

Roj: **STS 1659/2011 - ECLI:ES:TS:2011:1659**Id Cendoj: **28079110012011100147**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **28/03/2011**Nº de Recurso: **2177/2007**Nº de Resolución: **188/2011**Procedimiento: **Casación**Ponente: **MARIA ENCARNACION ROCA TRIAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP V 2266/2007,**
STS 1659/2011

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Marzo de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Valencia (sección 10ª), por D. Anton , representado por el Procurador de los Tribunales D. Pascual Pons Font, contra la Sentencia dictada, el día 24 de septiembre de 2007, por la referida Audiencia y sección, en el rollo de apelación nº 681/07 , que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Liria, en el procedimiento de divorcio nº 161/2006. Ante esta Sala comparecen la Procuradora Dª Helena Fernández Castán, en nombre y representación de D. Anton , en calidad de parte recurrente. Asimismo comparece la Procuradora Dª Esther Rodríguez Pérez, en nombre y representación de Dª Andrea , en calidad de parte recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 16 de febrero de 2006, se presentó ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Liria, escrito interponiendo demanda de divorcio, por D. Anton , contra Dª. Andrea , que fue registrado bajo el número 161/2006. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "...se dicte Auto en el que se adopten las siguientes medidas:

UNO.- Se decrete la Separación Provisional de los cónyuges.

DOS.- GUARDA Y CUSTODIA Y USO Y DISFRUTE DE LA VIVIENDA CONYUGAL.- Procede se adjudique el uso de la vivienda familiar, por períodos temporales de seis meses, a cada uno de los consortes litigantes, toda vez que es la única vivienda de la que disponen los mismos; así como la guarda y custodia de los menores de forma compartida a ambos progenitores, también por períodos temporales de seis meses a cada uno de los cónyuges, coincidiendo ésta con los períodos de atribución de la vivienda familiar, y otorgando la patria potestad a ambos consortes litigantes.

En este punto tan trascendental, se debe tener en cuenta, además, que los hijos del matrimonio no deben verse perjudicados por la ruptura sentimental de sus padres, y que la atribución de la custodia compartida a ambos progenitores por un tiempo continuo y prolongado, sin duda beneficiaría su desarrollo personal, sobre todo atendiendo al estado psicológico de la madre, por lo que en modo alguno les beneficiaría estar de forma continuada con ésta, todo ello teniendo en cuenta que se trata de niños que, por tener una edad suficiente, no tienen la dependencia física de la madre propia de los primeros años de vida.



TRES. - PENSIÓN ALIMENTICIA.- Durante el tiempo en que los niños estuvieran con la madre, el padre contribuirá a favor de los niños con una cantidad de 200 Euros mensuales por hijo, es decir, 400 Euros al mes en total, con el incremento del IPC, y ello atendiendo a las circunstancias económicas del matrimonio.

Igualmente, durante el tiempo en el que los hijos estuvieran con su padre, la madre contribuirá a favor de los niños con una cantidad de 200 Euros mensuales por hijo, es decir, 400 Euros al mes en total, con el incremento del IPC, y ello atendiendo a las circunstancias económicas del matrimonio.

CUATRO.- PENSIÓN COMPENSATORIA.- Siendo que ambos cónyuges trabajan, y atendiendo no sólo a sus ingresos, sino sobre todo a sus posibilidades de trabajo, y teniendo en cuenta sus edades y sus cualificaciones profesionales, en este caso ambos de ámbito universitario, ninguna pensión compensatoria debe soportar ninguno de ellos.

CINCO. - PATRIA POTESTAD. Será compartida por ambos cónyuges.

