento del inmueble destinado a tal fin, “que sí tienen la categoría de gastos familiares aun después de la disolución del matrimonio”, y el pago de las cuotas del préstamo que ha permitido que ambos cónyuges hayan accedido a la propiedad por mitad del local destinado a vivienda en tanto que bien ganancial. Esto último –dice la sentencia– está relacionado con la adquisición de la propiedad del bien y debe ser relacionado y resuelto con el régimen de

bienes correspondiente a cada matrimonio. 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.

Aborda nuevamente la cuestión de la naturaleza de la deuda hipotecaria la STS 21.09.2016 (RJ 2016/4451). La sentencia recurrida había confirmado íntegramente los pronunciamientos de la 1ª instancia, entre los que se incluían la atribución al marido, en exclusiva, del pago del préstamo garantizado con hipoteca que gravaba el domicilio conyugal. En lo que aquí interesa, el recurso de casación se fundamenta en la infracción de los arts. 90, 91 y 1362.2º CC y en la vulneración de las SSTS 05.11.2008 y 28.03.2011. Se argumentaba que la hipoteca no se puede considerar carga del matrimonio y que era contraria a la doctrina del TS su imposición en exclusiva al recurrente.

La Sala estima el motivo y declara que como deuda que es de la sociedad de gananciales (art. 1362.2º CC), la deuda hipotecaria “ha de ser afrontada al 50% por cada uno de los cónyuges, sin que pueda alterarse la obligación por razón del interés del menor, el cual debió ser valorado a la hora de calcular la pensión por alimentos”.

Interesa mencionar que en el caso de autos, la esposa tenía escasa formación y no realizaba actividad laboral alguna. Puede suponerse que fue esta la razón por la que en 1ª instancia se le atribuyó al marido, en exclusiva, la obligación de pago de la deuda hipotecaria, cuyo importe no consta. Lo curioso del caso es que, sin embargo, no se reconoció a la esposa pensión compensatoria, pese a haberse solicitado. Pero el tema de la pensión compensatoria no se abordó por el TS, dado que fue el marido quien interpuso los dos recursos que resuelve la sentencia, tanto el extraordinario de infracción procesal, como el de casación. De los tres motivos en los que se basaba el recurso de casación, se estimó únicamente uno de ellos, precisamente el que invocaba infracción de los arts. 90, 91 y 1362,2º CC y la doctrina jurisprudencial sobre el pago de la deuda hipotecaria durante la etapa de la comunidad postganancial. Nótese cómo la decisión del TS, o más exactamente el hecho de que la esposa acatará en su día el fallo del juzgado, sin discutir el silencio de la sentencia en lo relativo a la pensión compensatoria, originó para ella consecuencias nefastas.

3.2. Préstamos celebrados durante la vigencia del régimen de separación de bienes

El TS también ha tenido ocasión de resolver algunos casos en los en el proceso de divorcio se solicitaba por quienes estaban sujetos al régimen de separación de bienes, un pronunciamiento sobre quién resultará obligado en adelante al pago de las cuotas del préstamo hipotecario concertado para la adquisición de la vivienda habitual.

La STS, 1ª, 20.03.2013 (RJ 2013/4936; MP: Juan Antonio Xiol Ríos) resuelve un juicio de divorcio contencioso de una pareja con hijos menores. La Audiencia confirma íntegramente las medidas adoptadas por el juez de 1ª instancia, entre las que se encontraba el abono por

parte del marido del importe total de las cuotas del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda familiar, “sin perjuicio de la liquidación que proceda, en su caso”, decisión que se justifica con el argumento de que la esposa recibía unos ingresos mínimos que eran insuficientes para soportar el abono de la cuota hipotecaria. El uso de la vivienda familiar se atribuye a la madre custodia de los menores, y a éstos. Se impone también una pensión alimenticia a cargo del padre y a favor de los hijos, pero no pensión compensatoria, que al parecer no se había pedido por la esposa demandante.

El recurso de casación se formula “al amparo del art. 477,2, 3º de la LEC, por infracción del contenido de los arts. 91, 95, 102, 1205 y 1438 del CC, presentando interés casacional la resolución del recurso al existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales”.

El motivo es estimado, estableciéndose que el importe mensual del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar deberá ser pagado por mitad entre los cónyuges propietarios. El Tribunal funda su decisión en la jurisprudencia de la Sala de lo civil, que establece que no constituye carga familiar el préstamo hipotecario destinado a la adquisición de la vivienda habitual, con cita de las siguientes sentencias del propio tribunal: 31.05.2006 (RJ 2006/3502), 05.11.2008 (RJ 2009/3), 28.03.2011 (RJ 2011/939)¹³, y 26.11.2012 (RJ 2013/907; MP: José Antonio Seijas Quintana)¹⁴. Reproduce, en particular, las declaraciones vertidas por la STS 31.05.2006 (RJ 2006/3502), según la cual 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 en el año 2004 otorgaron los esposos la correspondiente escritura de capitulaciones matrimoniales y se acogieron al régimen de separación de bienes y la vivienda familiar que está gravada con la hipoteca la adquirieron por compra en el año 2006. En consecuencia, la normativa aplicable a tal bien era la propia del régimen general de la copropiedad y, en concreto, el art. 393 CC, que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales” (Fundamento de Derecho sexto). Interesa señalar que no se trataba, en este caso, de un procedimiento matrimonial, sino de un proceso declarativo interpuesto contra la antigua esposa y cuyo objeto era reclamarle el pago de la mitad de los desembolsos efectuados por el actor por diversos conceptos referidos a gastos, impuestos y créditos sobre tres viviendas que ambos habían adquirido en copropiedad durante el matrimonio, en el que regía el régimen de separación de bienes, desde la fecha en la que había cesado la situación de convivencia.

Otro caso en el que se plantea el problema del pago del préstamo hipotecario en referencia a una pareja que estaba en régimen de separación de bienes es el de la STS, 1ª, 17.02. 2014

¹³ Todas ellas citadas ya en este trabajo.

¹⁴ Esta sentencia declara que “El pago de la hipoteca cuando ambos cónyuges son deudores y el bien les pertenece, no puede ser impuesta a uno sólo 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”.

(RJ 2014/918; MP: Javier Arroyo Fiestas). Este caso presenta un rasgo peculiar y es que si bien ambos esposos habían concertado el préstamo y tenían la condición de deudores, la vivienda se había adquirido como privativa de la esposa, lo que, según ella misma explica, “se hizo con la finalidad de que dicho bien no respondiera de las obligaciones que pudiera contraer su esposo en su actividad empresarial”. Era la propia esposa quien solicitaba, como medida a incluir en la sentencia de divorcio, que se estableciese que los cónyuges tenían que atender por mitad el préstamo hipotecario, y así lo hace el juez de 1ª instancia, siendo su sentencia íntegramente confirmada por la audiencia.

El recurso de casación se basa en un único motivo: “vulneración de lo dispuesto en los artículos 90 y 91 del Código civil y del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, presentando interés casacional la resolución del recurso, a tenor de lo previsto en el art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento civil, pues existe jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que determina que el pago de las cuotas hipotecarias de la vivienda familiar no constituye una carga familiar al tratarse de una cuestión ajena al procedimiento de divorcio y que por tanto debe excluirse del fallo de la sentencia de divorcio, por ser una obligación afectante exclusivamente al aspecto patrimonial de las relaciones entre los cónyuges”.

El TS considera que la sentencia recurrida no se aleja de la citada doctrina jurisprudencial ni “perturba el concepto de cargas del matrimonio, dado que se limita a constatar que la vivienda familiar es privativa de la esposa y que se concertó el pago del préstamo hipotecario por ambos cónyuges y a ello se obligaron frente al banco, por lo que se limita a reflejar el ámbito obligacional concertado voluntariamente por los litigantes, sin mencionar que ello constituya una carga del matrimonio”.

Finalmente, vuelve a abordar el problema del pago de las cuotas del préstamo hipotecario celebrado por un matrimonio que se encontraba en régimen de separación de bienes, la STS, 1ª, 21.07.2016 (JUR 2016/164108; MP: Eduardo Baena Ruiz). En la demanda de divorcio la esposa solicitó la custodia de los hijos menores, el uso del domicilio familiar, una pensión alimenticia para los hijos, una pensión compensatoria de 1.200 € y, además de todo lo anterior, como cargas del matrimonio, que el marido siguiera abonando, como había venido haciendo hasta entonces, el préstamo hipotecario que gravaba el domicilio familiar (bien privativo de la esposa), un préstamo personal mediante el cual se financiaron reformas en dicho domicilio, y un préstamo para la adquisición del vehículo que esposa e hijos utilizaban y que era también privativo de la esposa. Por su parte, el marido solicitaba la custodia compartida y se oponía al reconocimiento de pensión compensatoria. La sentencia de 1ª instancia atribuye la guarda a la madre, impone al padre una pensión de 1.400 € mensuales para cada uno de los tres hijos y establece que el marido “abonará *en concepto de pensión compensatoria*¹⁵ el préstamo hipotecario que grava el domicilio conyugal y el préstamo para la financiación del vehículo, hasta la liquidación de cada préstamo”.

¹⁵ Subrayado nuestro.

Las razones de esta particular decisión fueron, según consta en el Fundamento de Derecho primero de la STS, las siguientes: a) Que concurrían los requisitos del art. 97 CC para conceder una pensión compensatoria a la actora, pero el esposo ya venía abonando íntegramente el préstamo hipotecario que gravaba el domicilio conyugal y el préstamo para la financiación del vehículo que utilizaba la esposa y los hijos, por lo que resultaría injusto exigirle, además, el abono de otra cantidad en concepto de pensión compensatoria; b) el domicilio conyugal y el vehículo eran titularidad privativa de la esposa, habiendo adquirido aquél pocos meses antes de la separación¹⁶; c) el importe del préstamo hipotecario sobre la citada vivienda y el personal destinado a la adquisición del vehículo ascendía a la suma de 3710 € mensuales; d) consecuencia de lo anterior, el abono de la pensión compensatoria por parte del marido se limitaría a seguir costeando los dos préstamos hasta la liquidación de los mismos.

En su recurso de apelación, el marido interesó la declaración de no haber lugar a la pensión compensatoria, alegando que la sentencia incurría en vicio de incongruencia, “pues la demandante tan solo solicitó una pensión compensatoria de 1200 € mensuales y se le concedió algo distinto de lo peticionado –el pago de dos préstamos solicitados como cargas del matrimonio- y por un importe superior -3710 €-”.

La Audiencia confirmó íntegramente la sentencia apelada, con los siguientes argumentos: “a) No existió vicio de incongruencia, porque no hubo extralimitación respecto de lo peticionado. En el suplico de la demanda se solicitó el establecimiento de una pensión compensatoria y, además, en concepto de contribución a las cargas del matrimonio, el pago del importe de un préstamo hipotecario, y dos préstamos personales destinados a la reforma del domicilio y a la financiación del vehículo; b) no hubo incongruencia sino una denominación incorrecta, una redacción gramatical que pudo generar dudas respecto de lo que constituía la pensión compensatoria y las cargas del matrimonio; c) habría sido más clarificador que se hubiese afirmado que no había lugar a la pensión compensatoria y que estas cantidades las consideraba y se imponían como contribución a las cargas del matrimonio, d) por lo precedente debía desestimar el recurso y ratificar la obligación de pago de tales cantidades, *no en concepto de pensión compensatoria sino en concepto de cargas del matrimonio para sufragar el domicilio familiar en el que residen los menores y mientras se mantuviera el derecho de éstos a ser beneficiarios de una pensión de alimentos*”¹⁷.

El motivo único del recurso de casación se funda en la infracción de la doctrina jurisprudencial que interpreta los artículos 90 d), 91, 1437 y 1438 CC, sobre cargas del matrimonio. Como era de esperar, el recurso es estimado. La doctrina jurisprudencial relativa a la cuestión litigiosa –que se reproduce en la sentencia- lleva a anular la sentencia recurrida y a dejar sin efecto la obligación del recurrente de hacer frente al pago de los dos préstamos en concepto de cargas del matrimonio. Según la sentencia, el importe de las

¹⁶ Este argumento es difícilmente comprensible. La titularidad de los bienes apoyaría más bien la solución contraria a la que se adoptó en 1ª instancia.

¹⁷ Subrayado nuestro.

cuotas de amortización del préstamo hipotecario y del préstamo personal concertado para la financiación del vehículo no pueden ser consideradas cargas del matrimonio en el sentido que a esta expresión se reconoce en el art. 90 CC, sin que ello determinase que la Sala debiera pronunciarse sobre la solicitud de pensión compensatoria formulada en la demanda, debido a que ante la sentencia de la Audiencia (que no la reconocía) la esposa no había interpuesto recurso alguno¹⁸.

Son datos de hecho a destacar de este caso los siguientes: que el conflicto se plantea no sólo en referencia a un préstamo hipotecario celebrado para financiar la compra de la vivienda habitual del matrimonio, sino también en relación a un préstamo personal que se obtuvo para financiar la adquisición de un vehículo; que el préstamo hipotecario se concedió a ambos cónyuges con carácter solidario, si bien el inmueble se adquirió como privativo de la esposa y, finalmente, que quedó demostrado que era el marido quien, no obstante lo anterior, había soportado de forma exclusiva su pago hasta el momento del divorcio.

También el TSJ Cataluña ha tenido ocasión de resolver un caso en el que se había atribuido al marido el pago de la totalidad del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda familiar, “como prestación compensatoria”. Se trata de la STSJ Cataluña, Sala Civil y Penal, 27.09.2012 (RJ 2012/11149; MP: José Francisco Valls Gombau), que casa la sentencia recurrida al considerar que dicha decisión contraviene los arts. 231.5 y 233.23.1 CCCat, “preceptos que ponen fin a un debate doctrinal que también se producía en la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales de Cataluña, sobre la consideración o no del gravamen hipotecario como carga del matrimonio y su distribución entre los cónyuges. Al respecto, la resolución recurrida que establece –implícitamente– la responsabilidad íntegra del pago de la hipoteca al Sr. Ezequias, distribuyéndola en forma distinta a lo establecido en el título constitutivo, no puede ser asimilada a una aportación al matrimonio – art. 232.6.2 CCCat– ni considerarse como una novación puesto que para que fuese así tendría que intervenir el consentimiento del tercero (art. 1205 CC), por lo cual, de conformidad con el art. 231.5 CCCat en el que no consta ni puede por tanto considerarse al gravamen hipotecario como una carga familiar, así como lo establecido en el art. 233.23.1 CCCat que declara, en su párrafo primero, que en el caso en que se haya atribuido el uso o disfrute de la vivienda a uno de los cónyuges las obligaciones contraídas por razón de su adquisición deberán satisfacerse de acuerdo con lo que disponga el título constitutivo, mientras que los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación serán a cargo del cónyuge beneficiario del uso, como también ha señalado reiterada jurisprudencia de la Sala 1ª TS (SSTS 5 de noviembre 2008 y 28 de marzo 2011), procede revocar parcialmente la sentencia recurrida y establecer que, al amparo de la normativa del CCCat, el gravamen hipotecario sobre la vivienda debe satisfacerse por los litigantes conforme a lo establecido por el título constitutivo, declaración que conforma el interés casacional –art. 487.2.3 LEC– en la presente resolución” (Fundamento de Derecho cuarto).

