

Roj: **STS 117/2017 - ECLI:ES:TS:2017:117**Id Cendoj: **28079110012017100025**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **23/01/2017**Nº de Recurso: **755/2016**Nº de Resolución: **43/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STS 117/2017,**  
**SAP M 18799/2015**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 23 de enero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada, con fecha 17 de septiembre de 2015, aclarada por auto de 11 de diciembre de 2015, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, en el rollo de apelación 214/2015, dimanante de los autos de divorcio contencioso 512/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 66 de Madrid. Ha comparecido en calidad de parte recurrente don Jesús Luis, representado por don José Antonio Sandín Fernández. Ha comparecido en calidad de parte recurrida el procurador don Juan Manuel Caloto Carpintero, en nombre y representación de doña Vanesa,

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador don José Antonio Sandín Fernández, en nombre y representación de don Jesús Luis, interpuso demanda de divorcio frente a doña Vanesa, suplicando al Juzgado se dicte sentencia por la que:

«AL JUZGADO SUPLICO: Que teniendo por presentado este escrito con sus copias y documentos acompañados, lo admita y en su virtud tenga por interpuesta DEMANDA DE DIVORCIO MATRIMONIAL A INSTANCIAS DE D. Jesús Luis y FRENTE A Dª Vanesa, y previos los trámites oportunos, previa citación de la demandada y con necesaria intervención del Ministerio Fiscal al haber una hija menor de edad, señale día y hora juicio, y tras su celebración dicte Sentencia por la se acuerden las siguientes MEDIDAS DEFINITIVAS DE DIVORCIO:

- »a) DECLARACIÓN DE DIVORCIO: Se declare la disolución del matrimonio por divorcio de los esposos.
- »b) GUARDA Y CUSTODIA: Se atribuya a la madre la guarda y custodia de la menor Encarnación.
- »c) PATRIA POTESTAD: Se mantenga la patria potestad de la menor compartida.
- »d) REGIMEN DE VISITAS Y ESTANCIAS A FAVOR DEL PADRE Y LOS

MENORES: Se fije como régimen de visitas y estancias de la menor con el padre, y sin perjuicio de una nueva valoración en conclusiones de este juicio a la vista de las pruebas periciales que pudieran practicarse, el siguiente:

- » VISITAS: Las que libremente acuerden la menor y el padre.
- » VACACIONES: o Verano: Las vacaciones de verano se concretarían en el mes de julio y agosto.



Mientras que el padre no trabaje será la madre quien disfrutará de la compañía de la menor el mes julio o agosto coincidente con el mes en que la madre disfrute sus vacaciones laborales, debiendo la madre con anterioridad al mes de mayo de cada año informar al padre de cuál es el mes que ella disfrutará de vacaciones laborales y que coincidirá por tanto con la compañía de la menor, correspondiendo al padre el otro mes.

»Para el caso de que el padre se incorporara a su actividad laboral el padre tendrá a la menor el mes de julio o agosto que elija correspondiendo la elección al padre los años pares y a la madre los impares, debiéndose comunicarse recíprocamente la elección con anterioridad al día 1 de junio de cada año.

»- Navidad: El padre tendrá en su compañía a la menor mitad de las vacaciones escolares de Navidad. A los anteriores efectos dichas vacaciones se dividirán en dos periodos que serán disfrutados de modo alternativo por ambos progenitores, comprendiendo el primero desde el inicio de las mismas hasta la tarde del 30 de diciembre y el segundo desde ese momento hasta la reanudación del curso escolar. En caso de desacuerdo en la elección de los periodos elegirá el padre los años pares y la madre los impares, debiéndose comunicar el periodo elegido antes del día quince del mes de diciembre.

»- Semana Santa: Las vacaciones de Semana Santa serán disfrutadas alternativamente cada año por cada progenitor, correspondiendo al padre los años pares y a la madre los impares.

»Para los periodos de vacaciones se estará a lo que fije cada año el calendario escolar de la Comunidad de Madrid.

»Las entregas y recogidas de la menor se realizarán por el padre o una familiar de este en el domicilio materno.

»Este régimen de visitas y estancias se mantendrá hasta la mayoría de edad de la menor.

