

LA HIPOTECA EN LOS DIVORCIOS/SEPARACIONES

¿SU IMPAGO ES DELITO? **STS 25/6/2020 (PENAL)**

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/9c37ef6a87bd7f97/20200713>



Por.- ANGEL LUIS CAMPO IZQUIERDO

MAGISTRADO SECC. 24 A.P. MADRID

Art 226.1 CP " El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.

Art 227.1 CP ". El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses"

Redacción actual, que salvo en lo relativo a las penas coincide con la del CP de 1995, en cuya exposición de motivos ya se dice "En segundo lugar, se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser. En el primer sentido, merece destacarse, la introducción de los delitos contra el orden socioeconómico o la nueva regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio y de los recursos naturales; en el segundo, la desaparición de las figuras complejas

de robo con violencia e intimidación en las personas que, surgidas en el marco de la lucha contra el bandolerismo, deben, de una vez por todas, desaparecer dejando paso a la aplicación de las reglas generales". Principio de intervención mínima, que apenas conlleva modificaciones en la protección de la familia, entiendo que al estar debidamente protegida.

Por otro lado, de la lectura de este artículo y en relación al art 226 del mismo texto legal, entiendo que todo incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad y/o guarda, como son la desatención personal, o la dejadez o incumplimiento de los deberes inherentes al hecho o condición de ser progenitor, como son en sí mismo la manutención o el derecho de habitación que precisan los hijos/as, están incluido en el citado art 226 del C.P. Por ello, entiendo que el art 227.1 del CP, esta referido, precisamente por ese principio de intervención mínima, al impago, que no incumplimiento, de las prestaciones económicas que se hayan fijado en sentencia o convenio, directamente a favor de los hijos o el cónyuges. En una palabra al impago de las pensiones alimenticias o compensatorias (esta última con ciertas dudas, pues su concesión no está vinculada al concepto de necesidad como los alimentos, sino al de desequilibrio) exclusivamente. Considero que el impago de la indemnización del art 1438 del c/c no debería estar incluido en este tipo, al ser claramente una indemnización por dedicación pasada, exclusiva que no excluyente, a la casa y familia.

Por lo tanto si hablamos del incumplimiento de una medida, que impone el pago, % de cuotas hipotecarias, a un tercero, y no a los hijos o al cónyuge, considero que no hablamos de una prestación incardinable en este tipo, toda vez que el cónyuge que se vea perjudicado por ese impago, tiene vías y medidas suficientes para contrarrestar sus efectos en la vía civil.

Recientemente la Sala Segunda del TS ha dictado el 25/6/2020, en recurso de casación 387/2019, una sentencia que al menos a mí, me ha generado cierta alarma y muchas dudas, al considerar quien suscribe que entra en clara contradicción con la doctrina del TS de que en estos procesos el pago de la hipoteca, que grava la vivienda familiar no es una carga familiar, sino una deuda ganancial o solidaria de los cónyuges/miembros de

la pareja, y cuyo cumplimiento se debe aquietar a lo estipulado en el contrato/escritura de hipoteca. Por ello, y pese a lo que dice el TS en esa sentencia, me surge la duda de si no se esta abriendo una puerta de nuevo a la "prisión por deudas"

Cuando hablamos de "la prisión por deudas", podemos retroceder a la figura del NEXUM, en Roma. Figura en virtud de la cual se venía a establecer un vínculo físico entre acreedor y deudor, por el cual aquel podía ejercer la "manus iniectio", acto de poner la mano encima de una persona, como símbolo de apoderamiento, a través del procedimiento de la "legis actiones". Durante el periodo que duraba esta situación, en concreto hasta liquidar la deuda, el deudor, quedaba en un estado de prisión redimible; es decir se fijaba una responsabilidad personal por deudas, y no patrimonial como conocemos en la actualidad. De una manera indirecta esta figura fue abolida por la ley Poetalia Papiria (326 a.c.), pues a partir de la misma, el acreedor se separa del derecho de propiedad sobre la persona del deudor, ya que el cumplimiento de la obligación no va a recaer sobre la persona del mismo, sino sobre su patrimonio, que es considerado la prenda común de los acreedores. Esto implicó que en la antigua Roma apareciese el Procedimiento Bonorum Venditio, que era un procedimiento de ejecución de bienes de deudores insolventes, vivos o muertos o ausentes que sustituyó a la manus iniectio. Pese a ello, podemos hablar de que en el siglo XV, en Castilla, había prisión por deudas para judíos y musulmanes, y el siglo XVII en Europa siguió habiendo prisión por deudas. Es con la Revolución Francés, cuando se produce de forma general esta figura de privación de libertad (prisión) por impago de deudas. Para finalmente, y como expresamente recoge la sentencia del TS de 25/6/2020, el art 11 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos de 19 de Diciembre de 1966, hecho en Nueva York y ratificado por España el 28/9/1976 (BOE 30/4/1077), dispone que "**Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual**", precepto que proscribire la prisión por deudas y que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, conforme a lo dispuesto en nuestra CE, en concreto en los arts. 10.2 "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España" y 96.1 " Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en