4. Precisiones críticas sobre la doctrina jurisprudencial

Al objeto de determinar el sentido exacto de los pronunciamientos vertidos por el TS a propósito del pago de la deuda hipotecaria tras el divorcio, y de realizar, en su caso,

¹⁸ Era distinto el criterio del Ministerio Fiscal, que aducía que la sentencia de segunda instancia, al considerar cargas del matrimonio lo que como pensión compensatoria se calificó en la primera instancia, dejó sin pensión compensatoria a la demandante, pues la Audiencia nada estipuló al respecto. Por ello entendía que si la Sala hubiera considerado que concurrían los presupuestos de la pensión compensatoria, debía fijar su cuantía y plazo de duración.

observaciones críticas a sus razonamientos, se comentan por separado en este apartado, las declaraciones más importantes contenidas en las sentencias recogidas en el anterior epígrafe¹⁹.

Las afirmaciones que seguidamente se analizan se refieren a parejas en situación de crisis matrimonial, que es el momento en el que la cuestión cobra relevancia práctica. Durante la convivencia matrimonial el problema no se manifiesta, sin que se detecte conflictividad alguna por esta causa (PEREDA GÁMEZ, 2007, pág. 308; RUBIO GIMENO, 2012, pág. 369). Es cuando el afecto desaparece cuando entra en juego el derecho; es impensable, dice GUILARTE GIMÉNEZ (2009, pág. 335), que la convivencia matrimonial propicie, sin previa o coetánea crisis matrimonial, conflictos de contenido económico entre los esposos, y mucho menos con plasmación jurisdiccional.

Debe advertirse que algunas de estas afirmaciones figuran en todas las sentencias (en particular la de que la deuda hipotecaria no es una carga del matrimonio), en tanto que otras no.

Primera: El pago del préstamo hipotecario no es una carga del matrimonio

La idea central que se reitera en todas las sentencias del TS es que no constituye carga familiar en el sentido de los arts. 90 d) y 91 CC, el pago del préstamo hipotecario celebrado por ambos cónyuges para la adquisición de la vivienda familiar²⁰. Se pone fin con esta doctrina a la diversidad de criterios que hasta la fecha revelaban las sentencias de las audiencias, muchas de las cuales venían considerando que entraban en el concepto de cargas matrimoniales o cargas familiares²¹ las cuotas del préstamo hipotecario dirigido a financiar la adquisición de la vivienda habitual.

Dos consecuencias importantes se derivan de la no consideración de la deuda hipotecaria como carga familiar. En primer lugar, que no es un aspecto que deba aparecer regulado en la sentencia de divorcio²²; y en segundo lugar, que no queda legalmente sometido al criterio de la proporcionalidad a los recursos económicos de los obligados.

¹⁹ Así lo hace también FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, en su comentario a la STS 28.03.2011, en donde recoge afirmaciones solo en parte coincidentes con las nuestras.

²⁰ SSTS 5.11.2008 (RJ 2009/3), 28.03.2011 (RJ 2011/939), 20.03.2013 (RJ 2013/4936), 17.02.2014 (RJ 2014/918) 21.07.2016 (JUR 2016/164108) y 21.09.2016 (RJ 2016/4451).

²¹ Nos parece innecesario entrar en la cuestión relativa a lo inexacto que resulta hablar de cargas matrimoniales tras el divorcio, así como en los debates referentes al significado de la expresión cuando es utilizada por los arts. 90 y 91 CC, al haber sido ya profusamente tratadas por los autores. Nos centramos por ello en los efectos prácticos que se derivan de la afirmación.

²² La afirmación del texto debe ser matizada, porque en rigor el art. 90 CC menciona como contenido del convenio regulador, además de la contribución a las cargas del matrimonio (apartado d), la liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio (apartado e); por su parte, el art. 91 ordena al juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, establecer, entre otras, las medidas relativas a la liquidación del régimen económico del matrimonio. Consecuentemente, y de conformidad con la interpretación literal de estos preceptos, la sentencia de divorcio debería incluir, como

Afirmar que el préstamo hipotecario no es una carga del matrimonio significa, ante todo, que el juez, en los procedimientos contenciosos, no tiene que pronunciarse sobre este asunto, ni siquiera si hay petición de parte; es más, ni siquiera puede hacerlo²³. Y significa también que el pago del préstamo hipotecario no es contenido obligatorio del convenio regulador.

No hay por el contrario ningún inconveniente en que las partes adopten acuerdos sobre el pago del préstamo hipotecario, y así lo ha admitido la doctrina (COSTAS, 2011, pág. 5; RUBIO GIMENO, 2012, 19ágs.. 367, 368, 374 y 378). Obviamente, tales pactos serán eficaces únicamente *inter partes*, tal y como resulta de los arts. 1205 y 1257 CC y 118 LH²⁴. Está fuera de duda que los acuerdos sobre distribución interna de la deuda hipotecaria entre los codeudores son válidos en cuanto referidos a materia disponible, disponibilidad que no se altera por el hecho de que los codeudores hayan estado unidos por una relación matrimonial. Hay que entender que los excónyuges tienen absoluta libertad en este ámbito (1255 CC). La doctrina jurisprudencial a la que nos venimos refiriendo no es aplicable a los casos en los que hay acuerdo de los esposos, como con toda claridad establece la STS, 1ª, 30.04.2013 (RJ 2013/4607; MP: José Antonio Seijas Quintana), con cita de otras anteriores.

Los acuerdos pueden incluirse en el convenio regulador del divorcio. El art. 90 CC determina el contenido mínimo del convenio regulador de la separación o el divorcio, permitiendo, sin sombra de duda, que los cónyuges introduzcan en él otros acuerdos distintos a los que conforman su contenido obligatorio. El precepto dice literalmente: “El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, *al menos* y siempre que fueren aplicables, los siguientes extremos [...]”.

pacto liquidatorio, cualquier decisión concerniente a la deuda hipotecaria. Sin embargo, y como es bien sabido, se viene interpretando que la liquidación del régimen económico del matrimonio no tiene que incluirse necesariamente en la sentencia de divorcio. En este contexto debe entenderse la afirmación de que la sentencia de divorcio no tiene que contener pronunciamiento alguno sobre las cuotas del préstamo hipotecario aún no vencidas. Nos referimos con ello a su pago durante la fase de la comunidad postganancial.

²³ En línea con lo establecido en el texto, la STS 21.07.2016 (JUR 2016/164108) se limita a dejar sin efecto el pronunciamiento que en un proceso de divorcio había hecho recaer sobre el recurrente, en exclusiva, el pago de las cuotas de dos préstamos concertados durante la etapa matrimonial. Ahora bien, los jueces y tribunales no siempre respetan escrupulosamente esta conclusión. Si bien no faltan sentencias que se abstienen de realizar pronunciamientos sobre la cuestión o declaran de un modo general que el gravamen hipotecario sobre la vivienda debe satisfacerse conforme a lo establecido en el título constitutivo (SAP Barcelona, civil, secc. 12ª, 3.07.2007 -JUR 2007/276784; MP: Mª José Pérez Tormo-; SAP Barcelona, civil, secc. 12ª, 27.06.2012, JUR 2012/272845; MP: Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón; y STSJ Cataluña, civil y penal, 27.09.2012, RJ 2012/11149; MP: José Francisco Valls Gombau), no es infrecuente que las sentencias de divorcio vayan más lejos, declarando expresamente que el pago de la hipoteca deberá realizarse por mitad. Son ejemplo de ello, en la jurisprudencia menor, la SAP Madrid, civil, secc. 24ª, 20.11.2012 (JUR MP: José Ángel Chamorro Valdés), la SAP Madrid, civil, secc. 22ª, 25.09.2012 (JUR 2012/339530; MP: Carmen Neira Vázquez) y la SAP Lleida, civil, secc. 2ª, 26.04.2012 (JUR 2012/192650; MP: Ana Cristina Sainz Pereda).

²⁴ Este aspecto ha sido ampliamente tratado por la doctrina. Por eso y porque no es un aspecto discutible, no nos detenemos en él. Se ocupa con especial detalle de la cuestión FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO (2011, págs. 311-313).

Ahora bien, el hecho de que los pactos de distribución interna de la deuda hipotecaria entre los cónyuges queden incluidos en el convenio regulador, lo que no es infrecuente, no significa que estén sujetos al control judicial o del funcionario ante el cual se formalizan (art. 90.2 CC), porque como advierte con acierto la SAP Málaga, civil, 6ª, 12.11.2015 (JUR 2016/107942; MP: María Pilar Ramírez Balboteo) “una cosa es la validez de los pactos contenidos en el convenio regulador y otra cosa la procedencia de la aprobación de los mismos mediante la correspondiente homologación judicial”. La aprobación judicial no es necesaria respecto de aquellas cuestiones que no son propias del procedimiento matrimonial. Distinto es, en nuestra opinión, que precisamente por formar parte del convenio regulador, el juez las tenga en cuenta a la hora de decidir las restantes medidas que en él se adopten, en particular la pensión compensatoria.

En definitiva, en los divorcios de mutuo acuerdo, los cónyuges no están obligados a incluir en el convenio regulador pactos sobre el pago del préstamo hipotecario, aunque pueden hacerlo. A diferencia del contenido obligatorio del convenio regulador, estos pactos no precisan aprobación judicial.

De lo anterior se deriva una nueva consecuencia: la de que, una vez adoptados, no puede pretenderse su modificación sin acuerdo de las partes, que es lo que vino a establecer la ya citada STS 30.04.2013 (RJ 2013/4607), al invocar el art. 1091 CC para rechazar la pretensión del marido, quien en un procedimiento de modificación de medidas, solicitaba al juez que dejase sin efecto el compromiso que había asumido en su día en convenio regulador, de pagar en su totalidad el préstamo hipotecario de la vivienda familiar, y acordase su abono al cincuenta por ciento por cada uno de los excónyuges.

La segunda consecuencia que se extrae de negar a la deuda hipotecaria la naturaleza de carga familiar es que no le es aplicable el criterio de la proporcionalidad a los respectivos recursos económicos de los esposos que la ley establece para ellas. El art. 1438 CC, de aplicación a los matrimonios en régimen de separación de bienes, dispone que a falta de convenio los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio “proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos”. Es el mismo criterio que se sigue para los alimentos (art. 146 CC), si bien alimentos y cargas familiares no son conceptos idénticos²⁵. No hay una norma similar para el régimen de gananciales, pese a lo cual puede afirmarse que desde un punto de vista económico la solución no es distinta, toda vez que el art. 1362.1º CC declara que serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que origine “el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia”, y habida cuenta de que el patrimonio ganancial se forma con aportaciones desiguales de los esposos (art. 1347 CC).

Así pues, aunque sólo para el régimen de separación de bienes se establece expresamente por la ley la regla de la contribución proporcional a los recursos económicos de los

²⁵ Se ocupa de esta cuestión en profundidad, MORENO MOZO (2008, págs. 44-49).

cónyuges, debe entenderse que es asimismo el criterio para el régimen de gananciales, no sólo por lo ya expuesto sino también porque, como ha observado FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO (2011, pág. 316), la solución debe extenderse al caso de que, al no existir numerario común o ser éste insuficiente para atender los pagos del crédito, hubiera que acudir a los patrimonios privativos de los cónyuges. También entonces –expone la autora– habrá que aplicar la regla de la proporcionalidad en la contribución al sostenimiento de las cargas familiares “porque, en definitiva, y aunque no se especifique taxativamente para los gananciales, como sí se hace en el art. 1438 CC para la separación de bienes, esta regla está también presente en este régimen económico con mayor razón puesto que está fundado en la cooperación y solidaridad conyugal”²⁶.

Segund: La deuda hipotecaria es una deuda de la sociedad de gananciales

Para el TS la obligación de pago del préstamo hipotecario, en los casos en los que éste se concertó durante la vigencia del régimen de gananciales, está incluida en el art. 1362, 2º CC, a cuyo tenor serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen “por la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes”.

Explica la STS 28.03.2011 (RJ 2011/939) que “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”.

En puridad, la deuda hipotecaria es una deuda de los cónyuges, y no de la sociedad, dado que la sociedad carece de personalidad jurídica (FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, 2011, pág. 316). Tampoco es exacta la afirmación de que el bien corresponderá a ambos cónyuges por mitad, sino que lo que ocurrirá es que el inmueble formará parte del patrimonio ganancial, que no es exactamente lo mismo. En cualquier caso, y dejando estas cuestiones al margen, lo que es seguro, con la ley en la mano, es que la deuda hipotecaria contraída por ambos cónyuges constante matrimonio para la adquisición de un inmueble ganancial, es una deuda ganancial, en el sentido de que tiene que ser satisfecha de modo definitivo con cargo a los bienes gananciales, de suerte que el cónyuge que utilice bienes privativos para su pago tiene derecho a ser reintegrado a costa del patrimonio común, en virtud de lo ordenado por el art. 1364 CC.

