

STS 641/2018 DE 20 DE NOVIEMBRE: MOTIVOS DE OPOSICIÓN AL RECURSO DE CASACIÓN Y REFLEXIONES SOBRE LA SENTENCIA



Créanme si les digo que una de las cosas que más me gusta en el mundo es escribir, ya sea un post, una demanda, un recurso o una oposición a un recurso de casación. *Escribir me apasiona.*

Pero para escribir hace falta calma, sosiego, tranquilidad, paz..., cosas que, aunque haya sido por una buena noticia –la STS 641/2018, de 20 de noviembre–, no he tenido estos días.

Por todo eso, estas dos semanas no he podido hacer algo tan sencillo como es unir letras y **escribir algo** que pueda ser de interés o, mejor aún, **útil para los que visitan este espacio**.

Recuperada la calma, el sosiego, la tranquilidad, la paz..., que, en mi caso, este acto maravilloso de escribir requiere, hoy voy a escribir sobre algo que me han preguntado muchos compañeros: ***cuáles fueron mis argumentos a la hora de oponerme al recurso*** de casación por interés casacional ***formulado por el Ministerio Fiscal*** contra la Sentencia n.º 20/2018 de fecha 15 de enero, dictada por la Sección 1.ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid.

Así mismo, también quiero compartir con mis apreciados

lectores algunas reflexiones personales al hilo de la que muchos medios de comunicación han calificado como una sentencia «histórica», «pionera» o «revolucionaria».

[spacer]

MOTIVOS DE OPOSICIÓN AL RECURSO DE CASACIÓN POR INTERÉS CASACIONAL FORMULADO POR EL MINISTERIO FISCAL

Como escribí en el post «La convivencia con una nueva pareja como causa de extinción de la atribución del uso de la vivienda», **el derecho y, mucho menos, la jurisprudencia no son un dogma**, algo inamovible, por lo que, al igual que la sociedad cambia, **el derecho y la jurisprudencia pueden y deben cambiar.**

Que el derecho y la jurisprudencia cambien es algo que está en nuestras manos. Nosotros, **los abogados, debemos ser los impulsores de ese cambio y para ello tenemos que creer profundamente en lo que defendemos y defenderlo con pasión, porque solo cuando se lucha apasionadamente por aquello en lo que creemos, se puede ganar.**

Y así, con ese convencimiento y esa pasión, fue como preparé mi oposición al recurso de casación por interés casacional formulado por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia n.º 20/2018, de fecha 15 de enero, dictada por la Sección 1.ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid.

[spacer]

Primer motivo de oposición

El Ministerio Fiscal en su recurso de casación alegó el carácter taxativo del artículo 96.1 del Código Civil, señalando que el mismo «... *contiene un mandato imperativo para el Juzgador ...*» y que «*Se trata de una regla taxativa, que no*

permite interpretaciones temporales, ...», concluyendo que «... el principio que aparece protegido en esta disposición es el del «interés del menor»...»

A lo cual yo me opuse alegando algo muy sencillo, el **artículo 3 del Código Civil** que establece que:

«1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

2. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita.»

En virtud de dicho precepto las normas han de ser interpretadas, entre otros criterios, según «... la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, ...» y lo cierto es que la realidad social del año 2018 poco o nada tiene que ver con la realidad social del año 1981, año en que se aprobó la *Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio* por la que se modificó el artículo 96.1 del Código Civil.

Estarán de acuerdo conmigo, estimados lectores, que **«no se puede» dar una solución satisfactoria a las crisis matrimoniales del año 2018 con una ley del año 1981.**

Desde que se aprobó la *Ley 30/1981, de 7 de julio*, han transcurrido treinta y siete años. Treinta y siete años en los que **la realidad social de hoy nada tiene que ver con la del año 1981.**

Hace treinta y siete años la aplicación «taxativa» del

artículo 96.1 del Código Civil era una necesidad imperiosa, ya que la mayoría de las mujeres no estaban incorporadas al mercado laboral, y la no aplicación de dicho precepto hubiera dejado a la mujer –*progenitora custodia*– y a la prole común en una situación precaria con el consecuente perjuicio para ella y, sobre todo, para los menores.

Sin embargo, a día de hoy, treinta y siete años después de la aprobación de la Ley 30/1981, de 7 de julio, la mujer está plenamente incorporada al mercado laboral por lo que la no aplicación «*taxativa*» del artículo 96.1 del Código Civil **no tiene las mismas consecuencias** que podía tener en el año 1981.

Por otro lado nos encontramos en el ámbito del derecho de familia, en el que dos más dos no siempre son cuatro, por lo que **se hace necesario estudiar caso por caso**.