SEIS.- RÉGIMEN DE VISITAS.- Durante el tiempo en el que los hijos estén con cada cónyuge, el otro tendrá derecho a verlos y tenerlos consigo un fin de semana, cada 15 días, desde las 17 horas del Viernes hasta las 20 horas del Domingo, así como la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa, Pascua y Verano, eligiendo el padre los periodos vacacionales en los años pares y la madre en los impares. En todos los supuestos vendrán obligados ambos cónyuges, tanto a recoger como a devolver a los hijos en el domicilio conyugal, sito en L' Eliana (Valencia), CALLE000 , número NUM000 , el cual se fija expresamente para el ejercicio del régimen de visitas.

En los periodos vacacionales el padre o la madre, indicarán, en cada caso, al otro cónyuge el lugar donde se encuentra con los hijos menores a los efectos de que tengan constancia de su situación.

En caso de enfermedad de los menores, el padre o la madre, en su caso, podrán comunicar con ellos y visitarlos en el domicilio o lugar en donde sus hijos se hallaren, y podrán interesarse telefónicamente por ellos cuantas veces deseen, de forma razonable y prudencial lógicamente.

Además de todo ello, los viernes de los fines de semana que no les corresponda tener a los menores, el padre o la madre podrán, en cada caso, verlos o tenerlos desde las 17 hasta las 21 horas.

SIETE.- SOCIEDAD DE GANANCIALES.- Procederá la extinción de la sociedad legal de gananciales, disponiendo que cuantos bienes existan a nombre de ambos cónyuges, se distribuyan entre ellos por partes iguales, asumiendo igualmente de la misma forma, por mitad, las cargas que gravitan sobre el matrimonio.

SEGUNDO.- Con fecha 24 de febrero de 2006, se presentó ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Liria escrito interponiendo demanda de divorcio, por Dª Andrea , contra D. Anton , alegando en el mismo los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "...se dicte Sentencia en la que se adopten las siguientes MEDIDAS PROVISIONALES:

1ª.- **GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS:** Que se atribuya a la madre, Dª. Andrea , la Guarda y Custodia de los menores, habida cuenta que siempre ha sido esta quien les ha dispensado los cuidados que los mismos necesitan. La patria potestad será compartida entre ambos progenitores.

2ª.- **REGIMEN DE VISITAS .-** Solicitamos que se establezca a favor del Sr. Anton el siguiente régimen de visitas:

- a.- **Ordinario:** consistente en fines de semana alternos, desde las 10 horas sábado a las 20 horas del domingo, debiendo recoger y reintegrar el Sr. Anton a menores en el domicilio materno, y estando personalmente el padre con sus hijos.

Se solicita tal condición dado que el demandado ha rehecho su sentimental y su propósito es dejar a sus hijos con su madre u otro familiar del padre con los que los menores apenas tienen relación.

- b.- **Extraordinario:** consistente en vacaciones escolares de Navidad, semana Santa, Fallas y Verano por mitad entre ambos progenitores, eligiendo en caso de discrepancia, el padre los años pares y la madre los impares.

En caso de que el padre, personalmente y por motivos profesionales no pudiera, se quedarán con la madre.

3ª.- **DERECHO DE USO DEL DOMICILIO FAMILIAR.**- Que se atribuya a la Sra. Andrea y a los hijos el derecho de uso del domicilio familiar sito en L' Eliana (Valencia), CALLE000 n° NUM000 , del que ya ha salido el esposo para fijar el suyo propio.

4ª.- **PENSIÓN ALIMENTICIA.**- Que se fije en tal concepto y con cargo al Sr. Anton la suma de DOS MIL EUROS MENSUALES (2.000 euros) por cada uno de los hijos, es decir, CUATRO MIL EUROS MENSUALES (4.000 euros), que deberán ser ingresados en la cuenta designada por la Sra. Andrea al efecto, dentro de los cinco primeros días de cada mes.



Dicha suma será actualizada anualmente conforme a los Índices de Precios al Consumo que anualmente publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que pudiera sustituirlo.

Los gastos extraordinarios de los menores serán satisfechos íntegramente por el Sr. Anton .

