

HIPOTECA Y CRISIS CONYUGAL

Matilde Cuena Casas

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

TITLE: *Mortgage and marital crisis*

RESUMEN: Se analizan en el presente trabajo los problemas que suscita el pago del préstamo cuando está garantizado con hipoteca que grava la vivienda familiar y sobreviene una situación de crisis de pareja. En particular, se estudia su consideración o no como carga del matrimonio y su diferente tratamiento con el gasto por alquiler, los pactos que al respecto pueden incluirse en el convenio regulador y las consecuencias derivadas de su incumplimiento. También, se aborda el problema de hasta qué punto pueden incluirse en una sentencia de divorcio contencioso pronunciamientos sobre la forma en que se abona el préstamo hipotecario y las vías de reclamación por impago de la deuda hipotecaria por uno de los codeudores.

ABSTRACT: *In this paper, we analyze the problems raised by monthly mortgage payments which affect to the family home when a marriage crisis occurs. In particular, we examine whether they should be considered as a burden of marriage or not and their different treatment with the cost of rent. We also studied the agreements in relation to the mortgage payment that may be included in the regulatory agreement of separation and divorce and the consequences of their non-compliance. It also addresses the execution of judicial resolutions regarding the debtor's default of mortgage loan after the divorce.*

PALABRAS CLAVE: Separación, divorcio, crisis conyugal, préstamo hipotecario, convenio regulador, ejecución hipotecaria, uso vivienda familiar.

KEY WORDS: *Divorce, mortgage, marital settlement agreement, marital crisis, use of family home, foreclosure.*

SUMARIO: 1. LA «INDISOLUBILIDAD HIPOTECARIA» DEL MATRIMONIO. 2. COMPRA FINANCIADA DE LA VIVIENDA FAMILIAR. ESCENARIOS POSIBLES. 3. EJECUCIÓN DE HIPOTECA Y DERECHO DE USO SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR. 4. ¿DEBE PRONUNCIARSE LA SENTENCIA DE DIVORCIO ACERCA DEL PAGO DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO? DEUDA HIPOTECARIA Y CARGA DEL MATRIMONIO 4.1. *Opciones de interpretación. La necesaria distinción entre gasto e inversión.* 4.2. *Posición del Tribunal Supremo.* 5. ESTIPULACIONES RELATIVAS AL ABONO DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO EN EL CONVENIO REGULADOR. 6. IMPAGO DE LA DEUDA HIPOTECARIA POR UNO DE LOS CÓNYUGES. VÍAS DE RECLAMACIÓN. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. LA «INDISOLUBILIDAD HIPOTECARIA DEL MATRIMONIO»

La Ley 15/2005 de 8 de julio modificó el CC y la LEC en materia de separación y divorcio, introduciendo el denominado «divorcio exprés», lo que permitió a los cónyuges la disolución del vínculo matrimonial sin necesidad de previa separación de hecho o judicial, y sin que fuera preciso alegar causa alguna. Tal y como se dice en su Exposición

de Motivos, la reforma pretende que «*la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio. Con este propósito, se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación*».

Pero esta libertad y facilidad de disolver el vínculo matrimonial que se pretendía chocaba con una realidad en la que el legislador no pensó. La vivienda habitual de la familia constituye el principal activo de la pareja y el hecho de que el sobreendeudamiento hipotecario sea la única vía para acceder a este bien de primera necesidad había generado, de facto, una *indisolubilidad* del vínculo.

Efectivamente, cuando sobreviene la crisis de la pareja lo habitual es que reste una importante deuda pendiente del préstamo garantizado con hipoteca que grava la vivienda familiar. La alegre concesión de préstamos hipotecarios que hemos vivido desde el año 2000, provocó un aumento del precio de las viviendas lo que a su vez llevó a la canalización del ahorro de las familias a la inversión de la vivienda habitual dado su alto coste. Por lo tanto, acaecida la crisis de la pareja, lo normal es que la situación en la que se encuentra la familia sea la de la ausencia de recursos procedentes del ahorro, por haberse invertido en la vivienda y la presencia de una importante deuda hipotecaria pendiente.

Lo habitual es que ninguno de los dos cónyuges tenga aisladamente la capacidad económica para asumir en solitario el abono del préstamo hipotecario y ello porque muchas familias han caído en lo que E. WARREN y A. WARREN denominaron «La trampa de los dos ingresos»¹. Las parejas acceden a la propiedad de inmuebles con préstamos hipotecarios que solo pueden pagar si ambos cónyuges obtienen ingresos. Una crisis de pareja provoca la incapacidad *autónoma* de abonar un préstamo de importante cuantía.

Dado que el sobreendeudamiento hipotecario ha llevado a que la mayoría de los ingresos se dediquen a abono del préstamo hipotecario, las familias carecen de margen

¹ WARREN, E., WARREN, A., *The two-income trap. Why middle-class parents are going broke*, New York, 2003, p. 32.

de maniobra financiera para afrontar la crisis de la pareja. A ello hay que unir la regulación en materia de atribución de uso de la vivienda familiar contemplada en el art. 96 CC que ha sido objeto de una perversa interpretación por el TS². El cónyuge que abandona el domicilio carece de ingresos para atender el pago del préstamo hipotecario sobre la vivienda familiar y, además, el coste de la nueva vivienda en la que debe residir. Estas dificultades financieras retrasan³ o impiden que las parejas resuelvan jurídicamente su crisis: *están unidos por la hipoteca*. Se opta por garantizarse la estabilidad y posición económica manteniendo la cohabitación y no tanto la convivencia marital. Por más que la reforma del CC de 2005 haya eliminado obstáculos a la ruptura del matrimonio, muchos no pueden hacerlo.

El hecho de que parejas en crisis se vean «económicamente obligadas» a proseguir su cohabitación convierte ésta en una «bomba de relojería» que, a mi juicio, tiene mucho que ver con el lastre de la violencia doméstica (no sólo de género), que actualmente padecemos en España. El tema que voy a tratar no es baladí y es transversal porque arranca, de nuevo, de un sobreendeudamiento hipotecario, de un préstamo irresponsable que tiene clara incidencia no sólo en términos macro y microeconómicos, sino también en el Derecho de familia.

2. COMPRA FINANCIADA DE LA VIVIENDA FAMILIAR. ESCENARIOS POSIBLES

La financiación es connatural a la adquisición de la vivienda, dado el importante valor de este bien patrimonial. Lo usual es que los cónyuges recurran a la contratación de un préstamo hipotecario. El Código Civil no contiene ninguna disposición que regule los problemas que plantea el préstamo hipotecario contraído por uno o ambos cónyuges, rigiéndose por las normas generales del régimen económico matrimonial de que se trate. Y ello a diferencia de lo que acontece con las adquisiciones a plazos que sí están específicamente contempladas en el art. 1.357 CC para los cónyuges casados en régimen de gananciales. Son muy variadas las posibilidades que se pueden dar en la práctica.

² Vid. CUENA CASAS, M., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de la Familia*, dirigido por YZQUIERDO TOLSADA, M., CUENA CASAS, M., t. III, 2ª ed, 2017, p. 287 y ss.

³ Según datos publicados por el CGPJ, durante los años 2008 y 2009 en los que emerge la crisis financiera se aprecia un descenso significativo de las nulidades, separaciones y divorcios. Disminuyeron un 13,51% en 2008 y un 10,51 en 2009. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Civil-y-laboral/Estadistica-de-nulidades--separacion-y-divorcios/>

No hay que olvidar un aspecto que normalmente parece no tenerse presente a pesar de su carácter básico. Cuando se adquiere una vivienda mediante la concesión de un préstamo hipotecario, se celebran dos contratos que pueden seguir vicisitudes distintas y en las que los sujetos contratantes pueden ser diferentes: un contrato de compraventa al contado en el que el comprador recibe la totalidad del precio y un contrato de préstamo hipotecario concertado con anterioridad en el que las partes pueden ser distintas de las que proceden a la adquisición de la vivienda.

Así, puede suceder:

– *Que sólo uno de los cónyuges contrate el préstamo hipotecario y, sin embargo, ambos adquieran la propiedad.* En este caso hay dos propietarios del inmueble y un único deudor. Si ambos la adquieren antes de contraer matrimonio, el bien será privativo de ambos cónyuges en régimen de comunidad ordinaria. Si la adquisición es posterior al matrimonio y el régimen es el de gananciales, la casa será ganancial y la deuda privativa si se contrajo antes de contraer matrimonio.

– *Que ambos cónyuges contraten el préstamo hipotecario y ambos adquieran la propiedad del inmueble.* En este caso hay dos deudores hipotecarios y dos propietarios del inmueble en régimen de gananciales si éste fue el régimen escogido o de comunidad ordinaria, si fue el de separación de bienes o se trata de una pareja de hecho.

– *Que sólo uno de los cónyuges haya contratado el préstamo hipotecario y adquirido la propiedad del inmueble que posteriormente pasa a constituir vivienda familiar tras la celebración del matrimonio.* En este caso se plantea el problema del abono del préstamo hipotecario con recursos gananciales y el eventual derecho de reembolso, supuesto al que la jurisprudencia ha asimilado a la compra a plazos (art. 1357.2 CC). Vid. SSTS 31 octubre 1989 (RJ 1989, 7038) y 18 de diciembre 2000 (RJ 2000, 10396).

– *Que sólo uno de los cónyuges adquiera la propiedad del inmueble y el préstamo hipotecario sea asumido por los dos.* Este supuesto es atípico, pero se produce en la práctica en caso de novaciones posteriores del contrato de préstamo hipotecario (generalmente ampliaciones de hipoteca) que suscriben ambos cónyuges cuando ya han contraído matrimonio.

La solución que deba darse a ambos supuestos depende del régimen económico conyugal y, caso de que se trate de parejas de hecho, del régimen de comunidad de bienes regulado en los arts. 392 y ss. CC.

Lo que desde el principio debe aclararse es que no es imprescindible que ambos cónyuges o miembros de la pareja tengan la condición de deudores del préstamo hipotecario, incluso cuando ambos sean cotitulares de la vivienda. Esto es así para los casos en los que la contratación del préstamo es anterior a la adquisición de la vivienda.

Si la vivienda es de titularidad común, cualquier gravamen posterior de la misma, requerirá el *consentimiento* de ambos cónyuges (art. 1.377 y 397 CC).

En el caso de que sea privativa de uno de los cónyuges, al tratarse de vivienda familiar, será necesario el consentimiento del otro cónyuge (art. 1.320 CC). No obstante, el tenor literal del precepto, no se trata técnicamente de un consentimiento contractual, sino de un asentimiento⁴, de manera que el art. 1320 CC no obliga al cónyuge no titular a ser parte en el eventual contrato de préstamo hipotecario que formaliza el cónyuge titular de la vivienda privativa. Con todo, si se presta ese asentimiento, ello tendrá, como veremos, consecuencias en la posible ejecución hipotecaria que se pueda producir una vez sobrevenida la crisis conyugal y, en su caso, atribuido el uso de la vivienda al otro cónyuge no propietario. Efectivamente, resulta sin duda relevante el impacto que en el terreno de la ejecución hipotecaria tiene el que se haya atribuido el uso de la misma al cónyuge no titular por virtud de la norma contenida en el art. 96 CC. Siendo posibles los supuestos enunciados, lo cierto es que lo normal en la práctica sea que sean ambos cónyuges los que suscriban el préstamo hipotecario y, a su vez, cotitulares de la vivienda. Es obvio que las entidades financieras gozan de una mayor garantía si contratan los dos cónyuges y, lo habitual es que lo hagan y, además, de forma solidaria. Como es bien sabido, ello significa que el acreedor hipotecario puede dirigirse contra cualquiera de los cónyuges y reclamar la totalidad del importe del recibo del préstamo hipotecario. Satisfecho el mismo por uno de ellos, el pagador tendrá acción de reembolso contra el otro para que abone la parte que le corresponde. En las relaciones internas la obligación es mancomunada. Este efecto emerge de la teoría general de la obligación (art. 1.145 CC). Este derecho de reembolso lo tiene todo deudor que paga una deuda solidaria, esté casado o no. No hay particularidad de régimen para el deudor casado. Obviamente, si la deuda hipotecaria era ganancial y se

⁴ Como señala la sentencia del TS de 6 de marzo de 2015 (RJ2015/1104): «El consentimiento constituye una medida de control, que se presenta como “declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno -es decir, concluido por otro- por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte”, siendo requisito de validez del acto de disposición, ya que su ausencia determina la anulabilidad del negocio jurídico en cuestión».

abonó con recursos gananciales, no procederá derecho de reembolso alguno. Sólo si, tratándose de deuda ganancial, se abona con recursos privativos, entonces sí procederá el reembolso que deberá hacerse efectivo en la liquidación del régimen económico matrimonial (art. 1364 CC).

3. EJECUCIÓN DE HIPOTECA Y DERECHO DE USO SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR

El abanico de supuestos que la práctica nos plantea en cuanto a la contratación del préstamo hipotecario y la titularidad de la vivienda, unido a las particularidades que presenta cada régimen económico matrimonial, hacen especialmente complejo abordar el problema que suscita el impago del préstamo hipotecario cuando además sobreviene la crisis conyugal.

El art. 96 CC prevé la posibilidad de que se atribuya el uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular (o que lo sea sólo en parte). Por más que la jurisprudencia se haya esforzado en negar que se trata de un derecho real, lo cierto es que se comporta como tal⁵, sobre todo cuando se inscribe en el Registro de la propiedad⁶ lo que le dota de cierta oponibilidad *erga omnes*.

