



¿QUE HACEMOS CON EL PRESTAMO HIPOTECARIO TRAS LA RUPTURA?

Por Francisco Javier Pérez-Olleros Sánchez-Bordona

Mayo 2016

Una de las cuestiones más delicadas al afrontar la liquidación de la sociedad económica matrimonial o al dividir un patrimonio común, tras la ruptura, es que hacer con el préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar.

El tratamiento que se le del préstamo hipotecario en la liquidación o división del patrimonio común de la pareja puede influir de manera importante en el devenir de su relación, y en sus hijos y familiares, especialmente si son fiadores en el pago del préstamo.

El destino que se le quiera o se le pueda dar a este pasivo puede ser muy variado. Por ejemplo, una novación modificativa, o la subrogación en el mismo de un nuevo deudor. Puede también negociar una subrogación activa por cambio de entidad acreedora, o una novación por subrogación pasiva por cambio de deudor, que normalmente se produce cuando compra un tercero la vivienda, o simplemente, cuando es posible, cabe la amortización anticipada del préstamo antes de la adjudicación de la vivienda.

En este artículo sólo pretendemos centrarnos en las circunstancias que pueden influir en la estrategia



frente al préstamo con hipoteca que grava la vivienda familiar, pendiente de amortizar tras la ruptura de la pareja.

“En materia de amor y desamor somos como recién nacidos toda la vida.”

-Eduardo Punset-

I.- ¿DE QUIEN ES LA VIVIENDA FAMILIAR?

Por vivienda familiar hay que entender según la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 2012, como el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia.



La titularidad de la vivienda familiar dependerá de si se compró con dinero de la sociedad del matrimonio, o fue comprada en proindiviso antes del matrimonio, o comprada durante el matrimonio, pero con dinero privativo.

La vivienda será propiedad de la pareja en proporción a la parte del precio que entregó cada uno de su dinero privativo (si uno pone 30 € y el otro 70 €, el primero adquiere el 30% y el segundo, el 70% de la vivienda), y si compraron estando ya casados en sociedad de gananciales, los dos compran conjuntamente por igual porque se presume en este régimen que todo lo que hay en el matrimonio es común, salvo que los cónyuges en el momento de la compra prueben fehacientemente que el dinero entregado pertenece con carácter privativo, y así lo declaren ambos en la escritura de compraventa.

Cuando se financia la compra de la vivienda con un préstamo con garantía hipotecaria, la titularidad que se adquiere por la compraventa será independiente a quien efectúe los pagos de las amortizaciones del préstamo.

El porcentaje de propiedad o titularidad sobre la vivienda no se modifica por el hecho de que posteriormente se hagan pagos del precio aplazado en un porcentaje distinto al de la copropiedad, salvo en cuanto a la vivienda familiar cuando los pagos de las amortizaciones se realizan con dinero ganancial.

Del mismo modo que los excesos de adjudicación en la liquidación de gananciales motivados por la indivisibilidad de los inmuebles puede compensarse con dinero privativo,



respecto de la vivienda familiar, también cabe que se atribuya en propiedad exclusiva a uno de los cónyuges, compensando el exceso al otro con dinero o con otros bienes, extinguiéndose así el condominio.

Pero para la inscripción en parte ganancial de la vivienda familiar, por los pagos posteriores a su compra, se requiere del consentimiento de ambos cónyuges¹, por ejemplo, en un Convenio Regulador (Resolución de 23 de noviembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, BOE 17 de diciembre de 2015).

Efectivamente, señala el **artículo 1.357 del Código Civil** que: *“Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial.*

Se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el artículo 1.354”.

Y el **artículo 1354 del CC** señala que: *“Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas”.*

En cualquier planteamiento, no debemos olvidarnos que el **artículo 1320 del Código Civil** establece que, **para**

¹ Artículo 91.3 del Decreto de 14 de febrero de 1947 (RH), señala:

3. La determinación de la cuota indivisa de la vivienda familiar habitual que haya de tener carácter ganancial, en aplicación del artículo 1.357.2 del Código Civil, requerirá el consentimiento de ambos cónyuges, y se practicará mediante nota marginal.



disponer de la vivienda habitual del matrimonio, aunque ésta sea propiedad de uno de los cónyuges, se exige siempre el consentimiento de ambos.

