

Roj: STS 3850/2012  
Id Cendoj: 28079110012012100339  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1057/2011  
Nº de Resolución: 340/2012  
Procedimiento: Casación  
Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Mayo de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Baleares, sección 4ª, por **D. Fermín**, representado por la Procuradora de los Tribunales D.ª Catalina Salom Santana, contra la Sentencia dictada, el día 17 de febrero de 2011, en el rollo de apelación nº 456/10, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 16 de Palma de Mallorca, en los autos sobre reclamación de guarda y custodia, alimentos y atribución del domicilio familiar nº 192/2009. Ante esta Sala comparece la Procuradora Doña Cristina Somohano Pendás, en nombre y representación de Doña Ofelia en calidad de parte recurrida. Igualmente, comparece el Procurador Don José Luis Ferrer Recuero en representación de Don Fermín en calidad de parte recurrente. Es parte interviniente el Ministerio Fiscal.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** Ante el Juzgado de Primera Instancia número 16 de Palma de Mallorca, interpuso demanda de reclamación de guarda y custodia del hijo menor Nazario, de cantidad en concepto de alimento y de atribución de uso y disfrute del domicilio familiar Dª Ofelia, contra D. Fermín. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "...dicte en su día sentencia en la que se acuerden las siguientes medidas:

1º.- Que se atribuya la guarda y custodia del hijo menor, a la madre Dª Ofelia.

2º.- a) Que en este momento se acuerde que D. Fermín podrá ver siempre que quiera a su hijo, avisando con antelación suficiente, de momento sin pernoctar, dada la edad del menor; b) que a partir de los cuatro años, como régimen de visitas, se establezca los fines de semana alternos, así como, la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, eligiendo los períodos vacacionales, en los años impares, Dª Ofelia y en los años pares D. Fermín.

3º.- Que se atribuya a Dª Ofelia, en compañía del hijo menor, el uso y disfrute del domicilio familiar, sito en Boadilla del Monte (Madrid) en la CALLE000 nº NUM000.

4º.- Que se atribuya el uso del coche marca AUDI Q-7, color blanco, matrícula ....-MNC a Dª Ofelia.

5º.- Que se fije, con cargo a D. Fermín, en concepto de alimentos para el hijo común, la cantidad de 12.000 euros (doce mil euros) mensuales, por doce mensualidades al año, dentro de los cinco primeros días de cada mes, adaptadas anualmente al Índice de Precios al Consumo, con efectos desde la fecha de la interposición de la presente demanda.

6º.- Los gastos extraordinarios del hijo común, serán sufragados al 50% por ambos progenitores, siempre que los mismos hayan sido aprobados y aceptados por ambos, decidiendo en caso de desacuerdo la autoridad judicial. 7º.- Se condene en costas a D. Fermín si se opusiera a las pretensiones de ésta parte.

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de D. Fermín los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "... se dicte Sentencia desestimando las peticiones de contrario a las que se opone esta parte, acordando las medidas solicitadas en el cuerpo del presente escrito, que brevemente recogemos:

- 1.- Se acuerde la separación personal de Don Fermín y Doña Ofelia .
- 2.- Se atribuya a Doña Ofelia la guarda y custodia sobre el hijo común, Nazario ,

3.- *En cuanto a la patria potestad sobre el hijo común, deberá ser compartida por ambos progenitores de acuerdo con el Art. 156 del C.C . debiendo tomar cualquier decisión importante relativa al hijo común en la esfera educativa, jurídica, sanitaria, económica, consular y personal deberá conjuntamente (sic).*

*Estando autorizado de forma genérica el encuentro y la recepción de información del progenitor no custodio por parte del pediatra, médico de cabecera, profesores, tutores y equipo directivo del menor, así como de cuantos especialistas se ocupen de su educación, salud y desarrollo personal, previa notificación al progenitor custodio. En caso de no ser provistas las calificaciones del hijo común por parte del progenitor custodio, podrá recibirlas del centro escolar.*

*En lo que se refiere al momento y la forma de realización de celebraciones religiosas concernientes al menor, deberá ser establecido de común acuerdo entre las partes decidiendo en caso de desacuerdo el Juzgado competente.*