Algunos autores han cuestionado la utilización del art. 1362 CC para decidir quién debe afrontar el pago de la deuda hipotecaria que grava la vivienda familiar, con el argumento de que tras la separación o el divorcio, este precepto ya no juega (RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, 2012, pág. 48), pero no es una observación exacta si no se ha producido la liquidación del régimen económico matrimonial y en la medida en la que exista todavía patrimonio ganancial, es decir un patrimonio formado durante la vigencia el régimen de gananciales. Es claro que en estos casos, el pago de la deuda hipotecaria contraída para la adquisición

²⁶ También defiende la aplicación del criterio de la proporcionalidad en el régimen de gananciales, para el caso en que el patrimonio ganancial fuera insuficiente, CLEMENTE MEORO (2012, pág. 549).

de un bien ganancial debe hacerse con cargo a los bienes gananciales (PÉREZ GARCÍA, 2012, pág. 1177), tal y como dispone el art. 1362, 2º CC. Distinto es que, no habiendo patrimonio ganancial, el art. 1362 deje en efecto de ser útil para responder a la pregunta de qué recursos, y de quién, tienen que ser destinados al pago de las cuotas del préstamo. Los ingresos que los excónyuges obtengan tras el divorcio mediante su trabajo –que son los que se suelen destinar al pago del préstamo–, no tienen ya la naturaleza de gananciales, puesto que la sociedad de gananciales se habrá extinguido. En estas situaciones, habituales en la práctica, la respuesta no puede ser otra más que la responsabilidad del patrimonio personal de los dos cónyuges deudores, suscitándose el problema de la medida de la contribución de cada uno.

Tercera: Sea cual sea el régimen económico matrimonial, la satisfacción del crédito garantizado con hipoteca se resolverá con arreglo al régimen de titularidad del bien, y por tanto sin tener en cuenta la situación económica respectiva de los cónyuges resultante de la crisis matrimonial.

Con la anterior afirmación, contenida en la STS 28.03.2011 (RJ 2011/939), se estaría dando respuesta, con alcance general, a la pregunta anteriormente formulada acerca de la medida en la que tras el divorcio cada uno de los dos deudores hipotecarios contribuye, internamente, al pago de la obligación garantizada con hipoteca. No se olvide que externamente la situación no sufre alteración alguna. Sería erróneo, sin embargo, concluir que el criterio que utiliza la jurisprudencia es, en todo caso, el de la titularidad del bien. Puesto que en el caso resuelto por la STS 17.02.2014 (RJ 2014/918), en el que el inmueble hipotecado era privativo de la esposa, no se atribuyó a ésta el pago en exclusiva de la deuda hipotecaria, sino que se resolvió que correspondía a ambos cónyuges por mitades, en aplicación de una doctrina distinta: la de que la deuda hipotecaria debe satisfacerse, internamente, de conformidad con lo dispuesto en el título de constitución del préstamo. Dado que el préstamo se había concertado por ambos esposos, la sentencia que resuelve el recurso de casación decide mantener el pronunciamiento por el que la audiencia estimaba la pretensión de la esposa de que ambos cónyuges se hicieran cargo del préstamo hipotecario.

Por lo que se refiere al criterio de la titularidad del bien, que es el que ahora interesa, nuestra opinión es la siguiente: en una situación conflictiva, como es la planteada con ocasión de la crisis de la pareja, parece razonable y útil hacer tabla rasa de la situación anterior, es decir de cómo fueron las cosas durante la etapa matrimonial, y adoptar un criterio objetivo a la par que equitativo, cual es el de entender que es la cuota que se ostente en la propiedad la que determina la participación en el pago del precio. Difícilmente pueden formularse objeciones a este planteamiento en el caso de bienes adquiridos durante la vigencia de un régimen económico de separación. Parece lógico que, tras el divorcio, si el bien fue adquirido por mitades indivisas, que es la hipótesis más común, el pago de la deuda hipotecaria se efectúe al cincuenta por ciento, y que si, por ejemplo, el inmueble es privativo de uno de los cónyuges, el pago se afronte por éste en su totalidad. Todo ello, como decimos, con independencia de que durante la convivencia matrimonial, la

distribución interna de la deuda fuera otra, por cuanto que no puede presumirse una voluntad de los antiguos esposos de extender a la fase postmatrimonial, decisiones adoptadas en aquella etapa, que quizás respondían a un ánimo de liberalidad o cuanto menos de colaboración entre los esposos codeudores.

El supuesto de los bienes gananciales no es sin embargo tan claro, porque, ¿qué significa en este caso la afirmación según la cual “la satisfacción del crédito garantizado con hipoteca se resolverá con arreglo al régimen de titularidad del bien”? La naturaleza ganancial del inmueble no significa, al menos en general, que sea propiedad de ambos esposos deudores por mitades, sino que el patrimonio ganancial, *todo él*, le será atribuido a los cónyuges por mitad en el momento de la disolución del régimen (art. 1344 CC). Obviamente puede ocurrir, y no es infrecuente, que el único bien ganancial sea la vivienda, pudiendo entonces aplicarse (pero únicamente en este caso) la misma solución que para la vivienda adquirida en proindiviso por la pareja en régimen de separación de bienes, y con los mismos argumentos.

Hay, no obstante lo dicho, una dificultad, que vale tanto para el régimen de comunidad como para el de separación: puede ocurrir que los recursos de uno de los deudores sean claramente insuficientes para atender al pago de la deuda hipotecaria. Esta cuestión se tratará con detenimiento posteriormente. Puede ya apuntarse, sin embargo, que no es forzoso prescindir, como hace el TS, de las (diferentes) circunstancias económicas de los excónyuges, puesto que de lo que se trata no es de la responsabilidad de los deudores frente al acreedor hipotecario, sino de la distribución interna de la deuda entre sujetos obligados solidariamente.

Cuarta: La deuda hipotecaria debe satisfacerse de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución del préstamo

Esta es la solución consagrada por los ordenamientos catalán y vasco en referencia a la vivienda familiar (art. 233-23 CCCat y art. 12.9 de la Ley 7/2017, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores) y la incorpora al Derecho estatal el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, elaborado por el Ministerio de Justicia en 2014²⁷. El TS la hace suya muy

²⁷ Propone el Anteproyecto una nueva redacción del art. 96 CC, con un apartado 5 que diría lo siguiente: “Mientras se mantenga la atribución del uso de la vivienda, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de la comunidad de propietarios y los suministros, y las tasas municipales, correrán a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, siendo el pago de los gastos extraordinarios y de los impuestos y arbitrios que recaigan sobre la vivienda a cargo del propietario o propietarios conforme a lo dispuesto en el título. Cuando se atribuya el uso de la vivienda a ambos cónyuges por periodos alternos, el abono de los gastos ordinarios será a cargo de aquél que los haya devengado, y los que no pudieren determinarse conforme a este criterio, en proporción al periodo que cada uno ocupare la vivienda.

No obstante, atendiendo a la capacidad económica de los cónyuges y sus necesidades, el Juez podrá acordar que sea el cónyuge que no tenga el uso de la vivienda quien se haga cargo de todos o parte de los gastos ordinarios.

claramente en la STS 17.02.2014 (RJ 2014/918), a la que se acaba de aludir. La afirmación también se recoge por la STS 28.03.2011 (RJ 2011/939), pero esta última resulta a estos efectos menos contundente que la anterior, porque mientras que en la de 2014, el Tribunal da prioridad a lo establecido en el título de constitución del préstamo respecto de la titularidad del bien, en la sentencia de 2011 ambos criterios conducían a la misma solución.

En una primera aproximación no parece inadecuado acudir al título de constitución del préstamo para decidir la proporción en la que los distintos deudores deben contribuir internamente a la satisfacción de la deuda. El inconveniente, a nuestro modo de ver, es que si los deudores se obligaron solidariamente, como ocurre en la hipótesis objeto de estudio en este trabajo, el contrato de préstamo hipotecario no arroja, propiamente, ninguna luz sobre esta cuestión. Que la obligación se haya constituido con carácter solidario significa, en palabras del art. 1137 CC, que cada uno de los distintos deudores debe prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Es cierto que el propio Código admite, tácitamente, que en la solidaridad pasiva hay una división interna de la deuda (arts. 1143, párrafo 2º, 1145, 2º, 1146 y 1148 CC), pero tal división no se recoge en el contrato de préstamo hipotecario, porque es un asunto irrelevante para el acreedor hipotecario. Así las cosas, parece que habrá de acudirse al art. 393, párrafo 2º CC, a cuyo tenor “Se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad”. La norma se ubica dentro del régimen de la comunidad de bienes, pero se viene considerando de aplicación para decidir la participación de los distintos acreedores o deudores en los créditos y deudas solidarios. De hecho, se utilizó por las SSTS 31.05.2006 (RJ 2006/3502) y 20.03.2013 (RJ 2013/4936) para dirimir el conflicto que nos ocupa.

La presunción del art, 393, 2º CC, al igual que la del art. 1138 CC, es una presunción iuris tantum, lo que se convierte en un dato esencial a considerar en la tarea de valoración de la doctrina jurisprudencial sobre el pago de la deuda hipotecaria tras el divorcio. Significa que en los casos en los que se pueda demostrar un acuerdo de los codeudores distinto del de la distribución de la deuda por partes iguales, ellos, en sus relaciones internas, habrán de atenerse a él. Entendemos que puede tratarse de un acuerdo expreso o tácito, existiendo este último cuando el pago de la deuda se efectúa con cargo a un patrimonio (el ganancial), formado por aportaciones desiguales de los deudores. No creemos sin embargo que se pueda interpretar que hay un convenio de distribución interna de la deuda a partir, simplemente, de los actos de los propios codeudores. En el caso resuelto por la ya citada STS 21.07.2016 (JUR 2016/164108) se había demostrado que el marido se venía haciendo cargo en exclusiva y desde el principio del pago de las cuotas del préstamo hipotecario concertado para la adquisición de la vivienda habitual, que era privativa de la esposa. Precisamente por esto último, y en aplicación de la regla según la cual el ánimo de liberalidad no se presume, no se podría concluir la existencia de un pacto en este sentido.

Las cargas hipotecarias y las obligaciones contraídas por razón de la adquisición o mejora de la vivienda familiar, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deberán satisfacerse por los cónyuges deudores de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución”.

Sentado lo anterior, la clave de la cuestión estaría en determinar si en los casos en los que pueda entenderse que hubo un acuerdo de distribución desigual de la deuda, que generalmente será tácito, su eficacia debe mantenerse una vez surgida la crisis matrimonial. Se retomará esta cuestión posteriormente.

Quinta: La deuda hipotecaria debe ser pagada por mitad por los propietarios del piso que grava

Pese a no constituir tal afirmación el aspecto central ni más importante de la doctrina jurisprudencial, es la que mayor trascendencia práctica ha alcanzado, siendo el sentir común de los tribunales que, originada la crisis matrimonial y hasta que se proceda a la liquidación del régimen económico del matrimonio, corresponde a cada cónyuge el pago de la mitad de las cuotas del préstamo hipotecario concertado por ambos constante matrimonio. Sobre esta base, que se estima inamovible, suelen adoptarse las restantes medidas definitivas reguladoras de la situación postruptura.

Es un buen ejemplo de que la idea que mayor trascendencia ha alcanzado es la de que el pago de la deuda hipotecaria debe efectuarse por mitad, la reciente STS 21.09.2016 (RJ 2016/4451), en la que el TS es más explícito de lo que lo había ido en la anterior STS 21.07.2016 (RJ 2016/164108). Mientras que la sentencia del mes de julio (referida a un matrimonio en régimen de separación de bienes), se limita a declarar que “el importe de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario y del préstamo personal concertado para la financiación del vehículo no pueden ser consideradas cargas del matrimonio, en el sentido que a ésta expresión se reconoce en el art. 90 CC [...]” (Fundamento de Derecho tercero), la sentencia de septiembre se centra en una idea distinta, por más que se venga considerando consecuencia de aquélla: la de que la deuda hipotecaria ha de ser afrontada al cincuenta por ciento por cada uno de los cónyuges (Fundamento de Derecho séptimo).

5. Conclusiones sobre la doctrina jurisprudencial

Una vez finalizado el análisis pormenorizado de los distintos pronunciamientos contenidos en las sentencias del TS relativas al pago, tras el divorcio, del préstamo hipotecario concertado en la etapa matrimonial para la adquisición de la vivienda familiar, resulta oportuno complementarlo con algunas importante conclusiones de carácter general.

La idea más firme y nunca contradicha por el Alto Tribunal es que el pago de los plazos de amortización del préstamo hipotecario no es una carga del matrimonio a efectos de lo dispuesto por los arts. 90 y 91 d) CC. Sorprende que pese a lo oscuro del concepto “cargas del matrimonio”, sobre el que tanto se ha escrito, el TS se limite a invocar algunos preceptos sobre régimen económico del matrimonio, cuando de los propios arts. 90 y 91 CC se deduce un argumento de peso que podría muy bien completar su razonamiento: el legislador está suponiendo que simultáneamente a la adopción de las medidas reguladoras de la nueva situación, se ha procedido a la liquidación del régimen económico del matrimonio y que, por lo tanto, ya no habrá deudas de la sociedad de gananciales, sino, en

todo caso, deudas privativas²⁸, lo que significa, en último término, que la expresión “cargas del matrimonio” del apartado d) del art. 90 CC, no comprende, en el ánimo del legislador, las deudas de la sociedad de gananciales, las cuales quedan incluidas en su apartado e) que alude a la liquidación del régimen económico matrimonial. El art. 90 CC exige que en el convenio regulador se incluya “la liquidación, cuando proceda²⁹, del régimen económico del matrimonio” (apartado e), y por su parte el art. 91 impone al juez el deber, “en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo”, de determinar, entre otras medidas, la liquidación del régimen económico. Lo anterior quiere decir que si se respetase plenamente lo dispuesto en el código, en la sentencia de divorcio se contendría la liquidación del régimen económico matrimonial, lo que incluiría una solución definitiva para el problema del pago del préstamo hipotecario³⁰, y ello como una cuestión perfectamente diferenciada de la contribución a las cargas del matrimonio.

Puede pues decirse que toda la problemática suscitada en torno al pago de la deuda hipotecaria tras el divorcio deriva, en último término, de una posibilidad con la que el legislador no contaba, pero que es muy frecuente en la práctica: la de que, pese al divorcio, continúe sin liquidarse el régimen económico del matrimonio. Aunque hay que admitir que lo más probable es que incluso si se liquidase el régimen matrimonial, la deuda hipotecaria seguiría viva³¹, no es menos cierto que de respetarse lo ordenado literalmente por el Código respecto del contenido de la sentencia de divorcio, al menos habría un acuerdo de los excónyuges o una decisión sobre su pago.

Continuando con las conclusiones generales a propósito de la doctrina del TS, hay que destacar que en contra de las apariencias y de lo que vienen entendiendo tanto la jurisprudencia menor como los autores³², la doctrina jurisprudencial que establece que los

²⁸ Como explican las SSTS 05.11.2008 (RJ 2009/3) y 28.03.2011 (RJ 2011/939), el pago de la deuda hipotecaria es 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, añadiéndose que “En la sociedad de gananciales existe una deuda frente al acreedor hipotecario y eso debe resolverse con los criterios del régimen matrimonial correspondiente”.