España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional" de la CE.

La sentencia de 25 de junio de 2020, desestima el recurso de casación y confirma la resolución de la Audiencia, que sí considero que era delito el impago del 50 % de la hipoteca, por uno de los cónyuges, ya que en la sentencia de divorcio se había establecido de forma concreta que **dicho préstamo se abonase al 50 % por ambos cónyuges.**

Leyendo dicha sentencia, entiendo que son varios los razonamientos dados por la Sala del TS para mantener dicho criterio:

1.- Entre los elementos constitutivos del tipo penal del art 227.1 CP, esta "la existencia de una resolución judicial firme o convenio aprobado por la autoridad judicial competente que establezca **cualquier tipo de prestación económica a favor de un cónyuge o de los hijos del matrimonio.** Y entienden los redactores de esta sentencia, que dado que el art 227 no distingue entre pensiones, deudas o cargas familiares; sino que habla simplemente de "prestación económica" establecida a favor del otro cónyuge o sus hijos, basta con que la sentencia imponga dicha prestación, para que su impago doloso, se pueda considerar incluida en dicho tipo penal.

2.- Además, entiende el alto tribunal, que pese a que la sentencia de divorcio, dice expresamente que la hipoteca se abonará al 50 %. Dicha medida ha tenido incidencia a la hora de fijar la cuantía de la pensión alimenticia que el padre debe abonar a los hijos. Siendo ello cierto, también hay que valorar el resto de circunstancias a valorar por el juez, para fijar en base al principio de proporcionalidad, la contribución de ambos progenitores al sustento de su prole. Así mismo, se debería valorar la prelación de créditos, en caso de que el patrimonio del deudor no permita atender a todas sus obligaciones, y la no limitación de embargo, cuando hablamos de alimentos. Arts. 607 y 608 del c.c.

3.- Por otro lado, dicen que esa hipoteca, está vinculada a la vivienda familiar, cuya uso se atribuyo a los hijos. Uso que está incluido dentro de un concepto amplio de alimentos, por lo que el impago de la hipoteca, puede generar una ejecución hipotecaria y por tanto la perdida de dicho

uso, está estrechamente vinculado a los alimentos que debe abonar al padre. Yo más bien entiendo que esa obligación de garantizar el derecho de habitación de los hijos/as, es una obligación legal, inherente a la patria potestad y por tanto, en su caso incardinable en el art 226 del CP y no en el 227.

Por lo tanto, entiendo, que el TS para calificar esta conducta de impago de la hipoteca como delito de abandono de familia, se ha basado en que la fijación del pago de la hipoteca al 50 % por ambos cónyuges, es una prestación económica que ha fijado el juez de familia, en beneficio de los hijos/esposa ????, y que además está estrechamente vinculado al cumplimiento de la pensión alimenticia, en términos genéricos y amplios (sustento, gastos extraordinarios y uso de la vivienda), que se fijó a cargo del padre ???.