Por virtud del principio de prioridad registral (arts. 17, 24 y 25 LH), el derecho de uso de la vivienda es preferido (arts. 668.2, 666 y 674 LEC) frente a embargos anotados en el Registro de la Propiedad con posterioridad a la inscripción del derecho de uso. El adquirente en pública subasta deberá respetar tal derecho⁷ (sentencia del TS de 22 de

⁵ Buena prueba de ello es que es doctrina jurisprudencial consolidada el que el ejercicio de la acción de división de la cosa común no afecta al derecho de uso judicialmente atribuido, que debe subsistir. «Una eventual venta de la cosa en pública subasta debe garantizar la subsistencia de aquella medida, que sólo puede ser modificada por la voluntad de los interesados o por la decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en el que se acordó» (Fundamento de derecho tercero, sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2006 [RJ 2006, 2342]). En el mismo sentido, sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10684), 20 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3807), 14 de julio de 1994 (RJ 1994, 6439), 16 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9144), 27 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9493), 26 de abril de 2002 (RJ 2002, 4035), 28 de marzo de 2003 (RJ 2003, 3040), 8 de mayo de 2006 (RJ 2006, 2342), 22 de abril de 2004 (RJ 2004, 2713), 27 de noviembre de 2007 (RJ 2008, 29), 3 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 524) y de 22 noviembre 2010 (RJ 2011, 936).

⁶ Posibilidad expresamente contemplada en art. 233-22 del Código Civil de Cataluña y es unánimemente admitida por la jurisprudencia. Especialmente contundente es la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7680) y de 10 de octubre de 2008 (RJ 2009/634).

⁷ ALGARRA PRATS, «Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros (Comentarios al hilo de la STC 106/2002, de 6 de mayo)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 16, 2002, p. 32. ACHÓN BRUÑEN, M.J., «La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, nº 28, 2006, p. 44. PLANES MORENO, «La vivienda familiar», en *Los procesos de familia: una visión judicial*, coordinado por HIJAS

noviembre de 2010 (RJ 2011, 936). Este efecto deriva de la protección del cónyuge no titular a través de un derecho oponible *erga omnes* y no porque sea preciso que el cónyuge no titular tenga que consentir a la enajenación forzosa⁸. La necesidad de asentimiento por parte del cónyuge no titular es necesaria sólo para los casos de enajenación voluntaria.

Menos dudas suscita el caso de *ejecución de hipoteca* sobre la vivienda familiar, cuando su constitución ha tenido lugar *con anterioridad al proceso de crisis matrimonial* y, por ende, al nacimiento del derecho de uso. Esta situación puede plantearse cuando la vivienda ya está hipotecada antes de constituirse en vivienda familiar⁹ o, posteriormente, cuando adquirida por uno de los cónyuges (o por los dos), el cónyuge no titular ha consentido la constitución de la hipoteca (art. 1320 CC). El derecho del acreedor hipotecario prevalece¹⁰: el principio de prioridad registral provoca esta

FERNÁNDEZ, Madrid, 2009, p. 992.

⁸ Sobre el alcance del consentimiento al que se refiere el párrafo cuarto del art. 96, vid., CUENA CASAS, M., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de la Familia*, dirigido por YZQUIERDO TOLSADA, M., CUENA CASAS, M., t. III, 2ª ed., 2017, p. 287 y ss.

⁹ La sentencia del TS de 6 de marzo de 2015 (RJ 2015/1104) se refiere al caso de ejecución de una hipoteca constituida por uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio. La esposa no puede oponerse a la ejecución alegando que no prestó el consentimiento a la constitución de la hipoteca dado que en tal momento no había matrimonio, ni siquiera convivencia. Resulta llamativo que la sentencia de la Audiencia hiciera prevalecer el derecho de uso sobre la vivienda alegando que la esposa no dio su consentimiento a la constitución de la hipoteca. La argumentación no es de recibo y la respuesta del TS es impecable: «El argumento de la sentencia recurrida para conceder prevalencia al derecho de uso de la vivienda ostentado por las demandadas, en el sentido de que la esposa no consintió la constitución de hipoteca sobre la vivienda familiar, bien privativo del marido, no se sostiene. Difícilmente podía ser de aplicación el artículo 1320 del Código Civil y la doctrina de la Sala sobre el mismo, antes expuesta, en un momento en que no existe matrimonio, ni siquiera convivencia, y en el que, por tanto, no constituye vivienda familiar. Aquí el consentimiento de la esposa no puede exigirse para la constitución de la hipoteca por tales circunstancias, y tal consentimiento se desplaza al acto de aceptar que ocupen tras el matrimonio, como vivienda familiar el bien privativo del marido que éste trae al mismo con tal naturaleza, pero gravado con hipoteca.

El negocio fue, pues, válido, y la conclusión debe ser que, ejecutado el inmueble que garantizaba con hipoteca la deuda contraída por el marido para su adquisición, no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrida y su hija, sin que sea de aplicación el artículo 669.2 LEC ya que la pretendida carga, esto es, el derecho de uso, es en todo caso posterior al crédito por el que se ejecutaba la hipoteca cuya existencia era previa a la celebración del matrimonio, aceptando la esposa que dicho bien, que garantizaba con hipoteca el precio de su adquisición por el marido en estado de soltero, constituyese la vivienda familiar cuando contrajeron matrimonio». Por supuesto, si la hipoteca se hubiera constituido cuando el inmueble privativo era vivienda familiar, era necesario el consentimiento de ambos cónyuges (art. 1320 CC), consentimiento que impediría una oposición a la ejecución por parte del cónyuge titular del derecho de uso.

¹⁰ HERRERA PUENTES, P.J., *Vivienda; atribución del uso*, en *Tratado de Derecho de familia: aspectos sustantivos y procesales adaptado a las leyes 15/2005 y 13/2005*, Madrid, 2005, p. 597. Así se ha mantenido en la sentencia de la AP de Barcelona de 3 de octubre de 2002 (JUR 2003, 104891). JIMÉNEZ PARÍS, «Vivienda familiar y concurso de acreedores», en CUENA CASAS, M. (Coord.), *Familia y concurso de acreedores*, Cizur Menor, 2009, p. 314. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril

solución y ello haya sido o no inscrito el derecho de uso en el Registro de la Propiedad. La clave es que la hipoteca se constituyó antes y el acreedor hipotecario tiene el rango registral que le brinda la fecha de constitución y no la de ejecución, cancelándose en derecho de uso constituido con posterioridad (art. 674 LEC).

Así lo ha puesto de relieve el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de octubre de 2010 (núm. 584/2010) (RJ 2010, 7445), respecto de la ejecución de una hipoteca constituida constante matrimonio y constando el consentimiento de ambos cónyuges que posteriormente se divorcian, atribuyendo el derecho de uso sobre el inmueble privativo del marido, a la mujer. Iniciado proceso de ejecución el cónyuge titular del derecho de uso pretende la oponibilidad al mismo al adjudicatario del bien en pública subasta. Se desestima la pretensión por cuanto el derecho de uso es posterior a la constitución del derecho real de hipoteca. *«Es cierto que en el caso de que el impago y la posterior ejecución hubiese tenido lugar constante matrimonio, se hubiera producido el lanzamiento de los cónyuges como consecuencia de la adjudicación del inmueble al tercero adquirente, argumento que lleva a afirmar que no pueden alterarse las reglas de la ejecución hipotecaria en el caso en que se haya adjudicado el uso del inmueble a uno de los cónyuges que, por otra parte, había consentido en su momento el acto de disposición. Porque, además, no se trata de la buena o mala fe del adquirente, dado que la hipoteca existía y era válida como consecuencia del consentimiento prestado por el cónyuge no propietario antes de la atribución del uso en el procedimiento matrimonial (fundamento de derecho quinto). El inmueble hipotecado debe ser valorado con arreglo a las cargas anteriores a la constitución del gravamen (art. 666 LECiv), procediéndose a la cancelación de cargas posteriores (art. 674.2 LECiv)».*

Esta doctrina es también expresada con meridiana claridad en la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 20 de junio de 2006 (JUR 2006, 236236) en un caso de ejecución de hipoteca constituida con anterioridad al derecho de uso otorgado al cónyuge no titular. La sentencia de instancia consideró que el uso debería prevalecer y que las demandadas podían permanecer en posesión del inmueble adquirido por el tercero en pública subasta: *«teniendo en cuenta que en el momento de la adquisición por parte de la entidad actora constaba inscrito en el Registro de la Propiedad el derecho de uso a favor de las demandadas, no siendo por lo tanto terceros de buena fe, sino que conocían perfectamente la existencia del derecho, y unido a que conforme la naturaleza y esencia de éste no se ha producido la extinción a la vista de la*

de 2004 (RJ 2004, 2713), comentada por CAMPUZANO TOMÉ, H., *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 67, p. 181. NASARRE AZNAR, S., «Comentario a la sentencia del TS de 8 de octubre de 2010», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 87/2011 (BIB 2011/1644), p. 9.

subsistencia de intereses más necesitados de protección y la minoría de edad de la hija de la demandada, es por lo que procede la desestimación de la demanda al no haberse extinguido el derecho de uso reconocido».

Error grave el que comete la sentencia de instancia al entender que hay que estar al momento de la adquisición por el rematante y no al momento en el que se constituyó el derecho real de hipoteca que motiva la ejecución. La Audiencia, acertadamente, considera que el derecho de uso debe extinguirse: *«pese a que la actora conociera la atribución del derecho de uso sobre la vivienda en la fecha en que adquirió ésta del titular, vía cesión de remate, del bien hipotecario ejecutado, tal conocimiento no opera en perjuicio del referido adquirente sino en beneficio del mismo en tanto en cuanto el derecho de uso estaba, en su condición de derecho nacido con posterioridad a la constitución de la hipoteca, vinculado al devenir de ésta, en el que, habida cuenta de que la hipoteca se había ejecutado, el derecho de uso, de configuración sustantiva y procesal absolutamente ajena al banco hipotecante, se extinguía con tal ejecución. Todo ello, en el bien entendido de que si los derechos del acreedor hipotecario no están a expensas de los intereses familiares de una familia bien avenida que vincule su vivienda familiar a tal carga, haya o no menores en la misma, tampoco pueden tales derechos, obviamente, quedar a expensas de los intereses de una familia mal avenida, por cuya desavenencia el Juez de familia haya concedido el derecho de uso de la vivienda al cónyuge custodio y a los hijos menores, pues la protección de los intereses del cónyuge custodio y de los menores en modo alguno se proyecta sobre el titular de la garantía hipotecaria en ninguno de los dos casos, no apreciando la Sala en qué medida puede presentar respaldo jurídico esa suerte de función social que, al parecer exclusivamente para matrimonios o parejas desavenidas, se pretende por la parte demandada-apelante y se respalda en la sentencia de instancia con cita de precedentes distintos al caso que ahora nos ocupa. Debiéndose tener presente, por otro lado, que el alegato de la parte demandada, a través del cual apunta la posibilidad de que el impago de la hipoteca haya podido ser predeterminado por el padre en perjuicio de la madre e hija, tampoco alcanza a condicionar los derechos del acreedor hipotecario ni los de aquellos que de él traen causa, pues el derecho real de hipoteca no queda al albur de tales acontecimientos».*

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del TS de 6 de marzo de 2015 (RJ2015/1104). Hacer prevalecer un derecho de uso sobre los derechos reales constituidos con anterioridad supone vulnerar abiertamente el principio de prioridad registral y dar una salida fácil al deudor para garantizar el uso de la vivienda a pesar del incumplimiento de la obligación garantizada. Es obvio que los derechos del acreedor hipotecario no pueden quedar a expensas de la estabilidad matrimonial del deudor.

La misma doctrina se mantiene en la Resolución de la DGRN de 8 de abril de 2015 (2015/1755), si bien exige que el cónyuge usuario sea notificado en el procedimiento de ejecución hipotecaria: *Si tenemos en cuenta la especial relevancia de la vivienda familiar, debe entenderse que quien ostenta el derecho de uso resultante de un proceso matrimonial ha de ser demandado en el procedimiento de ejecución hipotecaria, si dicho derecho de uso era conocido por la entidad acreedora o si constaba inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la presentación de la demanda, de manera análoga a lo que se ha mantenido por esta Dirección General, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencia de 8 de abril de 2013 (RTC2013/ 79)) en relación con el tercer poseedor de bienes hipotecados (propietario, usufructuario, nudo propietario, titular del dominio directo o útil, cfr. Resolución de 23 de marzo de 2015).*

Muy distinta es la situación cuando la constitución de la hipoteca es posterior al nacimiento del derecho de uso. El acto de gravamen debiera contar con el consentimiento del titular del derecho de uso (art. 96 CC), por lo que la impugnación del mismo hará prevalecer el derecho de uso, sin que se pueda llevar a efecto la ejecución del derecho real de hipoteca. Ahora bien, si se entiende que a la falta de consentimiento del art. 96.4 CC no le es aplicable el art. 1322 CC¹¹, la constitución del gravamen no sería anulable, pero ejecutado el mismo, el rematante deberá soportar el derecho de uso. Esta es la solución, a mi juicio acertada, que se adopta en el art. 233-25 del CC Cataluña: *«El propietario o titular de derechos reales sobre la vivienda familiar puede disponer de ella sin el consentimiento del cónyuge que tenga su uso y sin autorización judicial, sin perjuicio del derecho de uso».*

Efectivamente, cuando la vivienda es privativa del cónyuge no usuario, en caso de enajenación (forzosa o voluntaria) de la vivienda no es preciso el consentimiento del otro cónyuge. La vivienda se enajenará con la subsistencia del derecho de uso. La previsión del art. 96.4 CC tiene sentido cuando se pretende enajenar la vivienda libre de cargas. Nada tiene que temer el cónyuge usuario cuando se ejecuta una hipoteca constituida con posterioridad a la constitución del derecho de uso (y a su inscripción en el Registro de la Propiedad para evitar la actuación del art. 34 LH). El rematante adquirirá la propiedad gravada con el derecho de uso.

La seguridad jurídica del tráfico inmobiliario aconseja que tales principios derivados del Derecho patrimonial, se mantengan incólumes en caso de crisis conyugal de los deudores. Una sentencia de divorcio y, en su caso un convenio regulador, no puede

¹¹ Vid., CUENA CASAS, M., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *cit.*, pp. 315 y ss.

contener estipulaciones que puedan afectar a los derechos de un tercero que no es parte en el proceso matrimonial, que es lo que acontece con la entidad prestamista.