Como he dicho, la realidad social del año 1981 no era la misma que la del año 2018. Así mismo, en el año 2018 la realidad social de unas familias/mujeres, tampoco es la misma que la realidad social de otras familias/mujeres, por lo que hoy, más que nunca, sobre todo en el ámbito del derecho de familia, repito, se hace necesario estudiar caso por caso, ya que ***justicia no es dar a todos los mismo, justicia es dar a cada uno lo suyo***.

[spacer]

Segundo motivo de oposición

La resolución recurrida –Sentencia n.º 20/2018 de fecha 15 de enero, dictada por la Sección 1.ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid–, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Código Civil, se basaba en **razones de justicia y equidad**, y así en su Fundamento de Derecho Primero, textual de su tenor literal, se recogía:

«La sentencia de la Sala Primera cuya tesis se aplica al supuesto enjuiciado lo hace invocando razones de equidad y

justicia. Las mismas razones pueden utilizarse para no seguir manteniendo el derecho de uso de una vivienda cuando de dicho derecho se beneficia un tercero ajeno al matrimonio y sin ninguna relación, por lo mismo, con el actor que ha de seguir contribuyendo a sufragar el importe correspondiente de la cantidad financiada para su adquisición y de los impuestos que la gravan de manera que si el cónyuge a quien ha sido asignado el uso desea iniciar, como ha sucedido, una relación de convivencia con una tercera persona lo justo y equitativo es que proceda a liquidar la sociedad ganancial a la que pertenece la vivienda y a instalarse con su nueva familia en una vivienda o inmueble diferente con el que el cotitular de la primera vivienda no tenga ninguna obligación ni vinculación.»

Y es cierto, *no es equitativo y, en consecuencia, es contrario a la ley que un tercero –nueva pareja– se beneficie de una vivienda que está pagando otra persona –el progenitor no custodio–.*

Y no es equitativo y, en consecuencia, contrario a la ley, porque mientras un tercero vive en la que fue vivienda familiar cuya hipoteca pagan conjuntamente la progenitora custodia y el progenitor no custodio, este último no puede comprarse una vivienda porque al figurar como titular de una hipoteca las entidades financieras le niegan el crédito. Pero es más, en el hipotético supuesto de que alguna entidad financiera le concediera esa hipoteca, tampoco podría pagarla porque ese progenitor no custodio además de tener que pagar la pensión de alimentos a que viene obligado, también tiene que pagar el 50 % de la hipoteca que grava la vivienda familiar así como el 50 % de otros gastos tales como seguros, impuesto de bienes inmuebles, etc.

Lo más grave en estos casos es que *los progenitores custodios y beneficiarios de la atribución del uso de la vivienda habitualmente no solo se oponen a comprar o alquilar otra vivienda, sino también a comprar la parte del progenitor no*

custodio, todo lo cual nos obliga a hacer referencia al **artículo 7 del Código Civil** que establece que:

«1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.»

[spacer]

Tercer motivo de oposición

El tercer motivo de oposición al recurso de casación por interés casacional formulado por el Ministerio Fiscal iba enlazado con el segundo –el abuso de derecho– y lo pude fundamentar basándome en la Sentencia, de fecha 19 de marzo de 2007, dictada por la Sección 1.^a de la Ilma. Audiencia Provincial de Almería, que en un caso de idéntica naturaleza concluyó:

«Ahora bien, si la evolución de los acontecimientos ha venido a trastocar semejante estado de cosas, introduciendo en escena a una tercera persona, D. Carlos María, con quien Doña Trinidad ha iniciado una relación sentimental estable, hasta el punto de hacer con él vida marital en el mencionado piso, como la propia demandada reconoce en confesión en el acto de Juicio, resulta innegable que se ha producido una esencial modificación de las circunstancias que en su momento fueron tomadas en cuenta para el establecimiento de la medida atributiva del uso del tan reiterado piso (art. 91, último inciso, del Código Civil), ya que, de no entenderlo así, habría que admitir como lógico lo que a todas luces nos parece

inadmisibles por absurdo, esto es, que de la vivienda que constituyo el domicilio familiar, común y ganancial asignada a una esposa separada y al hijo de su matrimonio para la protección de su más favorable interés, pueda beneficiarse un tercero ajeno al matrimonio, sin posibilidad alguna de acción por parte del marido, cotitular de la vivienda. Y es que, en definitiva, si el cónyuge a quien se atribuye el disfrute de una vivienda ganancial desea fundar con tercera persona una familia, o unirse establemente a ella, lo oportuno es que, consumando la liquidación de gananciales que a la disolución provocada por la sentencia de separación o divorcio debe ordinariamente suceder, forme nuevo hogar renunciando al privilegio del que, en atención a su anterior situación, venía disfrutando.