5ª.- CARGAS DEL MATRIMONIO.- Se solicita que se fije en tal concepto y con cargo al Sr. Anton , la suma de DOS MIL EUROS MENSUALES, que deberán ser ingresados en la cuenta que designe al efecto la Sra. Andrea .

6ª.- PRÉSTAMO HIPOTECARIO.- Solicitamos que el préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, suscrito con el BSCH, por el que se abona una suma de 869,59 euros mensuales, sea satisfecho por el esposo como carga familiar".

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada y el Ministerio Fiscal, alegando la representación de Dª. Andrea en los autos 161/06, los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: *"...dicte Sentencia por la que estimando la Demanda en cuanto al divorcio así como la de esta parte, cuyos procedimientos, se solicitará la Acumulación en escrito aparte, se establezcan las MEDIDAS DEFINITIVAS solicitadas por esta parte tanto en el cuerpo de este escrito como en su demanda (autos nº 191/2006) con expresa condena en costas al esposo".*

La representación de D. Anton , presentó escrito contestando a la demandada formulada por Dª Andrea , en el procedimiento 191/06, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, para terminar suplicando: *"...se dicte sentencia en la que se estime el divorcio entre ambos cónyuges, y se acuerden las medidas definitivas solicitadas por esta parte en el cuerpo de este escrito y en la demanda del procedimiento contencioso 161/2006, con expresa imposición de costas a la esposa".*

Por Auto se fecha 17 de mayo de 2006, se acordó: *"... 1.- SE ACEPTA la solicitud formulada por el Procurador Sr/ a MOYA VALDEMORO de acumular a este proceso nº 161/2006, el que se encuentra pendiente en este Juzgado con el número 191/2006, uniéndose éste al primeramente indicado, continuándose todos sustanciándose en un mismo procedimiento y decidiéndose en una misma sentencia".*

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: *"...dicte sentencia con arreglo al resultado que ofrezcan las pruebas practicadas".*

Contestada la demanda y dados los oportunos traslados, se acordó convocar a las partes a la celebración de Vista, señalándose día y hora la que tuvo lugar en el día y hora señalado y con asistencia de las partes y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Llíria dictó Sentencia, con fecha 23 de febrero de 2007 y con la siguiente parte dispositiva: *"...Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Anton , contra Andrea , debo acordar y acuerdo el divorcio de los expresados, con todos los efectos legales, y en especial los siguientes:*

1º.- Los hijos menores de edad quedarán en compañía y bajo la custodia de la madre, si bien la patria potestad continuará siendo ejercida conjuntamente por ambos padres.

2º.- El padre tendrá en su compañía a los menores, recogidos los el viernes a la salida del centro escolar y reintegrados el domingo en el domicilio familiar a las 20 horas. Aquellos meses que no existan clases por las tardes los menores se recogerán en el domicilio materno a las 18.00 horas del viernes. Asimismo tendrá derecho a la mitad de las vacaciones escolares de Fallas, verano, Navidad y Semana Santa, eligiendo estos períodos los años pares el padre y los impares la madre.

3º.- En concepto de pensión alimenticia para los hijos, Anton abonará a su esposa la cantidad de 350 euros mensuales para cada uno de los hijos, por meses anticipados y dentro de los primeros cinco días de cada mes. Dicha cantidad se actualizará anualmente, y de forma automática a la fecha de la presente resolución, con acuerdo a la variación experimentada por el índice general de precios de consumo, establecido por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya. Todos los gastos extraordinarios necesarios de los hijos serán satisfechos por mitad por los progenitores; así como los convenientes para su formación de mediar acuerdo o autorización judicial. Se considerarán gastos extraordinarios los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social o seguro médico concertado por los progenitores.

4º.- El uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y a la progenitora custodia.

5º.- Se acuerda la disolución del régimen económico matrimonial.

6º.- No ha lugar a establecer pensión compensatoria.



7º.- No ha lugar a la medida de administración de las plazas de garaje por la parte demandada.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y por mitad las comunes.