A tenor del régimen descrito, que opera al margen de cuál sea el régimen económico matrimonial de los cónyuges, puede entenderse que el impago del préstamo hipotecario por el deudor puede tener consecuencias gravosas no sólo en la esfera del deudor, sino también en relación con un tercero como es el cónyuge no deudor, titular del derecho de uso sobre la vivienda familiar. El propietario del inmueble privativo puede limitarse a dejar de pagar el préstamo hipotecario para conseguir el desalojo de la vivienda por parte del cónyuge usuario cuando la hipoteca se constituyó con anterioridad a la concesión del derecho de uso. El cónyuge usuario no puede hacer nada para evitar la ejecución hipotecaria salvo pagar el préstamo hipotecario, lo que constituirá un pago del tercero que generará una acción de reembolso a favor del cónyuge que satisfizo la deuda (art. 1158 CC). Si el cónyuge usuario era codeudor solidario y abona la totalidad del recibo, tendrá contra el otro, la acción de reembolso que le concede el art. 1145 CC.

Si el cónyuge usuario carece de recursos para abonar las mensualidades pendientes que justifican la ejecución hipotecaria, a mi juicio, el letrado que asesora al cónyuge no propietario debe recomendar que la familia abandone la vivienda y se traslade a un piso de alquiler. La renta deberá ser incluida como gasto de alojamiento de los hijos y será computada en parte para el cálculo de la pensión de alimentos. El cónyuge usuario de vivienda de la que no es titular o lo es sólo en parte, y que se encuentra hipotecada antes de que se haya desencadenado la crisis conyugal, se encuentra en situación de «alto riesgo» de verse desalojado de la vivienda en caso de ejecución hipotecaria dada la inoponibilidad del derecho de uso al acreedor hipotecario. Insisto, que este efecto no lo puede modificar ningún juzgado de familia. Si los derechos del acreedor hipotecario no están a expensas de los intereses familiares de una familia bien avenida que vincule su vivienda familiar a tal carga, haya o no menores en la misma, tampoco pueden tales derechos quedar a expensas de los intereses de una familia mal avenida, por cuya desavenencia el Juzgado concede el derecho de uso de la vivienda al cónyuge custodio y a los hijos menores, pues la protección de los intereses de éstos en modo alguno se proyectan sobre el titular de la garantía hipotecaria¹².

¹² PÉREZ UREÑA, A., «La atribución del uso de la vivienda familiar y el lanzamiento por ejecución hipotecaria en el contexto de crisis económica», *El Derecho*, 16/06/2016, p. 3. http://www.elderecho.com/tribuna/civil/atribucion-vivienda-lanzamiento-ejecucion-hipotecaria-crisis-economica_11_964930003.html (Consultado el 13 de septiembre de 2017).

Visto que desde el Derecho de familia no puede brindarse protección al cónyuge usuario, hay que decir que tampoco puede obtenerla de la mano de la Ley 1/2013 de 14 de mayo de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios que tiende a proteger a los deudores en situación de especial vulnerabilidad. Esta regulación tiene un ámbito muy restrictivo y exige en todo caso que la persona interesada tenga la condición de deudora hipotecaria de la vivienda. Por lo tanto, la condición de usuario es insuficiente para obtener la suspensión del lanzamiento.

Por supuesto, desalojada la familia fruto de la ejecución de la hipoteca, la situación puede justificar una modificación de las medidas decretadas en la sentencia de divorcio, incrementándose la pensión de alimentos de los hijos para cubrir su necesidad de vivienda a través del alquiler de un inmueble. Siendo esto posible desde el punto de vista jurídico, lo cierto es que, si el cónyuge deudor no tenía capacidad económica para pagar el préstamo hipotecario, no la tenga para afrontar un incremento de la pensión de alimentos. Por eso, insisto, en que los letrados deben adelantarse a esta situación y no proponer la adjudicación de un derecho de uso sobre la vivienda hipotecada cuando el usuario no pudiera hacerse cargo del pago del préstamo en caso de incapacidad patrimonial del cónyuge deudor.

4. ¿DEBE PRONUNCIARSE LA SENTENCIA DE DIVORCIO ACERCA DEL PAGO DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO? DEUDA HIPOTECARIA Y CARGA DEL MATRIMONIO

4.1. *Opciones de interpretación. La necesaria distinción entre gasto e inversión*

Como se ha señalado, el préstamo hipotecario constituye un pasivo del cónyuge deudor o de la sociedad de gananciales, en su caso, cuando se ha contraído por ambos cónyuges vigente tal régimen económico matrimonial. En la mayoría de los casos, dicha deuda está vinculada a la titularidad del bien, de forma que el deudor lo es en tanto que es propietario del bien dado en garantía. En el título constitutivo de la garantía del que son partes el cónyuge/s deudor y la entidad financiera, se determina la forma en la que ambos se obligan al pago del préstamo, que normalmente es la solidaridad. Lo habitual es que se es deudor en tanto que se es propietario. Así, si ambos cónyuges contraen la deuda solidariamente y a partes iguales en sus relaciones internas, lo es porque ambos son copropietarios al 50% del inmueble.

Cuando se encuentran casados en régimen de gananciales, y ambos cónyuges adquieren conjuntamente el bien inmueble, el mismo tendrá carácter ganancial (art. 1355.2 CC). En el caso de que para tal adquisición alguno de los cónyuges hubiera

empleado recursos privativos, ello no impide el carácter ganancial del bien si la adquisición fue conjunta, procediendo el derecho de reembolso a favor del patrimonio privativo cuyos recursos fueron empleados para la adquisición del bien ganancial (art. 1364 CC).

Puede suceder que el bien sea privativo y que la deuda hipotecaria sea ganancial cuando el bien se adquirió por uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio y, ya casados, se produce, por ejemplo, una ampliación de hipoteca que suscriben los dos cónyuges, tal y como he señalado anteriormente. Cuando la deuda hipotecaria tiene naturaleza ganancial contraída por ambos cónyuges, el acreedor puede agredir indistintamente el patrimonio privativo y el ganancial de los cónyuges contratantes (art. 1369 CC). Caso de que se hiciera efectivo el pago con recursos privativos de alguno de los cónyuges, procederá la acción de reembolso del cónyuge afectado contra la sociedad de gananciales (art. 1364 CC). Así lo ha reconocido la reciente sentencia del TS de 13 de septiembre de 2017 (RJ 2017/3915), sin que quepa presumir que el cónyuge aportante actuó con ánimo de liberalidad.

También es posible que uno de los cónyuges casado en régimen de gananciales contrate el préstamo hipotecario, apareciendo como deudor, siempre que concurra el consentimiento del otro cónyuge (art. 1367 CC). La deuda será ganancial pero el consentimiento que presta el otro contratante no le convierte en deudor. Se trata de un consentimiento respecto de la responsabilidad directa con los bienes gananciales, pero no de un consentimiento respecto de la deuda, por lo que no compromete su patrimonio privativo, salvo que se tratase de una deuda doméstica¹³. De tal deuda responde el patrimonio ganancial y solidariamente el patrimonio privativo del cónyuge contratante, sin que quede comprometido el patrimonio privativo del no contratante que se limitó a consentir el endeudamiento de la sociedad de gananciales.

Es claro que un cónyuge no puede hipotecar un inmueble ganancial, aunque esté sólo inscrito a su nombre pues se trata de un acto de disposición que requiere el consentimiento del otro cónyuge o, en su defecto, autorización judicial (art. 94.3 RH). Se ha dicho que nada impide que un cónyuge pueda solicitar un préstamo hipotecario con el consentimiento de su cónyuge (que no necesariamente se convierte en deudor hipotecario, art. 1367 CC) e hipotecar simultáneamente el bien que adquiere precisamente a través de los fondos obtenidos con el préstamo hipotecario, por más que el bien adquirido tenga carácter ganancial. Sería una situación similar a la

¹³ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., «La sociedad de gananciales (4). El pasivo de la sociedad», en *Tratado de Derecho de la Familia*, CUENA CASAS, M., YZQUIERDO TOLSADA M. (Dirs.), Tomo III, Cizur Menor, 2017, p. 1070.

adquisición de finca ya hipotecada (Resolución DGRN 13 de mayo de 1968 (RJ 1968/3655) y 4 de noviembre de 1968 (RJ 1968, 5960). El artículo 94.3 RH exige el consentimiento del consorte cuando se trata de disponer de bienes presuntivamente gananciales inscritos a nombre de un solo cónyuge. El cónyuge no está hipotecando una finca que ya está inscrita a su favor, que es el supuesto prohibido por el art. 94.3 RH, sino que hipoteca al mismo tiempo que compra o, mejor dicho, hipoteca para poder comprar. La admisibilidad de esta actuación refuerza la garantía del acreedor que, además de la posibilidad de embargar el bien enajenado, podrá hacer valer el derecho real de hipoteca frente al adquirente¹⁴. Tal pasivo será definitivamente ganancial, a tenor de lo dispuesto en el art. 1362.2 CC.

Por lo tanto, son muchos los supuestos que se pueden plantear cuando los cónyuges están casados en régimen de gananciales. Lo habitual es que ambos sean deudores hipotecarios porque el inmueble es ganancial al haberlo adquirido conjuntamente (art. 1355 CC). Pero no hay que perder de vista que puede suceder que el préstamo con garantía hipotecaria puede ser obtenido por uno o por ambos cónyuges.

Cuando sobreviene la crisis de la pareja se ha planteado el problema de cómo los cónyuges afrontan el pago del préstamo hipotecario. En principio, la forma en la que se debe afrontar el pago de dicho préstamo encuentra respuesta en el título constitutivo de la obligación en el que es parte la entidad prestamista y nada debería establecerse en la sentencia de divorcio. Desde luego, diga lo que diga la sentencia de divorcio, ello afectaría en su caso a las relaciones entre los cónyuges y nunca al acreedor hipotecario que, obviamente, no es parte en el proceso matrimonial¹⁵. Así lo ha puesto de relieve con claridad la sentencia de la AP de La Rioja de 16 de abril de 2010 (RJ 2010/233413): *«la obligación asignada al recurrente (marido) de satisfacer las cuotas del préstamo hipotecario que grava el inmueble que fuera domicilio conyugal... solo puede tener efecto entre las partes, y es de carácter provisorio y limitado... y que la entidad bancaria no pierde en ningún caso su derecho de dirigirse contra uno u otro de los que aparecen como deudores en el préstamo suscrito»*.

Se ha entendido por no pocas resoluciones a las que posteriormente haré mención, que el pago del préstamo hipotecario constituye carga del matrimonio, de forma que el mismo debe satisfacerse en proporción a los ingresos de cada cónyuge, al margen de la

¹⁴ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *op. cit.*, p. 1071. FERNÁNDEZ CANALES, C., «El préstamo hipotecario ganancial y la crisis matrimonial», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 745, p. 9.

¹⁵ Coincido en este punto con FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, M.C., «Pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar: su consideración o no como carga del matrimonio. Comentario a la STS de 29 de marzo de 2011», *Revista de Derecho Patrimonial* nº 27/2011-2 (BIB 2011/1270), p. 3.

titularidad. Como he dicho, la condición de deudor hipotecario puede estar desligada de la titularidad, por lo que podría suceder que, con este planteamiento, se viera obligado un cónyuge a abonar el préstamo no teniendo la condición de deudor por el sólo hecho de tener más capacidad económica. Así, por ejemplo, si los cónyuges casados en régimen de separación de bienes y el marido es propietario del inmueble y también deudor hipotecario, caso de venir a peor fortuna en el momento de la crisis matrimonial, la esposa se vería obligada a abonar el préstamo hipotecario si tiene una mayor capacidad económica. Al ser carga del matrimonio, no pagaría deuda ajena, sino propia por establecerlo así la sentencia de divorcio y, por lo tanto, no tendría derecho de reembolso. Esta es la lamentable e injusta, consecuencia que deriva de considerar al préstamo hipotecario como carga del matrimonio.

El ejemplo que he puesto es extremo, pero cuando se mantiene una tesis (considerar que el pago del préstamo hipotecario es carga del matrimonio), hay que llevarla a sus últimas consecuencias. Y desde luego, que un cónyuge convierta en propietario y que el modo de adquirir termine siendo una sentencia de divorcio, no me parece de recibo. El enriquecimiento injusto es evidente.

La otra opción de interpretación (a mi juicio, la única posible) es *que el pago del préstamo hipotecario no es carga del matrimonio y está ligado a lo dispuesto en el título constitutivo de la obligación*. Como la condición de deudor hipotecario puede estar desligada de la titularidad, los excesos se resuelven por las normas del régimen económico matrimonial.

Si ambos cónyuges son codeudores solidarios y el inmueble es ganancial, ambos deberán abonar el préstamo hipotecario por partes iguales. Extinguida la sociedad de gananciales por divorcio, la solidaridad se mantiene y si uno de ellos abona una mayor proporción a la que le corresponde, procederá la acción de reembolso (art. 1145 CC). Si constante el régimen tal préstamo que constituye pasivo ganancial, se abona con recursos privativos de uno de los cónyuges, procederá la acción de reembolso del art. 1364 CC en el ámbito de la liquidación de gananciales. Una vez liquidado el régimen se habrá adjudicado activo y pasivo (art. 1397, 1398 y 1401 CC) y ambos cónyuges responderán frente a la entidad financiera en función de lo acordado en su título constitutivo. Caso de que uno de ellos se haya adjudicado el inmueble en propiedad, se habrá adjudicado el pasivo hipotecario, sin que el otro se haya desligado del vínculo con la entidad financiera, salvo que ésta preste posteriormente el consentimiento (art.