Lo dicho, como se ve, ni afecta a la medida relativa a la custodia del hijo menor del matrimonio, que no hay razón para modificar, ni implica tampoco la atribución al marido de la vivienda debatida, para lo cual no habría ninguna razón válida, sino que significa, sin más, que el interesado podrá instar en cualquier momento la liquidación del inmueble común que constituyo el domicilio familiar, solicitando su venta para la equitativa distribución del precio, o conviniendo la adjudicación a uno de los cotitulares, con la correspondiente compensación a favor del otro. Esto conjuga perfectamente los derechos del menor, el interés del padre no custodio, los derechos y obligaciones de la madre encargada de la custodia del menor, y el principio que impide el enriquecimiento y abuso de derecho. Demos además añadir que la sustancial mejora de la situación económica de la madre desde la separación hasta el momento presente, perfectamente acreditada en autos, le hace capaz de hacer frente a la adquisición de otra vivienda o de la mitad de la que tiene junto con el recurrente, si a este acuerdo llegaran.»

Y es precisamente lo que sucedía en el caso que nos ha llevado al Tribunal Supremo, en el que resultaba innegable que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 91 del Código Civil, se



había producido una esencial modificación de las circunstancias que en su momento fueron tomadas en cuenta para el establecimiento de la medida atributiva del uso de la vivienda, hecho en el que coincidieron ambas instancias –Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Valladolid y Sección 1.ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid– y que no cuestionó el Ministerio Fiscal en su recurso de casación por interés casacional.

Y habiendo llegado a esa conclusión, *no se podía admitir como lógico que de la vivienda que constituyó el domicilio familiar, común y ganancial asignada a la esposa y a los hijos de su matrimonio para la protección de su más favorable interés, pudiera beneficiarse un tercero ajeno al matrimonio, sin posibilidad alguna de acción por parte del marido, cotitular de la vivienda.*

Y es que, en definitiva, si el cónyuge a quien se atribuye el disfrute de una vivienda ganancial desea fundar con tercera persona una familia, o unirse establemente a ella, lo oportuno es que, consumada la liquidación de gananciales que a la disolución provocada por la sentencia de separación o divorcio

debe ordinariamente suceder, forme nuevo hogar renunciando al privilegio del que, en atención a su anterior situación, venía disfrutando.

Y coincidiendo con lo recogido en la mentada sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Almería, concluí que el hecho de que, en un caso como el que nos ocupaba, se acordase la extinción de la atribución del uso de la vivienda una vez liquidada la sociedad de gananciales, como así ha acordado la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, **no afectaba al interés de los menores**, sino que significaba, sin más, que el interesado podría instar en cualquier momento la liquidación del inmueble común que constituyó el domicilio familiar, solicitando su venta para la equitativa distribución del precio, o conviniendo la adjudicación a uno de los cotitulares. Todo lo cual **conjuga perfectamente los derechos de los menores, el interés del padre no custodio, los derechos y obligaciones de la madre encargada de la custodia de ambos menores, y el principio que impide el enriquecimiento injusto y el abuso de derecho.**

[spacer]

OTROS ARGUMENTOS DE MI ESCRITO DE OPOSICIÓN

Una vez rebatidos los argumentos del Ministerio Fiscal –el carácter taxativo del artículo 96.1 del Código Civil– ministerio que, como bien sabrán mis estimados lectores, vela por los derechos de los menores, terminé mi escrito de oposición con una reflexión personal que transcribo literalmente a continuación:

«**QUINTO.** - Para terminar me gustaría hacerlo con una reflexión personal. La cuestión que se nos plantea en el presente recurso, la extinción de la atribución del derecho de uso de la vivienda por convivencia con una nueva pareja, es

actualmente uno de los problemas más graves que nos encontramos en el ámbito del derecho de familia.

Con la excusa de proteger el interés superior del menor, que por supuesto hay que protegerlo, en muchos casos se está haciendo un uso abusivo del derecho contenido en el artículo 96.1 del Código Civil, es decir, la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar.

Esta situación es en la que se encuentran muchos progenitores no custodios –principalmente hombres– y a la que, a fecha de hoy, dicho sea nuevamente con los debidos respetos y en estrictos términos de defensa, la justicia no da una respuesta adecuada.

