

**JOSÉ MANUEL SUÁREZ ROBLADANO**  
*Magistrado*

### ***ENUNCIADO***

Los cónyuges Soledad y Pablo, tras 14 años de matrimonio, decidieron su separación matrimonial que se planteó sin poder alcanzar un mutuo acuerdo al respecto, siendo preciso acudir a la jurisdicción civil con la finalidad de decidir los extremos económicos de la referida separación y liquidación del régimen económico-matrimonial, teniendo los esposos referidos dos hijos comunes menores de edad al momento de la demanda planteada.

Habían adquirido una vivienda, que era la vivienda habitual común de dicho matrimonio a los seis años de celebrado el mismo, estando al momento de la demanda de separación contenciosa pendiente la amortización de parte del importe total del préstamo hipotecario concedido en su día para la financiación de la compraventa del piso referido.

Solicitada, como uno de los pronunciamientos complementarios de la demanda de separación y de la reconvencción planteada de contrario, la atribución de la obligación del pago de los plazos mensuales de amortización del préstamo hipotecario referido al esposo y, de contrario, a los dos esposos por partes iguales, se dilucida la pretensión referida a quién le corresponde la referida obligación de pago y en qué proporción.

Además, se ha suscitado la cuestión referida a si resulta posible hacer prevalecer o no el derecho de uso de la vivienda común otorgado a uno de los cónyuges tras la separación matrimonial en el caso de ejecución hipotecaria, incluso si es posible disponer de la misma cuando no se ha inscrito ni consta que exista el derecho de uso a favor del otro, y si es posible o no compensar el impago de los plazos de amortización o la parte que corresponde a la esposa con la pensión alimenticia fijada y a cargo del esposo.

### CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Cómo ha de satisfacerse el importe de las mensualidades de amortización del préstamo hipotecario pendiente de pago al momento de la separación matrimonial cuando de vivienda familiar común se trate?

2. ¿Puede compensarse el impago de la amortización del préstamo hipotecario con el subsiguiente impago de la pensión de alimentos que corresponde satisfacer al otro cónyuge?
3. ¿En qué casos puede hacerse prevalecer el derecho de uso de la vivienda común familiar objeto de ejecución hipotecaria, cuando se ha atribuido el mismo a uno de los cónyuges separados y se ha inscrito en el Registro de la Propiedad?
4. ¿Siempre es preciso el consentimiento del otro cónyuge para disponer de vivienda común cuando ya ha tenido lugar la separación matrimonial y aunque no haya habido atribución del uso de la vivienda referida a uno de ellos?

## **SOLUCIÓN**

1. Con la finalidad de resolver debida y adecuadamente la definitiva liquidación de las consecuencias económicas de la existencia de un préstamo hipotecario que grava la vivienda que era de uso habitual de los cónyuges cuya separación matrimonial se ha venido a decretar judicialmente, bien de mutuo acuerdo o en virtud de planteamiento contencioso, se viene a plantear la necesidad de determinar quién o quiénes deben satisfacer el importe de las mensualidades de amortización del préstamo hipotecario pendiente de pago cuando de atribución del uso de la vivienda conyugal se trate en atención a lo dispuesto en el vigente artículo 96 del Código Civil (CC), Cuerpo Legal que, en esta materia, recordémoslo, ha sido modificado en virtud de la recientísima Ley de 8 de julio de 2005, a la que hay que estar para un numeroso y dilatado elenco de cuestiones relacionadas con la aquí suscitada sobre dicho particular.

La existencia o pendencia del referido préstamo hipotecario, además de los posibles problemas derivados de su ejecución a los que más adelante hemos de referirnos, ha de ser una de las consecuencias complementarias de la decisión principal referida a la separación matrimonial judicializada, prevaleciendo, en otro caso, el acuerdo al respecto alcanzado sobre dicho particular por los cónyuges separados. La cuestión se suscita aún en el caso de ser la vivienda de la propiedad de los hijos menores de edad cuya custodia se haya atribuido a uno de los cónyuges con el que convivan en el piso hipotecado.