La representación de D. Anton , presentó escrito solicitando aclaración de sentencia, dictándose Auto con fecha 8 de marzo de 2007, que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente:

"NO HA LUGAR A LA ACLARACIÓN de sentencia de fecha 23 de febrero y que ha sido solicitada por el Procurador Sr/a. NAVARRO, manteniéndose en su integridad la redacción de la resolución".

TERCERO. Contra dicha Sentencia interpusieron recursos de apelación D^a. Andrea y D. Anton . Sustanciada la apelación, la sección 10^a de la Audiencia Provincial de Valencia dictó Sentencia, con fecha 24 de septiembre de 2007 , con el siguiente fallo: *" Declaramos haber lugar en parte al recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña Lidón Jiménez Tirado en representación de Doña Andrea contra la sentencia de fecha 23-2-2007 dictada por el Juzgado de 1º Instancia nº 4 de Liria cuya resolución revocamos en el sentido de que la recogida de los menores sea a las 18 horas en el domicilio de los mismos, manteniéndose el resto de las demás medidas, no habiendo lugar al recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don Pascual Pons Font en representación de D. Anton sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de esta alzada".*

CUARTO. Anunciado recurso de casación por D. Anton , contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte representada por D. Pascual Pons Font, lo interpuso ante dicha Sala, articulándolo en los siguientes motivos:

Único: al amparo del art. 477.2.3º de la LEC , por infracción de los arts. 1205 y 393 del Código Civil .

Por resolución de fecha 28 de noviembre de 2007, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

QUINTO. Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al respecto, la Procuradora D^a Helena Fernández Castán, en nombre y representación de D. Anton , se personó en calidad de parte recurrente. Asimismo comparece la Procuradora D^a Esther Rodríguez Pérez, en nombre y representación de D^a Andrea , en calidad de parte recurrida, habiendo presentado con posterioridad escrito renunciando a la defensa y representación de la recurrida, sin que por la misma se haya realizado nueva designación.

Admitido el recurso por auto de fecha 12 de mayo de 2009 , y evacuado el traslado conferido el Ministerio Fiscal, presentó escrito impugnando el recurso de casación formulado de contrario.

SEXTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el dos de marzo de dos mil once, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D^a. Encarnacion Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . Resumen de los hechos probados.

1º D. Anton y D^a Andrea contrajeron matrimonio en 1991. Tuvieron 2 hijos que en el momento de presentación de la demanda de divorcio eran menores de edad.

2º D. Anton interpuso demanda de divorcio. En lo que afecta a este recurso, pidió la extinción de la sociedad legal de gananciales, disponiendo que los bienes se distribuyeran por partes iguales entre los cónyuges, "asumiendo igualmente de la misma forma, por mitad, las cargas que gravitan sobre el matrimonio".

3º La sentencia del Juzgado de 1º Instancia e instrucción nº 4 de Liria, Valencia, de 23 febrero 2007 estimó la demanda de divorcio y en relación con el objeto de este recurso de casación, declaró: *"Con relación al pago de la cuota de préstamo hipotecario, y habida cuenta de las diferentes interpretaciones a que ha dado lugar el auto de medidas provisionales, debe concretarse que en ningún caso podrá satisfacerse a través de la pensión establecida a favor de los hijos, de modo que, teniendo en cuenta los ingresos de cada uno de los progenitores se satisfará el 80% del mismo por el Sr. Anton y el 20% por la Sra. Andrea de cada una de las cuotas mensuales".*

4º Ambos cónyuges apelaron la anterior sentencia. La de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10, de 24 septiembre 2007 , estimó en parte el recurso de apelación de D^a Andrea y desestimó el de D. Anton . Respecto al préstamo hipotecario se afirmó que se discutía la cuantía de la prestación por alimentos, señalando que debían tenerse en cuenta *"las posibilidades económicas del progenitor, máxime cuando, además, se ha impuesto al progenitor mayor contribución al pago del préstamo hipotecario al afectar el mismo a la vivienda y considerarse como aportación dentro de la pensión alimenticia, por lo que se mantienen ambas medidas, tanto la suma señalada como pensión alimenticia como la aportación al pago del préstamo hipotecario".*