Es decir, aunque la vivienda conyugal se hubiere adquirido por compra antes del matrimonio por un miembro de la pareja, o después de la celebración del mismo, con dinero privativo o por herencia, la disposición de la misma debe ser conjunta.



II.- ¿QUIEN ES EL ACREEDOR DE MI PRESTAMO HIPOTECARIO?

Introduzco este apartado porque en el mercado hipotecario operan agentes de diversa naturaleza, y la legislación es tan profusa y poco transparente, que incluso para un consumidor informado, puede llegar a serle difícil determinar quién es el verdadero titular del crédito de su préstamo hipotecario.

Es por ello que este apartado tiene por finalidad hacer la pregunta, más que a dar la respuesta, sin perjuicio de que volvamos sobre este candente aspecto en otras aportaciones, si les parece.

El acreedor del préstamo hipotecario de un consumidor normal, como es la pareja tipo de este artículo, puede ser una entidad financiera supervisada por el Banco de España, que son las referenciadas en el **artículo 2 de Ley 2/1981, de 25 marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario** (bancos, cajas de ahorro, cooperativas de



crédito, y establecimientos financieros de crédito-los EFC-), o una entidad no supervisada que actúa en el mercado hipotecario como prestamista e intermediaria, regulada por la Ley 2/2009, o un tercero no profesional, es decir, un particular que nos hizo el préstamo constituyendo una garantía hipotecaria para garantizar su pago.

A) Respecto de las **entidades financieras de la Ley 2/1981 el Banco de España** puede acceder a cuanta información de estas entidades de crédito sea necesite para realizar un seguimiento de sus actividades, y están adheridas a fondos de garantías de depósito, y cuentan con una regulación específica sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, que fundamentalmente es la **Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía Sostenible** (BOE 5 de marzo), y la **Orden EHA/2899/2011 de transparencia y protección al cliente de servicios bancarios**, que sustituye a la anterior Orden de 5 de mayo de 1994, y la **Circular 5/2012**, de 27 de junio, del Banco de España (BOE 6 de junio de 2012), y la **Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial**².

² La Ley 5/2015, en su Título II, regula actualmente el régimen de los establecimientos financieros de crédito, que suelen financiar el consumo, señalando que se regirán por lo dispuesto en este título y su normativa de desarrollo y, para todo lo no previsto en la citada normativa, su régimen jurídico será el previsto para las entidades de crédito. Continúan siendo supervisados por el Banco de España.

Una diferencia fundamental entre los EFC y los Bancos y Cajas de Ahorro, es que a los establecimientos financieros de crédito les queda prohibida, a pesar de su condición de entidad de crédito, la captación de fondos reembolsables del público, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otros medios análogos, por lo que no puede decirse que sean verdaderas entidades de crédito, porque no son entidades de depósito, y de ahí que se les denomine “establecimientos”.



La citada Orden sobre transparencia y protección del cliente de servicios, y la Circular 5/2012, tratan de conjugar la libertad contractual, con una concesión profesional, informada y responsable del crédito que se oferte a las personas físicas que no actúen en su esfera profesional o empresarial, aunque fueren profesionales o empresarios autónomos.

Con la Orden EHA/2899/2011 se obligó a las entidades financieras a facilitar a los usuarios una ficha orientativa o guía sobre las condiciones generales de sus hipotecas, y una información personalizada sobre el préstamo hipotecario (FIPER) que en concreto estemos interesados, que nos permita comparar las distintas ofertas antes de tomar su decisión. Y si finalmente decidimos hacer la operación en el préstamo hipotecario, el consumidor, una vez se haya hecho la tasación y la comprobación registral de la finca, así como la comprobación de nuestra situación financiera, puede solicitar una OFERTA VINCULANTE, que compromete a la entidad por 14 días.