²⁹ Se viene interpretando que no siempre son necesarias las operaciones liquidatorias y, en concreto, que no lo son cuando el régimen es el de separación de bienes, lo que explicaría la salvedad del apartado d), que habla de liquidación del régimen económico del matrimonio como contenido del convenio regulador, “cuando proceda”. En este sentido, por ejemplo, FERNÁNDEZ-GIL VIEGA (2012, pág. 1363).

³⁰ Sostiene RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, en línea con lo defendido en el texto, que la liquidación de la sociedad de gananciales ha de ser el momento en que debe quedar resuelto el problema del pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar de manera definitiva, si bien añade que “una detenida reflexión acerca del destino de dicha obligación de pago tras la fase liquidatoria permite concluir que las cosas no ocurrirán de una manera muy diferente a lo que sucedía en la etapa anterior, en la comunidad postganancial anterior a la liquidación” (2012, pág. 39).

³¹ Sobre esta cuestión y en general sobre la deuda hipotecaria en la fase de liquidación de la sociedad de gananciales, puede verse RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (2012, págs. 37-43).

³² ALFONSO RODRÍGUEZ (2011, pág. 492); RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (2012, pág. 60); FERNÁNDEZ CANALES (2013, pág. 307 y 309). Sin embargo, RUBIO TORRANO (2011, pág. 1) dice que la declaración recogida en la prensa

cónyuges divorciados han de satisfacer por partes iguales el pago de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario, no descansa en argumentos claros. Una lectura atenta de las sentencias ha servido para comprobar que si bien la solución a la que se llega en la mayor parte de los casos es que la deuda hipotecaria debe ser pagada por mitad por los cónyuges, tal conclusión no siempre es consecuencia del mismo razonamiento. Unas veces se aplica la doctrina según la cual el pago debe efectuarse por mitad por los cónyuges porque ambos son propietarios por partes iguales del inmueble hipotecado, mientras que otras se entiende que ello es consecuencia de lo dispuesto en el título constitutivo del contrato de préstamo. Y lo que es más importante, no faltan ocasiones, como la de la reciente STS 21.07.2016 (JUR 2016/164108), en las que el Tribunal se limita, con buen criterio, a dejar sin efecto la medida consistente en imponer al marido, en concepto de cargas del matrimonio, el pago del préstamo hipotecario, en tanto que cantidad destinada a sufragar el domicilio familiar en el que residían los menores y mientras se mantuviera el derecho de éstos a ser beneficiarios de una pensión de alimentos, pero sin incluir pronunciamiento alguno sobre quiénes son los obligados al pago de las cuotas del préstamo.

Dejando al margen la exactitud de las distintas líneas argumentales, asunto del que ya se ha tratado anteriormente, lo que ahora interesa poner de manifiesto es que dista mucho de ser claro y firme el motivo que sustenta la opinión, comúnmente admitida, de que durante la llamada comunidad postganancial la deuda hipotecaria ha de satisfacerse por mitades por los cónyuges. El TS se vale de dos criterios distintos, sin que pueda decirse que ninguno de ellos haya prevalecido hasta ahora claramente sobre el otro. La mayor parte de las veces coincide que el bien es ganancial o pertenece en proindiviso a ambos cónyuges y que ambos ostentan la condición de deudores, por lo que no resulta posible detectar la preferencia del Tribunal por el criterio de la titularidad del bien o el de lo establecido en el contrato de préstamo. Mas también hay veces en las que no coincide la titularidad del bien y la condición de deudor. Tanto en el caso resuelto por la STS 17.02.14 (RJ 2014/918), como en el de la STS 21.07.16 (JUR 2016/164108), el inmueble hipotecado era privativo de la esposa, mientras que ambos cónyuges eran deudores solidarios. En la primera de ellas se confirma el pronunciamiento por el que la audiencia establecía que el abono del préstamo hipotecario debía efectuarse por mitad, lo que se estima que es, simplemente, reflejo de lo establecido en el ámbito obligacional por los litigantes, quienes se habían obligado frente al banco; el criterio al que se da prioridad es pues el título constitutivo del préstamo frente a la titularidad del bien, aunque con la importante salvedad de que la sentencia de apelación –que se confirma– aludía a la posibilidad del cónyuge no propietario de resarcirse de lo pagado a través del ejercicio de la oportuna acción. En cuanto a la STS 21.07.16 (JUR 2016/164108), la realidad es que el asunto de la distribución interna de la deuda hipotecaria queda sin dilucidar, puesto que el tribunal se limita a dejar sin efecto la obligación que la sentencia de instancia había impuesto al recurrente de hacer frente al

con ocasión de la publicación de la STS 28.03.2011, de que “la hipoteca de la vivienda familiar ahora las pagarán los cónyuges divorciados al 50%” no es del todo correcta.

pago de los préstamos en concepto de cargas del matrimonio, lo que se estimó que vulneraba la doctrina de la Sala 1ª del TS, que niega a estas deudas tal carácter.

6. Razones por las que se hace necesario pensar en una solución distinta a la distribución por mitades de la deuda hipotecaria

Si en los apartados anteriores el objetivo ha sido realizar un análisis crítico de la doctrina del TS, de lo que se trata ahora es de valorar la conveniencia de la solución consistente en que los esposos divorciados efectúen por mitad el pago de la deuda hipotecaria que ambos contrajeron para la adquisición de un inmueble ganancial o perteneciente a ambos en régimen de comunidad ordinaria.

De modo muy sucinto podría decirse que el motivo principal para rechazar la actual solución es que no tiene en cuenta que habrá ocasiones en las que uno de los deudores no disponga de medios económicos para afrontar el pago de la deuda. Este inconveniente ha sido puesto de manifiesto por algunos autores³³ y, de hecho, constituye el punto de partida de diversas propuestas de solución al problema, a las que nos referiremos posteriormente. Piénsese que hacer descansar sobre un prestatario la obligación de pago de una parte de la deuda que sea superior a la que puede soportar en atención a su capacidad económica, es algo que no sólo perjudica al cónyuge con menores recursos económicos, sino también, indirectamente, al otro, e incluso al acreedor hipotecario, por cuanto que el impago de la deuda podría provocar la ejecución hipotecaria. Como se ha dicho, “la insolvencia de uno de los cónyuges amenazaría la titularidad sobre el bien del otro, y en este caso, éste deberá valorar la posibilidad y/o conveniencia de efectuar pagos de tercero con derecho a reembolso para evitar una eventual ejecución de la garantía que grava el inmueble” (RUBIO, 2012, pág. 376).

La insuficiencia de medios económicos por parte de uno de los cónyuges fue también el motivo por el que la ya citada SAP Girona, civil, secc. 1ª, 21.07.2014 (JUR 2014/235968) adopta una decisión peculiar en un caso en el que era de aplicación el art. 233-23 CCCat. Los cónyuges eran copropietarios por mitades de dos viviendas distintas, ambas gravadas con hipoteca en garantía de sendos préstamos concedidos para su adquisición y en los que se obligaban solidariamente. La sentencia de divorcio dictada por el juez de 1ª instancia atribuía a cada uno de ellos el uso de una de las viviendas, estableciendo además que cada cónyuge debía asumir la carga hipotecaria que gravaba el inmueble cuyo uso se le atribuía, pese a que las cuotas del préstamo eran de diferente importe. Esta última decisión fue la discutida en apelación, pero la Sala la mantuvo declarando lo siguiente: “Este Tribunal no desconoce lo dispuesto en el art. 233-23 del CCCat en el sentido de que las obligaciones contraídas por razón de la adquisición o mejora de la vivienda, deben satisfacerse de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución. Ese es el criterio que ha venido manteniendo con carácter general. Sin embargo, en el presente supuesto, *hay que tener en cuenta que los ingresos de los litigantes son distintos*, como así resulta de la obligación de contribuir en distinta proporción al pago de los gastos extraordinarios. Pese a ello la sentencia no prevé que el apelante contribuya en modo alguno a los alimentos de sus hijos mientras se encuentran con su madre, ello supone que la Sra. Lidia tiene menor capacidad económica para hacer frente al pago de las obligaciones derivadas de los préstamos hipotecarios. No es posible, al no haber impugnado la

³³ MONTERO AROCA (2008, pág. 93); SERRANO CASTRO (2010, pág. 96); RUBIO GIMENO (2012, pág. 376).

sentencia la Sra. Lidia, modificar este pronunciamiento, pero no resulta tampoco adecuado imponerle el pago de la mitad de la cuota de la hipoteca de la vivienda cuyo uso tiene atribuido el Sr. Gonzalo puesto que sería tanto como abocarla al incumplimiento, al carecer de capacidad para hacer frente al pago de la mitad de ambos recibos de préstamo hipotecario, los alimentos de sus hijos cuando los tenga con ella, y a su propio sustento” (Fundamento de Derecho segundo).

La misma Sala había resuelto anteriormente un caso en el que la esposa tampoco contaba con medios económicos para hacerse cargo de las cuotas del préstamo hipotecario concertado para la adquisición de la vivienda habitual. Se trata de la SAP Girona, civil, secc.1ª, 19.04.2012 (JUR 2012/190913; MP: Nuria Lefort Ruiz de Aguiar). La Sentencia dictada en 1ª instancia, en un divorcio contencioso, atribuía a la madre la custodia de la hija menor y el uso del domicilio familiar y establecía a cargo del marido, además de una pensión alimenticia a favor de la hija, una pensión compensatoria a favor de la esposa, que el marido se haría cargo en exclusiva de las cuotas del préstamo hipotecario; pero en su recurso de apelación, el marido no discute esta última decisión, sino que la acepta tácitamente al esgrimirla como argumento para que se deje sin efecto el derecho a pensión compensatoria reconocido a la esposa.

Interesa destacar que, frente a lo que ocurre en el CC español, en Cataluña el régimen legal es el de separación de bienes, lo que significa que es correcto que la conclusión que se extrae del art. 233-23 CCCat (que dispone que las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora deben satisfacerse de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución) es que el pago de la deuda hipotecaria contraída solidariamente por los cónyuges debe efectuarse por mitad; conclusión no trasladable, a nuestro entender, al régimen de gananciales.

A lo ya dicho hay que añadir que si no se permite a los tribunales adoptar un criterio de distribución interna de la deuda que no sea el paritario, se les fuerza a acudir a figuras como la pensión compensatoria, incluso faltando sus presupuestos, a fin de remediar la insuficiencia patrimonial de uno de los cónyuges divorciados que no puede atender a su obligación de pago de la mitad de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario contraído durante el matrimonio. Es un magnífico ejemplo de ello la STS, 1ª, 03.11. 2015 (RJ 2015/4968; MP: Javier Arroyo Fiestas), en la que se resuelve que el marido divorciado tiene derecho a percibir una pensión compensatoria de la esposa, con el argumento de que “los dos reciben ingresos absolutamente dispares junto con gastos soportables para ella e inasumibles para él, de manera que *de no mediar pensión compensatoria, D. Luis Carlos no podría asumir sus obligaciones legales en relación con las cargas del matrimonio y la pensión de alimentos*, pues solo restarían para su manutención la cantidad de 270 €”. En otras palabras, se reconoce la pensión compensatoria, que la sentencia recurrida en casación había denegado, para remediar la situación de necesidad económica a que vendría abocado el marido por efecto de la aplicación de las medidas definitivas adoptadas en un procedimiento contencioso de divorcio. Entre esas medidas se encontraba la de sufragar la mitad de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario concedido al matrimonio para la adquisición de su vivienda habitual³⁴.

³⁴ Son peculiares, por poco habituales, los hechos del caso resuelto por esta sentencia: la convivencia matrimonial tuvo una duración de dieciocho años y en el momento del divorcio el único hijo común de la pareja contaba dieciséis años de edad. La pareja, que estaba en régimen de gananciales, había contratado un préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda habitual, del cual quedaban por pagar 160.000

€, siendo de 1.047,10 € el importe mensual a satisfacer por tal concepto al prestamista. El marido trabajaba como carnicero antes, durante y después del matrimonio, y sus ingresos mensuales ascendían a 893,56 €. Por su parte, la esposa había heredado de su padre, en el año 2005, un despacho de lotería, lo que le generaba unos ingresos mensuales netos de 7.653 €. La Sentencia no proporciona datos sobre otros bienes privativos o comunes, a excepción de otro inmueble distinto de la vivienda habitual, que se dice que es propiedad del matrimonio.

El pleito lo inicia la esposa, quien solicita el divorcio y la adopción, entre otras, de las siguientes medidas: la atribución de la guarda del hijo menor, que se fije una pensión de alimentos a cargo del padre de 200 € mensuales, que los gastos extraordinarios del hijo sean sufragados al cincuenta por ciento por ambos progenitores, que cada cónyuge contribuya al sostenimiento de las cargas familiares (cuotas de amortización del préstamo hipotecario e impuestos que graven tanto el chalet como la vivienda habitual) y, por último, que se atribuya al menor y a la madre el uso de la vivienda familiar.

En su escrito de contestación a la demanda, el marido se muestra conforme con algunos de los pedimentos de la demanda, en concreto: que la guarda del menor se atribuya a la madre, que el uso de la vivienda familiar corresponda al menor y a la madre, y que los padres hagan frente por partes iguales a los gastos extraordinarios ocasionados por el hijo. Sin embargo, solicitaba que la pensión alimenticia del hijo quedase fijada en 100 € mensuales, salvo que se le atribuya el uso, que expresamente pedía en demanda reconvenicional, de la otra vivienda propiedad del matrimonio, que se encontraba deshabitada, “ya que entonces podría hacer frente a la cantidad solicitada de 200 € mensuales”. Por otro lado, en el escrito de contestación a la demanda se decía que “En cuanto a las cargas familiares, deberá hacerse cargo de ellas D^a Salomé, dado que D. Luis Carlos no puede, dado su salario, subvenir a sus necesidades vitales mínimas y pagar la hipoteca del domicilio conyugal, sin perjuicio de que las cantidades anticipadas por D^a Salomé se tengan en cuenta en el momento en que se proceda a la liquidación de la sociedad legal de bienes gananciales”.

El cónyuge demandado formula demanda reconvenicional, en la que, además de pedir el uso del inmueble de propiedad común que no era domicilio familiar, solicitaba una pensión compensatoria de 600 € mensuales “atendiendo a los gastos que pretende D^a Salomé que debe soportar D. Luis Carlos”.