5º D. Anton presenta recurso de casación en base a lo establecido en el Art. 477.2, 3 LEC , admitido por auto de esta Sala de 12 mayo 2009 , por presentar interés casacional. La parte recurrida no ha formulado oposición al recurso. Figura el escrito de impugnación del Ministerio Fiscal, en el que pide la desestimación del recurso.

SEGUNDO . Motivo único . Discute el recurrente si el préstamo hipotecario se encuentra comprendido dentro del concepto de cargas del matrimonio del Art. 91 CC , de modo que la sentencia recurrida impone el pago de las cuotas del préstamo hipotecario en una proporción desigual para cada uno de los cónyuges, alterando el carácter solidario con el que cada uno de los prestatarios se obligaron frente a la entidad prestamista. Señala que entre las Audiencia Provinciales existen dos líneas de solución: a) la representada por las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12, de fechas 3 marzo 2006 , 2 enero 2003 , 7 enero 2000 , 18 octubre 1999 , 13 octubre 1998 y 8 febrero 1999 , y las de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10, de 27 junio 2005 , 9 julio 2003 y 6 julio 2005 . En ellas se excluye la naturaleza de carga familiar y, además, se argumenta que esta Sala requiere el consentimiento del acreedor para que pueda producirse una novación modificativa del tipo de la propuesta; b) en contra de esta línea, aporta el recurrente las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22, de 21 febrero 2005 , 29 junio 2004 y 29 mayo 2001 , en el sentido que aun cuando se halle disuelta la sociedad de gananciales, puede seguirse hablando de cargas del matrimonio, de modo que puede establecerse la proporción de ambos cónyuges al sostenimiento de las mismas.

Entiende también que el préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, independientemente de quién sea el atributivo del uso, no tiene el carácter de carga del matrimonio, por lo que no es posible atribuir una obligación de pago distinta de la establecida en el título constitutivo, de modo que lo altere.

El motivo se estima.

Los arts. 90 y 91 CC imponen a los cónyuges en los casos de cese de la convivencia por divorcio o separación la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio, concepto abierto que por ello mismo ha sido objeto de diversas interpretaciones por la jurisprudencia. A esta dificultad se une la cuestión relacionada con la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos y al progenitor que con ellos se quede, la inclusión de la habitación entre los conceptos que engloban los alimentos (Art.142.1 CC) y el régimen de bienes que rige la economía del matrimonio, de acuerdo con cuya reglamentación se ha adquirido el inmueble que constituye la vivienda familiar.

En este conjunto de temas, se debe primar el factor de protección a los hijos, al que responde la regla de la atribución del uso de la vivienda y que ha producido como resultado, no deseable en general, dejar de lado las reglas del régimen de bienes que rigen la forma de su adquisición constante matrimonio para fijar la atención en los demás problemas.

De acuerdo con este planteamiento, que responde a las actuales tendencias en derecho de familia, se debe distinguir entre lo que se considera carga del matrimonio, según los Arts. 90, D) y 91 CC y la obligación de pago del préstamo hipotecario, que corresponde a la sociedad de gananciales y va ligado a la adquisición de la propiedad del bien.

1º La primera pregunta contenida en este recurso a que debe responder esta sentencia corresponde a si constituye o no carga familiar el préstamo hipotecario destinado a la adquisición de la vivienda familiar. La respuesta de esta Sala es negativa y así nos hemos ya pronunciado en la sentencia de 5 noviembre 2008 , donde se dice que: "*a) La hipoteca que grava el piso que constituye la vivienda familiar no debe ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el 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*".