1205 CC y 118 LH)¹⁶. En estos supuestos, y sólo en la medida de que se trata de una liquidación de gananciales, podrá distribuirse el pasivo y activo y preconstituirse prueba de eventuales reembolsos en el marco de la liquidación del régimen económico conyugal. No hay obstáculo pues, a que la sentencia que decrete una liquidación de gananciales contenciosa o que apruebe un convenio regulador que la contenga, se pronuncie sobre el pasivo hipotecario, al igual que lo hace en relación a otros tipos de deudas gananciales, pero bien entendido que ello no implica en ningún caso efectos novatorios de la relación jurídica obligatoria con el acreedor y que vendrá acompañado de las oportunas compensaciones del activo.

En el caso de que se trate de cónyuges casados en régimen de separación de bienes, también el pago del préstamo debe hacerse conforme al título constitutivo de la obligación¹⁷. Cada uno responde de sus propias obligaciones (art. 1440 CC) y es titular de los bienes que hubiera adquirido (art. 1437 CC). Si alguno ha abonado deuda del otro, procederá la subrogación (art. 1210 CC) o la acción de reembolso derivada de las normas reguladoras del pago del tercero (art. 1158 CC). En el convenio regulador que, en su caso, suscriban las partes podrán liquidar las deudas pendientes en el marco de la liquidación del régimen económico matrimonial (art. 90.1.e) CC).

La razón por la que no puede considerarse como carga del matrimonio no es que la distribución de cuotas para el pago sea distinta a la establecida en el título constitutivo y que ello no puede afectar al acreedor¹⁸, sino porque *no estamos ante un gasto, sino ante una inversión*. Ambos cónyuges son copropietarios del inmueble por lo que cuando uno asume en mayor medida de lo establecido en el título constitutivo el pago del préstamo hipotecario, no se está limitando a cubrir la necesidad de alojamiento de los hijos, sino que está pagando un préstamo que sirvió para la adquisición de una titularidad jurídico real. Cierto que la necesidad de alojamiento puede considerarse carga y gasto computable en la pensión de alimentos. Así sería en el caso de que se pagara una renta por alquiler. Pero la diferencia del alquiler con el préstamo

¹⁶ En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de septiembre de 2010 (RJ2010/2458) analiza los pactos contenidos en el convenio regulador en relación con la novación de la hipoteca sin efectos para el acreedor. Los cambios de titularidad de la vivienda acordados en la extinción del régimen son inoponibles, produciéndose en su caso una subrogación en la «carga», pero no en la deuda. Deudor será el que aparezca como tal en la escritura de constitución de hipoteca.

¹⁷ DE AMUNÁTEGUI, C., «La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes», en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia (AAVV)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, p. 248.

¹⁸ Se centra en este aspecto, CABEZUELO ARENAS, A.L., «¿Son cargas matrimoniales los préstamos concertados durante el matrimonio para adquirir la vivienda? El problema de la alteración convencional o judicial de las cuotas concertadas con la entidad de crédito. Comentario a la sentencia del TS de 298 de marzo de 2011», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6/2011, BIB 2011/356. p. 7.

hipotecario contraído para la adquisición de la vivienda es importante: en este caso los dos cónyuges son propietarios al 50% del inmueble (tras la liquidación del patrimonio ganancial) o cuando están casados en régimen de separación de bienes o son pareja de hecho. Esta es la situación que se plantea cuando estamos en situación de crisis conyugal. Tras el divorcio y la extinción del régimen ya no hay deuda ganancial. Podrá haber una comunidad postganancial que se agotará porque no se nutrirá de ingresos gananciales.

Considerar que el pago del préstamo hipotecario lo hacen los cónyuges tras el divorcio en función a su capacidad económica por considerarse tal gasto como carga del matrimonio genera situaciones de enriquecimiento injusto porque el porcentaje de titularidad (50%) no varía en la misma proporción que varía la cuantía en la que los cónyuges abonarían el préstamo en función de su capacidad económica. Así, por ejemplo, si siendo los dos cónyuges propietarios al 50%, la sentencia de divorcio establece que debe abonar el 80% del préstamo hipotecario el marido por tener mayor capacidad económica y el 20% la esposa, si se considera carga del matrimonio, el exceso de carga hipotecaria que soporta el marido no viene compensado por acción de reembolso, pues no se paga deuda ajena, sino propia: la de contribuir a las cargas o, mejor, dicho a los alimentos¹⁹. De esta forma, el esposo en el ejemplo propuesto, estaría pagando la adquisición de la propiedad que en su momento hizo la esposa a través del préstamo contraído por los dos. Decir que el supuesto es asimilable al arrendamiento es *confundir lo que es un gasto con una inversión*. La renta por alquiler sin duda entra como partida para el cálculo de la pensión de alimentos, pero ello no genera una adquisición de una titularidad jurídico real para nadie. En cambio, el préstamo hipotecario sí y por ello siendo la misma necesidad: alojamiento, el tratamiento que merece es diametralmente distinto. La esposa que siendo propietaria al 50% sólo abona el 20% con base en esta discutible doctrina, en caso de enajenación futura de la vivienda, concurrirá a la misma apropiándose del 50% del precio. Y eso, a mi juicio, genera un enriquecimiento injusto a extramuros de la regulación del régimen económico matrimonial. No se olvide que aquí estamos analizando la situación de personas divorciadas, en las que ya no hay ni vínculo ni régimen económico matrimonial.

¹⁹ El art. 90.1.d) CC sigue hablando de cargas del matrimonio cuando ya no existe, mención que sólo puede reservarse para los supuestos residuales en la práctica de separación matrimonial. La clave está en si el pago del préstamo hipotecario entra o no dentro de la partida a tener en cuenta para la fijación de alimentos. Resulta improcedente hablar de carga cuando hay divorcio. Como señala la sentencia de la AP Barcelona de 7 de enero de 2000 (AC 2000/746), «*el concepto técnico de carga matrimonial sólo puede referirse a aquellas obligaciones derivadas "ex lege" de la institución matrimonial*».

Y precisamente porque no es carga del matrimonio el pago del préstamo hipotecario, la sentencia que se dicte en un procedimiento contencioso de divorcio no debe contener ningún pronunciamiento sobre el pago del préstamo hipotecario. Técnicamente de cargas matrimoniales sólo cabe hablar en medidas provisionales (art. 103.3 CC) por cuanto en esta fase todavía subsiste el vínculo matrimonial²⁰. El sistema de cargas familiares, con reglas claras de participación proporcional durante la convivencia (en renta y dedicación personal) se extingue y liquida por la crisis, a través de las medidas definitivas²¹. Disuelto el vínculo por divorcio y transformadas las medidas provisionales en definitivas, ya no cabe hablar técnicamente de cargas matrimoniales, sino de pensiones de alimentos a los hijos, uso de la vivienda familiar y, en su caso, de pensión compensatoria.

En este sentido, la sentencia de la AP de Murcia (Sección 1ª) de 5 de marzo de 2001 (RJ 2001/207778), referida a un caso de separación, aclara la diferencia entre carga familiar y derecho de alimentos señalando que *«la contribución a las cargas del matrimonio, cuya noción debe identificarse con las cargas familiares, ofrece un carácter de derecho necesario o de orden público que se impone a ambos cónyuges y persigue dar satisfacción al conjunto de necesidades relativas al mantenimiento de la familia, debiendo entenderse en un sentido más amplio que el de alimentos, en cuanto abarca todas las cargas, obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y contraídos en beneficio de la unidad familiar (...), pero desde luego incluye, ante todo y con carácter preferente, a cualquier otra necesidad, los alimentos debidos a los hijos, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 93 y 1362.1 del C.C., en relación con los arts. 110, 142 y ss y 154 párrafo segundo, primero, del mismo Cuerpo Legal, entendida como obligación tanto de mantenimiento como de alimentos en sentido estricto, dada la imposibilidad de convivencia habitual con los hijos que, al menos para uno de los cónyuges, supone la separación»*. El concepto de carga familiar incluye además de las partidas que integrarían la pensión de alimentos, «otros gastos familiares distintos» (Vid. sentencia de la AP Baleares (Sección 4ª) de 9 de noviembre de 1995 (AC 1996/496) que, constante matrimonio, tendían a cubrir las necesidades de la familia²².

²⁰ Vid. MARÍN LÓPEZ, M.J., «Capítulo VII. De la separación. Artículos 81 a 84», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Dir.) en *Comentarios al Código Civil*, 4ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 216.

²¹ PEREDA GÁMEZ, F.J., *Las cargas familiares. El régimen económico de las familias en crisis*, Madrid, 2007, Ed. La Ley, p. 261.

²² MORENO MOZO, F., *Cargas del matrimonio y alimentos*, Ed. Comares, Granada, 2008, p. 32.

Acaecido el divorcio, tal concepto de carga familiar desaparece²³ y se transforma²⁴, en su caso, en pensión de alimentos, resolviéndose los trasvases patrimoniales en el ámbito del régimen económico matrimonial. Por ello resulta perturbadora la referencia a las cargas del matrimonio contenida en el art. 91 CC y en el art. 90.1 d) CC. En este último precepto, relativo al contenido del convenio regulador se incurre en una redundancia al aludir a cargas de matrimonio y alimentos²⁵. Cabría entender que la referencia a las cargas se justifica en los casos de separación²⁶ y que, por tanto, en caso de divorcio debe hablarse de alimentos²⁷. Así se ha reconocido ya en la jurisprudencia (Sentencia de la AP Tenerife de 13 de febrero de 1998 (AC 1998/421) que explícitamente declara *«en lo que concierne a la contribución a las cargas del matrimonio y su elevación es preciso indicar que dentro de ese concepto –empleado por el Código Civil en sus artículos 90 y 103.3– se incluyen dos tipos de obligaciones económicas, de una parte, los alimentos fijados en favor de los hijos, y de otra, la cantidad en su día establecida para sufragar las obligaciones patrimoniales asumidas constante el matrimonio y que subsisten al decretarse la separación provisional y/o definitiva de los cónyuges hasta que se liquide la sociedad de gananciales. Por ello, al decretarse el divorcio, ya no puede hablarse de cargas del matrimonio, al desaparecer éste –como así lo establece el artículo 85 del CC–, reduciéndose, por tanto, las*

²³ Como señala la sentencia de la AP Barcelona de 7 de enero de 2000 (AC 2000/746) «el concepto técnico de carga matrimonial sólo puede referirse a aquellas obligaciones derivadas “ex lege” de la institución matrimonial, ya que de lo contrario el legislador hubiese utilizado el término de cargas u obligaciones comunes. El régimen jurídico de la responsabilidad de los gastos derivados de los bienes comunes de los esposos es, mientras subsista la convivencia matrimonial la resultante de las normas de régimen económico matrimonial aplicable. Una vez disuelto el régimen, 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 dimane la obligación de que se trate. 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 que se ponga fin legalmente a la misma».

²⁴ En este sentido, PEREDA GÁMEZ, F.J., *Las cargas familiares*, cit., p. 263. En contra, FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, M.C., «Pago de las cuotas...», cit., p. 7, entiende que el contenido de las de cargas del matrimonio es el mismo constante matrimonio que una vez anulado o disuelto éste por el hecho de que el legislador sigue utilizando este término en sede de crisis matrimoniales

²⁵ LÓPEZ Y LÓPEZ, A., «Comentario al artículo 90», en LACRUZ BERDEJO (coord.), *Matrimonio y divorcio, comentarios al nuevo Título IV del Código Civil*, Madrid, Civitas, 1982, p. 619. COSTAS RODAL, L., «Préstamo hipotecario que grava vivienda familiar ganancial: obligación de los excónyuges de pagar las cuotas hipotecarias por mitad. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2011», *Revista Aranzadi Civil- Mercantil*, nº 3/2011, BIB: 769, p. 4.

²⁶ MONTERO AROCA, J., *El convenio regulador en la separación y en el divorcio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 246. ROCA I TRÍAS, E., «De los efectos comunes a la separación, nulidad y divorcio», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia (AAVV)*, Tomo I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 556. VALLADARES, E., *Nulidad, separación y divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del Matrimonio*, Civitas, Madrid, 1982, p. 415.

²⁷ DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Comentario al art. 90 CC», en *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por R. BERCOVITZ, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 898.

obligaciones de los anteriores cónyuges a las prestaciones alimenticias en favor de los hijos que procedan y, en su caso, si ha lugar a ello, a la pensión compensatoria que establece el artículo 97».

La delimitación conceptual es relevante porque no todos los gastos que podían ser considerados carga del matrimonio (art. 1318 CC y 1362 CC), pueden entrar en el concepto de alimentos. Los gastos de adquisición del patrimonio familiar que generan titularidades patrimoniales para los cónyuges, entran en el ámbito de la liquidación del régimen económico y no en el concepto de alimentos²⁸. Precisamente por entender que el concepto de carga del matrimonio está vigente en casos de divorcio es por lo que, a mi juicio, indebidamente se consideró que el abono del préstamo hipotecario debería ser proporcional a los ingresos. No toda obligación patrimonial asumida por ambos cónyuges que constante matrimonio era carga ganancial se convierte en carga matrimonial o en partida a incluir en la pensión de alimentos. Tales obligaciones entran en el marco de la liquidación del régimen conyugal.

En lo que aquí interesa, la necesidad de alojamiento entra dentro del concepto de derecho de alimentos a los hijos menores y mayores de edad, quienes la ven cubierta a través del derecho de uso de la vivienda. Desde el punto de vista técnico, lo que cabe plantear es si el pago del préstamo hipotecario cabe introducirlo como partida a valorar en la pensión de alimentos de forma que el mismo se abone en proporción a su capacidad económica al margen de las proporciones que consten en el título constitutivo que vincula a los cónyuges con la entidad financiera.