El Juzgado de 1^a Instancia concede a la madre la custodia del hijo, así como el uso del que fuera el domicilio conyugal. En lo referente a los aspectos conflictivos, resuelve lo siguiente: en concepto de pensión alimenticia al hijo, el padre satisfará la cantidad de 100 € mensuales, así como el 20% de los gastos extraordinarios, correspondiendo a la madre el restante 80%; las cargas familiares que repercutan sobre los bienes gananciales, como por ejemplo la hipoteca, serán abonadas por ambas al 50%; por último, se reconoce al esposo una pensión compensatoria de 600 € mensuales durante ocho años y nueve meses³⁴.

La Audiencia estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la actora, revocando la anterior sentencia “en el sentido de ser lo procedente declarar que en el caso no cabe señalar pensión compensatoria en favor del Sr. Luis Carlos al no darse en el caso y en esta sede de familia, desequilibrio, confirmándose el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida”. Declara la sentencia que ambas partes trabajan, por lo que no hay motivos para estimar que la separación o el divorcio les produzca desequilibrio. Se emite, no obstante, un voto particular por uno de los magistrados, que considera que “un análisis global de todos los factores económicos de los litigantes lleva a la conclusión de que concurren los requisitos de la pensión compensatoria y por lo tanto el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia en que se establecía ésta no debe ser revocado”.

El recurso de casación lo interpone el marido. Alega infracción del artículo 97 CC y de la doctrina jurisprudencial según la cual la mera independencia económica de los esposos no elimina el derecho de uno a recibir una pensión, porque puede haber desequilibrio cuando los ingresos de uno y otro son absolutamente dispares. También alega jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales sobre el citado precepto.

El Ministerio Fiscal, por su parte, apoya el recurso de casación interpuesto, al entender que “la posición del recurrente deviene insostenible económicamente y es absolutamente desequilibrante respecto de la

Es de todo punto evidente que la *ratio decidendi* del fallo fue hacer posible que el marido hiciera frente a las obligaciones patrimoniales derivadas del divorcio y establecidas por la sentencia de primera instancia. Tal y como se plantearon las cosas, y habida cuenta de que las restantes medidas definitivas eran firmes, el Alto Tribunal sólo tenía un camino para remediar la insuficiencia patrimonial en la que quedaba el recurrente, y era reconocerle la pensión compensatoria. Pero ello no quiere decir que no haya objeciones, y muy serias, al razonamiento que inspira su decisión.

La dificultad deriva de que el propio TS viene advirtiendo de que no todo desequilibrio genera el derecho a una pensión compensatoria, sino que tiene que tratarse de un desequilibrio que tenga su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación a la familia o a su colaboración con las actividades del otro cónyuge, lo que es claro que no ocurre en el presente caso. El desequilibrio patrimonial del marido respecto de su esposa, el hecho de que los ingresos procedentes de su trabajo fueran muy inferiores a los de ella, nada tenía que ver con la etapa matrimonial (él realizaba la misma actividad laboral antes, durante y después del matrimonio), ni traía su causa tampoco de colaboración alguna con la actividad empresarial de la esposa. Finalmente, tampoco se justifica por una mayor dedicación futura a la familia. Así pues, no estamos, en rigor, ante el desequilibrio que según la llamada tesis subjetivista adoptada por el TS³⁵, es presupuesto

recurrida, considerando la concurrencia de los requisitos de la pensión compensatoria y por tanto la correcta fundamentación y fallo de la sentencia de primera instancia”.

El TS casa la sentencia recurrida, confirmando lo acordado en primera instancia “y ratificando como doctrina jurisprudencial que en orden a la concesión de la pensión compensatoria no basta la mera consideración del desequilibrio patrimonial, en sí mismo considerado, sino que debe valorarse la perspectiva causal que lo sustente, *ya en relación con la situación de derechos y obligaciones resultante tras el divorcio*, como en su caso, con la mayor dedicación a la familia o a la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge anterior a la ruptura matrimonial”. Recuerda asimismo la doctrina jurisprudencial según la cual “la mera independencia económica de los esposos no elimina el derecho de uno de ellos a recibir una pensión, pues a pesar de que cada cónyuge obtenga ingresos, puede haber desequilibrio cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares”.

³⁵ A pesar de que el artículo 97 CC no hace referencia alguna a las causas determinantes del desequilibrio económico derivado de la separación o el divorcio, el TS se ha decantado por la llamada tesis subjetivista, conforme a la cual deben tenerse en cuenta, para determinar la concurrencia del desequilibrio originador del derecho a compensación, las circunstancias enumeradas en el párrafo segundo del citado precepto. La STS, 1ª, 19.01.2010 (RJ 2010/417; MP: Encarnación Roca Trías), declaró como doctrina jurisprudencial que “para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges, en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, y su situación anterior al matrimonio”. Se establece que “las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 del Código civil tienen una doble función: a) Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias. b) Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión”. Esta doctrina se ha aplicado en multitud de ocasiones posteriores: SSTS, 1ª, 04.11.2010 (RJ 2010/8023; MP: Juan Antonio Xiol Ríos), 19.10. 2011 (RJ 2012/422; MP: Encarnación Roca Trías), 17.05.2013 (RJ 2013/3703; MP: José Antonio Seijas Quintana), 16.07.2013 (RJ 2013/4693; MP: José Antonio Seijas Quintana); 03.11.2015 (RJ 2015/5604; MP: Francisco Javier Arroyo Fiestas).

de la pensión compensatoria, sino ante algo distinto: una insuficiencia patrimonial por parte del marido, quien se habría encontrado, durante la etapa posterior a la disolución del matrimonio, ante una situación de dificultad para atender a sus propias necesidades, algo que no le ocurría a la esposa. Y ello se produce como consecuencia de las restantes medidas que, según la sentencia recurrida, debían regir la situación postruptura³⁶.

No es exagerado decir que al marido se le concede pensión compensatoria para permitirle pagar la mitad de la cuota del préstamo hipotecario, obligación ésta que le atribuye el juez de primera instancia, lo que sin duda es efecto de las declaraciones judiciales sobre el tema. Ahora bien, ni la AP de Madrid ni la Sala de lo civil del TS pudieron rectificar esta decisión, que no se discutió por el recurrente; el debate se centró en la procedencia de la pensión compensatoria.

De cualquier modo, resulta del todo evidente lo inadmisibile de la solución, porque, si bien podría razonarse que desde el punto de vista económico el efecto es el mismo que se produciría de optarse por una distribución de la deuda hipotecaria proporcional a los recursos de cada uno de los obligados, no puede ignorarse el efecto último que en casos como este provoca esta prestación económica: permite a su perceptor realizar el pago del precio de un bien ganancial o del que es copropietario, *pero sin deber alguno de reembolsarlo posteriormente*, al no tratarse propiamente de un pago realizado por el otro codeudor. Esto no ocurriría en el caso de optarse claramente, y no de manera encubierta, por una distribución desigual de la deuda hipotecaria entre los excónyuges, pues no es dudoso que

³⁶ La Sentencia de divorcio imponía al marido las siguientes obligaciones de contenido económico para la etapa postconyugal: primero, la cesión del uso y disfrute del que fue domicilio conyugal, al hijo "hasta su independencia económica o la liquidación de la sociedad de gananciales, salvo que antes de esa fecha se venda el piso a uno de los cónyuges o a un tercero, venta que se autoriza por medio de la presente sentencia"; segundo, una pensión alimenticia a favor del hijo de 100 € mensuales; tercero, el 20% de los gastos extraordinarios referidos al hijo "aprobados de común acuerdo o por resolución judicial en caso de discrepancia", correspondiendo a la madre el 80% restante; y por último, "el 50% de las cargas familiares que repercutan sobre los bienes gananciales, como por ejemplo la hipoteca".

La mayor parte de las anteriores medidas son claramente respetuosas con lo establecido en las leyes que resultan de aplicación: la atribución del uso de la vivienda familiar al hijo es aplicación de lo ordenado en el párrafo 1º del art. 96 CC; la cuantía de la pensión a favor del hijo, aunque es tan sólo de 100 €, resulta adecuada a los ingresos del padre y viene a coincidir con el llamado mínimo vital que vienen aplicando los tribunales, aparte de que no supone desprotección del interés del hijo si se tienen en cuenta los recursos económicos de la madre; y la desigual distribución entre los progenitores de los gastos extraordinarios del hijo es aplicación del principio según el cual la contribución de los padres a las necesidades de sus hijos ha de ser proporcional a sus medios económicos (art. 145 CC). Es este principio el que lleva al juez a ignorar la petición de los cónyuges, pese a que ambos coincidían en solicitar que tales gastos se distribuyesen entre ambos por partes iguales.

Mayores dudas suscita, en cambio, la decisión contenida en la sentencia de divorcio de que ambos cónyuges abonen por mitades las cuotas de amortización del préstamo hipotecario pendientes de vencimiento. Recuérdese que frente a lo solicitado en el escrito de demanda de que la deuda contraída por la pareja para la adquisición de la vivienda familiar, que estaba garantizada con hipoteca constituida sobre la misma, se pagara en un cincuenta por ciento por cada uno de los esposos, el marido pedía que fuese la esposa la que se hiciera cargo en exclusiva de esta deuda, pedimento que justificaba en la imposibilidad de hacerlo él y atender al mismo tiempo sus necesidades vitales mínimas, dado su salario. Aclaraba no obstante, con buen criterio, que si era la esposa la que afrontaba el pago del préstamo hipotecario, ello se tendría en cuenta en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales.

entonces aquél que hubiese contribuido en una proporción superior a la que refleja el título de propiedad, podría recuperar lo pagado de más.

En definitiva, la pensión compensatoria no es el cauce adecuado para remediar la insuficiencia patrimonial que la ruptura matrimonial causa a uno de los deudores solidarios. La lógica de esta prestación es otra. La pensión es un instrumento reequilibrador de las posiciones económicas de los excónyuges, que tras la ruptura devienen desiguales como consecuencia de una mayor dedicación a la familia en la etapa matrimonial o postmatrimonial, o como consecuencia de una colaboración prestada gratuitamente a las actividades empresariales o laborales del otro cónyuge; pero la pensión no es, ni debe ser, el medio para hacer posible que el cónyuge sin medios propios suficientes afronte el pago de la mitad de la deuda hipotecaria contraída constante matrimonio.

7. Valoración de las propuestas formuladas por los autores

Las sentencias dictadas por el TS en las que el asunto conflictivo era el pago del préstamo hipotecario en las crisis matrimoniales despertaron desde el primer momento el interés de la doctrina. Los autores formularon algunas críticas, sólo en una pequeña parte coincidentes con las que se vienen manifestando en estas páginas, y también propuestas de signo distinto, que se pasan a exponer y valorar.

En contra de lo sostenido por el TS, defiende FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO (2011, 33ágs.. 313-315) la naturaleza de carga matrimonial del pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar. Opina que el inmueble, siempre que sea vivienda familiar, está al servicio del cumplimiento del deber de alimentos, y que por ello la determinación de quién deberá afrontar el pago del préstamo deberá hacerse por aplicación de las normas que regulan la imposición de las cargas familiares, con independencia de quién sea el propietario del bien (la sociedad de gananciales, un cónyuge, o ambos en copropiedad ordinaria), y de cuál sea el régimen económico del matrimonio.

Las consecuencias que se derivan de atribuir el carácter de carga familiar a la deuda hipotecaria derivada de la adquisición de la vivienda familiar ya han sido mencionadas: en las separaciones y divorcios contenciosos sería preceptivo incluir en el convenio regulador un pacto sobre tal extremo (art. 90 d CC), y en los procesos contenciosos sería el juez el que, a falta de acuerdo de las partes, debería pronunciarse sobre la distribución entre los cónyuges de la deuda hipotecaria (art. 91), y debería hacerlo aplicando el criterio de la proporcionalidad a los recursos de los obligados.

Las anteriores consecuencias quizás puedan ser valoradas de modo positivo, pero la tesis de la autora presenta algunos inconvenientes. En primer lugar, no es del todo exacto, a nuestro modo de ver, el razonamiento fundamental en el que se apoya, que ella misma afirma que es “de clara lógica” (pág. 315) : el de que si el pago de la renta de la vivienda familiar, cuando ésta se disfruta en régimen de alquiler, merece la consideración de carga

familiar, lo mismo cabe aplicar al pago de las cuotas del crédito hipotecario concedido para financiar su adquisición. La equiparación, aunque explicable, no es del todo oportuna, al menos si se realiza sin matices. Téngase en cuenta que mientras que en el caso del arrendamiento, el importe de la renta se corresponde con su valor de uso en el mercado, en el caso de la compraventa de la vivienda, puede no haber correspondencia entre el valor de uso y el importe de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario, las cuales podrían ser superiores. A esta idea responde la solución adoptada por el legislador valenciano cuando dispuso que quedaban incluidos en el concepto de cargas del matrimonio, los gastos de adquisición, conservación y mejora de los bienes y derechos de titularidad conjunta y de titularidad privativa, pero únicamente “en proporción al valor de su uso, cuando éste corresponde a la familia y se ejercite efectivamente por ella” (art. 9.3 de la Ley 10/2007, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, declarado inconstitucional por STC 28.04.2016).

El segundo y principal inconveniente que presenta la tesis sustentada por FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO es que deja sin resolver la cuestión de la distribución entre los excónyuges de deudas hipotecarias contraídas con fines distintos de la adquisición de la vivienda familiar, y por supuesto de otras deudas, aún nacidas de préstamos a su favor, no garantizadas con hipoteca. La práctica de los tribunales pone de relieve que si bien es cierto que la mayor parte de las veces el préstamo hipotecario parcialmente pendiente de pago en el momento de la crisis de la pareja fue obtenido precisamente para financiar la adquisición de la vivienda de la familia, también se encuentran casos en que el destino del crédito hipotecario es otro. Es claro que el Derecho debe también dar una respuesta a estos casos, y que la vía para ello no puede ser considerar la deuda hipotecaria como carga familiar, lo que sólo cabe, como la propia autora reconoce, respecto de los bienes adquiridos para satisfacer las necesidades familiares, como sería el préstamo destinado a la adquisición del mobiliario esencial de la familia o a la realización de una obra o remodelación de la vivienda.