4.- *En cuanto al régimen de comunicación y permanencia entre el progenitor no custodio y el hijo común, que sea amplio y flexible y en defecto de acuerdo que Don Fermín pueda comunicarse y permanecer con el menor, sin presencia de la madre, cuantas veces por los motivos que fuesen, se encuentre en Madrid o lugar de residencia habitual del menor, comunicación que hasta que el hijo común alcance la edad de 3 años deberá ser sin pernocta y con pernocta desde que alcance la citada edad.*

*Fijándose a partir de tal fecha un régimen de visitas ordinario consistente en fines de semana alternos desde el viernes a las 18:00 horas, cuando recogerá al menor en el domicilio materno, hasta el lunes a la entrada del colegio, así como un día entre semana desde la salida del colegio hasta las 21:00 horas cuanto reintegrará al mismo en el domicilio materno.*

*Siendo preciso concretar, no obstante, el modo en que estas visitas se habrán de llevar a cabo para evitar ulteriores Interpretaciones de dicho régimen, aun en la dificultad de concretar las mismas por la actividad laboral del Sr. Fermín , futbolista, se debe acordar que los días intersemanales en los que el padre libre, podrá comunicarse y permanecer con el menor, y ello siempre y cuando el padre avise a la madre con al menos 48 horas de antelación, entendiéndose en caso contrario que el día de visitas Intersemanal se llevará a efecto los miércoles.*

*Así mismo las partes acuerdan que los días en que el padre esté en Madrid o el lugar del domicilio del hijo común, se preferirán para que el menor, esté con el padre, computándose dicho periodo dentro del régimen establecido de 10 días mensuales. (Dos fines de semana alternos y una tarde a la semana), en los que le corresponde al padre pasar con el menor. Y ello siempre y cuando el padre avise con quince días de antelación a la madre, de los días en los que pasara en compañía del hijo común.*

*Los llamados puentes escolares se tendrán como unidos al fin de semana inmediatamente anterior o posterior al mismo, pasándolo el menor en compañía del progenitor al que le corresponda el fin de semana al que se vea unido el puente escolar.*

*Si por cuestiones laborales, al padre le fuese imposible llevar a efecto la entrega y recogida del menor, las mismas se podrán llevar a efecto por los progenitores de este, abuela-abuelo paterno del menor o por persona designada al efecto*

*En lo que se refiere a los periodos vacacionales:*

*Que el único hijo común pueda pasar en compañía de sus progenitores la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa, y un mes julio o agosto en verano, poniéndose de acuerdo los mismos en los citados períodos, y a falta de acuerdo, en los años pares elegirá el padre y en los impares la madre, procurando que las fechas importantes en Navidad, sean alternativas, de forma que, unos años el menor pase el día de noche buena con un progenitor y al año siguiente con el otro, distribuyéndose los citados periodos conforme detallamos a continuación.*

*El periodo vacacional de Navidad, se conformará de la siguiente forma:*

- 1°. Desde el día veintidós de diciembre a las 18:30 horas, al día treinta de diciembre a las 20:00 horas.
- 2°. Desde el día treinta de diciembre a las 20:00 horas hasta el día 6 de enero a las 20:00 horas.

*El periodo vacacional de Semana Santa, se conformará de la siguiente forma:*

1°. Desde el Viernes denominado "de Dolores" a la salida del colegio hasta el Miércoles Santo a las 15 horas.

2°. Desde el Miércoles Santo a las 15 horas hasta el Lunes siguiente a la misma hora.

Vacaciones escolares de verano, el menor pasara un mes (julio o agosto) en verano con cada uno de sus progenitores.

Dada la temprana edad del hijo común, hasta que el mismo cumpla la edad de cinco años que los periodos de las vacaciones de verano se repartan por quincenas

1°. Desde el 1 de julio a las 11:00 horas hasta el 15 de julio a las 20:00 horas y del 1 de agosto a las 11:00 horas hasta el 15 de agosto a las 20:00 horas.

2°. Desde el 16 de julio a las 11 horas hasta el 31 de julio a las 20:00 horas y del 16 de agosto a las 11:00 horas hasta el 31 de agosto a las 20:00 horas.