Frente a esta sentencia del ámbito penal, que al ser por ahora solo una no crea jurisprudencia, nos encontramos con varias sentencias de la Sala Civil del TS, que consideran que la hipoteca no es una carga familiar, sino una deuda ganancial, y como tal debe ser regulada en el ámbito de la sociedad de gananciales o liquidación del patrimonio común. No olvidemos, que en medidas provisionales, art 103, se pueden adoptar medidas sobre administración y disposición de bienes gananciales, así como en la fase de inventario previa a la efectiva liquidación del haber ganancial. Inventario que se puede solicitar junto con la demanda de separación o divorcio, art 808 y 809 de la LEC, que permiten en esa pieza también adoptar medidas sobre administración y disposición de bienes gananciales. Inventario que por otro lado, dado que se hace sin estar disuelta la sociedad de gananciales, debe tener una función garantista y provisional, en el sentido que se deberá revisar y/o ratificar posteriormente en relación a la fecha de la efectiva liquidación. Entre esas sentencias civiles del TS, podemos citar las de 5/11/08, 28/3/11, 21/09/16 y la de 24/4/18.

Esta última de 2018; que trae su causa de una sentencia de divorcio que regulaba la forma en que se debía abonar la hipoteca que gravaba la vivienda familiar, al considerarla una carga, el alto tribunal estima el recurso de casación planteado, insistiendo en que: a) se excluye del concepto de "cargas matrimoniales" los pagos correspondientes a la amortización del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, en el

sentido que a esa expresión reconoce el art 90 del c.c., b) de la amortización de dicho préstamo, habrá de responder quien lo suscribió **pero por razón de dicha obligación contraída y no por la existencia de matrimonio entre los prestatarios** (por lo tanto estamos hablando de una obligación contractual, que se debe cumplir en los términos estipulados en el contrato, y con independencia de la existencia o no del matrimonio entre quien lo solicito). Sentencias de las que se deduce que la hipoteca debe ser cumplida en los propios términos que recoge la escritura de su constitución, en la que por lo general se fija una solidaridad de los cónyuges, que entiendo no puede ser modificada a una mancomunidad por el juez de familia sin más. De ahí que considere que la regla general, en las sentencias de separación o divorcio, deba ser que no se modifique dicha solidaridad, y se limite el texto en relación a dicha hipoteca a realizar una remisión a las cláusulas de la escritura/contrato de su constitución. No obstante, y de no seguirse el criterio del TS, Sala Civil, se podrá adoptar por el juez, las garantías que considere pertinentes para garantizar el pago de las pensiones y el uso de la vivienda familiar. Garantías que deben ser adoptadas expresamente como tales, y así aparecer en la sentencia, haciendo referencia al posible derecho de reintegro o no, si pese a dicha solidaridad, se impone a uno de los cónyuges el pago de más del 50 % de las cuotas hipotecarias; para que así no existan dudas de que su posible impago puede ser constitutivo de delito de familia. Solución esta última, que entiendo no es viable según las sentencias citadas del TS, pero que se vienen adoptando por muchos jueces de manera tacita pero no expresa y literal, limitándose a fijar en una párrafo asilado como se pagara la hipoteca. Criterio que nada añade de nuevo a la forma en que se debe abonar ese préstamo, pues precisamente esa mencionada solidaridad implica que: a) los deudores deben abonarlas en partes iguales, b) que si uno de ellos abona más de su porcentaje, tiene derecho de repetición frente al resto de deudores para ser reintegrado de ese exceso abonado y c) que el acreedor puede reclamar el 100 a cualquiera de ellos.

Esta contradicción, que yo entiendo existe entre la doctrina civil del TS, pues ya hay más de dos sentencias, y además deja la puerta abierta. por la Sala segunda con la única sentencia que existe por ahora, de que el impago de la hipoteca, que no deja de ser una deuda/obligación contractual puede ser constitutivo de delito. Lo que , me genera y sugiere varias

cuestiones y dudas que considero van a provocar cierta incertidumbre entre los profesionales del derecho y jueces de familia.



1.- La primera de ellas, y pese que el TS en la citada sentencia de 2020 intenta dejar claro que no es así, vuelvo a decir, es sí no estaremos volviendo al sistema de prisión por deudas. Pues lo cierto, es que nuestro ordenamiento jurídico, tanto en el ámbito del derecho hipotecario, como en el derecho de familia, permite y habilita vías, más que suficientes, para hacer frente a los impagos de esta deuda (ejecución hipotecaria, embargos, modificación de medidas, garantías para el pago de las pensiones, etc.). Por ello, entiendo que el simple impago, aunque sea doloso/voluntario, cuando el juez que acuerda el divorcio/separación, no ha vinculado **expresamente** dicho pago a la pensión de alimentos o uso de la vivienda, sino que se limita a fijar que dicha deuda/préstamo se aboanr al 50 %, como es el caso, nunca debería poder conllevar el ingreso en prisión del deudor que impaga. Pues con independencia de la pena que lleva este delito, si existe otra condena suspendida previa, o hay antecedentes penales, es lo que va a ocurrir si la sentencia es condenatoria.