Además su actuación queda supervisada a través del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, regulado a través de los artículos 30 y 31 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre (tras la nueva redacción conforme a la Ley 2/2011, de economía sostenible), y la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula

Esta limitación permite exonerar a los establecimientos financieros de crédito de la obligación de adherirse a un fondo de garantía de depósitos y justifica un menor nivel de exigencia en cuanto a los requisitos de ejercicio de la actividad en relación con los establecidos para las demás entidades de crédito, y más concretamente para los bancos, al tiempo que les obliga a prever, como es natural, vías de financiación alternativas.



el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

B) También el préstamo puede haber sido solicitado a una sociedad intermediaria no supervisada. Normalmente se solían solicitar préstamos a los intermediarios financieros cuando no se podía acceder al crédito de las entidades financieras, por impagos anteriores, o por límites en la solvencia, dado que normalmente las condiciones de estas sociedades de intermediación solían ser más gravosas.

La actividad y el préstamo concedido por estas empresas se estableció por **Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito**, que constituía su estatuto.

Esta Ley 2/2009 obligó a operar a estos intermediarios también bajo los principios de transparencia e información al consumidor, entendiéndose como consumidor, conforme al artículo 1 de la Ley 2/2009, las personas físicas y jurídicas que, en los contratos a que se refiera esta Ley, actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional.

Esta definición de consumidor coincide con lo dispuesto en el artículo 3 del Texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (TRLDCU).



Debe tenerse en cuenta que respecto de consumidor, no sólo se aplican las garantías de la Ley 2/2009, sino también lo establecido en la legislación de protección de los derechos de los consumidores y usuarios, y en particular en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, reformado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que entre otros da cumplimiento a lo establecido por la Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012, en relación con la interpretación del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, que comporta la modificación de la redacción del artículo 83 del citado Real Decreto-Legislativo 1/2007, sobre la facultad que se atribuye al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos para integrar la parte afectada por la nulidad.

También es de aplicación para la contratación de préstamos hipotecarios la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, la Ley de 23 de julio de 1908, de nulidad de los contratos de préstamos usurarios, la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo y la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.



En caso de conflicto, será de aplicación la norma que siendo de aplicación al negocio jurídico suponga una mayor protección de los consumidores y usuarios.

La Ley 2/2009 obliga además a estas sociedades prestamistas y de intermediación a que se inscriban en un registro de intermediarios financieros de la comunidad autónoma en el que se encuentre su domicilio social, o en el registro de la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (Aecosam), que se reguló por el Real Decreto 106/2011 de 28 de enero.

La ley 2/2009 impone otras obligaciones relacionadas con la publicidad, transparencia e información previa, con intención de reforzar la protección de consumidores y usuarios y su confianza en la actividad de intermediación que efectúan.

Además, el artículo 18.1 de la Ley 2/2009, establece que los notarios y registradores denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria de estas empresas de intermediación, cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley 2/2009.

C) Por otra parte, el acreedor hipotecario también podría ser una **persona física o jurídica no profesional**, pero si el registrador detecta que el prestamista se dedica con habitualidad en la concesión de créditos o préstamos, y no reúne los requisitos de la Ley 2/2009, como puede ser el alta en el registro de prestamistas, podría ocurrir que no inscriba la hipoteca.

Por ejemplo, la Resolución de 13 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE 22 de septiembre), suspende la inscripción de una escritura de cesión de préstamo hipotecario, porque no se acreditó el cumplimiento de los requisitos de la Ley 2/2009 en el cesionario hipotecario.



D) Puede ocurrir que el préstamo hipotecario se haya titulado.

La titulación es una novación subrogativa activa en el crédito hipotecario, apoyándose en el artículo 1526 del Código Civil³ y artículo 149 de la ley Hipotecaria, por el cual las entidades financieras convierten activos poco líquidos, en instrumentos para obtener financiación, transmitiendo el riesgo de su balance al consumidor final.