»e) VIVIENDA FAMILIAR: Se atribuya el uso y disfrute de la vivienda familiar y ajuar doméstico, sita en Madrid (Madrid) CALLE000 , n° NUM000 , Escalera NUM001 , NUM000 NUM002 a la menor hasta su mayoría de edad o hasta la liquidación de la sociedad de gananciales si esta se liquidara antes.

»f) PENSIÓN DE ALIMENTOS PARA LA MENOR: Se establezca con cargo al padre en concepto de PENSIÓN DE ALIMENTOS para la menor la cantidad de DOSCIENTOS EUROS (200,00.- €) MENSUALES a abonar a la madre mediante ingreso en la cuenta bancaria que esta designe dentro de los cinco primeros días de cada mes y actualizándose conforme al IPC que se genere en los doce meses anteriores a cada actualización o actualizándose conforme a los incrementos de las pensiones públicas de acceder el demandado a ser pensionista.

»Los gastos extraordinarios que surjan en la vida de la menor serán sufragados por mitad entre ambos progenitores siendo necesario para acometer el mismo el acuerdo previo y por escrito de ambos progenitores. Si el gasto fuera médico y no estuviera cubierto por los servicios públicos de salud o seguro médico privado será necesario el acuerdo previo sobre el facultativo así como de su importe y sobre la necesidad del mismo. En caso de discrepancia será sometido a criterio judicial.

»g) OTROS USOS Y ADMINISTRACIÓN:

»a. Se atribuya a D Vanesa el uso y administración del vehículo ganancial marca PEUGEOT modelo 206 ....-LCW y al esposo el KIA modelo CARENS ....-RDM , siendo de cuenta de cada uno de ellos los gastos derivados de su uso y mantenimiento.

»b. Se atribuya a ambos esposos la administración conjunta y mancomunada de los depósitos y activos financieros que a nombre de la demandada estén depositados en las entidades Banco Popular, y Banco de Santander

»h) OTRAS MEDIDAS: Las demás que sean procedentes por ministerio de la ley y especialmente la disolución del régimen económico matrimonial de gananciales, la revocación de poderes y consentimientos, y a remisión de los oficios a los registros civiles donde constan inscritos el matrimonio y el nacimiento de la menor.»

**2.-** Por Decreto de 20 de junio de 2014, se admitió a trámite la demanda dando traslado a las partes para contestar.

**3.-** El procurador don Juan Manuel Caloto Carpintero, en nombre y representación de doña Vanesa contestó a la demanda y suplicó al Juzgado:

«Que teniendo por presentado este escrito con los documentos que se acompañan, y copias de todo ello se tenga por interpuesta en tiempo y forma escrito de contestación a la demanda, oponiéndonos a la misma en los términos que consta y tras los trámites legales se dicte sentencia acordando lo siguiente:

»1.- La disolución por divorcio del matrimonio entre Doña Vanesa y D. Jesús Luis



»2.- La atribución de la patria protestad compartida entre ambos progenitores acordando que la hija menor del matrimonio quede bajo la guardia y custodia de la madre.

»3.- Establecer a favor del padre un régimen de visitas de la forma más amplia posible acordada entre la menor y el padre fijando que el periodo vacacional de la menor lo compartan por mitad el padre y la madre.

»4.- Atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

»El uso y disfrute de la vivienda que constituye el domicilio familiar sita en CALLE000 n° NUM000 portal NUM001 .- NUM003 NUM002 de Madrid y el ajuar doméstico de la misma debe atribuirse a la hija menor que vivirá en ella con la madre hasta su total emancipación e independencia económica sin tener en cuenta su mayoría de edad.

»Quedando el esposo en libertad de establecer su domicilio en un futuro donde mejor convenga a sus intereses. Pero en caso de cambio de domicilio D. Jesús Luis vendrá obligado a comunicárselo a Doña Vanesa a fin de facilitar la comunicación en relación a la hija menor del matrimonio.

»5.- Pensión por alimentos. Por aplicación del art. 142 del C.C . y demás concordantes, solicitamos que se acuerde que el padre abonará mensualmente hasta la independencia económica de la hija independientemente de su mayoría de edad la cantidad de 849,79 euros/mes que se abonaran por el padre por meses anticipados dentro de los 5 días de cada mes en la de de la esposa que esta designe al efecto, dicha cantidad será incrementada cada año conforme a la variación que experimente el IPC, que aparezca publicada por el INE u Organismo que lo sustituya.