2.- Con esta postura, estamos incrementando las garantías del acreedor hipotecario, que es ajeno al proceso de familia, sin ninguna contraprestación para él.

3.- Solo pueden cometer este delito, aquellos cónyuges, cuya sentencia de separación o divorcio, regule la forma en que deben pagar la hipoteca, pese a las condiciones estipuladas en la escritura de préstamo y asumidas por ellos, entre las que se incluye por los general la responsabilidad solidaria y no la mancomunada. Por tanto, nunca cometerán dicho delito: a) los cónyuges/progenitores que sin separarse o divorciarse dejen de pagar la hipoteca de forma dolosa, pese a que con ello sus hijos pierdan ese derecho de habitación, b) los cónyuges, que pese a separarse o divorciarse, tengan la suerte de que su sentencia nada regule sobre la hipoteca, pese a que dejen de abonarla dolosamente, c) las uniones de hecho, pues veo difícil que en las sentencias sobre guarda y custodia, se discuta/debata sobre dicha materia, haciendo necesario un pronunciamiento judicial.

4.- Esta sentencia habla de la hipoteca, pero que sucederá con los demás préstamos, cuyo impago pueda afectar a las condiciones de los menores; si la sentencia de divorcio/separación entra a regular su pago y modifica las condiciones estipuladas en los respectivos contratos. Por ejemplo el impago del préstamo del coche, con reserva de dominio, que puede conllevar su pérdida y por tanto verse afectado la forma de ir al centro escolar por ejemplo.

5.- La hipoteca, es un contrato celebrado voluntariamente por dos partes, el prestamista o acreedor hipotecario y el/los prestatarios o deudores hipotecarios, en el que se fijan una serie de condiciones: a) la percepción por los prestatarios de una suma de dinero a cambio de una garantía inmobiliaria, b) el recobro de esa suma por el prestamista con los intereses pactados, en el tiempo estipulado, c) el pago de unos intereses de demora si hay retraso en el pago, d) la garantía inmobiliaria por un máximo, que se fija en la escritura de tal forma que si la deuda es mayor, los prestamistas abonaría esa diferencia con su patrimonio personal. Por lo tanto, se regula la forma en que se debe cumplir ese contrato y las consecuencias de su incumplimiento, es decir existe un derecho a no pagar, asumiendo las consecuencias de dicho impago; derecho que con esta nueva teoría del TS ha desaparecido.

6. Por el TS se habla de la posible incidencia del impago de las cuotas hipotecarias, en la pensión de alimentos o uso de la vivienda familiar. pero esos efectos, derivados de una ejecución hipotecaria, se puede mitigar e incluso hacer desaparecer fijando otras garantías. Por ejemplo condicionando un posible incremento de la pensión de alimentos a la pérdida del uso por impago de la hipoteca. O una modificación de medidas, solicitando incremento de la pensión de alimentos, para hacer frente a un nuevo derecho de habitación de los hijos, generado por dicha ejecución hipotecaria; ya sea para irse a vivir de alquiler o para poder hacer frente, total o parcialmente, a la adquisición de una nueva vivienda. Estamos por tanto, ante un efecto perverso, generado por la petrificada regulación del art 96 del c.c., que necesita una urgente reforma y actualización. Tal vez sería bueno echar un vistazo a como regula el Libro II del C.C.Cat esta medida.