Las decisiones judiciales adoptadas sobre esta cuestión, si bien atienden a las circunstancias de la renta de los cónyuges y, por lo tanto, al caso particular que se enjuicia, vienen estimando que habrá que estar, por lo general, a la decisión consistente en que se trata de carga común de los esposos y que, en su consecuencia, habrá de seguir siendo satisfecha por ambos cónyuges hasta la amortización definitiva del importe de la garantía hipotecaria constituida sobre el inmueble gravado por ella. Así pues, salvo convenio en contrario, el importe de las mensualidades deberá ser satisfecho al 50% por cada uno de los cónyuges, sin perjuicio del derecho que, en la futura liquidación de la sociedad legal de gananciales le pueda corresponder a cada uno en la adjudicación del inmueble, de tal forma que la satisfacción en otro porcentaje tendrá su repercusión en la referida liquidación futura de los bienes gananciales.

Las responsabilidades hipotecarias referidas, si fueron además objeto de una garantía solidaria conforme a lo establecido en el artículo 1.822 del CC y respecto de los dos esposos, darán lugar

a la posibilidad de reclamación a uno solo de ellos por el impago de parte de la entidad crediticia correspondiente y sin perjuicio, asimismo, de la posterior y posible responsabilidad frente al que pagó del otro cónyuge obligado solidariamente frente al acreedor hipotecario. Todo ello de conformidad con lo establecido sobre el particular en los artículos 1.142, 1.144 y 1.145 del CC.

2. La referida actuación del deudor de alimentos a consecuencia de la separación matrimonial ha merecido el tratamiento consistente en estimarse que pudiera ser admisible en derecho la posibilidad legal que tuviera aquél, frente al anterior impago de la parte de amortización de la deuda hipotecaria que grava el inmueble cuyo uso se le atribuyó a quien habita en el mismo, por lo general en compañía de los hijos comunes, de dejar de pagar, a su vez, la deuda alimenticia a cuyo cumplimiento viene obligado en virtud de la decisión judicial acordando las medidas complementarias a la separación matrimonial decretada judicialmente.

En atención a la existencia de dichos casos, la jurisprudencia ha venido estimando que, por el contrario de lo mantenido por los partidarios de la tesis de la posible compensación derivada de otro impago anterior de la parte de plazo de la amortización de la carga hipotecaria pendiente, no resulta legalmente admisible dejar de pagar para compensar la prestación de alimentos en tanto que ha de entenderse que la deuda cuya extinción se pretende supone la de la obligación consistente en pagar a los hijos menores del matrimonio las cantidades establecidas para ellos en concepto de alimentos o de pensión alimenticia a su favor sin que se trate de la concurrencia del requisito de la realidad de créditos y deudas recíprocos entre ambos cónyuges litigantes, que para su aplicación exige el artículo 1.195 del CC, ya que el titular del crédito por pensión de alimentos no es la esposa sino los hijos del matrimonio, por lo que no cabe declarar extinguida la deuda contraída por el hoy esposo por el impago de una parte de las dos referidas mensualidades de dicha pensión, deuda ascendente a la suma dejada de abonar en concepto de alimentos, con la que haya podido contraer aquélla para con su esposo por impago de cuotas de amortización del referido préstamo.

3. Respecto a cuáles sean las consecuencias que en la ejecución hipotecaria seguida por la entidad acreedora del préstamo hipotecario dejado de pagar cuando se haya atribuido el uso de la vivienda familiar a alguno de los esposos a cuyo cuidado quedan los hijos menores del matrimonio que se ha separado judicialmente, se ha de tener en cuenta que la jurisprudencia ha venido estimando que ante el problema de determinar cuál derecho es preferente, a saber, si el del tercero adjudicatario del piso hipotecado en su día por los esposos de que se trate, que era su vivienda familiar, o el derecho de uso atribuido judicialmente a la esposa en la separación matrimonial, se haya o no inscrito dicho derecho en el Registro de la Propiedad, ha de darse preferencia a dicho derecho de uso debidamente acreditado al tratarse de título judicial que lo creó y que ha de tener eficacia frente a todos o *erga omnes*.