Por tanto, el pago de las cuotas hipotecarias afecta al aspecto patrimonial de las relaciones entre cónyuges, porque si el bien destinado a vivienda se ha adquirido vigente la sociedad de gananciales, debe aplicarse lo establecido en el art. 1347.3 CC , que declara la ganancialidad de los "bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos", por lo que será de cargo de la sociedad, según dispone el Art. 1362, 2 CC , "la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes". Se trata de una deuda de la sociedad de gananciales, porque se ha contraído por ambos cónyuges en su beneficio, ya que el bien adquirido y financiado con la hipoteca tendrá la naturaleza de bien ganancial y corresponderá a ambos cónyuges por mitad.

2º Deben distinguirse dos tipos de gastos que pueden afectar a la vivienda familiar: i) los relacionados con la conservación y mantenimiento del inmueble destinado a vivienda familiar, que sí tienen la categoría de gastos familiares aun después de la disolución del matrimonio, y ii) el pago de las cuotas del préstamo que ha permitido que ambos cónyuges hayan accedido a la propiedad por mitad del local destinado a vivienda



en tanto que bien ganancial. Esto último está relacionado con la adquisición de la propiedad del bien y debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio. En este sentido debe entenderse reproducido aquí lo dicho en la ya citada sentencia de 5 noviembre 2008 . En todo caso, se tratará de un problema de liquidación de la sociedad de gananciales, que debe resolverse entre los cónyuges en el momento de la disolución y consiguiente liquidación del régimen. En la sociedad de gananciales existe una deuda frente al acreedor hipotecario y eso debe resolverse con los criterios del régimen matrimonial correspondiente.

3º Esta solución ha sido también adoptada por el art 231-5 del Código civil de Cataluña, que modifica el Art. 4 CF alegado por el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso. Dicho artículo, ha eliminado la consideración como cargas familiares del pago de las cuotas destinadas a la adquisición de los bienes destinados a vivienda. Además, el Art. 233-23 del mismo cuerpo legal, declara, en su párrafo primero , que en el caso en que se haya atribuido el uso o disfrute de la vivienda a uno de los cónyuges, "las obligaciones contraídas por razón de su adquisición[...] deberán satisfacerse de acuerdo con lo que disponga el título constitutivo", mientras que los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación, serán a cargo del cónyuge beneficiario del uso. Estas soluciones coinciden con las adoptadas en la jurisprudencia de esta Sala en la sentencia anteriormente citada.

TERCERO . En consecuencia de los anteriores razonamientos, la Sala formula la siguiente doctrina: el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, queda incluida en el art. 1362, 2º CC y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los arts. 90 y 91 CC .

CUARTO . La estimación del único motivo del recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Anton contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10, de 24 septiembre 2007 , determina la de su recurso de casación. En consecuencia, se casa y anula en parte la sentencia recurrida, manteniéndose todos sus pronunciamientos, incluido el relativo a las costas, excepto lo relativo a la distribución de las cuotas relativas al pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar, que deberán ser pagadas por mitad entre los cónyuges propietarios mientras no se haya procedido a la liquidación de la sociedad de gananciales

No se imponen las costas del recurso a ninguno de los litigantes.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1º.- Se estima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Anton contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10, de 24 septiembre 2007 .

2º.- Se formula la doctrina de acuerdo con la cual el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, queda incluida en el art. 1362, 2º CC y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los arts. 90 y 91 CC .

3º.- Se casa y anula en parte la sentencia recurrida. En consecuencia, se mantienen todos los pronunciamientos de dicha sentencia, incluido el relativo a las costas, excepto la distribución de las cuotas relativas al pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar, que deberán ser pagadas por mitad entre los cónyuges propietarios.

4º.- No se imponen a ninguna de las partes las costas del recurso de casación.

5º.- Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Juan Antonio Xiol Rios.- Jesus Corbal Fernandez.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.-Encarnacion Roca Trias.- Rubricados.- PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. Encarnacion Roca Trias, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.