Por las razones que he señalado, el pago del préstamo hipotecario constituye una operación de inversión de los cónyuges que no debe abonarse proporcionalmente a los ingresos como el resto de las partidas que integran la pensión de alimentos, sino que debe satisfacerse con arreglo al contrato celebrado con la entidad financiera. El

²⁸ Según la sentencia de 31 de mayo de 2006 (RJ2006/3502), «la noción de cargas del matrimonio, dice debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar, considerándose también como contribución el trabajo dedicado por uno de los cónyuges para la atención de los hijos comunes (artículo 103-3^a del Código Civil). Pero no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que excluye cualquier idea de patrimonio común familiar. En consecuencia... la normativa aplicable a tales bienes era la propia del régimen general de la copropiedad, y en concreto el art. 393 CC, que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales». La clave es el carácter común, siendo irrelevante a estos efectos que sea ganancial o en régimen de separación de bienes.

cónyuge propietario al que no se le atribuye el uso de la vivienda familiar satisface la necesidad de alojamiento de la vivienda en “especie” en la medida de que la familia reside en una vivienda que es propiedad común, pero tiene el derecho de uso²⁹. Los gastos de «compra» de la vivienda van dirigidos a satisfacer la necesidad de alojamiento, pero también hay un interés particular patrimonial del bien que es preciso tutelar. El pago proporcional del préstamo más allá del valor en uso de la vivienda puede generar situaciones de enriquecimiento injusto de imposible reembolso al configurarse como pago «debido».

Por lo tanto, siendo el alojamiento una partida a incluir en la pensión de alimentos y que fue carga familiar constante matrimonio, puede satisfacerse en especie (propiedad y derecho de uso) o a través del pago de una renta en alquiler. Entiendo que cuando se trata de lo primero, y siendo cotitulares ambos cónyuges de la vivienda, al tratarse de una *inversión*, debe su abono efectuarse conforme a la cuota de titularidad del bien.

¿Qué sucede si uno de los cónyuges carece de ingresos para el pago por mitad del recibo del préstamo hipotecario? Existen fórmulas jurídicas para resolver esta cuestión sin que se produzca una situación de injusticia para ambas partes. La primera es que se adjudique en la liquidación de gananciales la vivienda al cónyuge que tiene recursos para hacerse cargo de la deuda, previo consentimiento del acreedor a la novación del préstamo hipotecario (art. 1205 Cc). Si la esposa no tiene recursos suficientes, no debería permitir que se le adjudicara el 50% de la titularidad de la vivienda porque la ley no obliga a ser propietario. Otra opción es que se mantenga la cotitularidad de ambos y pague la hipoteca el que tiene más ingresos, por ejemplo, el 80%. De ese 80%, el 50% lo paga como deuda propia y el resto lo paga como auténtico tercero, de manera que cuando se venda la casa, los dos cónyuges se repartirán el precio por mitad y el que pagó más de lo que le correspondía tendrá una acción de reembolso frente al otro cónyuge (art. 1158 Cc y siguientes). Si la deuda hipotecaria era solidaria, la acción de reembolso le corresponde en los términos que establece el art. 1145 CC. De esta forma se soluciona el problema del cónyuge que no tiene ingresos, pero al mismo tiempo se compensa al que paga más de lo que le corresponde, evitando así un enriquecimiento sin causa. Si la vivienda era ganancial y la liquidación de gananciales no se había efectuado, cualquier pago realizado con dinero privativo de cualquiera de los que fueron cónyuges se convierte en un crédito de éstos frente a la comunidad postganancial, procediendo el reembolso de tales cantidades (Sentencia de la AP León de 18 de noviembre de 2014 (JUR2015/50551)).

²⁹ PEREDA GÁMEZ, F.J., «Las cargas familiares...», cit., p. 347.

Tampoco creo que el pago una mayor parte de la deuda hipotecaria pueda enmascarse en una pensión compensatoria (sentencia de la AP Alicante de 14 de diciembre de 2000). Ésta atiende a cubrir un desequilibrio económico (aunque no exista estado de necesidad) en relación con la situación del cónyuge constante matrimonio y es bien sabida la distinción del concepto de alimentos que tiende a cubrir unas necesidades. Y no hay que olvidar que el cónyuge divorciado no tiene derecho de alimentos en el Código civil (art. 144) y no cabría, a mi juicio, que, por la vía de la pensión compensatoria, un cónyuge le pague la adquisición de la vivienda al otro cónyuge. Cada instrumento debe cumplir su finalidad y esto es lo que las sentencias de Audiencia a mi juicio estaban desvirtuando.

En el caso de que la vivienda sea propiedad privativa del cónyuge a quien le es adjudicada la custodia de los menores, se plantea el problema de si el otro progenitor debería contribuir a atender el pago del préstamo hipotecario en la medida en que, como he dicho, el alojamiento es una partida que debe tenerse en cuenta para la fijación de la pensión de alimentos. *¿Debe el cónyuge propietario asumir en solitario ese gasto?* En el ejemplo propuesto, el único deudor hipotecario es el cónyuge propietario. A mi juicio, él es el obligado a abonar el préstamo, pero en la partida de gastos a tener en cuenta para fijar la pensión de alimentos, el progenitor propietario cubre en su totalidad el gasto de vivienda, lo que le permitirá abonar en menor proporción los gastos de los hijos.

Así, por ejemplo, si se trataba de un matrimonio con dos hijos, con gastos escolares de 600 euros mensuales, alimentación 250 euros, ropa, transporte, ocio 200 euros. El recibo mensual del préstamo hipotecario asciende a 600 euros mensuales. La proporción de ingresos de la madre es del 40% y el del padre el 60%. Entiendo que del total del recibo del préstamo hipotecario (600 euros) 2/3 deben ser imputados a los hijos que, en el ejemplo propuesto son dos. Por lo tanto, sólo 400 euros corresponderían a gasto de alojamiento. Los gastos totales ascienden a 1.450 euros. La esposa debería abonar 580 euros y el esposo 870 euros. Si la madre es propietaria exclusiva de la vivienda, debe ocuparse de abonar el total de recibo del préstamo hipotecario que asciende a 600 euros (de los cuales, 400 se imputan a los hijos), de forma que en concepto de alimentos sólo deberá abonar 180 euros además de la totalidad del préstamo hipotecario. El padre deberá abonar 870 euros. Esta postura no se contradice con la expuesta, ni convierte en carga el abono del préstamo hipotecario. No hay enriquecimiento injusto ni trasvases patrimoniales. El propietario del inmueble cubre en especie la necesidad de alojamiento, sin necesidad de que la sentencia de divorcio se pronuncie sobre tal gasto. Sencillamente, tal gasto está cubierto por el cónyuge propietario y *se computa, pero su abono no es proporcional a los ingresos*. Lo

que no cabe es que la inversión que hizo en su momento el cónyuge propietario suponga un enriquecimiento indirecto del otro, cosa que sucedería si no se computase. Así, en el ejemplo propuesto, descontado el pago del préstamo hipotecario, los gastos de los menores ascenderían a 1.050 euros. Si aplicáramos el porcentaje del 40% a la madre, abonaría 420 euros y el padre 630 euros. El hecho de que la esposa fuera propietaria de la vivienda, le supondría un ahorro considerable al otro progenitor lo que no parece muy equitativo. Si se excluye el préstamo hipotecario debería reducirse el porcentaje de ingresos del cónyuge propietario proporcionalmente.

En conclusión, el gasto de alojamiento, constante matrimonio es carga familiar y, disuelto éste, lo que procede abonar es una pensión de alimentos. El obligado al pago es el propietario y ello no debe ser alterado en la sentencia de divorcio, tal y como vengo manteniendo. Cosa distinta es que ello afecte a la cuantía de alimentos en términos de ahorro de gasto porque se satisface vía inversión.

Cuando ambos cónyuges son propietarios al 50% del inmueble o se trataba de un inmueble ganancial que todavía no se ha liquidado, aunque en la comunidad postganancial no haya cuotas sobre bienes concretos, sí las hay respecto de todo el activo ganancial. El abono del 50% del préstamo hipotecario implica que el gasto de alojamiento no se computa en la pensión de alimentos en la medida en que el mismo es satisfecho en proporción a la titularidad. No hay enriquecimiento posible más allá del que pueda deducirse de la atribución gratuita del uso de la vivienda familiar³⁰. En tal caso, el resto de los gastos de los hijos se abonarán en proporción a los ingresos sin que quepa imputar abono en especie en concepto de alojamiento porque tal abono responde a un valor patrimonial que el progenitor no usuario del inmueble recuperará cuando se proceda a la enajenación del inmueble. Como se aprecia fácilmente, no hay enriquecimiento injustificado ni incoherencia en el planteamiento. Se trata de abordar de manera diferente, situaciones que son distintas.

Por las razones apuntadas, las sentencias de divorcio contencioso no deberían contener ningún pronunciamiento sobre el pago del préstamo hipotecario³¹ (sentencias de la AP

³⁰ El uso de la vivienda familiar no debería ser gratuito. Vid. CUENA CASAS, M., «Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario», *Revista de Derecho Civil* <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216 vol. I, núm. 2 (abril-junio, 2014) Estudios, pp. 9-39.

³¹ MONTERO AROCA, J., *El convenio regulador en la separación y en el divorcio. (La aplicación práctica del art. 90 del Código Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 241.

Murcia (Sección 5ª) de 25 de junio de 2013 (JUR 2013/249982), AP Asturias (Sección 7ª) de 25 de septiembre de 2003 (JUR 2004/47892)³².

4.2. Posición del Tribunal Supremo

El problema del abono del préstamo hipotecario ha generado durante muchos años una jurisprudencia menor contradictoria, entre otras razones, por la utilización del término carga del matrimonio en sede de crisis matrimoniales. No han faltado sentencias que consideran que el pago del crédito hipotecario es carga del matrimonio, debiéndose pagar de forma proporcional a la capacidad económica³³. Con esta medida se ha pretendido garantizar que aquél que percibe mayores ingresos satisfaga las cuotas y evitar el riesgo de ejecución por impago y consiguiente merma del patrimonio familiar (sentencia de la AP Huelva (Sección 2ª) de 16 de enero de 2002 (JUR2002/110696). En algunas ocasiones se ha señalado que tal medida es provisional, hasta la liquidación de la sociedad de gananciales (SAP Cantabria de 5 de julio de 2006 (JUR2006/246022).

Al mismo tiempo, no faltaron resoluciones judiciales que mantenían la posición contraria que considera que el pago del préstamo hipotecario no es una carga del matrimonio, debiéndose atender para su abono al título constitutivo de la obligación³⁴. La sentencia del TS de 28 de marzo de 2011 (RJ2011/939), dictada en interés casacional, ha resuelto finalmente esta cuestión en el sentido defendido en el presente trabajo, si bien, como veremos, la argumentación utilizada es, a mi juicio, discutible en algunos aspectos y no arroja la claridad deseada.

³² Muy contundente es la sentencia citada: «es más que discutible que en la sentencia, en este caso de separación, deba hacerse un pronunciamiento específico en torno al concepto –no claramente determinado– de cargas matrimoniales siendo el criterio de esta Sección contrario a ello; pero es que además en la medida en que el recurrente pretenda se deje sin efecto su obligación implica tanto como imponerla totalmente a la parte contraria con lo que el pronunciamiento excedería de lo que constituye en principio la plasmación genérica de la obligación común, y por ello en atención a lo expuesto, es criterio de esta Sección que dichos pronunciamientos no corresponde efectuarlos en sentencia sin perjuicio de lo que haya de dilucidarse en la fase de liquidación debiendo estarse, en orden a la estabilidad en el uso y disfrute de la vivienda, al criterio del Tribunal Supremo respecto de la eficacia de dicho derecho».

³³ Sentencias de la AP de Madrid de 29 de junio de 2004 (JUR 2004/315661), 29 de mayo de 2001 (JUR 2001/235941), de la AP Castellón de 13 de junio de 2001 (AC2001/1589).

³⁴ Sentencias de la AP de Barcelona de 7 de enero de 2000 (AC2000/746), 13 de octubre 1998 (1998/8968); AP de Valencia (sección 10) de 27 de junio de 2005 (JUR2005/203195), 9 de julio de 2003 (2003/241334) y 6 de julio de 2005 (JUR2005/202903).

En el caso enjuiciado se trataba de dos cónyuges, casados bajo el régimen de gananciales, codeudores del préstamo hipotecario solicitado para la adquisición de la vivienda familiar. Interpuestas demandas por ambos cónyuges ante el JPI de Liria (Valencia) y acumulados los autos, conviene destacar respecto de lo que aquí interesa, que es la esposa la que solicita entre otras medidas, que el esposo abone la totalidad del recibo del préstamo hipotecario que ascendía a 864 euros. Además de ello, solicitaba 4.000 euros de pensión de alimentos para los dos hijos, 2.000 euros para atender las cargas del matrimonio y la atribución del uso de la vivienda familiar. Ambos cónyuges trabajan y tienen formación universitaria.

La sentencia del JPI ordenó *«con relación al pago de la cuota de préstamo hipotecario, debe concretarse que en ningún caso podrá satisfacerse a través de la pensión establecida a favor de los hijos, de modo que, teniendo en cuenta los ingresos de cada uno de los progenitores se satisfará el 80% del mismo por el exesposo y el 20% por exesposa de cada una de las cuotas mensuales»*.

Ambos cónyuges apelaron la anterior sentencia. La AP de Valencia (Sección 10) en sentencia de 24 de septiembre de 2007 desestimó el recurso interpuesto por el exmarido manteniendo la pensión de alimentos (350 euros por hijo) teniéndose en cuenta *«las posibilidades económicas del progenitor, máxime cuando, además, se ha impuesto al progenitor mayor contribución al pago del préstamo hipotecario al afectar el mismo a la vivienda y considerarse como aportación dentro de la pensión alimenticia, por lo que se mantienen ambas medidas, tanto la suma señalada como pensión alimenticia como la aportación al pago del préstamo hipotecario»*. Como se puede observar, se establece la obligación del esposo de abonar en mayor proporción que le corresponde por la titularidad de la vivienda, de forma separada de la pensión de alimentos, pero considerando que es una aportación dentro de la pensión alimenticia.