Además de la ya citada STS 21.07.2016 (JUR 2016/164108), nos proporciona un ejemplo de que el problema de la distribución interna de la deuda hipotecaria tras el divorcio, no afecta únicamente al préstamo hipotecario celebrado para financiar la compra de la vivienda familiar, la SAP Barcelona, civil, secc. 18ª, 06.06. 2014 (JUR 2014/227348; MP: Francisco Javier Pereda Gámez). En el caso de autos la pareja que se divorciaba tenía tres préstamos (uno para adquisición de la vivienda habitual, otro para la adquisición de un derecho de aprovechamiento por turnos y un tercero que la esposa solicita que afronte en exclusiva el marido). El juez de primera instancia entiende que este préstamo, con independencia de su destino, estaba firmado por ambas partes y que en consecuencia debía ser sufragado por mitad. En el recurso de apelación, la esposa se opone a esta decisión con el argumento de que dicho préstamo se solicitó para liquidar y disolver una sociedad del actor; el marido razona que el préstamo está a nombre de los dos y que también la esposa vivía de la empresa que se liquidó. La Sala explica que no es objeto del proceso fijar la titularidad de un crédito, ni si se obtuvo para único beneficio del marido (lo que niega éste en la impugnación del recurso de apelación), por lo que no cabe declarar que el préstamo en cuestión deba ser atendido en exclusiva por el marido; todo ello, no sin advertir que “si la esposa se hace cargo de dicho préstamo sin haber dispuesto del capital, podrá repetir contra el actor”.

En la misma línea, la SAP Barcelona, civil, secc. 12ª, 30.04.2014 (JUR 2014/135096; MP: Pascual Ortuño Muñoz) entiende que un proceso de familia no es el lugar adecuado para resolver la pretensión que había formulado la esposa de que el marido fuera condenado al pago de los créditos concertados por los cónyuges en razón del negocio de que fue titular único el demandado. A este caso no le era de aplicación el art. 233-23 CCCat, que se refiere a los gastos de adquisición y mejora del inmueble y no “a las garantías que se hayan podido establecer en razón de otras obligaciones asumidas por los cónyuges” (Fundamento de Derecho tercero). Por ello entiende la Sala que el pronunciamiento de la sentencia de 1ª instancia, la cual había declarado que ambos cónyuges debían hacer frente a los citados créditos por mitad, debe ser matizado y corregido. “Al decir que los créditos se pagarán según el título por el que fueron concertados no se está generando una distribución *ex novo* constituida por la sentencia, sino que lo que propiamente viene a establecerse es que es una materia sobre la que el tribunal no puede pronunciarse en sede de este proceso [...]”. De ahí que se reserve el derecho de las partes a ejercitar las acciones declarativas correspondientes para dilucidar las responsabilidades derivadas de la gestión y desenvolvimiento del negocio que ejerció el demandado, de los créditos generados respecto del mismo, y de las demás cuestiones conexas.

En definitiva, la consideración de la deuda hipotecaria como carga familiar podría quizás solucionar el problema de la insuficiencia patrimonial del cónyuge divorciado cuando el préstamo hipotecario tuvo por finalidad la adquisición de la vivienda familiar, pero no en los demás casos.

Dejando al lado cuestiones puntuales de menor relevancia, el resto de los comentaristas de la doctrina del TS ha puesto especial énfasis en una idea que parece gozar de bastante aceptación: la de que el pago de los plazos de amortización del préstamo hipotecario –que se entiende que debe realizarse por los cónyuges al cincuenta por ciento– debe tenerse en cuenta al adoptar las restantes medidas reguladoras del divorcio, las cuales deben resultar condicionadas por ella (RUBIO GIMENO, 2012, pág. 374-375; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, 2012, 35ágs.. 58 y ss). No siempre resulta claro el significado que algunos autores atribuyen a esta afirmación, en ocasiones insuficiente o confusamente explicada. A nuestro modo de ver, la influencia sobre las medidas definitivas, de la deuda hipotecaria a cargo de los excónyuges, se produce en un doble plano. Por un lado, incidirá sobre la capacidad económica de ambos esposos, capacidad que, como es sabido, es un criterio a considerar a efectos de fijar la cuantía de los alimentos a los hijos (art. 146 CC) y a efectos de establecer y cuantificar la pensión compensatoria (art. 97 CC). Por otro lado, en aquellos casos en los que el uso de la vivienda hipotecada se atribuya al cónyuge que no es propietario o que no lo es en exclusiva, dicha atribución habrá de valorarse y computarse como parte de los alimentos y/o de la pensión compensatoria y, por lo tanto, incidir en su cuantía (RUBIO GIMENO, 2012, pág. 375).

En algunos ordenamientos autonómicos se recoge expresamente el deber de ponderar el valor de uso de la vivienda en la cuantificación de los alimentos y de la pensión compensatoria. El art. 233-20.7 CCCat dice que “La atribución del uso de la vivienda, si ésta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge. A su vez, el art. 5.2 c) de la Ley 7/2015, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (BOE nº 176 de

24.07.2015), menciona como cuestión a incluir en el convenio regulador (que pueden acordar tanto la parejas casadas como las no casadas) “la atribución, en su caso, del uso de la vivienda y ajuar familiar, así como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro miembro de la pareja, hayan sido utilizadas habitualmente en el ámbito familiar, cuando no se les hubiera dado un destino definitivo, y la duración, el cese y la repercusión que tal atribución haya de tener sobre las cargas familiares, la pensión de alimentos, y la pensión por desequilibrio económico”.

Estamos de acuerdo con la doctrina dominante, como no podía ser de otra manera, en que el uso de la vivienda por parte de los hijos o por parte del cónyuge que no sea propietario o no lo sea en exclusiva, posee un valor económico, susceptible de cuantificación, que habrá de considerarse contribución en especie de los alimentos a los hijos y/o de la pensión compensatoria, minorando en consecuencia la cuantía de éstas³⁷. Ahora bien, una cosa es lo anterior, y otra muy distinta que la pensión compensatoria se convierta en el instrumento para resolver la insuficiencia patrimonial de aquél cónyuge que tras el divorcio (y quizás también antes) carece por sí sólo de medios suficientes para afrontar el pago de la deuda hipotecaria, tal y como ocurrió en la STS 03.11.2015 (RJ 2015/4968), resumida en el anterior apartado.

8. Nueva propuesta de solución

De todo lo expuesto hasta ahora se colige que no es satisfactoria la solución que actualmente vienen aplicando de manera mayoritaria los tribunales españoles consistente en entender que los excónyuges tienen que pagar por mitades las cuotas de amortización del préstamo hipotecario concertado constante matrimonio y que vayan venciendo tras dictarse la sentencia de divorcio. Y se deduce también que no se ha formulado ninguna propuesta que resuelva de modo completo y acertado los inconvenientes que plantea, lo que no es de extrañar habida cuenta de la complejidad e implicaciones del tema.

No aspiramos a zanjar definitivamente la cuestión, pero sí al menos a apuntar una posible vía de solución que pueda ser objeto de debate por parte de la comunidad científica y de los aplicadores del Derecho. Y desde este planteamiento, el primer paso que se debe dar es precisar el argumento jurídico que sustenta la actual solución.

Aunque no siempre se haya formulado con claridad, el razonamiento es el siguiente: cuando no existe régimen económico del matrimonio (bien por haberse disuelto, bien por no haber existido nunca, como en el caso de las parejas de hecho), la determinación del régimen jurídico de los gastos derivados de la adquisición de los bienes por varios sujetos debe realizarse mediante la aplicación de las normas de la comunidad de bienes y, en concreto, del art. 393 CC, a cuyo tenor “El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas”, añadiéndose que “Se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad”. La SAP Barcelona, secc. 12ª, 07.01.2000 (AC 2000/746; MP: Pascual Ortuño Muñoz) explica con bastante acierto la idea: “El régimen jurídico de la

³⁷ Véase RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, 2012, págs. 68 a 74. La autora recoge abundantes referencias bibliográficas y también normas de algunos ordenamientos europeos que adoptan la misma solución.

responsabilidad de los gastos derivados de los bienes comunes de los esposos, al igual que el de la ordenación de sus beneficios o la distribución de las cuotas de participación es, mientras subsista la convivencia matrimonial, el que resulte del régimen económico matrimonial aplicable, puesto que cada tipología legal contiene reglas propias destinadas a tal fin. Una vez disuelto el régimen, como acontece por virtud de la ley al decretarse la separación matrimonial o el divorcio, son de aplicación las reglas que rigen la comunidad ordinaria en cuanto a las relaciones internas entre los copropietarios y, en cualquier caso, frente a los terceros acreedores, a tenor del título del que dimana la obligación de que se trate, sin que sea necesario que se haya producido la liquidación efectiva del patrimonio, toda vez que las reglas especiales previstas para ordenar la economía de los cónyuges tienen su fundamento en los vínculos de solidaridad derivados de la convivencia y cesan en todo caso con la sentencia judicial con la que se ponga fin legalmente a la misma”.

No se ha discutido la aplicación al problema que nos ocupa del primer párrafo del art. 393 CC, cuando lo cierto es que su aplicación es dudosa. El precepto resuelve el problema de la medida de la participación de los comuneros en los beneficios y en las cargas de la cosa común, entendiéndose por cargas las obligaciones que se imponen al propietario como tal (impuestos, indemnizaciones por daños causados por la cosa, gastos de conservación o administración...) ³⁸, expresión en la que parece que no debe considerarse incluido el precio de adquisición de la cosa. No es menos cierto que conduce a la misma conclusión el principio según el cual cuando varios sujetos adquieren conjuntamente una cosa, constituyéndose una situación de copropiedad, se entiende que la cuota de cada uno viene determinada por la medida de su aportación; principio éste que está latente en diversos preceptos del CC, como el 381, 382, 1346, 3º, 1347, 3º y 1354.

La solución consistente en entender que tras la ruptura la deuda hipotecaria se divide por mitad entre los cónyuges deudores (sea en aplicación del art. 393, párrafo 1º CC, sea en aplicación del principio a que se ha hecho referencia) resultaría válida tanto para las parejas que concertaron el préstamo durante la vigencia del régimen de gananciales como para las que lo hicieron bajo el régimen de separación de bienes, pudiendo incluso aplicarse a las parejas de hecho. El recurso al régimen general de la comunidad de bienes o a las reglas generales del Derecho Patrimonial en lugar de a las normas sobre régimen económico del matrimonio se justifica porque *ya* no hay matrimonio. La dificultad estriba en que no es del todo seguro que resulte acertado resolver el problema de la distribución interna de la deuda hipotecaria entre las personas que en su día estuvieron casadas, aplicándoles los mismos criterios que se aplicarían a dos deudores cualesquiera, ignorando las particularidades del caso, y olvidando que en el momento en que se contrajo la deuda había entre los deudores una actitud de colaboración, y que lo que importaba, no sólo para ellos, sino también para el acreedor, no es que cada uno de los cónyuges pudiera afrontar el pago de la mitad de la deuda hipotecaria, sino que ambos, conjuntamente, pudieran pagarla en su totalidad. Dicho de otro modo, en el momento del nacimiento de la obligación, era irrelevante, por así decirlo, la capacidad económica individual de cada uno

³⁸ MIQUEL GONZÁLEZ (1991, pág. 1073)

de los prestatarios (probablemente desigual) porque lo que contaba era la capacidad económica de la pareja.

Así las cosas, la realidad es que en este caso se plantea un problema peculiar. No se trata tanto de decidir *ex novo*, recurriendo al criterio legal general, la proporción en la que cada uno de los deudores debe contribuir internamente al pago de la deuda, sino más bien de determinar si tras la ruptura de la pareja, debiera tener continuidad, de algún modo, lo ocurrido durante la convivencia.

La respuesta debe ser negativa, salvo, claro está, que las partes así lo consientan. Nos referimos, obviamente, a acuerdos postruptura, y no a los que de forma seguramente no explícita rigieron las relaciones de los deudores mientras que estuvieron casados, los cuales debe entenderse que pierden toda vigencia una vez declarada la crisis matrimonial.

Descartada la opción de imponer a los excónyuges deudores la continuidad de la colaboración propia de la etapa matrimonial –que se traduce en la práctica en que las aportaciones de los cónyuges para la adquisición de los bienes es desigual, pese a no serlo su titularidad-, y descartada también, por los inconvenientes ya señalados, la solución actual de pago por mitades de la deuda hipotecaria, en todos los casos y al margen de las circunstancias, no queda a nuestro modo de ver otro camino más que el de exigir que en el propio procedimiento matrimonial se lleve a cabo la liquidación del régimen económico del matrimonio, algo que no ocurre actualmente.

Dejando de lado el hecho de que las normas que disciplinan la liquidación de la sociedad de gananciales están pensadas para el supuesto del fallecimiento de uno de los esposos, y no para la crisis conyugal, y las dificultades prácticas que de ello se derivan³⁹, la liquidación parece el modo más adecuado de afrontar la problemática de la que se está tratando. La liquidación no va a significar en muchos casos la finalización de toda relación patrimonial entre los antiguos esposos, ni la extinción de la deuda hipotecaria⁴⁰, pero sí el establecimiento explícito de unas nuevas reglas por las que se regirán sus futuras relaciones, y entre las que estará la asunción de la deuda hipotecaria por uno o ambos cónyuges. De este modo, incluso si las circunstancias no permiten poner fin de modo definitivo a toda relación económica entre los esposos, o si ellos no desean hacerlo, se habrá conseguido –y no es poco- un alto grado de seguridad jurídica, lo que actualmente no ocurre, pues como es sabido son muchas las incertidumbres referidas a la comunidad postganancial. La liquidación de la sociedad de gananciales posee además la ventaja de que permite adoptar soluciones *ad hoc*, en cuya adopción el principio de autonomía de la voluntad seguirá desempeñando un papel estelar.

³⁹ Sobre esta cuestión, GUILARTE GUTIÉRREZ (2009, págs. 334 y ss.)

⁴⁰ Como apunta FERNÁNDEZ CANALES (2014, pág. 2090), en la actualidad es muy frecuente que las deudas no se paguen en el momento de la liquidación, sino que sean asumidas por los cónyuges. Ello es particularmente cierto en referencia a los préstamos con garantía hipotecaria, siendo lo habitual que la deuda subsista a la liquidación.

Lo que se propone no es sino aplicar lo que se ordenó por el legislador en el año 1981. El art. 90 CC, en redacción dada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad separación y divorcio (BOE n. 172 de 20.07.1981) ordenaba literalmente que “El convenio regulador a que se refieren los arts. 81 y 86 de este código *deberá* referirse al menos a los siguientes extremos: d) la liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio”. Por su parte, el art. 91 disponía -y sigue disponiendo- que “En las sentencias de nulidad, separación o divorcio o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, *determinará* conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias”.