Que el menor pueda pasar en compañía de la Sra. Ofelia el día de la madre, disfrutando de la compañía del Sr. Fermín el día del padre, siempre que sus obligaciones laborales se lo permitan, recogiendo al hijo común a las 16:00 y devolviéndolo a las 20:30 horas en el domicilio materno, si cae en día lectivo y recogiendo al menor a las 11:00 horas y devolviéndola a las 20:30 horas si caen en día no lectivo.

En el supuesto de que por los motivos que fuesen, el padre no pudiera comunicarse y permanecer con el hijo común en los días y periodos establecidos, deberá comunicárselo a la madre al menos con 48 horas de antelación en los fines de semana, 20 días en Navidad y Semana Santa y un mes y medio en verano.

En caso de que para llevarse a efecto el régimen de visitas, hiciese necesario el desplazamiento del hijo común, el coste del mismo correrá a cargo del padre en su integridad.

5.- En lo que se refiere al domicilio del menor que las partes puedan fijar su domicilio donde tengan por conveniente con la única limitación de notificarse cualquier cambio de domicilio, residencia o teléfono de contacto a efectos de las relaciones paterno- materno filiales.

No procediendo por los motivos expuestos realizar pronunciamiento alguno sobre el uso y disfrute del inmueble sito en la CALLE000 n° NUM000 , Boadilla del Monte Madrid, al no haber conformado nunca el domicilio familiar.

6.- No procede, por los motivos expuestos en el cuerpo del presente escrito, que el Juzgado al que tenemos el honor de dirigirnos atribuya uso del Vehículo marca Audi Q-7 matrícula ....-MNC , vehículo pertenece a una entidad mercantil, con personalidad jurídica propia y ajena al presente procedimiento.

7.- Al amparo del Art. 93 , 103.3 del C.C . en relación con el Art. 142 , 145 , 146 SS del C.C ., del mismo cuerpo legal y considerando que tanto los ingresos de los progenitores como los gastos ordinarios del hijo común, base fundamental a la hora de fijar la cantidad en concepto de pensión de alimentos, ascendiendo estos últimos por todos los conceptos, incluyendo el futuro de educación a 1.670 euros, que se fije en concepto de pensión de alimentos para el hijo común la cantidad de 1.000 euros mensuales, cantidad que el padre deberá ingresar en la cuenta que designe la Sra. Ofelia dentro de los 5 primeros días de cada mes y que será revisable de acuerdo con la variación que experimente el IPC que publique el INE u organismo que lo sustituya el 1 de enero de cada año.

Cantidad que en ningún caso debe fijarse con efectos retroactivos.

Y ello hasta que el hijo común alcance la independencia económica, cambie de estado civil o fije libremente su domicilio.

Respecto a los gastos extraordinarios educativos, médicos y hospitalarios del menor, el padre deberá abonar, el 50 % de los mismos, previo acuerdo sobre dichos gastos si exceptuamos los médicos y hospitalarios de carácter urgente.

8.- Se condene en costas a Doña Ofelia por evidente temeridad y mala fe".

El Ministerio Fiscal presentó escrito alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, y terminó suplicando: "...tener por contestada la demanda y por opuesto al Ministerio Fiscal a la estimación de la misma, y dar a los autos el curso correspondiente, dictando sentencia en interés del menor.

Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de las pruebas propuestas por las partes, previamente admitidas y declaradas pertinentes, el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Palma de Mallorca,



dictó Sentencia, con fecha 18 de mayo de 2010 cuya parte dispositiva es como sigue: " FALLO: Que estimando parcialmente la demanda presentada por la procuradora de los Tribunales Doña María Garau Motané, actuando en nombre y representación de Doña Ofelia , debo acordar las siguientes medidas.

1.- Se atribuye a Doña Ofelia la guarda y custodia del hijo común Nazario , todavía menor de edad y que queda confiado a su cuidado, compartiendo ambos progenitores la titularidad de la patria potestad sobre el hijo común.