Un ejemplo para explicarlo de manera sencilla es: La Caja de Ahorros X da una hipoteca al Sr. Pérez y Sra. Martínez por valor de 250.000 € que tendrán solidariamente que devolver en 20 años con unos intereses. Si el Sres. Pérez y García se divorcian y no tienen dinero para pagar, la Caja perderá lo no amortizado, y acabaría quedándose con la

³ Artículo 1526 CC: La cesión de un crédito, derecho o acción no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad a los artículos 1.218 y 1.227. Si se refiere a un inmueble, desde la fecha de su inscripción en el Registro.



casa en una ejecución sobre la deuda. Ahora bien, la Caja X, tiene la posibilidad de "vender" o "ceder" el crédito a un tercero por lo que recupera la inversión inicial, elimina el riesgo y obtiene liquidez para nuevas operaciones, y este proceso se denomina titulización hipotecaria.

Pero la titulación se efectúa con un conjunto de préstamos hipotecarios, y sin necesidad de informar a los deudores.

La operación tradicional era que la entidad financiera agrupaba un conjunto de derechos de crédito que mantenía en balance (a la entidad financiera que agrupa sus créditos de préstamos hipotecarios se la llama "originador"), y los vendía a través de una entidad instrumental (que se la llama "vehículo")⁴, con o sin personalidad jurídica, creada con el único fin de adquirir los activos que se titulizan, y emitir los bonos de titulización que han de ser colocados en el mercado.

El "vehículo" suele ser un **Fondo de Titulación Hipotecaria (FHT)**, que emite los Bonos de Titulación a fondos de inversión. Éstos a su vez los comercializan bien a instituciones de inversión colectiva o bien a inversores particulares.

La regulación de la titulización hipotecaria se remonta a la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y

⁴ Desde enero de 2010, el BCE ha publicado trimestralmente información actualizada sobre la lista de sociedades instrumentales, a la que puede accederse en el presente link:
http://www.bde.es/webbde/es/estadis/fvc/fvc_es.html



Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulización Hipotecaria⁵.

Pero la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, fue a mi juicio la que realmente desprotegió al consumidor en los préstamos hipotecarios⁶ en plena burbuja inmobiliaria, al limitar el control de los registradores de la propiedad respecto de la calificación de los préstamos hipotecarios, reformando para ello el artículo 12 y 149 de la Ley Hipotecaria. En el artículo

⁵ Puede apreciarse la opacidad y dispersión de la regulación de la titulación en la recopilación de normas de la CNMV, en el link:

<http://www.cnmv.es/Portal/legislacion/legislacion/tematico.aspx?id=12>

⁶ Lo intenté poner de manifiesto en un artículo titulado “cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios”, que se publicó en la revista de derecho inmobiliario de la editorial Sepin, en el primer trimestre de 2010, nº 5.

Con la reforma del artículo 12 de la Ley 41/2007, y la interpretación que al mismo dio la DGRN, se obligó en plena burbuja inmobiliaria, que el control del Registrador de la Propiedad previo a la inscripción de las condiciones de los préstamos hipotecarios, se limitara al importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria. Las demás cláusulas financieras, tales como las relativas al vencimiento anticipado, garantizadas por hipoteca, o cláusulas suelo, se debían hacer constar en el asiento, en los términos que resultaran de la escritura de formalización, cuando se hubiere obtenido la calificación registral favorable de las cláusulas de contenido real, bajo la disculpa de que tales cláusulas ya estaban bajo la salvaguarda de los Tribunales (artículo 1 de la Ley Hipotecaria).

Además, adoptó un concepto de novación modificativa mucho más amplio que el que hacía la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación de préstamos hipotecarios para evitar dudas de si pudiera dicha novación entenderse como una nueva hipoteca y hacer perder el rango de la primitiva inscrita. De manera que la Ley 41/2007 consideró en su exposición de motivos que existía mera modificación y no extinción de la relación jurídica y constitución de una nueva en los siguientes supuestos: ampliación o reducción de capital, la prestación o modificación de las garantías personales, alteración de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente; alteración del plazo, del método o sistema de amortización y de cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo.