El padre además se hará cargo de pagar los gastos de atención y mantenimiento de la mascota de la menor por importe de 47,21 euros al mes.

»6.- Pensión compensatoria.

Ninguno de los cónyuges solicita del otro cantidad alguna en concepto de pensión compensatoria.

»7.- Otras medidas procedentes.

»Procede también revocar los poderes o consentimiento que se hubieran otorgado los cónyuges vigente en matrimonio.

Asimismo se decretará en la sentencia la disolución de la sociedad de gananciales, atribuyendo por ahora a la esposa el uso del vehículo PEUGEOT 206 y al marido el uso del vehículo KIA CARENS ambos pertenecientes a la sociedad de gananciales.

Declarar que no procede tal y como hemos manifestado en el apartado V de las cuestiones del fondo de nuestros fundamentos de derecho la administración mancomunada de las cuentas de la demandada.

»8.- Inscripción de la sentencia.

Una vez la sentencia adquiera firmeza solicitamos que se libre oficio al Registro Civil donde consta inscrito el matrimonio y el nacimiento de la menor para su inscripción.

»9.- Comparecencia de la menor para ser oída.

»Se solicita que en aplicación de lo establecido en el art. 92.2 del C.C . sea oída en declaración ante el Juzgado la menor, ya que cuenta con 16 años de edad y juicio suficiente para prestar declaración, siendo además un derecho de la menor el derecho de ser oída.

»La menor Encarnacion , debe ser citada a través de esta representación o en el domicilio familiar CALLE000 n° NUM000 portal NUM001 - NUM000 C.P. 28035 Madrid.

»Además se solicita que en aplicación de lo establecido en el art. 92.2 del C.C . sea oída en declaración ante el Juzgado la menor, ya que cuenta con 16 años de edad y juicio suficiente para prestar declaración, siendo además un derecho de la menor el derecho a ser oída.»

**4.-** El Juzgado dictó sentencia el 18 de noviembre de 2014 , cuya parte dispositiva dice:

«ESTIMAR PARCIALMENTE LA DEMANDA interpuesta por el Procurador D. José Antonio Sandin Fernández, en nombre y representación de D. Jesús Luis , frente a D. Vanesa , que estuvo representada en los autos por el Procurador D. Juan Manuel Caloto Carpintero, y, en consecuencia:

»1°.- DECRETAR LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO POR DIVORCIO de los cónyuges litigantes, con los efectos legales inherentes a dicho pronunciamiento.

»- ACORDAR LAS SIGUIENTES MEDIDAS que habrán de regular el 'yo estado civil de los esposos:



»2.1º.- La guarda y custodia de la hija menor de edad del matrimonio se atribuye a la madre, perviviendo la patria :estad compartida.

»2.2º.- El domicilio familiar de la CALLE000 nº NUM000 , escalera NUM001 , NUM000 NUM002 de Madrid, se atribuye a la hija menor y, consecuentemente, a la progenitora custodia, y ello hasta la mayoría de edad de la hija.

»2.3º.- Padre e hija podrán relacionarse y visitarse en la forma que tengan por conveniente.

»2.4º.- El padre contribuirá, en concepto de pensión de alimentos a favor de la hija, en la cantidad de 400 euros mensuales, en doce mensualidades, que se ingresará, por meses anticipados, en la cuenta que al efecto designe el padre, en los cinco primeros días de cada mes, y se actualizará anualmente de forma automática según las variaciones que experimente el IPC publicado por el INE u Organismo Público que lo sustituya, operándose la primera actualización en el mes de diciembre de 2015.

»Los gastos extraordinarios en que incurra la hija serán sufragados por mitad por ambos progenitores

Las obligaciones económicas aquí establecidas se mantendrán hasta la independencia económica de la hija.

»2.5º.- Se atribuye a la esposa del uso y disfrute del vehículo Peugeot 206 matrícula ....-LCW y al esposo del KIA Carens matrícula ....-RDM , siendo de cuenta de cada uno los gastos derivados de los mismos.