2.- Se reconoce a favor de Don Fermín el derecho de visitar al hijo y tenerlo en su compañía de la siguiente forma:

Con carácter general, el niño no pernoctara con el padre hasta que cumpla cuatro años, salvo que los progenitores pacten adelantar o atrasar dicha fecha, en función de la evolución del menor. Asimismo, los horarios podrán ser modificados por acuerdo entre los progenitores.

Mientras Don Fermín tenga su domicilio en país extranjero, ya sea Estambul o cualquier otro:

- Viajando el padre a Madrid, éste podrá visitar a su hijo, siempre que preavise dicha visita con una antelación mínima de 48 horas y sin pernocta.

Estas visitas deberán realizarse siempre en un horario que respete las actividades y rutinas del menor.

Mientras el menor no acuda a centro escolar las visitas se realizarán en un horario de 10 a 19 horas.

Una vez inicie el curso escolar deberán adaptarse los horarios del niño, prolongándose la visita hasta las 20 horas.

La entrega y recogida del menor se realizará en el domicilio materno, salvo que alguna se iniciara en el centro escolar. La entrega y recogida se realizará bien directamente por los progenitores, bien por persona de confianza designada por cada uno de los progenitores.

- Cada dos meses, Doña Ofelia se trasladará a Turquía con el menor para que el padre pueda ver al mismo.

Los gastos de desplazamiento de madre e hijo y los gastos de alojamiento del menor serán abonados por Don Fermín .

- Durante los períodos vacacionales del menor en los que el padre se traslade a Madrid, Don Fermín podrá tener consigo al menor durante tres días a la semana desde las 10 horas y hasta las 19 horas, siempre respetando las actividades y rutinas del menor.

Cuando el menor cumpla cuatro años, el Sr. Fermín podrá tener a su hijo menor consigo la mitad de los períodos vacacionales del menor (Navidad, Semana Santa y verano). El menor podrá desplazarse a Estambul, encargándose el padre de su recogida en el domicilio materno y de su correspondiente devolución. La elección del concreto período vacacional se adecuará al calendario laboral del padre.

Cuando Don Fermín se instale nuevamente en España.

- Los fines de semana alternos sábado y domingo desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20 horas.

- La mitad de los períodos vacacionales del menor (Navidad, Semana Santa y verano). La elección del concreto período vacacional se adecuará al calendario laboral del padre.

3.- No se efectúa atribución del uso y disfrute del domicilio familiar.

4.- Don Fermín satisfará en concepto de alimentos para el hijo común la cantidad de cuatro mil Euros (4.000 Euros) pagaderos dentro de los cinco primeros días de cada mes por mensualidades anticipadas, las cuales se actualizarán cada año con referencia al uno de Enero a las variaciones que experimente el IPC, publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo oficial equivalente.

5.- Los gastos extraordinarios se satisfarán por partes iguales, conforme al régimen general, con las precisiones siguientes:

- Los que tengan un origen médico o farmacéutico y los que teniéndolo lúdico o académico hubiera sido acordada su realización por ambos progenitores o, en su defecto, hubiesen sido autorizados judicialmente se abonarán por mitades.

- Los que tengan un origen lúdico o académico y no cuenten para su realización con el acuerdo de ambos progenitores o con la autorización judicial supletoria por aquél que determine su realización si es que el gasto llegase a producirse.

- Los gastos extraordinarios reclamados deberán ser justificados oportunamente en cuanto a su importe y a su devengo.

6.- Doña Ofelia y el menor Nazario deberán abandonar el domicilio de la C/ CALLE000 nº NUM000 de Boadilla del Monte (Madrid) en el plazo de 3 meses.

No se efectúa atribución del uso del coche marca AUDI Q 7, por inadecuación de procedimiento. Sin expreso pronunciamiento en costas".

La representación de D<sup>a</sup> Ofelia , presentó escrito solicitando aclaración de sentencia, dictándose con fecha 25 de mayo de 2010, resolución no dando lugar a la aclaración solicitada.