Aunque la redacción del art. 90 se ha modificado varias veces desde entonces, la última de ellas por Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria (BOE n. 158, de 03.07.2015), el mandato continúa vigente.

A pesar de que el Código exige que en la sentencia de divorcio se incluya la liquidación del régimen económico del matrimonio, muy pronto surgieron voces que propugnaban una interpretación flexible del apartado d) del art. 90 CC⁴¹, llegando a imponerse, aunque no sin detractores⁴², la idea según la cual la liquidación podía diferirse a un momento posterior⁴³, posibilidad ésta que hoy nadie parece cuestionar (PARRA LUCÁN, 2012, pág. 220).

⁴¹ La SAP Asturias, civil, secc. 5ª, 13.02.1997 (AC/ 1997/260; MP: María José Pueyo Mateo) recoge algunas de estas opiniones. En su Fundamento de Derecho primero hace referencia a la doctrina que estima que cabe que la liquidación se entienda realizada “aunque no se practique un inventario y adjudicación exhaustivos de los bienes, siempre que los cónyuges fijen las reglas con base a las cuales se practicará dicha liquidación, y siempre que, a juicio del juez, se den garantías de que la ejecución de dichas reglas no ofrezca dificultades insoslayables”; también alude a que algunos autores admiten “que puede considerarse cumplido el requisito del art. 90 d) cuando las partes se remitan a una liquidación de sus relaciones patrimoniales efectuada por un árbitro en tanto la encomienda conste de modo fehaciente, sea irrevocable y comprenda la entera disociación de la relación económica conyugal existente hasta entonces”.

⁴² La SAP Asturias, secc. 5ª, 13.02.1997, citada en la anterior nota, es un ejemplo de ello. Resuelve el recurso de apelación interpuesto contra el auto por el que el juez de 1ª instancia concedía a las partes un plazo de 10 días (en aplicación de lo dispuesto en la disposición adicional 6ª de la Ley30/1981) para completar el convenio regulador que habían propuesto con la liquidación de la sociedad de gananciales. En opinión de la recurrente, en el convenio propuesto se daba cumplimiento a lo dispuesto en la ley, por cuanto que se decía que la liquidación se produciría en un momento posterior. Este criterio no es compartido por la Sala, que concluye que aunque se pueda ser más o menos flexible en la interpretación del apartado d) del art. 90 CC, “lo que no cabe es obviar la exigencia contenida en el mismo”.

⁴³ Auto AP Castellón, secc. 1ª, 01.10.1998 (AC 1998/7466; MP: Aurora de Diego González); Auto AP Madrid, secc. 22ª, 13.05.1999 (AC 1999/1069; MP: Miriam de la Fuente García).

Tal opinión originaba, sin embargo, un nuevo problema, el de determinar cuál había de ser el cauce procesal para proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales en los casos en los que ésta no tuviera lugar en el convenio regulador, una cuestión que no abordaba la Ley 30/1981 y sobre la que doctrina y jurisprudencia mantuvieron diversidad de criterio⁴⁴ hasta que la LEC, en el año 2000, la resuelve al prever un procedimiento especial para la liquidación del régimen económico matrimonial, que está regulado en los arts. 806 a 811.

Esta normativa, y muy en particular el art. 807, demuestra que el propio legislador admite que la liquidación del régimen matrimonial se realice una vez finalizado el proceso matrimonial de nulidad, separación o divorcio. En efecto, el art. 807 dispone que “Será competente para conocer del procedimiento de liquidación el Juzgado de 1ª Instancia que esté conociendo o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio, o aquel ante el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil.”

La Ley 7/2015, de 30 de junio, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, no incluye la liquidación del régimen matrimonial en el contenido obligatorio del convenio regulador (art. 5.2), si bien establece que “la propuesta de convenio regulador *podrá contener* el inventario y liquidación del régimen económico del matrimonio, o del establecido en el pacto de regulación de la pareja inscrita conforme a la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho en el País Vasco, y la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa, si hubiera”.

Lo que se defiende, en suma, es la conveniencia de recuperar la solución adoptada en su día por el legislador español cuando introdujo el divorcio en el año 1981, adaptando a ello la normativa procesal. No habría una necesidad imperiosa, en cambio, de reformar el CC, toda vez que, como se viene exponiendo, según sus preceptos, la liquidación del régimen económico debe ser simultánea a la sentencia de separación, nulidad o divorcio (arts. 90 y 91). Todo ello sin perjuicio de que pudiera ser conveniente completar o modificar alguna norma. Cuestión distinta, que aquí no se aborda, es la de la conveniencia de reformar las normas sustantivas reguladoras de la sociedad de gananciales en el CC en la medida en que se comparta la opinión de GUILARTE GUTIÉRREZ de que resultan inapropiadas “para disciplinar los supuestos liquidatorios conflictuales pues sin duda está pensando en la tradicional idea de perennidad de un matrimonio que sólo la muerte de uno de los cónyuges puede diluir” (2009, pág. 325).

Hay que admitir que la reforma legal no estaría exenta de dificultades, si se tiene en cuenta que en algunos ordenamientos autonómicos, y en concreto en el País Vasco, la liquidación del régimen matrimonial en convenio regulador es, claramente, una opción, circunstancia ésta que sin embargo podría ignorar el legislador estatal, dejando en manos del legislador autonómico la tarea de dictar las normas procesales para este caso, posibilidad que se sustenta en el art. 149.1. 6ª CE, en donde si bien se establece que la legislación procesal es competencia exclusiva del Estado, ello se hace “sin perjuicio de las necesarias

⁴⁴ Da buena cuenta de la polémica el citado Auto AP Castellón, secc. 1ª, 01.10.1998 (Véase Fundamento de Derecho tercero).

especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del Derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas". También cabría, desde luego, la posibilidad de que la legislación procesal tomara en consideración las dos situaciones, tanto las de aquellos ordenamientos que impongan la liquidación del régimen económico en el proceso matrimonial, como la de los que lo dejen a criterio de los cónyuges.

En cualquier caso, ahora no se trata de realizar propuestas concretas acerca del contenido de la reforma procesal que se sugiere, sino de algo distinto: de plantear la conveniencia de introducir un cambio en el actual estado de cosas y de exponer las razones por las que se piensa que es preferible que las leyes no permitan que se ponga fin a una relación matrimonial, al menos en los casos de divorcio y de nulidad⁴⁵, sin que se liquide, simultáneamente o en un breve plazo, el régimen económico.

Evitar la insuficiencia patrimonial de uno de los cónyuges para atender a la obligación de pago del préstamo hipotecario contraído en su día no es, quizás, razón suficiente para ello, pero es que pueden invocarse otros argumentos, entre ellos la economía procesal. El de más peso es, sin duda, la conveniencia de no dejar pendientes entre los cónyuges relaciones económicas que pertenecen a la etapa matrimonial y que son propias de ésta. Dejar asuntos sin resolver, pese a la ruptura, es foco de conflictos y litigios. Es preferible que al tiempo de dictarse la resolución judicial que pone fin al matrimonio se zanje cualquier eventual controversia y que no se difiera para el futuro su solución. Según la SAP Asturias, secc. 5ª, 13.02.1997, tal fue, de hecho, la voluntad del legislador, tal y como se deduce del examen del art. 90 CC, así como de la disposición adicional 6ª de la Ley 10/1981. Esta importante idea cayó luego en el olvido, pero la retoma en cierto modo, aunque desde la óptica concreta de la protección de los hijos, el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, elaborado por el Ministerio de Justicia, de 10.04.2014. Una de las novedades más importantes de este anteproyecto, destinado a regular la quiebra del matrimonio cuando existen hijos menores, es, precisamente, la relativa a la liquidación del régimen económico matrimonial desde el inicio, siendo aplicable tanto al régimen de sociedad de gananciales como al de participación u otro régimen económico. La novedad se justifica en la Exposición de Motivos de la siguiente manera: "Uno de los principales focos de conflictos en las rupturas familiares es la liquidación del régimen económico matrimonial, cuya tramitación se alarga excesivamente en el tiempo, repercutiendo directamente en las relaciones con los hijos. Solventando el aspecto económico desde el principio, se mejorarán dichas relaciones; de ahí la necesidad e importancia de su reforma".

Existen también, desde luego, argumentos en contra de forzar a los interesados a liquidar sus relaciones económicas en el proceso matrimonial. El más convincente es el de que se trata de una materia dispositiva y que por ello parece razonable respetar la libertad de los cónyuges, que son quienes deben decidir en qué momento practicar la liquidación. Es

⁴⁵ Se ha preferido dejar al margen el caso de la separación, que se viene considerando que es un supuesto en el que subsiste el vínculo matrimonial, por más que en nuestra opinión la solución debería ser la misma que para el divorcio y la nulidad, en este y en otros aspectos.

sabido que la jurisprudencia otorga un papel decisivo al principio de autonomía de la voluntad en asuntos patrimoniales entre los cónyuges, hasta el punto de que se ha convertido en papel mojado la norma que ordena al juez no aprobar los acuerdos que ellos mismos hayan adoptado para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio que sean “gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges” (art. 90.2 CC)⁴⁶. Se detecta, también en este punto, una diferencia importante entre lo que dice la ley y lo que interpretan los tribunales, lo que debería ser motivo de reflexión, máxime porque hay un claro empeño del legislador en que el control judicial no se circunscriba a los acuerdos relativos a los hijos, sino que alcance también a los pactos referidos a los excónyuges. Es buena prueba de ello que se mantenga la redacción del citado apartado 2 del art. 90 CC, pese a las reformas de que ha sido objeto el precepto, y, sobre todo, el nuevo párrafo tercero del art. 90.2 CC, a cuyo tenor “Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Secretario judicial o Notario y estos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador”.

El principio de autonomía de la voluntad no puede tener carácter absoluto en el ámbito de la regulación de las relaciones patrimoniales entre los excónyuges, sino que debe ceder cuando ello sea necesario para tutelar determinados intereses. Entre esos intereses se encuentran, por supuesto, los de los hijos menores, pero no sólo. Creemos que la seguridad jurídica y la defensa de la paz familiar justificarían la imposición del deber de liquidar el régimen matrimonial al tiempo del divorcio en todo caso y circunstancia; también cuando hay hijos mayores de edad e incluso a falta de hijos comunes. Esta intervención legislativa en una materia que no es de Derecho imperativo encontraría su fundamento último en el deber de protección de la familia que impone a los poderes públicos el art. 39 CE. Además, si bien se piensa, no es una novedad: la pensión compensatoria está sujeta al principio dispositivo y sin embargo debe hacerse valer necesariamente en el proceso matrimonial, por motivos muy sensatos de protección de los intereses del obligado a su pago.

Por todo lo dicho, no sería suficiente la reforma que sobre este aspecto prevé el ya citado Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, por cuanto que contempla la liquidación del régimen económico, incluso de oficio, “si hubiese hijos menores de edad o con capacidad judicialmente complementada dependientes de los progenitores”⁴⁷, pero no en otros casos.

⁴⁶ En este sentido, pone de relieve PARRA LUCÁN (2012, pág. 201) que no existen pronunciamientos de los tribunales aplicando la regla del art. 90 CC con la finalidad de denegar la aprobación del convenio por entender que es gravemente perjudicial para uno de los cónyuges.

⁴⁷ Según el art. 19 del Anteproyecto, el art. 1396 CC quedaría redactado del siguiente modo: “Concluido el inventario y una vez firme la resolución que declare disuelto el régimen económico matrimonial, se procederá de oficio a su liquidación si hubiere hijos menores de edad o con la capacidad judicialmente complementada dependientes de los progenitores.

También podría invocarse como argumento contrario a la propuesta que aquí se defiende, la idea de que debe propiciarse una solución rápida al conflicto personal suscitado en el matrimonio, que no debería dilatarse a la espera de que se logre un acuerdo de liquidación del régimen matrimonial. Sin embargo, este razonamiento, que podría tener algo de fuerza en un sistema de divorcio causal, pierde toda relevancia en un sistema como el español en el que el fin de la relación matrimonial descansa simplemente en una decisión que puede ser incluso unipersonal. La sentencia de divorcio no resuelve hoy día ningún conflicto personal, sino que se centra en los efectos de la ruptura, en la regulación de la situación venidera mediante la adopción de las correspondientes medidas. Así las cosas, y como se viene exponiendo, tiene poco sentido dejar pendiente la liquidación de las relaciones económicas de la etapa matrimonial, pues ello significa que habrá que hacerse en el futuro y que entretanto pueden surgir nuevas desavenencias o consolidarse las ya existentes, por no hablar de las mayores dificultades para determinar el activo y pasivo de la sociedad a medida que vaya transcurriendo el tiempo.

Hay otro argumento para diferir la liquidación del régimen económico, que se ha esgrimido en el pasado, pero que entendemos que igualmente ha perdido vigencia. El citado Auto AP Castellón, secc. 1ª 01.10.1998, alude a la conveniencia de evitar que se introduzca en los procesos matrimoniales una excesiva e innecesaria complejidad en detrimento de su auténtica función. Pero la *auténtica función* de los procesos matrimoniales, al menos en el caso de la separación y el divorcio, no es ya decretar éstos, sino regular la nueva situación, y parece lo sensato que en la medida de lo posible ello vaya acompañado de la liquidación total y completa de la situación anterior.

Por último, la realidad social de nuestro país y el hecho de que con frecuencia el patrimonio común esté constituido exclusivamente (o casi) por la vivienda familiar cuya adquisición se financió mediante un préstamo hipotecario pendiente de pago, no es, tampoco, una razón para que el legislador permita que se retrase la liquidación del régimen matrimonial. Es claro que los interesados perciben la liquidación como un asunto difícil, dado que el pasivo de la sociedad es elevado. Al mismo tiempo, y especialmente si hay hijos, hay que cubrir unas necesidades de vivienda, por lo que suele descartarse la opción de la venta, y más aún en una época de paralización del mercado inmobiliario o de precios bajos. Por eso se prefiere, la mayor parte de las veces, no afrontar el espinoso asunto de la liquidación, a la espera de que se produzca un cambio en las circunstancias personales, familiares o económicas, que obviamente no siempre llega o que tarda largo tiempo en producirse.