»2.6º.- No ha lugar a la medida interesada en la demanda de administración conjunta y mancomunada de los depósitos y activos financieros a nombre de la demandada.

»Procede declarar las costas de oficio.»

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La representación procesal de doña Vanesa , interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución, correspondiendo conocer de él a la Sección 24ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 17 de septiembre de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

«Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por DÑA. Vanesa , representada por el Procurador D. JUAN MANUEL CALOTO CARPINTERO, frente a la Sentencia de fecha dieciocho de Noviembre de dos mil catorce, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 66 de MADRID , en autos de DIVORCIO, con el nº 512/14; seguidos contra D. Jesús Luis , representado por el Procurador D. JOSÉ ANTONIO SANDÍN FERNÁNDEZ; debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la citada resolución remitiéndose a los fundamentos antes expuestos y sin hacer expresa imposición a ninguna de las partes de las causadas ni en la primera ni en la segunda instancia. Con pérdida del depósito constituido, salvo que sea beneficiario de justicia gratuita.

»Siendo estimatorio el recurso, procédase a la devolución del depósito al consignante, salvo que sea beneficiario de justicia gratuita»

2.- La sentencia fue aclarada por auto de 11 de diciembre de 2015 cuya parte dispositiva dice:

«1.- Estimar la petición formulada por el Procurador d elos Tribunales D. Juan Manuel Caloto Carpintero en nombre y representación de doña. Vanesa , en el sentido de Aclarar la Sentencia dictada en el presente procedimiento con fecha 17/09/2015 , en el sentido que se indica.

2.- La referida Resolución queda definitivamente redactada en el particular señalado en los antecedentes, de la siguiente forma:

»"ESTIMACIÓN PARCIAL del recurso, Confirmación de la Resolución, a excepción del domicilio familiar, que se le atribuye a la hija común, hasta la independencia económica de ésta.»

»Incorpórese esta resolución al libro de Sentencias a continuación de aquélla de la que trae causa y llevese testimonio a los autos principales".»

#### **TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- La representación procesal de don Jesús Luis , interpuso recurso de casación contra la anterior resolución, con base en un único motivo al amparo de los dispuesto en el número 3º del apartado 2 del art. 477 LEC .

2.- La sala dictó auto el 21 de septiembre de 2016 cuya parte dispositiva dice:

«1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Jesús Luis , contra la sentencia dictada, con fecha 17 de septiembre de 2015 , -con aclaración por auto de 11 de diciembre de 2015- por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, en el rollo de apelación 214/2015 , dimanante de los autos de divorcio contencioso 512/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 66 de Madrid.



»2º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida y el Ministerio Fiscal formalicen por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.»

**3.-** Dado traslado a las partes, el Ministerio Fiscal se opuso al recurso en atención a las circunstancias que se dan en la hija, alegando que el Código Civil no impone que obligatoriamente y en todos los casos el uso de la vivienda familiar atribuida a los hijos menores se extinga automáticamente, sin determinar el interés más necesitado de protección.

**4.-** La representación procesal de la parte recurrida manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

**5.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del presente recurso el 11 de enero de 2017, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de Antecedentes.*

Son hechos relevantes de las instancias para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

**1.-** El 12 de mayo de 2014 don Jesús Luis formuló demanda de divorcio contencioso frente a doña Vanesa .

Ambos habían contraído matrimonio en fecha NUM004 de 1993, del que nació una hija, Encarnacion , que a la fecha de presentación de la demanda tenía 16 años de edad.

**2.-** La sentencia dictada en primera instancia, con estimación parcial de la demanda, acuerda la disolución del matrimonio por divorcio, atribuye la guarda y custodia de la hija menor común a la madre con patria potestad compartida, el uso de la vivienda familiar a la progenitora custodia hasta la mayoría de edad de la hija, régimen de visitas flexible y pensión de alimentos a favor de la menor y a cargo del padre de 400 euros mensuales con gastos extraordinarios por mitad, y manteniéndose las obligaciones hasta la independencia económica de la hija. La sentencia también atribuye uso de vehículos y deniega la administración conjunta y mancomunada de depósitos y activos financieros a nombre de la demandada.