**SEGUNDO.** Contra dicha Sentencia interpusieron recursos de apelación D. Fermín y D<sup>a</sup> Ofelia . Sustanciada la apelación, la Sección 4<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Palma dictó Sentencia, con fecha 17 de febrero de 2011 , con el siguiente fallo: "QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por D<sup>a</sup> Ofelia , y en su representación el/la Procurador/a de los Tribunales D<sup>o</sup>/D<sup>a</sup> María Garau Montané, Y ESTIMANDO TAMBIEN PARCIALMENTE EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por D. Fermín , y en su representación el/la Procurador/a de los Tribunales D<sup>a</sup>. Catalina Salom Santana, contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 16 de Palma en fecha 18 de mayo de 2010 en los presentes autos de procedimiento especial de familia en ejercicio de acción de guarda, custodia y alimentos, seguidos con el número 192/09, de los que trae causa el presente rollo de apelación, DEBEMOS ACORDAR Y ACORDAMOS:

1.- CONFIRMAR la sentencia de instancia en los puntos: "1", "5", del Fallo de la misma, así como el relativo a la no atribución del uso del coche marca AUDI Q-7, contenido en el punto "6" párrafo 20; así como el relativo al no pronunciamiento en costas.

2.- MODIFICAR PARCIALMENTE la sentencia de instancia en el pronunciamiento contenido en el número "2" del Fallo, relativo al regimen de visitas, haciéndolo exclusivamente en el punto que afecta a los traslados del menor a Turquía, el cual queda redactado en la siguiente forma:

- Cada dos meses D Ofelia se trasladará a Turquía con el menor para que el padre pueda ver al mismo. Los gastos de desplazamiento de madre e hijo y los gastos de alojamiento del menor serán abonados por D. Fermín encargándose el Sr. Fermín de adquirir los billetes de avión y facilitárselos a D<sup>a</sup> Ofelia ; siendo D<sup>a</sup> Ofelia quien se habrá de costear su propio alojamiento.

3- REVOCAR el pronunciamiento contenido en el punto "3" de la sentencia apelada, acordando en su lugar: 3.- Atribuir el uso y disfrute de la vivienda sita en la CALLE000 nº NUM000 de Boadilla del Monte, Madrid, al hijo menor de edad, Nazario , y a su madre D<sup>a</sup>. Ofelia en tanto que progenitora custodia de aquél (sic).

4.- MODIFICAR el punto "4" de la sentencia de instancia, en el sentido de que la pensión de alimentos que D<sup>o</sup> Fermín satisfará al hijo común será de la suma de dos mil quinientos euros (2.500.-#) mensuales, pagaderos dentro de los cinco primeros días de cada mes, por mensualidades anticipadas; importe que se actualizará cada año con referencia al uno de enero, conforme a la variaciones que experimente el IPC publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo oficial equivalente.

5.- REVOCAR el pronunciamiento contenido en el párrafo 1º del número "6" del Fallo de la sentencia, en concordancia con lo establecido en el punto "3" del presente Fallo.

6.-No se hace pronunciamiento alguno en cuanto a las costas devengadas en esta alzada".

La representación de D. Fermín , presentó escrito solicitando aclaración de sentencia, dictándose con fecha 2 de marzo de 2011, auto no dando lugar a la aclaración solicitada.

**TERCERO.** Anunciado recurso de casación por D. Fermín , el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Catalina Salom Santana, lo formalizó al amparo del art. 477. 3 en relación con el art. 479.4 de la LEC , articulándolo en los siguientes motivos:

Único.- Por infracción de normas del ordenamiento jurídico así como la jurisprudencia aplicable al caso, denunciando la infracción de los artículos 96 , 348 y 349 del Código Civil , 14 , 33 y 19 de la Constitución Española , 3 y 7 del Código Civil , 24 , 87 , 88 , 89 , 91 , 149.1.8 de la Constitución Española .

Por resolución de fecha 26 de abril de 2011, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

**CUARTO.** Recibidos los autos y formado el presente rollo se personó la Procuradora Doña Cristina Somohano Pendás, en nombre y representación de Doña Ofelia en calidad de parte recurrida. Igualmente, comparece el Procurador Don José Luis Ferrer Recurso en representación de Don Fermín en calidad de parte recurrente. Es parte interviniente el Ministerio Fiscal.