Por eso considero muy acertado el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de fecha 14 de noviembre de 2013, en asuntos acumulados C537/12 y C116/13, en el que, resolviendo sendas cuestiones prejudiciales formuladas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Catarroja (Valencia) y por el Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Palma de Mallorca (Islas Baleares), consideró que en el sistema procesal español hace imposible o excesivamente difícil proteger a los consumidores afectados por una ejecución hipotecaria como lo hace la Directiva Europea 93/13, ya que solo ofrece amparo a posteriori.



149 de la LH suprime la exigencia de que de la cesión del crédito se diera conocimiento al deudor.

En la actualidad la normativa estatal se rige por la Ley 5/2015, de 27 de abril, salvo para los fondos de titulización hipotecaria que se hubiesen constituido con anterioridad a la aprobación de esta Ley.

En cuanto a la normativa europea en materia de titulación, que además rige preferentemente el **Reglamento (CE) nº 24/2009 del Banco Central Europeo**, y la Orientación BCE/2008/31 de 19 de diciembre de 2008 (DOUE» núm. 53, de 26 de febrero de 2009).

El Título III de la **Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial**⁷, que entró en vigor el 29 de abril de 2015, modificó el régimen jurídico de las titulaciones, intentando dar transparencia y uniformar la regulación, unificando a la vez los fondos de titulización bajo una única categoría legal, eliminando la distinción y regulación separada de los fondos de titulización hipotecaria, por un lado, y los fondos de titulación de activos, por otro, y regula la actividad de las sociedades gestoras de los fondos de titulización.

No obstante, como he indicado, los fondos de titulación hipotecaria existentes en el momento de entrada en vigor de la Ley 5/2015, conforme a su disposición derogatoria,

⁷ Por cierto, que esta Ley 5/2015 regula por primera vez las plataformas de financiación participativa ("crowdfunding"). Estas plataformas, tienen como misión poner en contacto a promotores de proyectos que demandan fondos mediante la emisión de valores y participaciones sociales o mediante la solicitud de préstamos ("crowdlending"), con inversores u ofertantes de fondos que buscan en la inversión un rendimiento.



cohabitarán con los nuevos fondos de titulización de activos hasta que se extingan progresivamente, lo que puede haber afectado al préstamo hipotecario de la pareja que concertó el préstamo antes de su ruptura, y si fuere así, es posible que no lo sepan.

Sin embargo, según el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España, en contestación de 26 de marzo de 2015, a la consulta que dio lugar a su expediente C-201501247, de conformidad con la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulización Hipotecaria, la titulación de un préstamo supone que la entidad que concedió el mismo deja de ser la acreedora del préstamo, aunque conserve por Ley la titularidad registral, y siga manteniendo, salvo pacto en contrario, su administración.

Indica también que, de la normativa aplicable a la titulización de préstamos, no se desprende que los deudores tengan que ser informados en ningún momento de la transmisión de sus préstamos a un fondo de titulización, ni se obliga que conste en el Registro de la Propiedad. Además, nada se opone a que la titulización se refiera únicamente a una parte del préstamo hipotecario.

Incluso, por la titulización del préstamo se ha llegado a entender por algún tribunal, que la entidad financiera pierde la titularidad del crédito hipotecario, y por tanto deja de estar legitimada para instar la ejecución, como en el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Fuenlabrada, de



fecha 6 de marzo de 2015, Roj: AJPI 4/2015, en el procedimiento de ejecución de título no judicial nº 320/2014 de ese órgano judicial, respecto de una la cantidad no cubierta en una ejecución hipotecaria antecedente.



III.- ¿UNIDOS POR LA HIPOTECA?

El artículo 95 del Código Civil establece que la sentencia firme de separación, nulidad o divorcio produce la disolución del régimen económico matrimonial.

Por lo tanto, una vez disuelto el régimen económico matrimonial habrá que proceder a su liquidación.

La liquidación consiste en repartir los bienes, pasando las propiedades del activo resultante, tras pagar las deudas, a la propiedad individual de los miembros del matrimonio, a través de la adjudicación.