Que la liquidación del régimen económico en el momento de la ruptura no se presente fácil en muchos casos, explica la permisividad de nuestros tribunales, pero no es suficiente para prescindir de la llamada *clean break theory*, expresión con la cual se hace referencia a la

En los demás supuestos, si ninguno de los cónyuges instara la liquidación del régimen económico ganancial en el plazo de un mes, el régimen a aplicar a los bienes inventariados será el de la comunidad proindiviso ordinaria, participando en ella ambos cónyuges por partes iguales.

tendencia a resolver, en el momento del divorcio, todos los asuntos patrimoniales entre los cónyuges, de modo que puedan dejar atrás el pasado y comenzar una nueva vida⁴⁸.

En conclusión, hay muchas razones para no permitir que la sentencia de divorcio posponga *sine die* la liquidación del régimen económico del matrimonio. Si así se hiciera quedaría resuelto el problema del pago del préstamo hipotecario tras el divorcio, puesto que se trata, como ha reiterado el TS, de una cuestión atinente al régimen económico.

Ahora bien, el problema se resolvería siempre que el préstamo hipotecario se hubiera concertado durante la vigencia del régimen de gananciales, pero, ¿y si la pareja estaba en régimen de separación de bienes? En tal supuesto no parece posible obligar a las partes a liquidar sus relaciones patrimoniales, poniendo fin, por ejemplo, a situaciones de cotitularidad. Sin embargo, siendo ello deseable en la medida en que haya conflictividad entre los esposos o insuficiencia patrimonial de uno de ellos para atender a sus deudas (en particular el pago de la deuda hipotecaria), y también por razones de economía procesal, sería lo razonable que la ley les otorgase la posibilidad de ejercitar, en el propio procedimiento matrimonial, la acción de división de la cosa común.

No es exactamente lo anterior lo que prevé la Ley 7/2015, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de 30.06.2015, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, cuyo art. 5.4 dice: “Asimismo, la propuesta de convenio regulador *podrá contener* el inventario y liquidación del régimen económico del matrimonio, o del establecido en el pacto de regulación de la pareja inscrita conforme a la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho en el País Vasco, y la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa, si hubiera”. También en la línea de exigir acuerdo de ambos cónyuges para poner fin a la situación de indivisión, el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia de 2014, propone la siguiente redacción del apartado f) del art. 90 CC: “El inventario y liquidación, si procede, del régimen económico del matrimonio o la indicación de que ya fue realizada, y, *si lo pactaren*, la división de los bienes que tuvieren en comunidad ordinaria indivisa”. Menos claro resulta el CCCat al disponer que el convenio regulador *debe contener*, si procede, “d) La liquidación del régimen económico matrimonial y la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa” (art. 233.2.2), aunque el texto de la norma conduce a la misma conclusión de que se está aludiendo a una división pactada.

Para terminar, hay que señalar que la propuesta que se formula no contradice la tesis sobre la conveniencia de que en el caso de ruptura de una pareja con hijos menores, se decidan por separado los asuntos concernientes a los hijos y los asuntos entre los esposos, con la que resulta perfectamente compatible. Hemos defendido en un artículo anterior que, a fin de evitar que en los procesos matrimoniales de mutuo acuerdo, el interés de los progenitores se anteponga al de los menores, deberían de acordarse previamente las medidas concernientes a los hijos, únicas sometidas en realidad al control judicial, y en un momento posterior las que afecten a los derechos económicos de los esposos⁴⁹. Entre éstas

⁴⁸ AL MUREDEN (2007, págs. 103-104).

⁴⁹ MORENO-TORRES HERRERA (2015, págs. 26-33).

últimas está la liquidación del régimen matrimonial, que al igual que la pensión compensatoria, es materia disponible.

La tarea a emprender, en el caso de aceptarse la propuesta que se ha explicado en este trabajo, consistiría en concretar el cauce procesal a seguir, para lo que podría constituir un buen punto de partida el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, del año 2014, haciendo abstracción del hecho de que todo él gira en torno al interés de los hijos menores⁵⁰.

9. Tabla de jurisprudencia citada

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STC, Pleno, 28.04.2016	RTC 2016/82	Encarnación Roca Trias
STS, 1ª, 31.05.2006	RJ 2006/3502	Antonio Salas Carceller
STS, 1ª, 05.11.2008	RJ 2009/3	Encarnación Roca Trias
STS, 1ª, 19.01.2010	RJ 2010/417	Encarnación Roca Trias
STS, 1ª, 04.11.2010	RJ 2010/8023	Juan Antonio Xiol Ríos
STS, 1ª, 28.03.2011	RJ 2011/939	Encarnación Roca Trias

⁵⁰ Como ya se ha expuesto en el texto, la gran novedad, en lo que aquí interesa, del Anteproyecto, es que establece instrumentos dirigidos a que en los procesos matrimoniales la liquidación del régimen económico tenga lugar “desde el inicio, siendo aplicable tanto al régimen de sociedad de gananciales como al de participación u otro régimen económico”. Explica la Exposición de Motivos lo siguiente: “Se establece que, a falta de acuerdo en la liquidación del régimen económico matrimonial, al iniciar los procedimientos de nulidad, separación y divorcio y los dirigidos a obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas, se deberá solicitar la formación de inventario de la masa común de bienes y derechos sujeta a las cargas y obligaciones matrimoniales, pudiendo acumular, en su caso, la acción de división de cosa común respecto a los bienes que tengan los cónyuges en comunidad ordinaria indivisa. Igualmente se deberá presentar un plan sobre el régimen de administración y disposición de los bienes gananciales o comunes que se incluyan en el inventario y de los bienes privativos que estuvieran especialmente afectados a las cargas familiares, para que sea observado hasta que se proceda a la liquidación”, añadiéndose luego que “El Secretario judicial, al decretar la admisión de la demanda, acordará abrir una pieza separada, procediendo a la formación del inventario, y se adoptarán las medidas sobre su administración provisional, siendo inmediatamente después de la firmeza de la sentencia, en la que se declare definitivamente la disolución del régimen económico matrimonial, y una vez finalizado el inventario, cuando se procederá de oficio a la liquidación, sin necesidad de iniciar otro procedimiento si hubiere hijos menores de edad o con la capacidad judicialmente complementada, y ello conforme a lo establecido en los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En los demás supuestos, si no se instara por alguno de los cónyuges la liquidación del régimen económico ganancial, los bienes inventariados constituirán una comunidad proindiviso ordinaria, participando en la misma por partes iguales”. En cuanto a las normas procesales, se anuncia en la Exposición de Motivos que “si bien se respetan los procedimientos matrimoniales establecidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil, se incluye la necesidad de aportar en el convenio regulador el plan para el ejercicio de la corresponsabilidad parental, así como el inventario y la liquidación del régimen económico matrimonial y adjudicación de los bienes, si hubiera acuerdo y procediera, por no haberse liquidado previamente y haber hijos menores o con la capacidad judicialmente complementada. En defecto de acuerdo, los cónyuges deberán presentar las correspondientes propuestas con la demanda contenciosa”.

STS, 1ª, 19.10.2011	RJ 2012/422	Encarnación Roca Trias
STS, 1ª, 26.11.2012	RJ 2013/907	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 20.03.2013	RJ 2013/4936	Juan Antonio Xiol Ríos
STS, 1ª, 30.04.2013	RJ 2013/4607	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 17.05.2013	RJ 2013/3703	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 17.02.2014	RJ 2014/918	Javier Arroyo Fiestas
STS, 1ª, 03.11.2015	RJ 2015/4968	Javier Arroyo Fiestas
STS, 1ª, 25.04.2016	RJ 2016/1612	Antonio Salas Carceller
STS, 1ª, 21.07.2016	RJ 2016/164108	Eduardo Baena Ruiz
STS, 1ª, 21.09.2016	RJ 2016/4451	Francisco Javier Arroyo Fiestas
STSJ Cataluña, Civil y Penal, 27.09.2012	RJ 2012/11149	José Francisco Valls Gombau
STSJ Comunidad Valenciana, Civil y Penal, 25.03.2015	RJ 2015/4989	Juan Climent Barbera
SAP Asturias, civil, 5ª, 13.02.1997	AC 1997/260	Maria José Pueyo Mateo
SAP Barcelona, civil, 12ª, 07.01.2000	AC 2000/746	Pascual Ortuño Muñoz
SAP Barcelona, civil, 12ª, 03.07.2007	JUR 2007/276784	María José Pérez Tormo
SAP Santa Cruz de Tenerife, civil, 1ª, 24.10.2011	JUR 2012/4718	Eugenio Santiago Dobarro Ramos
SAP Murcia, civil, 4ª, 01.12.2011	JUR 2012/990	Carlos Moreno Millán
SAP Lleida, civil, 2ª, 26.04.2012	JUR 2012/192650	Ana Cristina Sainz Pereda
SAP Girona, civil, 1ª, 19.04.2012	JUR 2012/227348	Nuria Lefort Ruiz de Aguiar
SAP Barcelona, civil, 12ª, 27.06.2012	JUR 2012/272845	Juan M. Jiménez de Parga Gastón
SAP Almería, civil, 2ª, 23.07.2012	JUR 2013/134416	Juan Ruiz-Rico Ruiz-Morón
SAP Madrid, civil, 22ª, 25.09.2012	JUR 2012/339530	Carmen Neira Vázquez
SAP Madrid, civil, 24ª, 20.11.2012	JUR 2013/10766	José Ángel Chamorro Valdés
SAP Murcia, civil, 5ª, 08.05.2013	JUR 2013/201559	Fernando J. Fernández-Espinar
SAP Barcelona, civil, 12ª, 30.04.2014	JUR 2014/135096	Pascual Ortuño Muñoz
SAP Alicante, civil 15.05.2014	JUR 2014/254368	Manuel Benigno Flórez

		Menéndez
SAP Barcelona, civil, 18ª, 06.06.2014	JUR 2014/227348	Francisco Javier Pereda Gámez
SAP Girona, civil, 1ª, 21.07.2014	JUR 2014/235968	Nuria Lefort Ruiz de Aguiar
SAP Cáceres, civil, 1ª, 05.09.2014	JUR 2014/260993	Luis Aurelio Sanz Acosta
SAP Málaga, civil, 6ª, 12.11.2015	JUR 2016/107942	María Pilar Ramírez Balboteo
SAP Madrid, civil, 18ª, 23.11.2015	JUR 2016/15860	Pedro Pozuelo Pérez
SAP Pontevedra, civil, 1ª, 06.04.2016	JUR 2016/97634	Manuel Almenar Belenguer
SAP Valladolid, civil, 1ª, 08.04.2016	JUR 2016/106863	José Ramón Alonso-Mañero
Auto AP Castellón, civil, 1ª, 01.10.1998	AC 1998/7466	Aurora de Diego González
Auto AP Madrid, civil, 22ª, 13.05.1999	AC 1999/1069	Miriam de la Fuente García
Auto AP Huelva, civil, 2ª, 10.02.2016	JUR 2016/107363	José Pablo Martínez Gámez

10. Bibliografía

María Elvira ALFONSO RODRÍGUEZ (2011), “Comentario a los arts. 90 y 91 del Código civil”, en Ana CAÑIZARES LASO y otros (Dir.), volumen I, Civitas, Pamplona, págs. 491-492.

Enrico AL MUREDEN (2007), *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Ipsoa, Bologna.

Clara Isabel ASUA GONZÁLEZ (2009) “Régimen de separación y concurso de acreedores (Las presunciones de donación del artículo 78 de la Ley Concursal)”, en Matilde CUENA CASAS y José Luis COLINO MEDIAYILLA (Coords.), *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Civitas, Pamplona, págs. 191-221.

Ana Laura CABEZUELO ARENAS (2011), ¿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, *Aranzadi Doctrinal* n. 6, págs. 23-30; BIB 2011/1356, pág. 1-6.

Lucía COSTAS RODAL (2011), 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 noviembre de 2011, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 1, n.3, págs. 35-44. BIB 2011/769.

Mario CLEMENTE MEORO (2012), “El régimen económico matrimonial”, en Gemma DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (Coordinadora), *Derecho de Familia*, Civitas Thomson Reuters, págs. 539-587.

Carmen FERNÁNDEZ CANALES (2013), *Sociedad de gananciales y vivienda conyugal*, Reus, Madrid.

Carmen FERNÁNDEZ CANALES (2014), “El préstamo hipotecario ganancial y la crisis matrimonial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 745, págs. 2085-2115.

M^a del Carmen FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO (2011), “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)”, *Revista de Derecho Patrimonial* n. 27, págs. 307-318.

Isabel FERNÁNDEZ-GIL VIEGA (2012), “Efectos comunes a los procesos de separación, divorcio y nulidad”, en Gemma Díez-PICAZO GIMÉNEZ (Coordinadora), *Derecho de Familia*, Civitas Thomson Reuters, págs. 1343-1441.

Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ (2009), “Insolvencia familiar y crisis matrimoniales”, en Matilde CUENA CASAS y José Luis COLINO MEDIAVILLA (Coords.), *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Civitas, Pamplona, págs. 323-360.

José María MIQUEL GONZÁLEZ (1991), Comentario al artículo 393 del Código civil, en *Comentario del Código civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, págs. 1072-1073.

Juan MONTERO AROCA (2008), *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*, 3^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia.

M. Luisa MORENO-TORRES HERRERA (2015), “La regulación de la ruptura del matrimonio y de las parejas de hecho”, *InDret*, 4-2015, págs. 1-38.

María Ángeles PARRA LUCÁN (2012), “Autonomía de la voluntad y derecho de familia”, en Lorenzo PRATS ALBENTOSA (coord.), *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Consejo General del Notariado, tomo I.

Francisco Javier PEREDA GÁMEZ (2007), *Las cargas familiares. El régimen económico de las familias en crisis*, La Ley, Madrid.

Máximo Juan PÉREZ GARCÍA (2012), “Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales”, en Gemma Díez-PICAZO GIMÉNEZ (Coordinadora), *Derecho de Familia*, Civitas Thomson Reuters, págs. 1165-1204.

María Eugenia RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (2012), *Las obligaciones de los cónyuges tras el divorcio o la separación*, Tecnos, Madrid.

Gemma RUBIO GIMENO (2012), Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2011, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 88, págs. 363-378.

Enrique RUBIO TORRANO (2011), "Sobre el pago de cuotas de crédito hipotecario para vivienda familiar contratado por cónyuges antes del divorcio", *Revista Aranzadi Doctrinal Civil-Mercantil*, n. 3, BIB 2011/758.

Francisco de Asís SERRANO CASTRO (2010), *Vivienda familiar y cargas del matrimonio*, El Derecho, Madrid.