Admitido el recurso por auto de fecha 22 de noviembre de 2011, y evacuado el traslado conferido al respecto, la Procuradora D<sup>a</sup>. Cristina Somohano Pendás, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Ofelia , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

El Ministerio Fiscal, presentó escrito solicitando la estimación del recurso formulado de contrario.

**QUINTO.** Se señaló como día para votación y fallo del recurso el nueve de mayo de dos mil doce, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D<sup>a</sup>. Encarnacion Roca Trias,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Resumen de los hechos probados.

1º D<sup>a</sup> Ofelia y D. Fermín mantuvieron una relación sentimental, con convivencia, desde septiembre 2006 hasta noviembre 2008. De esta relación nació el hijo Nazario el 1 diciembre 2007.

2º La pareja estaba domiciliada en Mallorca, donde D. Fermín prestaba sus servicios como profesional del fútbol, hasta que fue contratado por un club turco, en cuyo momento trasladó su domicilio a Estambul, sin que le acompañara D<sup>a</sup> Ofelia .

3º D<sup>a</sup> Ofelia ocupa en la actualidad un inmueble propiedad de D. Fermín , en una localidad cercana a Madrid. Las partes han reconocido en el procedimiento que no llegaron a compartir nunca esta vivienda, aunque debido a la tolerancia de su propietario D. Fermín , la Sra. Ofelia y el hijo común residen en dicha vivienda.

4º D<sup>a</sup> Ofelia demandó a D. Fermín , ejercitando una acción de reclamación de la guarda y custodia, alimentos y atribución del uso y disfrute del domicilio familiar. En lo relativo a la vivienda, única cuestión que es objeto del recurso de casación, pidió que se le atribuyera el uso y disfrute del inmueble situado en Boadilla del Monte. D. Fermín se opuso alegando que nunca habían convivido en esta vivienda y que su intención al comprarla fue la inversión.

5º La sentencia del Juzgado de 1ª instancia nº 16 de Palma de Mallorca, de 18 mayo 2010 , estimó en parte la demanda. Atribuyó a D<sup>a</sup> Ofelia la guarda y custodia del niño Nazario , estableció un derecho de comunicación y estancias de Nazario y su padre; fijó la cuantía de los alimentos y no atribuyó la vivienda porque *"con independencia de la ocupación posterior a la ruptura no ha quedado acreditado que tuviera el carácter de residencia permanente e intencionada que exige el Tribunal Supremo [...]. Por lo tanto, entiende esta juzgadora que no puede realizarse la atribución ex Art. 96.1 CC , al considerarse que la vivienda de Madrid tenía por objetivo cumplir una función ajena a la de propio y verdadero domicilio [...]"*.

6º D<sup>a</sup> Ofelia apeló la sentencia, que fue revocada por la SAP de Baleares, sección 4ª, de 17 febrero 2011 . La sentencia dice que: **(a)** la vivienda de Boadilla estaba destinada a constituir domicilio familiar cuando los litigantes y su hijo se establecieran en España, pese a que no llegaron a consolidar dicha voluntad, como consecuencia de la residencia del padre fuera de España y la ruptura de la pareja; **(b)** el interés del menor es que la guarda y custodia la ejerza la madre y ésta reside en España, concretamente en Madrid, donde también reside su familia; **(c)** habida cuenta de dicho interés del menor, hay que aplicar la doctrina que considera que se trataría de vivienda familiar, *"por estar adscrita al servicio del conjunto familiar satisfaciendo del mejor modo el interés del menor"*.

7º D. Fermín presenta recurso de casación, que fue admitido por el ATS de 21 noviembre 2011 , en lo referente "[a] la existencia, en cuanto a las infracciones alegadas, de interés casacional por oposición a la jurisprudencia de esta Sala".

Figura el informe del Ministerio Fiscal que apoya la estimación del recurso de casación, por entender que la vivienda cuyo uso se discute, no ha sido nunca domicilio familiar.

Figura asimismo la oposición de la parte recurrida.