Esta liquidación o reparto puede realizarse por dos vías:

A) De mutuo acuerdo, que desde luego es la vía menos gravosa desde el punto de vista del daño moral y patrimonial, y a la vez la más rápida, y suele hacerse:

- Mediante un **Convenio Regulator**: el Convenio Regulator constituye un negocio jurídico de derecho de familia que se otorga con ocasión de la crisis matrimonial, y que puede presentar un contenido atípico.



Es un documento, en el que los cónyuges o la pareja, no sólo determinan su voluntad de la ruptura, sino también las medidas con respecto a los hijos, y la liquidación del régimen económico matrimonial o reparto de su patrimonio (artículo 90 del Código Civil).

También les valdrá para iniciar una demanda de relaciones paternofiliales o de separación o divorcio por el procedimiento del artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -LEC-.

El Convenio Regulador puede ser un documento que justifique las responsabilidades familiares que se requieren para obtener determinados subsidios como la “ayuda familiar”, o prestaciones extraordinarias como el Plan Prepara o la Renta Activa de Inserción (RAI), o el Programa de Activación (PAE).

Conforme al apartado 4 al artículo 437 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cabe la acumulación de la acción de división de la vivienda familiar, con la demanda de separación, divorcio o medidas paternofiliales, incluso aunque estos procedimientos de familia se tramiten por el procedimiento de mutuo acuerdo.

Es importante reparar en que, aunque se adjudique la vivienda familiar a un miembro de la pareja, asumiendo el pago de la parte pendiente del préstamo hipotecario que grave el inmueble, el acuerdo no tiene por qué afectar a la entidad prestamista, salvo que se haya novado el préstamo hipotecario en este aspecto.



B) De forma contenciosa, mediante el procedimiento judicial de liquidación del régimen económico matrimonial (artículos 806 a 811 de la ley de Enjuiciamiento Civil-LEC en adelante-).

Comprende en realidad dos procedimientos diferentes, el de formación de inventario (artículos 808 y 809 de la LEC), y el de liquidación en sentido estricto (artículo 810), con una variante más para el régimen de participación (artículo 811).

La formación de inventario para determinar el activo y el pasivo de la comunidad matrimonial precede a la liquidación del régimen económico matrimonial, porque no es sino hasta concluido el inventario cuando cualquiera de los cónyuges “podrá” solicitar la liquidación (art. 810.1 LEC), lo que significa, a su vez, que la determinación del activo y el pasivo de la comunidad matrimonial no exige necesariamente una petición de liquidación.

La liquidación de la sociedad de gananciales puede iniciarse a instancia de cualquiera de las partes, una vez firme la resolución que declare disuelto el régimen económico matrimonial, y firme igualmente, el inventario de la sociedad de gananciales (art. 810.1 LEC).

La liquidación de una sociedad conyugal disuelta, por su propia definición, en principio sólo puede contener bienes de esta, sin que pueda afectar a bienes privativos.

Sin embargo, la DGRN declaró que la liquidación de la sociedad conyugal en un convenio regulador si cabe se



refiera a la atribución del dominio de la que fue vivienda familiar a uno de los cónyuges, pese a que pertenecía a ambos cónyuges pro indiviso, y no era un bien ganancial, por haber sido adquirida antes del matrimonio (Resolución de 8 de mayo de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, BOE 3 de julio)

Por otra parte, aunque el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial de la Ley de Enjuiciamiento Civil se prevea para la liquidación de cualquier régimen, será de aplicación efectiva al de gananciales, y al de participación.

No se aplica este procedimiento especial al régimen de separación de bienes, pues en el mismo no se produce una masa común de bienes y derechos, aunque que pueda coexistir con una cotitularidad de determinados bienes, ya sea porque los adquirieron ambos cónyuges, o porque ninguno puede probar a quien pertenecen, en cuyo caso se presume que son de los dos (art. 1441 del Código Civil), o por la existencia de patrimonios separados, que pudieran estar destinados al levantamiento de las cargas del matrimonio (artículos 1318 del Código Civil).