La referida interpretación, pese a la existencia de distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la naturaleza real o no de dicho derecho de uso de la vivienda familiar, ha de concluir sobre la prevalencia de la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1993 en la que se sostiene que la atribución a la esposa del uso y disfrute de la vivienda familiar, en la sentencia de separación conyugal, según el artículo 96 del CC, y con la temporalidad y provisionalidad que reviste el artículo 91 del mismo, no es un derecho de usufructo, derecho real en prin-

cupio vitalicio y disponible, sino un derecho de ocupación que es oponible a tercero, es decir, es un derecho de disfrute limitado, sin que en ningún caso tal derecho, salvo que el beneficiario sea el titular privativo del inmueble, pueda prolongarse indefinidamente, en cuanto ello implicaría bajo el condicionante de amparar un derecho, vulnerar otro, tanto o más legítimo, el del adquirente de bienes en subasta pública judicial, protegidos por los artículos 34 y 38 de la Ley Hipotecaria (LH).

4. Respecto a cuáles sean los consentimientos precisos para gravar con un préstamo hipotecario la vivienda familiar común aunque no haya habido atribución del uso a uno de los esposos tras la separación matrimonial, hay que recordar que si de vivienda privativa se trata no resulta preciso ni el consentimiento del otro cónyuge ni la supletoria autorización judicial establecidas en los artículos 96 del CC y 144.5 del Reglamento Hipotecario ya que la expuesta autorización o consentimiento sólo tienen aplicación cuando sobre la misma se ha constituido a favor del consorte el derecho de uso que la norma contempla, y en modo alguno se establece una exigencia a observar en todo supuesto de disposición de vivienda privativa de un cónyuge separado judicialmente, en previsión de que pueda estar afecta a aquel gravamen y como garantía del mismo; si a ello se añade: a) Que este derecho de uso es inscribible en el Registro de la Propiedad (arts. 1.º y 2.º de la LH y 7.º del Rgto. Hipotecario y RDGRN de 1 de septiembre de 1998 y 25 de octubre de 1999). b) Que dicho derecho deberá estar debidamente inscrito para que perjudique a terceros (art. 13 de la LH), y c) Que se presume legalmente que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en los términos del asiento respectivo (art. 38 de la LH); habrá de concluirse que el Registrador -que conforme al art. 18 de la LH deberá atenerse en su calificación a lo que resulte del documento presentado y de los libros a su cargo-, sólo puede exigir aquel consentimiento o autorización judicial cuando ese derecho de uso de la vivienda de que se va a disponer constare en aquéllos, pues, en otro caso, habrá de estar al pronunciamiento registral de un dominio pleno y libre a favor del cónyuge disponente, pronunciamiento que tampoco es contradicho, sino presupuesto por el documento calificado.

Por lo que se refiere a la posible cuestión de si el cónyuge nudo propietario del piso en el que su familia tiene la residencia habitual precisará o no el consentimiento de su consorte para hipotecar ese derecho, habida cuenta de que no es la nuda propiedad, sino la específica relación jurídica entablada con el usufructuario la que le habilita para el goce y disfrute de aquél; aun cuando de la literalidad del artículo 1.320 del CC parece desprenderse la respuesta afirmativa, la finalidad práctica de esta norma, cual es el impedir que los actos unilaterales de uno de los cónyuges puedan provocar el desalojo del hogar familiar, así como su carácter excepcional para el caso de que los derechos pertinentes correspondan privativamente a uno de los esposos, imponen la respuesta negativa.

#### SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- SSTS, Sala Primera, de 11 de noviembre de 1992, 4 de abril de 1993 y 4 de abril de 1997.
- SSAP de Asturias (Secc. 4.ª), de 15 de abril de 2002 y de Valladolid (Secc. 3.ª), de 30 de junio de 2004.
- Auto de las AP de Barcelona (Secc. 11.ª), de 5 de mayo de 2000; de Zaragoza (Secc. 4.ª), de 20 de julio de 2001 y de Barcelona (Secc. 11.ª), de 26 de febrero de 2003.
- RDGRN de 26 de octubre de 1987 y 31 de marzo de 2000.