**SEGUNDO.** *Enunciado del único motivo del recurso de casación.*

El recurso se formula al amparo del Art. 477,2 , 3 LEC , por ser la sentencia contradictoria con las que cita. Respecto del carácter de domicilio familiar del inmueble situado en Boadilla del Monte, el recurso dice que nunca conformó tal domicilio porque en él no vivieron nunca ni temporal ni permanentemente D. Fermín , D<sup>a</sup> Ofelia y el hijo de ambos, Nazario . A continuación, el recurso de casación denuncia la vulneración de una serie de normas relativas al derecho de propiedad, como los Arts. 348 y 349 CC , y Arts. 14 y 33 CE . Denuncia asimismo la contradicción con la jurisprudencia de esta Sala, concretada en las sentencias de 16 noviembre 1996 , 30 enero 1993 y 18 mayo 1956. Cita también una serie de sentencias de Audiencias Provinciales , relativas a la interpretación del Art. 96 CC .

*El motivo se estima.*

**TERCERO.** *A atribución en el procedimiento de menores de viviendas que no constituyen el domicilio familiar.*

El problema planteado en el presente ha sido objeto de la sentencia de esta Sala 284/2012, de 9 mayo , que ha sentado la siguiente doctrina casacional: "en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar".

Es cierto que en el presente recurso, los litigantes no han contraído matrimonio, por lo que la aplicación de esta doctrina exige una argumentación complementaria.

La aplicación del Art. 96 CC a las rupturas de convivencias de hecho con hijos exige que se cumplan los mismos requisitos exigidos en la propia disposición, es decir, que constituyan la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Es en este sentido que se ha venido interpretando la noción de vivienda familiar, que es un concepto no definido en el Código civil, pero que debe integrarse con lo establecido en el Art. 70 CC , en relación al domicilio de los cónyuges.

Cuando se trata de una pareja que convive sin haber contraído matrimonio, la atribución del domicilio familiar se rige por las mismas reglas que en la ruptura matrimonial. Por ello, el juez no puede atribuir a los hijos o a un cónyuge o conviviente un inmueble al que los convivientes no hayan reconocido como domicilio familiar.

**CUARTO.** *La aplicación de la anterior doctrina al presente litigio.*

En el presente litigio, las partes han estado de acuerdo en negar que el inmueble sito en Boadilla del Monte hubiera tenido en ningún momento la condición de domicilio familiar. Así:

1º D<sup>a</sup> Ofelia tuvo la posesión de dicho inmueble por simple tolerancia de su propietario exclusivo, D. Fermín . D<sup>a</sup> Ofelia empezó a vivir allí cuando D. Fermín prestaba sus servicios como profesional del fútbol en un club turco y según sus propias manifestaciones, después de que la pareja hubiese ya entrado en un periodo de crisis. Ello prueba, como así se ha considerado en las dos instancias, que no existió en dicho inmueble una convivencia que pudiera haber atribuido al domicilio la condición de "familiar".

2º El hecho de que D<sup>a</sup> Ofelia tuviera la posesión del inmueble y realizara en él obras, no lo convierte en domicilio familiar. Esta cuestión deberá examinarse en el momento de la liquidación de la posesión.

3º D<sup>a</sup> Ofelia reconoció implícitamente que su domicilio familiar había quedado constituido en Lluchmajor, Mallorca, al demandar a D. Fermín en Mallorca, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 769.3 LEC , que establece que en los procedimientos sobre guarda y custodia de hijos menores y alimentos, "[s]erá competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores".

4º La doctrina recientemente sentada por esta Sala, de acuerdo con la cual, no puede atribuirse a los hijos y al progenitor custodio en calidad de domicilio familiar un inmueble que no haya tenido esta condición.

5º Las necesidades de habitación del hijo menor, incluidas en el derecho de alimentos, no necesariamente deben ser solucionadas con la atribución de la posesión de un inmueble propiedad de su padre. La regulación del derecho de alimentos no exige una solución de este tipo.

**QUINTO.** *Casación de la sentencia recurrida.*

La estimación del único motivo del recurso de casación formulado por D. Fermín contra la SAP de Mallorca, sección 4ª, de 17 febrero 2011 , determina la de su recurso.