En estos supuestos en el régimen de separación de bienes, lo que existe respecto de tales cotitularidades es una comunidad de bienes sobre los mismos en la que participan ambos cónyuges, pero no se integran en ningún régimen económico matrimonial, para cuya liquidación hay que acudir a las normas de la división de la comunidad de



bienes (arts. 402 a 406 CC), a través del declarativo ordinario.

En cuanto a la liquidación de las uniones de hecho hay que tener en cuenta que no toda unión matrimonial lleva aparejada una comunidad de bienes.

La regla en las uniones de hecho es que existe una independencia económica entre los miembros, que sólo puede desvirtuarse cuando se acredite, bien por pacto expreso o tácito deducido de hechos concluyentes ("*facta concludentia*"), su voluntad inequívoca de hacer comunes todos o parte de los bienes adquiridos durante la duración de la unión de hecho.

Tampoco se aplica a la liquidación de las uniones de hecho las normas del régimen económico matrimonial, sino los acuerdos entre las partes para el caso de la liquidación, que no tienen que ser expresos, pero si probados (SSTS de 40/2011, 7 febrero; 299/2008, 8 mayo y 1048/2006, 19 octubre).

Cabe también en ciertos casos de liquidación de uniones de hecho por ruptura, con carácter subsidiario, aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto -Sentencia A.P. Zaragoza 739/2010, de 26 de noviembre, y Sentencia A.P. Valencia, sección 7, del 22 de abril de 2013 -, al haber habido un aumento del patrimonio de un miembro de la pareja y un correlativo empobrecimiento de la actora representado por una mayor aportación a la cuenta común de ambos o mayor disposición de un miembro de la pareja sin que conste que fuere en beneficio de ambos.



Tanto el artículo 810 LEC, como en el artículo 1410 del Código Civil para la liquidación de la sociedad de gananciales, como el artículo 406 del Código Civil para la división de la comunidad entre los coparticipes, se remiten como **régimen supletorio a las normas del procedimiento para la división de la herencia.**

Antes de proceder a adjudicar el activo resultante debe procederse al pago de las deudas con terceros (artículo 1.404 del Código Civil), por lo que debe relacionarse en el inventario no sólo el activo, sino también el pasivo de la sociedad.

Entiendo que se evitarían riesgos patrimoniales y discusiones futuras a las parejas que se separan o divorcian, si se efectúan las operaciones particionales precisas para evitar que en los haberes de las liquidaciones no aparezca el pasivo de su parte proporcional en la deuda derivada del préstamo que financió la vivienda familiar, y así no siguieran unidas por la hipoteca pese a su ruptura.

En ciertos casos es mejor, patrimonialmente hablando, intentar una novación objetiva de la hipoteca, o una subrogación pasiva que permita que un tercero se subrogue en su pago, como podría ser al venderla, o una amortización anticipada del préstamo para evitar sorpresas por impago de uno de los dos deudores solidarios, o incluso ver las condiciones de otra entidad, de forma que podría ser conveniente una novación subrogativa activa que mejore las condiciones del préstamo y permita que se quede la



vivienda uno de los dos miembros de la pareja, sin mantener vinculado al pago del préstamo al otro.

Si un solo miembro de la pareja no puede hacerse cargo del pago del préstamo, aunque el banco nos facilite una novación muy favorable de las condiciones, poner a la venta la vivienda puede ser una de las mejores opciones, y adaptarse cada miembro de la pareja, a sus nuevas circunstancias patrimoniales derivadas de la ruptura.

También podría ocurrir que no fueren capaces de hacer frente a la amortización del préstamo, y por las circunstancias patrimoniales de los miembros de la pareja, lo más conveniente es que se acogieran a las medidas del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, modificado por la Ley 1/2013.



IV.- ¿QUE ACCION PROCEDE POR LOS PAGOS DE LA PARTE DEL OTRO DEUDOR SOLIDARIO EN LA HIPOTECA?

En el artículo 1.145 del Código Civil se prevé una acción de repetición o reembolso del deudor solidario en dicho préstamo, que pagó la parte en la amortización del otro, que en principio podría ejercitar por el declarativo correspondiente, ordinario o verbal, según se supere o no la cuantía de seis mil euros.