El exesposo plantea recurso de casación ante el TS por interés casacional planteando el problema de si el préstamo hipotecario se encuentra comprendido dentro del concepto de cargas del matrimonio del art. 91 CC, lo cual implicaría que su abono sea proporcional a los ingresos alterando el carácter solidario con el que cada uno de los prestatarios se obligaron frente a la entidad prestamista. Plantea pues si el art. 91 CC altera la forma en la que los cónyuges se obligaron en el título constitutivo de la obligación.

Alega las dos interpretaciones al respecto mantenidas por la Audiencias provinciales: la primera que entiende que el pago nada tiene que ver con las cargas del matrimonio y

que cualquier cambio en la posición deudora requeriría el consentimiento del acreedor. La segunda, la que entiende que, aun disuelto el matrimonio se puede seguir hablando de cargas del matrimonio, de manera que deben abonarse de manera proporcional.

Obsérvese que el recurrente no alude a los alimentos, sino a cargas del matrimonio y se hace referencia a la posición del acreedor hipotecario que se vería afectado, según el recurrente, por lo acordado en la sentencia de divorcio. Su argumentación de defensa es que no es carga porque no se puede alterar el título constitutivo. Ya he señalado que ello en ningún caso es posible y en el caso de que la sentencia se pronunciara sobre este aspecto, ello nunca podría afectar al acreedor hipotecario. El recurso fue mal planteado y por ello la sentencia, a mi juicio, acierta en el resultado, pero yerra en el razonamiento.

El TS estima el recurso y trae a colación la doctrina que ya recogió en la sentencia de 5 de noviembre de 2008 (RJ 2009/3). Respecto a si el pago del préstamo hipotecario es carga del matrimonio, señala que no *«en el sentido que a esta expresión se reconoce en el Art. 90D CC, porque se trata de una deuda de la sociedad de gananciales y, por lo tanto, incluida en el Art. 1362,2ª CC. 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»*.

Llama la atención que el TS diga que se debe pagar por mitad porque es una deuda de la sociedad de gananciales y *«mientras subsista la sociedad»*. Lo cierto es que el divorcio disuelve la sociedad de gananciales por lo que parece que el TS se está refiriendo más bien a la comunidad postganancial, es decir, mientras *«no se liquide»* la sociedad de gananciales.

También fue impreciso al decir que la hipoteca debía ser pagada por mitad, que sólo tiene sentido cuando ya se ha efectuado la partición de la sociedad de gananciales y la vivienda hipotecada se ha adjudicado a los cónyuges por mitades indivisas. En el momento de la partición, las cantidades que queden pendientes del préstamo hipotecario concertado por ambos cónyuges formarán parte del pasivo conforme al artículo 1398.1. CC, pero si uno de los cónyuges ha satisfecho el préstamo durante la vigencia de la comunidad postganancial, las cantidades entregadas formarán parte del

pasivo de acuerdo con el art. 1398.3. CC³⁵. La clave es que el bien es común y por ello la deuda también y, en el caso de que en la liquidación de gananciales la propiedad de la vivienda se adjudique a uno de los cónyuges, podrá ello conllevar cambios en la forma de pago del préstamo hipotecario, sin efectos frente a la entidad financiera, salvo que ésta consienta. Entretanto, dado que el bien es común y la deuda también, el abono de realizarse por ambos esposos. Basta con la afirmación que hace el propio TS de que «el pago de las cuotas hipotecarias afecta al aspecto patrimonial de las relaciones entre cónyuges» y que debe resolverse en el ámbito de las normas de liquidación del régimen económico conyugal. Por ello, la sentencia de divorcio contenciosa no debe pronunciarse sobre el pago del préstamo hipotecario, puesto que esta cuestión debe ventilarse en el proceso de liquidación del régimen económico matrimonial, ámbito propio en el que deben resolverse las cuestiones suscitadas por las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

La doctrina establecida por el TS en esta sentencia se refiere exclusivamente «al pago de las cuotas hipotecarias que ha permitido que ambos cónyuges hayan accedido a la propiedad por mitad del local destinado a vivienda». No abarca otros supuesto y manifiesta la preeminencia de la afectación a la titularidad patrimonial de los cónyuges. Es claro que la necesidad de vivienda puede satisfacerse mediante un gasto (alquiler) o mediante una inversión (propiedad). Sólo en este último caso queda fuera del régimen del derecho de alimentos, sin que, a mi juicio, pueda hablarse de cargas ni de ganancialidad. El bien es de los dos y una resolución judicial emanada de un juzgado de familia no puede convertirse en modo de adquirir la propiedad obligando a un cónyuge a pagar el gasto de adquisición de un bien al otro cónyuge, sin que la cuota de titularidad de éste se vea alterada ni proceda derecho de reembolso por ser pago de prestación de alimentos. Esta es, mi juicio, la argumentación que avala el resultado al que llega la importante sentencia del TS, y que valdría no sólo para los casos en que el matrimonio se rigiera por el régimen de gananciales, sino también para los casados en separación de bienes o incluso las parejas de hecho que adquieren la vivienda en régimen de comunidad de bienes romana (arts. 392 y ss. CC). En este sentido, la sentencia del TS de 26 de noviembre de 2012 (RJ2013/186) aplica la misma doctrina a un caso en el que los cónyuges estaban casados en régimen de separación de bienes.

La doctrina mantenida por la sentencia de 28 de marzo de 2011 ha sido seguida por sentencias posteriores y puede considerarse doctrina consolidada (sentencias del TS de

³⁵ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., «La sociedad de gananciales (5). La disolución de la comunidad», YZQUIERDO TOLSADA, M., CUENA CASAS, M. (Dir.), *Tratado de Derecho de la Familia*, t. III, Thomson Aranzadi, 2017, p. 1417.

20 de marzo de 2013 (RJ2013/ 4936), 17 de febrero de 2014 (RJ2014/918), 25 de abril de 2016 (RJ2016/1612)³⁶.

5. ESTIPULACIONES RELATIVAS AL ABONO DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO EN EL CONVENIO REGULADOR

Como se ha señalado, las cuestiones relativas al abono del préstamo hipotecario se enmarcan en la liquidación del régimen económico matrimonial. Con base en el art. 90.1 e) CC, son posibles pactos al respecto que pueden afectar a la forma de pago del préstamo hipotecario, con efectos inter partes. Ningún obstáculo tiene la licitud de tales pactos dentro del ámbito propio del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). Así ha sido admitido reiteradamente por la jurisprudencia (sentencias del TS de 31 de marzo de 2011 (RJ2011/3137), 20 de abril de 2012 (RJ2012/5911), 30 de abril de 2013 (RJ 2013/4607).

³⁶ No obstante, no faltan sentencias de Audiencias que siguen manteniendo una posición contraria a la doctrina del TS. En este sentido, la sentencia de la AP Madrid (Sección 22ª) de 3 de octubre de 2014 (JUR 2014/290135): «Parecería que la no consideración del préstamo hipotecario como carga del matrimonio, y por lo tanto excluido de los artículos 90 y 91 nos llevaría a evitar pronunciamiento sobre el préstamo hipotecario en las sentencias dictadas en los procesos matrimoniales, pero, y así lo tiene declarado esta propia Sala, entre otras, sentencia de fecha 9 de mayo de 2011, su aplicación indiscriminada y en cualquier caso y con independencia de las circunstancias concurrentes, podría producir efectos no deseables y eventualmente nocivos para la unidad familiar y en concreto para las necesidades familiares de alojamiento, afectando también, negativamente, al propio patrimonio de la familia; por ello, haciendo uso de la posibilidad de establecer cautelas en relación al uso de la vivienda, tal y como prevé el artículo 91, en su parte final, y habida cuenta de la enorme disparidad económica de ambos litigantes, y no discutiéndose cuestión alguna acerca de los porcentajes a abonar de las cuotas hipotecarias, también se ajusta a derecho el pronunciamiento de la sentencia apelada que establece la obligación, por el momento, por parte del esposo, de afrontar el pago de la hipoteca. El argumento se basa en la idea de que la incapacidad económica del cónyuge usuario de abonar el préstamo hipotecario pone en peligro el ejercicio del derecho de uso sobre la vivienda. Nada dice la resolución de si procederá o no derecho de reembolso por parte del cónyuge al que no sólo se le priva del derecho de uso, sino que se le impone la obligación de abonar la totalidad del préstamo hipotecario. En suma, se trata de evitar que el impago del préstamo hipotecario provoque la extinción del derecho de uso. De esta forma el cónyuge no usuario no sólo se ve privado de la posesión del inmueble, sino que además se ve obligado a consolidar una titularidad a favor del otro cónyuge. Considerado tal gasto como carga, es pago de deuda propia e impediría un eventual derecho de reembolso. Con esta doctrina, el cónyuge usuario tiene un nulo incentivo a obtener ingresos. Su situación es mejor si no hace nada. Doctrina lamentable que también se reproduce en la sentencia de la AP de Madrid, (Sección 22ª) de 29 de abril de 2014 (JUR 2014/164825) en donde se justifica que se imponga al marido la obligación de abonar la totalidad del préstamo hipotecario en la necesidad de mantener el patrimonio ganancial hasta la liquidación y para evitar un incremento de la pensión compensatoria al cónyuge usuario». Vinculación conceptual lamentable, ya que nada tiene que ver el desequilibrio económico que trata de subsanar dicha pensión con la incapacidad del cónyuge de pagar un préstamo que la convirtió en propietaria de un inmueble. También prescinde de la doctrina del TS la sentencia de la AP Madrid de 31 enero de 2014 (JUR 2014\55222) que ordena que el padre abone el 75% y la madre el 25% del préstamo hipotecario.

Es frecuente que se pacte como obligación de hacer el que el cónyuge que asume en exclusiva el abono del préstamo hipotecario (al margen de la titularidad del bien afectado, aunque normalmente la acompañe), haga todo lo posible para lograr la novación del préstamo hipotecario con la entidad financiera. Se ha considerado tal obligación como de hacer personalísimo (art. 709 LEC)³⁷ pudiéndose imponer multas en caso de incumplimiento. No obstante, difícilmente puede lograrse la ejecución de tal pacto, pues no depende exclusivamente de la voluntad del cónyuge obligado, sino también de la entidad financiera. Entiendo que la obligación de un cónyuge de gestionar la novación del préstamo hipotecario excluyendo al otro, sólo puede ser entendida como una obligación de medios. No puede considerarse un resultado exigible por cuanto su cumplimiento depende de la voluntad de un tercero, que es la entidad acreedora. En los hechos que se enjuiciaron en la sentencia de la AP Barcelona (Sección 12ª) de 11 de marzo de 2014 (RJ 2014/295724), se había pactado en convenio regulador que el adjudicatario de la vivienda debía obtener la novación subjetiva o subrogación de la carga hipotecaria que afecta a la vivienda familiar. Ante la imposibilidad de conseguirlo, la esposa solicita la ejecución de sentencia, en cuyo auto se establece la obligación del esposo propietario de lograr la novación del préstamo en un plazo de 15 días, imponiéndose una multa de 250 euros mensuales hasta que se produzca el cumplimiento de la obligación. Es decir, se configura como una obligación de hacer «personalísimo», imponiéndose la multa prevista en el art. 709 LEC. Recurrido el auto por el deudor obligado, la Audiencia estima, parcialmente el recurso, a mi juicio con acierto, y considera que tal obligación no puede tener la consideración de personalísima no depende de la voluntad única del ejecutado, pues tratándose de novación subjetiva por cambio de la persona del deudor hipotecario, necesita del consentimiento de la entidad crediticia, a tenor de las prescripciones del art. 1.205 CC.

En el caso enjuiciado, la entidad acreedora se opuso a la novación y, parece un contrasentido, amén de una tremenda injusticia, imponer al afectado una multa por incumplir una obligación que no depende de él. Tal planteamiento, a mi juicio, va contra el sentido común. Afortunadamente, la Audiencia revocó el auto de instancia y declaró la imposibilidad de cumplimiento y la revocación de la multa. Como obligación de medios, sólo podrá considerarse incumplida si el deudor no realiza todos los trámites necesarios para lograr la novación del préstamo. Si intentado, no se ha

³⁷ Sentencias de la AP Cáceres, Secc. 1ª, de 11 de julio de 2012; AAP Barcelona, Secc. 12ª, de 25 de mayo de 2012; AAP Madrid, Secc. 22ª, de 7 de mayo y 19 de noviembre de 2010; AAP Granada, Secc. 5ª, de 16 de diciembre de 2008; AP Vizcaya, Secc. 4ª, de 21 de octubre de 2010.

logrado el resultado por la negativa de la entidad financiera, ello no puede considerarse un incumplimiento.

Hay que destacar que la asunción por uno de los cónyuges de la obligación de abonar el préstamo hipotecario es válida en el marco del principio de la autonomía de la voluntad y al afectar al régimen económico matrimonial y no a la pensión alimenticia, una alteración de las circunstancias económicas del excónyuge que asumió el pago, no puede justificar una modificación de medidas en este ámbito. Así lo ha puesto de manifiesto el TS en sentencia de 30 de abril de 2013 (RJ 2013/4607). El recurrente alegaba aplicación indebida de los arts. 1362 y 1255 CC y que la sentencia de instancia ignoraba que la hipoteca que grava la vivienda familiar no debe ser considerada carga del matrimonio, sino una deuda de la sociedad de gananciales y que es posible instar modificaciones en este ámbito en un proceso de divorcio. El TS desestima el recurso y considera que tal pacto forma parte de un contrato, que es válida su incorporación en el convenio regulador. Tal acuerdo *«no se configura, por tanto, como un cambio de medidas por alteración de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la ruptura, en este caso de la separación matrimonial y no del divorcio, cuando a este le precede aquel, sino de un contrato que debe mantenerse en el procedimiento de divorcio. De un lado, porque que sirve para completar las consecuencias establecidas legalmente para las separaciones/divorcios. De otro, porque en dicho pacto no se contempla el cambio a partir de una situación económica distinta del obligado, sino que se acuerda el pago íntegro de las cuotas del préstamo hipotecario con independencia de las circunstancias posteriores en el ámbito económico de uno y otro y de los derechos del acreedor derivadas del préstamo, que no se ven alterados por ese pacto»*.