En consecuencia se casan y anulan los pronunciamientos contenidos en los puntos tercero, cuarto y quinto de la sentencia recurrida, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 487.3 LEC .

**SEXTO. Resolución del caso.**

Según lo dispuesto en el Art. 487.3 LEC , esta Sala debe decidir sobre el caso planteado, aplicando la doctrina ya pronunciada en la STS 284/2012, de 9 mayo .

La sentencia anulada contenía un pronunciamiento doble con dos decisiones interdependientes: la atribución del domicilio compensaba la cantidad que el padre debe prestar por alimentos al menor Nazario . Por tanto, debemos pronunciarnos sobre el conjunto de las obligaciones de alimentos, sin que ello sea incurrir en incongruencia.

Consecuencia de la anulación de los puntos tercero, cuarto y quinto de la sentencia recurrida, esta Sala repone la sentencia dictada en primera instancia, en los puntos tercero, cuarto y sexto de su fallo, de modo que:

1º No se efectúa atribución del uso y disfrute del inmueble sito en la CALLE000 nº NUM000 de Boadilla del Monte.

2º D. Fermín satisfará en concepto de alimentos al hijo común la cantidad de 4.000#.

3º Dª Ofelia y el menor Nazario deberán abandonar el inmueble de la CALLE000 nº NUM000 de Boadilla del Monte.

**SÉPTIMO. Costas.**

No se imponen las costas del recurso de casación a la parte recurrente, en aplicación de lo dispuesto en el Art. 398.2 LEC .

No se hace especial pronunciamiento de las costas del recurso de apelación.

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

**FALLAMOS**

1º Se estima el recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Fermín , contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Mallorca, sección 4ª, de 17 febrero 2011, dictada en el rollo de apelación nº 456/2010 .

2º Se casa y anula en parte la sentencia recurrida, en los pronunciamientos identificados con los números tercero, cuarto y quinto, que dicen: "3- *REVOCAR el pronunciamiento contenido en el punto "3" de la sentencia apelada, acordando en su lugar: 3.- Atribuir el uso y disfrute de la vivienda sita en la CALLE000 nº NUM000 de Boadilla del Monte, Madrid, al hijo menor de edad, Nazario , y a su madre D Ofelia en tanto que progenitora custodia de aquél.*

4.- *MODIFICAR el punto "4" de la sentencia de instancia, en el sentido de que la pensión de alimentos que Dº Fermín satisfará al hijo común será de la suma de dos mil quinientos euros (2.500.-#) mensuales, pagaderos dentro de los cinco primeros días de cada mes, por mensualidades anticipadas; importe que se actualizará cada año con referencia al uno de enero, conforme a la variaciones que experimente el IPC publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo oficial equivalente.*

5.- *REVOCAR el pronunciamiento contenido en el párrafo 1º del número "6" del Fallo de la sentencia, en concordancia con lo establecido en el punto "3" del presente Fallo".*

3º Se repone en parte la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª instancia nº 16 de Palma de Mallorca, de 18 mayo 2010 en los puntos 3, 4 y 6, que dicen:

" 3.- *No se efectúa atribución del uso y disfrute del domicilio familiar.*

4.- *Don Fermín satisfará en concepto de alimentos para el hijo común la cantidad de cuatro mil Euros (4.000 Euros) pagaderos dentro de los cinco primeros días de cada mes por mensualidades anticipadas, las cuales se actualizarán cada año con referencia al uno de Enero a las variaciones que experimente el IPC, publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo oficial equivalente.*

6.- *Doña Ofelia y el menor Nazario deberán abandonar el domicilio de la C/ CALLE000 nº NUM000 de Boadilla del Monte (Madrid) en el plazo de 3 meses.*

*No se efectúa atribución del uso del coche marca AUDI Q 7, por inadecuación de procedimiento. Sin expreso pronunciamiento en costas".*

4º Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida





5º No se imponen las costas del recurso de casación a ninguna de las partes.

6º No se imponen las costas del recurso de apelación a ninguna de las partes

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.-Encarnacion Roca Trias.- Ignacio Sancho Gargallo.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos .- Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D<sup>a</sup>. Encarnacion Roca Trias, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