Pero tratándose de rupturas matrimoniales, la Sentencia del Tribunal Supremo 703/2015, de 21 de diciembre de 2015, ROJ 5760/2015, si bien con un voto particular, en un asunto en el que se solicita que se declare la existencia de un crédito de la sociedad de gananciales frente a la esposa fundada muy especialmente en el artículo 1.359 del Código Civil, cuyo párrafo segundo regula las mejoras en los bienes privativos debidas a la actividad de cualquiera de los cónyuges, tras la disolución del régimen matrimonial no liquidado, entendió que el procedimiento adecuado para las reclamaciones entre cónyuges por razón de su régimen económico matrimonial, tras la disolución de este, es el establecido en los arts. 806 a 811 de la LEC, y no el declarativo correspondiente a la cuantía.

Prioridad de la especialidad por razón de la materia, que no puede eludirse planteando reclamaciones aisladas y sucesivas por un cónyuge contra el otro, y que afecta también a cuál fuere el órgano judicial competente para conocer de dicha acción, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 807 de la LEC.



V.- ¿ QUE OCURRE SI HAY HIJOS MENORES?

Cualquiera que fuere la estrategia de liquidación del patrimonio que adoptemos, tiene gran importancia en el marco del Código Civil, el derecho de uso de los hijos menores sobre la vivienda



familiar, al menos hasta que alcanzan la mayoría de edad, y por ende, la atribución indirecta del mismo derecho de uso al progenitor custodio, en los casos de atribución monoparental de la patria potestad.

El artículo 96 del Código Civil, en su párrafo primero, establece con carácter general la regla de no permitir ningún límite en la atribución del uso de la vivienda familiar a los menores mientras sigan siéndolo.

La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien (STS 14 de abril 2011).

Este derecho de uso, cuando ha sido judicialmente reconocido en una sentencia de separación o divorcio, o de medidas judiciales de relaciones paternofiliales, afecta incluso a los terceros que compren la vivienda, o se la adjudique en subasta.

Este derecho de uso exclusivo de los hijos menores no se extiende a otros inmuebles distintos del que constituye la vivienda familiar, como sería la segunda vivienda de la pareja o un local (sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 284/2012, de 9 de mayo).

Tampoco procede atribuir al uso exclusivo de los hijos menores un inmueble que no sirve de vivienda familiar,



como por ejemplo cuando residen en otra localidad, pero lo usan para estancias de fin de semana a los efectos del régimen de visitas (STS 19 de noviembre de 2013).

Por lo tanto, pueden darse circunstancias que aconsejen en un caso concreto flexibilizar la anterior norma general del párrafo primero del artículo 96 del Código Civil, y los hijos menores no precisen de la vivienda que fue familiar por poder ser satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios (STS de 3 de mayo de 2016).

Consiguientemente, si existe otra opción más lógica y patrimonialmente más rentable para los progenitores, que salvaguarde de otra forma, incluso más estable, el derecho de habitación de los hijos menores, podría ser homologado en un convenio regulador de una sentencia de separación, divorcio o medidas paternofiliales.

El Ministerio Fiscal primero y el Juez finalmente, valorarán que dicho acuerdo encaje con el superior interés de los hijos menores, que se define en el **artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor**, en el que se incluye la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro, y valorado este interés conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, **de forma que la medida que se adopte en el interés**



superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

Finalizo aquí, con un pensamiento:

Las discusiones más complejas y acaloradas tienen como componente psicológico la “amenaza,” la sensación de que alguien pretende vulnerar nuestros principios o nuestras esencias.

Madurar es adquirir una adecuada confianza interior que nos lleve al sentimiento de que determinadas personas y sus argumentos no son una amenaza para nosotros, que ya no nos dan miedo, ni nos enfadan.

Gracias por su tiempo, amigo lector. Cualquier aportación u opinión sobre este trabajo será bien recibida, pudiendo remitirla al correo justiciahispana@gmail.com