El hecho de que los excónyuges acuerden la forma en la que inter partes abonar el préstamo hipotecario, no está en contradicción con la doctrina citada del TS que entiende que debe abonarse conforme al título constitutivo. Este aspecto es aclarado por la sentencia de la AP Madrid (Sección 22) de 21 de diciembre de 2012 (JUR 2012/40483) que resolvió una demanda de modificación de medidas. Se había pactado que el exesposo se haría cargo del pago de la totalidad del préstamo hipotecario (debido a la disminución de ingresos de la exesposa) a pesar de ser la vivienda común, pudiendo recuperar el exceso de contribución cuando se enajenara la vivienda familiar. Recuperada su capacidad patrimonial deben abonar el préstamo al 50% tal y como se pactó. La Audiencia señala que *«los pagos de la hipoteca habrán de realizarse por lo tanto como convinieron las partes con carácter general una vez superada la circunstancia coyuntural de la ausencia de recursos de la exesposa, lo que por otra parte es plenamente coincidente con la doctrina del Tribunal Supremo establecida en la sentencia de 28 de marzo de 2011... la interpretación o aplicación del convenio regulador no deja lugar a dudas y no procede sino la ejecución en sus esenciales*

términos y es que dicha carga se asumía por ambos al 50% hasta que no se procediera a la venta del inmueble una vez que la esposa había superado sus dificultades económicas».

Siendo válidos los pactos en relación con el pago del préstamo hipotecario, cabe también que los excónyuges pacten un derecho de reembolso cuando esa mayor proporción en el pago no viene acompañada de una compensación en activos. Ello plantea el problema que trataré seguidamente, de si la sentencia de divorcio que aprueba el convenio es título judicial para amparar una demanda de ejecución forzosa por las cantidades no abonadas por el cónyuge obligado.

6. IMPAGO DE LA DEUDA HIPOTECARIA POR UNO DE LOS CÓNYUGES. VÍAS DE RECLAMACIÓN

Vigente la sociedad de gananciales, si la deuda hipotecaria tiene carácter ganancial, no procede acción de reembolso entre los cónyuges cuando la misma se satisface con recursos gananciales.

Cuando sobreviene la crisis conyugal, si la deuda fue contraída por los dos cónyuges, ambos mantienen su condición de codeudores (normalmente solidarios) en su relación con el acreedor. Como he señalado repetidamente, esto sería así al margen de que el juez de familia se pronunciara o no al respecto, dado que éste no puede en ningún caso alterar lo establecido en la escritura de constitución de hipoteca en un procedimiento en el que el acreedor no es parte, como es el caso de un procedimiento de divorcio.

La habitual e innecesaria inclusión (por no tratarse de un gasto que sea carga del matrimonio) en las sentencias de divorcio de la declaración de que ambos cónyuges contribuirán al 50% al abono del préstamo hipotecario cuando la deuda ha sido contraída solidariamente por ambos cónyuges, no añade nada a la relación jurídica crediticia de ambos cónyuges con la entidad financiera. Cuando uno de los cónyuges satisface en su totalidad las mensualidades del préstamo hipotecario, de forma que la entidad acreedora ha visto satisfecho su derecho de crédito, pero el otro cónyuge no ha abonado la parte que le corresponde. Si, como suele ser habitual, los cónyuges eran codeudores solidarios frente a la entidad financiera, el que realizó el pago, según establece el art. 1145 CC, puede reclamar al codeudor la parte que le corresponda, con los intereses del anticipo. Este derecho no nace de la sentencia de divorcio, sino de la relación jurídica preexistente de los deudores con la entidad financiera y de la regulación del Código Civil en materia la solidaridad de deudores. Es absurdo plantear como hace la sentencia de la AP Valencia de 17 de mayo de 1999 (AC 1999/6701), que un pronunciamiento en la sentencia de divorcio sobre el pago por mitad del préstamo

hipotecario confiere acción al cónyuge que pagó la totalidad del plazo contra el que no pagara su plazo. Este derecho de reembolso no nace de la sentencia de divorcio, sino de la ley (régimen de solidaridad de deudores) y no hace ninguna falta una referencia al mismo³⁸.

Si sólo uno de los cónyuges fuera deudor hipotecario y el otro, generalmente titular del derecho de uso sobre la vivienda habitual, abona el préstamo para evitar la ejecución hipotecaria, se habrá llevado a cabo un pago del tercero y procederá la acción de reembolso por virtud de lo establecido en el art. 1.158 CC.

Dado que estas eventuales acciones de reembolso y subrogación nacen de la ley fruto del régimen pactado en el título de constitución del préstamo hipotecario y no de la sentencia de divorcio, la vía de reclamación de las cantidades abonadas por el excónyuge frente al otro no puede ser el procedimiento de ejecución de títulos judiciales. Es decir, no puede reclamarse el reembolso de dichas cantidades en ejecución de la sentencia de divorcio (Auto de la AP Huelva (Sección 2ª) de 10 de febrero de 2016 (RJ 2016/107363)).

En contra de este criterio se pronuncia la sentencia de la AP de Madrid de 20 de enero de 2012 (JUR 2012/106874). Basta que la sentencia determine que ambos cónyuges deben pagar el préstamo hipotecario por mitad, para que en caso de incumplimiento de uno de los cónyuges pueda reclamar el excónyuge que pagó al otro ejecutando sentencia de divorcio. Pero lo que merece ser resaltado es que en dicha sentencia se señala que para que se pueda instar dicha reclamación en ejecución de sentencia de divorcio, no es preciso que el otro haga un pago previo. A mi juicio, tal afirmación implica una alteración de la fuente de la obligación de abonar el préstamo hipotecario. Esta nace del contrato celebrado en su día por los cónyuges con la entidad financiera. No nace de la sentencia de divorcio la cual –innecesariamente– se limita a recordar la existencia de tal obligación. El derecho de reembolso *nace del pago* por un cónyuge de una proporción de la mensualidad del préstamo de la que le correspondía en las relaciones internas. Y esto es así según el régimen legal de la solidaridad de deudores (art. 1145 CC). Esto no lo puede modificar una sentencia de divorcio. Los jueces de familia deben respetar la regulación general de las obligaciones y contratos y no inventarse una nueva para el caso de crisis matrimonial de los deudores. Disiento, por tanto, de la afirmación contenida en esta sentencia por ser contraria a la ley. No puede despacharse ejecución si no se produjo el pago total por parte de uno de los cónyuges.

³⁸ MONTERO AROCA, J., *El convenio...*, cit., p. 242.

Distinto sería el escenario desde el punto de vista procesal, cuando en el convenio regulador se ha establecido de manera expresa que los excónyuges abonen el préstamo hipotecario en *proporciones distintas* a las que cabría deducir de la escritura de constitución de hipoteca. Tal acuerdo, como he dicho, puede adoptarse en el convenio regulador en el marco de la liquidación del régimen económico matrimonial (art. 90.E CC). Así, por ejemplo, cuando el préstamo lo han contraído los dos cónyuges solidariamente, correspondiéndoles a cada uno abonarlo al 50% en sus relaciones internas, pueden pactar que lo abonará uno al 80% y el otro al 20% o que, directamente, sólo uno de ellos se ocupará de pagar el préstamo hipotecario. Así mismo, *debe pactarse el derecho de reembolso* de las cantidades indebidamente pagadas por uno de los excónyuges. En estos supuestos, en caso de incumplimiento de este acuerdo *inter partes*, y siempre que el otro se hubiera visto obligado a pagar a la entidad financiera la mayor proporción de la deuda que le correspondiera, considero que podría ejercitarse la acción de reclamación de cantidad en proceso de ejecución de sentencia de divorcio que aprueba el convenio regulador que contiene tal pacto³⁹.

Y ello no contradice la tesis del TS de que el abono del préstamo hipotecario no es carga del matrimonio. Tal acuerdo se incluye en el convenio regulador en el marco de la liquidación del régimen económico matrimonial, ya se trate de régimen de gananciales o de separación de bienes. Por lo tanto, el argumento de que el abono del préstamo hipotecario no es carga del matrimonio no vale para negar que la acción de reembolso por impago de uno de los deudores se pueda conseguir a través de la ejecución de la sentencia de divorcio que aprueba tal convenio⁴⁰. Si tal crédito de reembolso aparece contemplado en el convenio que es aprobado en la sentencia, y siempre que ésta no se limite a establecer que ambos deben pagar el préstamo en la misma proporción, entiendo que el reembolso se puede obtener en ejecución de sentencia de divorcio.

La tesis que defiendo ha sido acogida en el auto de la AP de Córdoba (Secc. 2ª) de 5 de noviembre de 2013 (RJ 2013/363362). En el caso enjuiciado, la sentencia de divorcio se limitaba a establecer que ambos excónyuges deberían abonar el préstamo hipotecario al 50%. Ante el impago por uno de ellos de la parte correspondiente, la esposa reclama la cantidad correspondiente en ejecución de sentencia de divorcio. En primera

³⁹ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, N., «Encuesta jurídica», coordinada por GONZÁLEZ VICENTE, P., *Acordado en sentencia que el pago de la hipoteca se realice al 50%, si una de las partes incumple, ¿Qué procedimiento es el adecuado para exigirlo?*, Junio 2015 <https://www.sepin.es/procesal-civil/VerDoc.asp?referencia=SP%2FDOCT%2F19010&cod=0010fA1DE0GB0Lj1iR0HG01g0G90H603D0m209Q01i00n07b0Le1iT07b01g1ys0JQ0FX29307u2MQ1jV> (Consultado el 4 de septiembre de 2017).

⁴⁰ El convenio regulador forma parte del título ejecutivo, pues ratificado judicialmente por ambos cónyuges queda revestido de la eficacia procesal ejecutiva reconocida en el art. 517.2.3º LEC.

instancia, el juez admite la demanda y desestima la oposición a la ejecución instada por el exmarido quien alega que el pago de las cuotas hipotecarias que pesan sobre los cónyuges no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los arts. 90 y 91 CC. La AP estima la oposición, reiterando la doctrina del TS en relación al pago del préstamo hipotecario y su ausencia de condición de carga matrimonial. Expresamente declara que la sentencia de divorcio no puede ser título ejecutivo para reclamar tal cantidad: «El título ejecutivo que en esta causa sirve de fundamento a la acción emprendida por la ejecutante es la sentencia de divorcio entre los cónyuges. En el punto 8º del fallo de tal resolución judicial se dispone: El préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, será abonado al 50% por D. Pio y Dª. Gregoria... Está bien claro que lo que resuelve la jueza de la primera instancia es quién de los excónyuges y en qué condiciones será responsable ante la entidad bancaria prestamista de la cuota hipotecaria correspondiente a la adquisición de la vivienda familiar, si bien en ningún momento impone una obligación de uno de los cónyuges respecto del otro para el caso de que se produzca el incumplimiento contractual de préstamo. En este escenario, resulta absolutamente impropio que se despache ejecución de una obligación dineraria que el ejecutado tiene con terceros en base a la sentencia de divorcio que sólo regula las futuras relaciones entre los excónyuges y que ha sido utilizada como título ejecutivo a favor de uno de ellos, la ejecutante, *algo que sólo estaría permitido si tal título ejecutivo expresamente contempla la posibilidad de repercutir esa deuda al excónyuge deudor si el otro hubiera abonado en su nombre, cosa que no ocurre en este caso. Y tiene sentido que así sea porque no toda la parte dispositiva de la citada sentencia de divorcio ha de tener necesariamente carácter ejecutivo, aunque sí que tenga naturaleza normativa para los excónyuges, quienes a partir de ese momento tendrán que acomodar sus relaciones jurídicas a los dictados de la misma».*

Por lo tanto, sólo cuando el convenio acoge un pacto sobre el abono del préstamo hipotecario que afecta a las relaciones internas de los cónyuges y se prevé de manera expresa la obligación del excónyuge que no pagó su parte de reembolsarle al otro la cantidad que satisfizo a la entidad financiera, es cuando puede obtenerse éste en ejecución de sentencia de divorcio⁴¹, bien entendido que tal reclamación es entre cónyuges y en la que no se ve implicada la entidad financiera acreedora respecto de la que debe haberse producido un pago previo. Sólo tras el pago previo emerge la acción de reembolso que legalmente se prevé en el art. 1145 CC.

⁴¹ En este sentido, SÁNCHEZ LÓPEZ, A.D., «La ejecución forzosa de los pactos patrimoniales del convenio regulador. Cuestiones polémicas y soluciones», *Revista de Derecho de Familia* nº 64/2014, p. 63. El auto de la AP Barcelona (Sección 12ª, de 20 de julio de 2012) permitió la reclamación de cantidades en ejecución de sentencia cuando se habían pactado en convenio regulador.

Si la sentencia se limita –innecesariamente– a establecer que ambos cónyuges deben abonar el préstamo hipotecario al 50% en los mismos términos que cabe deducir de la escritura pública de hipoteca, el nacimiento del crédito de reembolso nace de dicho título y de la ley y no de la sentencia de divorcio. Tal derecho de reembolso no podría contenerlo una sentencia de divorcio contencioso⁴² pues los arts. 91 y ss. CC tasan el contenido de la sentencia de divorcio y, al no ser el abono del préstamo hipotecario carga del matrimonio, el juez no puede pronunciarse sobre la forma de abono del mismo, ni contemplar acciones de reembolso que ya están previstas en la ley (arts. 1145 y 1158 CC).