Es obvio que es obligación de los padres atender las necesidades de sus hijos, entre las que se encuentra la necesidad de vivienda, pero, como también es obvio, lo que no es obligación de los padres es atender las necesidades de las nuevas parejas de sus ex parejas, ya que, de no entenderlo así, habría que admitir como lógico lo que a todas luces parece inadmisibles por absurdo, esto es, que de la vivienda que constituyó el domicilio familiar, común y ganancial asignada a la esposa divorciada y a los hijos del matrimonio para la protección de su más favorable interés, pueda beneficiarse un tercero ajeno al matrimonio, sin posibilidad alguna de acción por parte del marido, cotitular de la vivienda.

Con esta reflexión no quiero decir que con carácter general se tenga que extinguir la atribución del derecho de uso de la vivienda siempre que la progenitora custodia rehaga su vida sentimental ya que, como he dicho anteriormente, en el ámbito del derecho de familia hay que estudiar caso por caso, y habrá casos en los que por razones estrictamente económicas no se podrá acordar dicha extinción –ej.: madres en situación de desempleo, sin posibilidad de incorporarse al mercado laboral, etc.–.

Pero sí quiero decir que hay casos, como en el que nos ocupa, en los que sí procede acordar esa extinción de la atribución del uso, ya que esa solución conjuga perfectamente los derechos de los menores, el interés del padre no custodio, los derechos y obligaciones de la madre encargada de la custodia de los menores, y el principio que impide el enriquecimiento y el abuso de derecho.

Siempre se ha dicho que el derecho va detrás de la realidad social, en el caso que nos ocupa, dicho sea una vez más con los debidos respetos y en estrictos términos de defensa, también; por ello el Recurso de Casación por Interés Casacional presentado por el Ministerio Fiscal hay que verlo como una oportunidad para dar respuesta a dicha problemática y, en la medida de lo posible, evitar que se siga haciendo un uso abusivo del derecho contenido el artículo 96.1 del Código Civil.»

[spacer]

REFLEXIONES PERSONALES SOBRE LA SENTENCIA N.º 641/2018, DE 20 DE NOVIEMBRE

Lo primero que tengo que decir es que esta sentencia se la debemos a la Fiscalía de Valladolid que, con su recurso, pretendió que se revocara la Sentencia n.º 20/2018 de fecha 15 de enero, dictada por la Sección 1.ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid, sin embargo, ha conseguido todo lo contrario, crear un precedente a nivel nacional –algún día, hoy no es el momento, contaré lo que «realmente» hay detrás de ese recurso–.

Mi segunda reflexión es que si esta sentencia ha levantado «ampollas» en determinados sectores de la sociedad –esos que

dicen defender la igualdad y solo quieren privilegios– es porque beneficia a más hombres que mujeres, consecuencia de que en este país más del 90 % de las custodias exclusivas las tienen mujeres. Si esta sentencia beneficiara a más mujeres que hombres estoy seguro que las «Elisas Benis» de turno la estarían aplaudiendo.

✘ En contra de lo que algunas «mujeres» dicen, **esta resolución judicial dictada por el Tribunal Supremo no es machista ni feminista, no tiene sexo ni genitales, lo único que es y debe ser es ajustada a derecho.**

Tengo el convencimiento de que:

- 1.- Esta sentencia va a «salvar» vidas.
- 2.- Esta sentencia va a contribuir a que haya menos casos de violencia de género.

Y digo esto por una razón muy sencilla: ***esta sentencia va a rebajar la tensión en muchas rupturas***, porque no hay nada más indignante, como me decía un padre estos días, que llevar a tus hijos a «tu» casa y que quien te abra la puerta para recogerlos sea el «mantenido» –nueva pareja de la ex– y que, mientras tú ni puedes entrar en «tu» casa, él la disfrute, se quede con tus hijos y encima se te «descojone».

Por todo ello, señoras y señores, tengan el convencimiento de que esta **es una sentencia justa**.

Por último, y no menos importante, créanme si les digo que ***ningún menor se va a quedar en la calle***, ya que si las progenitoras custodias con nueva pareja «no pueden» darles techo, no les quepa duda que los progenitores no custodios velarán para que eso no ocurra.

[spacer]

Más información en:

«La convivencia con una nueva pareja como causa de extinción de la atribución del uso de la vivienda»

Sentencia, de fecha 19 de marzo de 2007, dictada por la Sección 1.ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Almería

Sentencia, de fecha 17 de abril de 2017, dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Valladolid

Sentencia n.º 20/2018 de fecha 15 de enero, dictada por la Sección 1.ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid

Sentencia n.º 641/2018 de fecha 20 de noviembre, dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo

[spacer]