7.- Si la sentencia se limita a decir que la hipotecas será abonada al 50 % por ambos cónyuges, sin vincular expresamente dicha medida a la

pensión de alimentos y/o uso de la vivienda familiar (art 96 c.c.); y en la escritura de hipoteca figura ambos como deudores solidarios, **¿que añade de nuevo dicha sentencia?, ¿que cambia?**. Es evidente que el juez de familia, sin intervenir la otra parte del préstamo, no puede modificar esa obligación solidaria de los deudores y pasarla a ser mancomunada; y menos aun si las parte no han introducido esa cuestión como objeto de debate. De admitir, que si se puede fijar esa mancomunidad en cuanto a la relación existente entre ex cónyuges, la duda que se me plantea. es en qué lugar dejamos al acreedor hipotecario. Puede seguir reclamando el 100 % a cualquiera de ellos, como deudores solidarios que son (**entiendo que si**, pues es una de las consecuencia de la citada solidaridad inicial) o en base a esa nueva mancomunidad debe reclamar el 50 % a cada uno de ellos. Es decir, pese a que la sentencia contenga esa medida/pronunciamiento, no se puede impedir con ello, que el acreedor hipotecario pueda reclamar el 100% del pago a uno de los deudores solidarios, sin perjuicio de las acciones y reclamaciones que luego puedan hacerse estos entre sí. Art 1.141 y ss del c.c.

8.- De admitirse que se puede fijar en sentencia de divorcio o separación, una nueva forma de pagar la hipoteca, haciéndola mancomunada. Como se debe actuar, de cara a la ejecución, cuando uno de ellos impaga su porcentaje. Entiendo que a premorir existen dos vías posibles: a) la ejecución dineraria, b) la ejecución de hacer no personalísima.

Entiendo que no se puede acudir a una ejecución dineraria, pues no se fija un pago entre ellos, sino pago a un tercero, el acreedor hipotecario, que sería por tanto el único ejecutante posible de una ejecución dineraria. Acreedor que generalmente acudirá a la ejecución hipotecaria. Por ello, dado que los cónyuges no son, inicialmente, acreedores entre sí por esta deuda hipotecaria, ninguno de ellos puede ir vía ejecución dineraria frente al otro.

Considero que lo procedente en este caso, sería ir a una ejecución de hacer, con el objetivo de hacer que el ejecutado realice el pago de su porcentaje a ese tercero (acreedor hipotecario), lo que conllevaría un requerimiento de hacer. De no ser posible llevar a cabo ese pago, el ejecutante, podrá reclamar daños y perjuicios, pero deberá acreditar su existencia, cuales son y su cuantía. Estos perjuicios, entiendo que solo

pueden ser dos: a) que por culpa de ese impago, ella figura como deudora, y no pueda acceder a otros préstamos o vías de financiación y b) que por culpa de ese impago, él/ella ha tenido que aboanr el 100 % de la cuota/as, en cuyo caso podrá reclamar el 50 % de las mismas o porcentaje correspondiente, mas sus intereses.

9.- Para finalizar, pese a ser juez de familia desde hace muchos años, creo que nuestro Ordenamiento Jurídico, en el ámbito penal, al menos cuando yo lo estudie y lo aplicaba, se basaba en una seria de principios, como eran: "presunción de inocencia", "in dubio pro reo" "intervención mínima, es decir, que sólo intervendrá para proteger los bienes jurídicos cuando se manifiesten ineficaces los demás medios de tutela y sanción con los que cuenta un Estado de Derecho". " "interpretación restrictiva, que no extensiva, del tipo penal" etc. Principios, que con el tiempo tal vez, espero equivocarme, se están diluyendo bastante, con el peligro de desaparecer alguno de ellos.

Como conclusiones:



.- Creo que, en los divorcios o separación, no debemos incluir como contenido de la sentencia, sea contenciosa o convalidarte del convenio regulador, nada referido al pago de la hipoteca u otros préstamos, que implique un cambio de las clausulas contractuales de los mismos, salvo que se tenga el consentimiento del acreedor. Esto se puede hacer extensivo a aquellas clausulas que se fijan en convenios, por las cuales un cónyuge se compromete, en base a las adjudicaciones que se hacen en la LSG, a liberar al otro del pago de la hipoteca u otras deudas, sin contar con el acreedor, y luego este se opone e impide legalmente dicha liberación.

.- Salvo que ese pago de la hipoteca se vincule expresamente, como garantía de cumplimiento, al pago de los alimentos o conservación del uso de la vivienda familiar, su impago nunca debería ser delito

.- De incluirse en la sentencia, la obligación de pago de la hipoteca, su incumplimiento, nunca puede dar lugar a una ejecución dienerita, sino que se debe acudir a una ejecución de hacer no personalísima.