Así se establece en la sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) de 1 de marzo de 2010 (JUR 2011/13285). Se trataba de un divorcio contencioso en el que la sentencia establece la obligación de esposo de hacerse cargo del pago del préstamo hipotecario contraído por ambos cónyuges para adquirir la vivienda familiar cuyo uso se atribuye a la esposa. El esposo recurre la sentencia oponiéndose a tal pronunciamiento. La Audiencia estima la oposición, entendiendo que *«los préstamos hipotecarios pertenecen a la esfera de la contratación privada y que respecto de ellos no cabe delegación del pago a través de un procedimiento matrimonial. En esa esfera de contratación privada surgieron unas obligaciones reguladas por normas civiles e hipotecarias extramuros de la regulación de los procedimientos matrimoniales que se han de cumplir según el título de su constitución»*. Por lo tanto, nada puede decir la sentencia matrimonial fruto de una demanda contenciosa sobre cómo debe abonarse el préstamo hipotecario (en este sentido, sentencia de la AP de Barcelona de 7 de enero de 2000 (AC2000/746). Y si, indebidamente, lo dice eso no puede hacerse para «disfrazar» la sentencia de divorcio de efectos patrimoniales a los que debe ser ajena, tal y como se deduce del art. 91 CC.

Por ello, me parece muy acertada la norma contenida en el art. 233.23 del CC de Cataluña (en adelante, CCCat) que establece 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»*. Efectivamente, las obligaciones deben

⁴² Sin embargo, esta no es la posición mantenida en el Auto de la AP Madrid (Sección 22) de 20 de enero de 2012 (JUR 2012\106874) que considera que el incumplimiento de la obligación contenida en la sentencia habilita al otro cónyuge para su exigencia en vía procesal, para que haga efectivo el pago a la entidad bancaria acreedora o bien a su propio favor para la posterior amortización de la deuda; sin que constituya condición ineludible el pago previo por el esposo reclamante.

cumplirse de acuerdo con lo establecido en su título de constitución, sin que la sentencia de divorcio pueda generar otro título distinto. De esta forma, los procedimientos que se generen por el impago de tales prestaciones no podrán ser instados ante al juzgado de familia en ejecución de sentencia de divorcio⁴³. A mi juicio, no hacía falta que una norma estableciera expresamente que las obligaciones deben ser cumplidas en los términos establecidos en su título de constitución, pero precisamente la jurisprudencia⁴⁴ –a mi juicio errónea– que convierte a la sentencia de divorcio en título ejecutivo de una obligación cuya fuente nada tiene que ver con el proceso de familia, ha sido la generadora de esta especificación legal en el CC de Cataluña.

El mismo criterio debe seguirse, a mi juicio, en el resto del territorio nacional, aunque no exista norma expresa en este sentido. La teoría general de la obligación regulada en

⁴³ MAZA DOMINGO, J., «Principales novedades introducidas por la Ley 25/2010, de 29 de junio, del Libro II del Código Civil de Catalunya, relativo a la persona y a la familia», *El Derecho* http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Principales-Libro-Segundo-CodigoCatalunya_11_258055003.html Como señala el autor citado, la norma resuelve el reiterado dilema de si los procedimientos ejecutivos o de pago de supuestos gastos extraordinarios (que no lo son) instados para el cobro de dichas cuotas deben ser resueltos por el mismo juzgado de Familia que resolvió la crisis marital. A partir de este momento las sentencias que se dicten podrán obviar el tema y no estar tentadas de constituir un título que pudiera solapar (y con ello devenir ejecutable por la autoridad judicial que dictó la sentencia principal) el propio título de constitución de la hipoteca.

⁴⁴ Se ha justificado la inclusión de la mención en la sentencia de divorcio de la obligación de los excónyuges de abonar el préstamo hipotecario al 50% en “asegurar la devolución del préstamo y evitar la pérdida de la vivienda (...) Una mayor garantía de que ambas partes van a cumplir con la obligación hipotecaria es que la sentencia o convenio regulador recojan expresamente la obligación de ambos cónyuges de abonar por mitad las cuotas del préstamo” (OSA FERNÁNDEZ, F.J., *Encuesta jurídica*, coordinada por GONZÁLEZ VICENTE, P., «Acordado en sentencia que el pago de la hipoteca se realice al 50%, si una de las partes incumple, ¿Qué procedimiento es el adecuado para exigirlo?, cit., p. 6). El que se diga que ambos deben pagar no asegura el pago del préstamo al acreedor respecto del cual los cónyuges son deudores solidarios. Pero, además, el Derecho de familia no está para proteger el crédito bancario. Como mucho, la inclusión de tal declaración en la sentencia de divorcio, “facilita” el ejercicio de la acción de reembolso si se admite que puede realizarse en ejecución de sentencia, postura que censuro por carecer de base legal. Con este razonamiento hay, a mi juicio, dos irregularidades legales: la primera, incluir tal pronunciamiento en la sentencia de divorcio. La segunda admitir que los impagos se reclamen en ejecución de sentencia. No hay base legal para hacer ambas cosas. Se parte de un hecho que no es real. Tal y como señala el magistrado citado, “en el caso de que una de las partes haya abonado tan solo su mitad de las cuotas a la entidad bancaria, no podrá reclamar la otra cantidad por vía de ejecución forzosa, pero sí promover una ejecución no dineraria de obligación de hacer, a fin de que el incumplidor sea requerido para el pago de su parte correspondiente». Los cónyuges son codeudores solidarios y el principio de integridad del pago impide que el acreedor pueda recibir un pago parcial (art. 1169 CC). Una cosa son las relaciones externas de los codeudores con el acreedor y otra las relaciones internas. El acreedor podrá dirigirse indistintamente contra cualquiera de los codeudores solidarios en virtud del derecho que le otorga la escritura de constitución de hipoteca. El derecho de reembolso nace una vez que se ha hecho efectivo el pago íntegro al acreedor. Es éste el que tiene que requerir para el pago y, en ningún caso, a través de una sentencia de divorcio en la que no es parte.

el Código Civil es más que suficiente. Que las sentencias de divorcio incluyan pronunciamientos en relación al pago del préstamo hipotecario previamente nacido, carece de apoyo legal, máxime tras la jurisprudencia citada del TS que niega que tal gasto pueda considerarse carga del matrimonio.

Como he dicho, el único caso en el que la sentencia de divorcio puede incluir pronunciamiento sobre el pago del préstamo hipotecario es cuando se pacta en convenio regulador que un cónyuge asuma el pago de las cuotas correspondientes al otro o, sin que se produzca esta asunción, se prevea de manera expresa la acción de reembolso de un cónyuge frente al otro para el supuesto de que uno de ellos se haga cargo por entero de los recibos del préstamo. Tal pacto –insisto– es inoponible al acreedor (quien podrá reclamar toda la prestación a cualquiera de los codeudores solidarios), de forma que, si se incumple, el cónyuge afectado por el impago del otro, podrá reclamar el reembolso de las cantidades que se hubiera visto obligado a satisfacer, en un proceso de ejecución de sentencia de divorcio.

En los demás casos en los que la sentencia se limita a reproducir las obligaciones previamente asumidas en otro título, los eventuales derechos de reembolso deberán ser reclamados en el juicio monitorio o declarativo que corresponda, sin que sea competente el juzgado de familia y sí el civil ordinario. Lo mismo sucede cuando ni en la sentencia ni, en su caso, en el convenio regulador haya ningún pronunciamiento sobre el abono del préstamo hipotecario⁴⁵.

Si nos encontramos en supuestos en los que la sociedad de gananciales se ha disuelto, pero no liquidado, los reintegros y reembolsos se podrán hacer efectivos en el proceso de liquidación de gananciales (art. 1398.3 CC).

Por último, cuando se trata de pretensiones patrimoniales entre miembros de parejas de hecho, se ha considerado que los arts. 748 y 770.6 LEC sólo permiten encauzar las medidas en relación con los hijos menores, no teniendo competencia el Juzgado de Familia para atender las cuestiones patrimoniales entre los cónyuges. Por lo tanto, los eventuales reembolsos deberían hacerse efectivos en el procedimiento civil ordinario de reclamación de cantidad⁴⁶.

⁴⁵ PÉREZ MARTÍN, A, *La ejecución de las resoluciones dictadas en los procesos de familia*, Lex Nova, Valladolid, 2013, p. 354,

⁴⁶ Vid. CUENA CASAS, M., *El calvario procesal de las parejas no casadas*, <https://hayderecho.com/2017/03/21/el-calvario-procesal-de-las-parejas-de-hecho-en-crisis/>

BIBLIOGRAFÍA

ACHÓN BRUÑEN, M.J., «La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, nº 28, 2006, pp. 37-86.

ALGARRA PRATS, «Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros (Comentarios al hilo de la STC 106/2002, de 6 de mayo)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 16, 2002, pp. 7-40.

CABEZUELO ARENAS, A.L., «¿Son cargas matrimoniales los préstamos concertados durante el matrimonio para adquirir la vivienda? El problema de la alteración convencional o judicial de las cuotas concertadas con la entidad de crédito. Comentario a la sentencia del TS de 298 de marzo de 2011», *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 6/2011, BIB 2011/356.

CAMPUZANO TOMÉ, H., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2004 (RJ 2004, 2713)», *CCJC*, núm. 67, 2005, pp. 171-182.

CUENA CASAS, M., «El calvario procesal de las parejas no casadas» <https://hayderecho.com/2017/03/21/el-calvario-procesal-de-las-parejas-de-hecho-en-crisis/> (Consultado el 29 de septiembre de 2017).

CUENA CASAS, M., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de la Familia*, Yzquierdo Tolsada, M y Cuenca Casas (Dir.) M, t. III, 2ª ed, 2017, p. 287 y ss.

CUENA CASAS, M., «Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario», *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2 (abril-junio, 2014) Estudios, pp. 9-39.

DE AMUNÁTEGUI, C., «La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes», en RAMS ALBESA, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, SERRANO GÓMEZ, E., ANQUITA VILLANUEVA, L., *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, pp. 121-264.

FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, M.C., «Pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar: su consideración o no como carga del matrimonio. Comentario a la STS de 29 de marzo de 2011», *Revista de Derecho Patrimonial* nº 27/2011-2 (BIB 2011/1270).

HERRERA PUENTES, P.J., «Vivienda; atribución del uso», en *Tratado de Derecho de familia: aspectos sustantivos y procesales adaptado a las leyes 15/2005 y 13/2005*, Madrid, 2005.

JIMÉNEZ PARÍS, «Vivienda familiar y concurso de acreedores», en CUENA CASAS, M. (Coord.), *Familia y concurso de acreedores*, Cizur Menor, 2009, pp. 259-318.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A., «Comentario al artículo 90», en LACRUZ BERDEJO (coord.), *Matrimonio y divorcio, comentarios al nuevo Título IV del Código Civil*, Madrid, Civitas, 1982, pp. 540-571.

MARÍN LÓPEZ, M.J., «Capítulo VII. De la separación. Artículos 81 a 84», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 4ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 179-185.

MAZA DOMINGO, J., «Principales novedades introducidas por la Ley 25/2010, de 29 de junio, del Libro II del Código Civil de Catalunya, relativo a la persona y a la familia», *El Derecho* (http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Principales-Libro-Segundo-CodigoCatalunya_11_258055003.html) [Consultado el 16 de septiembre de 2017]).

MONTERO AROCA, J., *El convenio regulador en la separación y en el divorcio. (La aplicación práctica del art. 90 del Código Civil)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MORENO MOZO, F., *Cargas del matrimonio y alimentos*, Ed. Comares, Granada, 2008.

NASARRE AZNAR, S., «Comentario a la sentencia del TS de 8 de octubre de 2010», CCJC, nº 87,2011 (BIB 2011/1644), PP. 1533-1550.

PEREDA GÁMEZ, F.J., *Las cargas familiares. El régimen económico de las familias en crisis*, Madrid, 2007, Ed. La Ley, p. 261.

PÉREZ MARTÍN, A., *La ejecución de las resoluciones dictadas en los procesos de familia*, Valladolid, Lex Nova, 2013.

PÉREZ UREÑA, A., «La atribución del uso de la vivienda familiar y el lanzamiento por ejecución hipotecaria en el contexto de crisis económica», *El Derecho*. 16/06/2016, p. 3. (http://www.elderecho.com/tribuna/civil/atribucion-vivienda-lanzamiento-ejecucion-hipotecaria-crisis-economica_11_964930003.html) [Consultado el 13 de septiembre de 2017]).

PLANES MORENO, M.D., «La vivienda familiar», HIJAS FERNÁNDEZ (Coord.), *Los procesos de familia: una visión judicial*, Madrid, 2009, pp. 941-991.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F., «La sociedad de gananciales (4). El pasivo de la sociedad», en *Tratado de Derecho de la Familia*, CUENA CASAS, M., YZQUIERDO TOLSADA (Dirs.), M., Tomo III, Cizur Menor, 2017, pp. 1041-1547.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F., «La sociedad de gananciales (5). La disolución de la comunidad», YZQUIERDO TOLSADA, M., CUENA CASAS, M. (Dir.), *Tratado de Derecho de la Familia*, t. III, Thomson Aranzadi, 2017.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, N., «Encuesta jurídica», coordinada por GONZÁLEZ VICENTE, P., *Acordado en sentencia que el pago de la hipoteca se realice al 50%, si una de las partes incumple, ¿Qué procedimiento es el adecuado para exigirlo?*, Junio 2015 (<https://www.sepin.es/procesal-civil/VerDoc.asp?referencia=SP%2FDOCT%2F19010&cod=0010fA1DE0GB0Lj1iR0HG01g0G90H603D0m209Q01i00n07b0Le1iT07b01g1ys0JQ0FX29307u2MQ1jV>) [Consultado el 4 de septiembre de 2017]).

SÁNCHEZ LÓPEZ, A.D., «La ejecución forzosa de los pactos patrimoniales del convenio regulador. Cuestiones polémicas y soluciones», *Revista de Derecho de Familia* nº 64/2014, pp. 25-88.

WARREN, E., WARREN, A., *The two-income trap. Why middle-class parents are going broke*, New York, 2003.

Fecha de recepción: 06.12.2017

Fecha de aceptación: 21.12.2017