Al motivar la decisión sobre la atribución del uso de la vivienda familiar tiene en cuenta que: «... en defecto de previsión explícita en el Código Civil a la hora de decidir a quién debe otorgarse la vivienda cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad, se debe defender como único criterio aplicable el del interés más necesitado de protección. Se considera al respecto que si hubiese querido el legislador asumir la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos mayores de edad sin independencia económica que convivan con uno de los progenitores así debió haberlo previsto de forma explícita, al modo que se hace en el art. 93 CC respecto del derecho a percibir pensión alimenticia. Al no haberse establecido tal previsión legal no cabe interpretación extensiva alguna de la norma prevista para menores de edad en el art. 96.1 CC , máxime cuando es evidente que la atribución del uso de la vivienda no deja de comportar un gravamen al derecho de dominio.

»En definitiva, acordando la limitación del uso de la vivienda hasta que la hija común alcance la mayoría de edad se preserva la posibilidad de reconsiderar, a esa fecha, el interés que habrá de resultar más necesitado de protección, si el de la madre o el del padre, de tal suerte además que se alienta con dicha medida la pronta liquidación del régimen ganancial, visto que las situaciones de condominio tienden a ser antieconómicas.»

**3.-** Doña Vanesa interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia. Correspondió conocer de él a la Sección 24ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 17 de septiembre de 2015 por la que tomó en consideración la alegación de la parte apelante y decidió que la atribución de la vivienda familiar sea hasta la independencia económica de la hija, siempre y cuando ésta lógicamente se produzca dentro del término lógico de acceder al mercado laboral, con un aprovechamiento normal que dura el proceso de formación universitaria o de estudios que realice la menor y un tiempo lógico propio para acceder a ese mercado.

**4.-** Los aspectos fácticos que describe la sentencia son los siguientes:

**1.-** Respecto del demandante un diagnóstico de esclerosis múltiple y un diagnóstico de leucemia con un tratamiento psiquiátrico, en situación de incapacidad permanente absoluta desde octubre de 2014.

**2.-** Respecto de la demandada era secretaria de dirección recibió una indemnización de 73.356 euros en el año 2012.

**3.-** Respecto de la menor, de 16 años estudiante, con problemática médica por migrañas con episodios de ansiedad que precisa tratamiento psicológico y con faltas escolares y un tratamiento dermatológico.





5.- Don Jesús Luis interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia por el cauce del interés casacional y lo estructuró en un motivo único, aunque figure como primero:

« PRIMERO.- El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el número 3º del apartado 2 del art. 477 LEC, denunciando violación de los artículos 90, 91, 96, 142 y 154 del Código Civil, presentando interés casacional la resolución del recurso a tenor de lo previsto en el art. 477.3 LEC, pues existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales».

En el desarrollo del motivo el recurrente mantiene la contradicción jurisprudencial existente entre la Sección 24.º de la Audiencia Provincial de Madrid, que atribuye el uso de la vivienda a los hijos menores de edad hasta la independencia económica y la Sección 22.ª de la misma Audiencia Provincial que atribuye el uso de la vivienda a los hijos menores hasta alcanzar la mayoría de edad.

De la Sección 24.ª cita además de la que se recurre las sentencias de 17 de septiembre de 2015, aclarada por auto de fecha 11 de diciembre de 2015 y la sentencia de fecha 3 de diciembre de 2008 en el recurso 921/2008.

De la Sección 22.ª cita las sentencias de 29 de abril de 2014, recurso 352/2013 y de 14 de julio de 2015, recurso 714/2015.

6.- La Sala dictó auto el 21 de septiembre de 2016 por el que se admitía el recurso de casación interpuesto y, previo el oportuno traslado, la parte recurrida presentó escrito de oposición al mismo, aportando un documento cuya admisión procede pero al amparo del artículo 752 LEC (sentencia 409 2015, de 17 julio, rec. 1712/2014)

7.- El Ministerio Fiscal se opuso al recurso en atención a las circunstancias que se dan en la hija, alegando que el Código Civil no impone que obligatoriamente y en todos los casos el uso de la vivienda familiar atribuida a los hijos menores se extinga automáticamente, sin determinar el interés más necesitado de protección.

#### **Recurso de casación.**

##### **SEGUNDO.-** *Decisión de la Sala.*

1.- Sobre la admisibilidad del recurso cabe decir que no es adecuado el cauce del interés casacional por jurisprudencia contradictoria entre audiencias provinciales, ya que lo que existe sobre la materia es jurisprudencia de esta sala que la sentencia recurrida podría contradecir, y a ello es a lo que se debe ofrecer respuesta

2.- Cuando existen hijos menores de edad el interés de éstos es el que determina la atribución del uso de la vivienda familiar, que corresponderá a ellos y al progenitor custodio ( artículo 96.1 CC ). Sólo existen dos factores que eliminan el rigor de la norma: (i) cuando la vivienda no tenga el carácter de familiar; (ii) cuando el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios

Así se recoge en la sentencia 284/2016, de 3 mayo, rec. 129/2015, que se hace eco de lo declarado en la sentencia de 5 de noviembre de 2012, reiterado en las de 15 de marzo de 2013 y 16 de enero de 2015

3.- Por tanto la sentencia de primera instancia fue correcta atribuyendo el uso de la vivienda familiar a la menor y a la progenitora custodia

Ahí pudo detenerse. Sin embargo, conocedora de la doctrina de esta Sala, limitó la aplicación rigorista del artículo 96.1 CC hasta la mayoría de edad de la menor para, alcanzada ésta, que se aplicase el artículo 96.3 CC y se decidiese prudencialmente a favor del cónyuge cuyo interés fuera el más necesitado de protección, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable

En efecto existe doctrina de sentencia de pleno, que recoge la sentencia 315/2015, de 29 de mayo, rec. 66/2014, del siguiente tenor

«La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso, dice la sentencia de 11 de noviembre 2013, deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue asignación inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas»



4.- En atención a lo expuesto la sentencia recurrida decidió prematuramente, como si la hija ya fuese mayor de edad, y teniendo en cuenta sólo las circunstancias de ella y no la del progenitor más necesitado de protección en atención a las circunstancias fácticas que la propia sentencia recoge

Un supuesto similar fue el que decidió la sentencia 604/2016, de 6 de octubre, rec. 1986/14 , con cita de la jurisprudencia antes citada, y declara lo siguiente

«En el caso que se enjuicia la sentencia recurrida valora que los hijos viven con su madre y que no tienen independencia económica encontrándose en periodo de formación por lo que, dice, sin citar jurisprudencia alguna, que solo cabe hacer el uso y atribución del domicilio "a los hijos por ser estos el interés más necesitado de protección" y "exclusivamente hasta la independencia económica"

»Sin duda, el desconocimiento de la jurisprudencia sobre esta materia justifica el interés casacional que ha dado lugar al recurso de casación. El uso se atribuye al progenitor, como luego se dice en el fallo, y por el tiempo que prudencialmente se fije a su favor y este tiempo no es el que conviene a los hijos sino a ella, aunque pueda valorarse la circunstancia no solo de que convivan con ella los hijos, sino de que aquella custodia que se había establecido a su favor durante su minoría de edad desaparece por la mayoría de edad y si estos necesitaran alimentos, en los que se incluye la vivienda, pueden pasar a residir con cualquiera de sus progenitores en función de que el alimentante decida proporcionarlos manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos

»Por consiguiente, la sentencia recurrida, utilizando el criterio del interés de los hijos mayores, contradice la doctrina de esta sala y ha de ser casada.

**TERCERO.-** Procede estimar el recurso de casación y, conforme a lo dispuesto en los artículos 394.1 y 398.1 LEC , no imponer las costas del recurso

En aplicación de los mismos preceptos, y por desestimarse el recurso de apelación, procede condenar a la parte recurrente a las costas de este recurso

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Jesús Luis , contra la sentencia dictada con fecha 17 de septiembre de 2015 , y aclarada por auto de 11 de diciembre de 2015 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, en el rollo de apelación 214/2015 , dimanante de los autos de divorcio contencioso 512/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 66 de Madrid. 2.º Casar la sentencia recurrida y desestimar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de la primera instancia, que se confirma, declarando su firmeza. 3.º No se imponen las costas del recurso de casación. 4.º Se condena a la parte apelante a las costas causadas en el recurso de apelación

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz