



Roj: **STS 5287/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5287**

Id Cendoj: **28079110012016100694**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/11/2016**

Nº de Recurso: **3499/2015**

Nº de Resolución: **707/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 18784/2015,**
STS 5287/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 25 de noviembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D.^a Cecilia , representada por el procurador D. Fernando Anaya García bajo la dirección letrada de D.^a Ana Tormo Garrido, contra la sentencia dictada el 8 de noviembre de 2015 por la Sección 24.^a de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación núm. 516/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 843/2014 del Juzgado de Primera Instancia núm. 75 de Madrid, sobre modificación de medidas. Ha sido parte recurrida D. Hilario , representado por la procuradora D.^a Laura Albarrán Gil y bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier Martín-Pérez Rodríguez. Es parte el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.^a Laura Albarrán Gil, en nombre y representación de D. Hilario , interpuso demanda de juicio ordinario contra D.^a Cecilia en la que solicitaba se dictara sentencia en los siguientes términos:

«...por la que las medidas acordadas en las Cláusulas Cuarta, Quinta y Sexta del Convenio Regulador suscrito por las partes con fecha 7 de abril de 2008 y aprobado por Sentencia número 294, de fecha 29 de mayo de 2008, dictada por este Juzgado de Primera Instancia número 75 de Madrid , en Autos de Divorcio de Mutuo Acuerdo número 199/2008, se modifiquen los siguientes términos:

»1º.- Clausula cuarta.- Alimentos de las hijas y gastos extraordinarios:

» **A.** Que don Hilario abone a doña Cecilia , mensualmente, la cantidad de OCHOCIENTOS EUROS (800,00 ?) en concepto de alimentos para las hijas, a razón de CUATROCIENTOS EUROS (400,00 ?) por cada una de ellas, pago que será efectuado dentro de los cinco primeros días de cada mes. La citada suma será revisada anualmente, con efectos desde el día 1 de enero de cada año, en el mismo porcentaje en que se incrementen los ingresos que por su trabajo perciba don Hilario o, subsidiariamente, en el porcentaje de incremento que experimente el Índice Nacional de Precios de Consumo, editado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que, en su caso, pudiera sustituirle.

» **B.** Que ambos progenitores sufragarán al 50% el coste del seguro médico privado contratado con la compañía Sanitas respecto de ambas hijas, así como a mantener vigente la póliza suscrita con dicha compañía, si bien, de mutuo acuerdo, podrán contratar una nueva póliza con cualquier otra aseguradora médica, siendo por cuenta de la demandada la cuota que a ella le pueda corresponder por permanecer como asegurada en dicha póliza.



»C. Que ambos progenitores satisfarán al 50% y previa acreditación de su devengo, cuantos gastos extraordinarios se produzcan respecto de las expresadas hijas, tales como gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social o la aseguradora médica, etc. y los relativos a viajes escolares y actividades extraescolares, siempre que su realización sea acordada por ambos progenitores, no considerándose gastos extraordinarios los gastos de comedor y transporte escolar de las hijas, ni los gastos de matrículas y mensualidades que se hayan de abonar a los centros educativos en que, en cada momento, se encuentren matriculadas aquéllas, así como tampoco los libros de texto, material escolar y uniformes escolares.

»D. Que no procede que don Hilario abone las cuotas de la hipoteca concedida por la entidad Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián (KUTXA), con el número de préstamo NUM000 , que grava la vivienda sita en la CALLE000 , número NUM001 , NUM002 , de Madrid, de propiedad de doña Cecilia , así como tampoco los recibos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles que se repercuta sobre la misma, ni el importe del seguro de hogar, la alarma y las cuotas, ya sean ordinarias o extraordinarias, que gire la Comunidad de Propietarios constituida sobre el edificio del que forma parte la expresada vivienda.

»2.ª- Cláusula quinta.- Pensión compensatoria:

»Que se declare extinguida la pensión compensatoria fijada con cargo al actor a favor de doña Cecilia , subsidiariamente, la reducción del importe de la misma atendiendo a los ingresos que aquélla percibe por su trabajo, estableciéndose en tal caso como límite temporal de abono de la pensión compensatoria por parte del actor el plazo de dos años, sin que, ni por acordarse tal extinción ni, en su caso, por reducción de su importe, se produzca incremento alguno de la pensión de alimentos que se fije a favor de las hijas, extinguiéndose, asimismo, la obligación de pago del actor a la demandada del seguro de su vehículo y del impuesto de circulación del mismo.

»3.ª- Cláusula sexta: Que cesa la obligación de don Hilario de abonar, ni siquiera parcialmente aun en el supuesto contemplado en la Cláusula Sexta del Convenio Regulador de Divorcio suscrito con fecha 7 de abril de 2008, las cuotas mensuales de la hipoteca que grava la vivienda sita en la CALLE000 , número NUM001 , NUM002 , de Madrid, de propiedad de doña Cecilia , así como tampoco los recibos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles que se repercuta sobre la misma, ni el importe del seguro de hogar, la alarma y las cuotas, ya sean ordinarias o extraordinarias, que gire la Comunidad de Propietarios constituida sobre el edificio del que forma parte la expresada vivienda.

»Todo ello con expresa imposición de costas a la demandada, si se opusiere a lo pedido, y lo demás a que hubiera lugar en Derecho».

2.- La demanda fue presentada el 29 de julio de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 75 de Madrid y fue registrada con el núm. 843/2014 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Isabel García Martínez, en representación de D.ª Cecilia , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«...dictar sentencia en la que se desestimen los pedimentos de la demanda, y se acuerde:

»1.º- Mantener todas las medidas definitivas de divorcio fijadas en la sentencia de divorcio dictada por este Juzgado el 29 de mayo de 2008 , autos 199/2008, en la que se aprobó el convenio regulador suscrito por las partes el 7 de abril de 2008.

»2.º- Considerar cumplida con efecto desde 1º de enero de 2010 la condición prevista en el convenio regulador de divorcio respecto a la extinción del derecho de D.ª Cecilia a percibir la pensión compensatoria pagadera por D. Hilario , con las consecuencias pactadas en el convenio dimanantes de tal extinción.

»3.º- Condenar a la parte actora al pago de todas las costas que se deriven de este procedimiento».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 75 de Madrid, dictó sentencia núm. 1/15 de fecha 9 de enero de 2015 , con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando parcialmente la demanda de modificación de medidas acordadas en juicio de divorcio, presentada por D. Hilario , representado por el procurador de los tribunales D.ª M.ª Isabel García Martínez; acuerdo:

».- Mantener íntegramente la sentencia de divorcio de fecha 29 de mayo de dos mil ocho , dictada en autos seguidos en este Juzgado con n.º 199/08, salvo en lo relativo a la pensión compensatoria y abono de impuesto y seguro del vehículo.

»Por lo que se declara extinguida:



- »1.º- La pensión compensatoria fijada a favor de la Sra. Cecilia , conforme a lo expuesto en sentencia (Convenio Regulador).
- »2.º- La obligación de pago por el actor del seguro e impuesto del vehículo utilizado por la Sra. Cecilia .
- »No procede hacer expresa condena en costas».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Hilario .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 516/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 7 de octubre de 2015 , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Que ESTIMANDO parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Hilario , representado por la procuradora D.ª Laura Albarrán Gil, contra la sentencia de fecha 9 de enero de 2015; del Juzgado de Primera Instancia número 75 de Madrid ; dictada en el proceso sobre Modificación de Medidas número 843/14; seguido con D.ª Cecilia , representada por la procuradora D.ª M.ª Isabel García Martínez, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la mentada resolución y en su consecuencia debemos ACORDAR:

«D. Hilario , abonará en concepto de alimentos a favor de los hijos habidos en el matrimonio en la suma mensual actualizada de 1043 ? conforme Convenio Regulador, y en lo sucesivo conforme el incremento de precios al consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística con efecto de primero de enero de cada año, en dicha pensión debe ser incluidos los gastos de colegio, uniformes, comedor escolar, ruta, matrículas, cada progenitor abonará al 50% los gastos extraordinarios previo conocimiento, salvo aquellos de carácter urgente, y sin incremento de la pensión de alimentos a la extinción de la pensión compensatoria acordada en 1ª Instancia.

»Dejar sin efecto la obligación de D. Hilario del abono de los vencimientos mensuales de la hipoteca que grava el domicilio familiar, propiedad de Dª. Cecilia , así como los recibos anuales de IBI, Seguro de Hogar, Alarma y las cuotas mensuales y derramas que gire la Comunidad de Propietarios del inmueble.

»Manteniéndose el resto de los pronunciamientos contenidos en la sentencia disentida, todo ello sin hacer expresa imposición de costas causadas en esta instancia».

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- El procurador D. Fernando Anaya García, en representación de D.ª Cecilia , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«MOTIVO ÚNICO.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, por lo que se produce la vulneración fragante de los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil siguientes: 216 sobre el principio de justicia rogada; art. 218 sobre la congruencia con la demanda ; art. 465.5 sobre el pronunciamiento exclusivo de las sentencias respecto a los puntos o cuestiones planteadas en el recurso y que no han sido respetados por la sentencia que se recurre. Que resolvió sobre las circunstancias nuevas sobrevenidas en la demandante, que no habían sido planteadas como motivos del recurso ni como alegaciones, ni motivaciones, ni tampoco en el suplico del recurso de apelación. Infringiendo igualmente el art. 24 de la CE por falta de tutela judicial efectiva, produciendo indefensión, contradiciendo y oponiéndose a la doctrina de esa sala sobre la materia de fechas: 28/06/2004, 14/04/2011, 10/02/2014 y 2/06/2015.»

Los motivos del recurso de casación fueron:

«PRIMERO.- Se funda en la infracción del art. 1323 , art. 1255 y art. 1256 del Código Civil por aplicación indebida con desconocimiento de la doctrina jurisprudencial establecidas en las Sentencias de la Sala Civil del Tribunal Supremo de fechas 19/10/2015 , 24/06/2015 , 31/03/2011 . 23/12/1998 , 21/12/1998 y 22/04/1997 , resultando necesario que se declare infringida dicha jurisprudencia por la sentencia de apelación por las razones que se exponen en el presente motivo por ser contradictorias con la que se recurre.

»SEGUNDO.- Se funda en la infracción del art. 90 párrafo tercero , art. 91 in fine , y art. 7.1 del Código Civil que necesita unificación por el Tribunal Supremo de la interpretación de las normas que se consideran infringidas por existir jurisprudencia de las Audiencias Provinciales representadas por las contenidas en las sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz, Secc. Tercera de 10-06-2003, Audiencia Provincial de Navarra, Secc. 3ª de 31-05-2002, Audiencia Provincial de Soria de 17-01-2002 y Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 22ª de 10-05-2011 y se declare infringida dicha jurisprudencia por la sentencia de apelación por las razones que se exponen en el presente motivo por ser contradictorias con la que se recurre».



»TERCERO.- Se funda en la infracción art. Del art. 93, párrafo primero , art. 145, párrafo primero , y art. 146 del Código Civil que necesita unificación por el Tribunal Supremo de la interpretación de las normas que se consideran infringidas por existir jurisprudencia de las Audiencia Provinciales representadas por las contenidas en las Sentencias Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 24ª, de fecha 20-05-2013 , Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 22ª, de fecha 4-10-2013 , Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 22ª, de fecha 16.10.2012 , Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 22ª de fecha 10-05.2011 se declare infringida dicha jurisprudencia por la sentencia de apelación por las razones que se exponen en el presente motivo por ser contradictorias con la que se recurre.

»CUARTO.- Se funda en la infracción del artículo 2 de la Ley Orgánica de protección del menor artículos 93.1 , 96 , 103 , 142 , 151 , 154 , 158 y 159 del Código Civil , artículo 9 de la Convención Universal sobre los derechos del niño y artículo 39 de la Constitución Española , y jurisprudencia de esta sala sobre el favor *fili* contenido en las Sentencias de 23-09-2015 y 10-02-2014 , se declare infringida dicha jurisprudencia por la sentencia de apelación por las razones que se exponen en el presente motivo por ser contradictorias con la que se recurre.»

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 17 de febrero de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de DOÑA Cecilia contra la sentencia dictada con fecha de 18 de noviembre de 2015 por al Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª), en el rollo de apelación nº 516/2015 , dimanante del juicio de modificación de medidas nº 843 del Juzgado de Primera Instancia nº 75 de Madrid».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición al recurso de casación, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

4.- Por providencia de 1 de julio de 2016 se nombró ponente al Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 14 de septiembre de 2016, suspendiéndose por cese del anterior y se designó como nuevo Magistrado ponente al Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz, señalándose para votación y fallo del presente recurso el día 2 de noviembre de 2016 en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de Antecedentes.

Son hechos relevantes de las instancias para la decisión del recurso los siguientes:

1.- Don Hilario y doña Cecilia contrajeron matrimonio en Madrid el 17 de marzo de 2001, matrimonio del que nacieron y viven dos hijas, llamadas Elisabeth y Manuela , los días NUM003 de 2003 y NUM004 del 2005 respectivamente.

2.- El 29 de mayo del 2008 dictó sentencia el Juzgado de Primera Instancia número 75 de Madrid por la que, por mutuo acuerdo, declaró disuelto por divorcio el matrimonio, aprobándose el convenio regulador suscrito por los cónyuges con fecha 7 de abril de 2008.

3.- Las medidas que se establecieron, en lo que ahora es de interés, fueron las siguientes:

«CLÁUSULA CUARTA.- El Sr. Hilario contribuirá al sostenimiento de las niñas de la siguiente forma:

»Abonará directamente las mensualidades del Colegio y Guardería al que asistan las niñas, incluido el Comedor escolar, ruta, matrículas y en su día estudios universitarios y de postgrado, ordenando el cargo de dichos recibos en su cuenta corriente.

Asimismo abonará los recibos de la Sociedad Médica "Sanitas" o de cualquier otra sociedad de similares prestaciones y cuotas, tanto de las niñas como de la esposa.

»Entregará a la Sra. Cecilia en concepto de alimentos para las niñas la cantidad de 1.043,00 € al mes, en doce mensualidades, mediante ingreso dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta corriente abierta a nombre de la esposa en la Kutxa NUM005 . Esta cantidad se actualizará anualmente con arreglo al IPC que publique el INE, con efectos de 1 de Enero de cada año, por lo que la primera actualización tendrá lugar el día 1 de enero de 2008.

»Asimismo, acuerdan que los gastos extraordinarios de las niñas, tales como médicos no cubiertos por la Seguridad Social o Sociedad Médica (dentista, oftalmólogo, ortopedista, etc.), y cualquiera otros que sean



aprobados expresamente por ambos esposos, serán abonados al 50% por cada uno de ellos. Asimismo acuerdan que, hasta que la esposa acceda a un puesto de trabajo estable, el uniforme, los libros de estudio y los viajes escolares de las menores, serán abonados en exclusiva por el padre, y una vez que la Sra. Cecilia trabaje de forma estable, serán abonados al 50% por cada uno de ellos.

»Por otra parte, y en tanto en cuanto el domicilio de las niñas sea el actual, es decir, mientras residan en Madrid, CALLE000 n° NUM001 , NUM002 , el Sr. Hilario abonará los vencimientos mensuales de la hipoteca que grava el piso, los recibos anuales de IBI, el recibo de Seguro de Hogar, la alarma y las cuotas mensuales y derramas por obras que gira la Comunidad de Propietarios del inmueble.

»CLÁUSULA QUINTA.- El Sr. Hilario abonará a Dona Cecilia , en concepto de pensión compensatoria la cantidad de 1.043.-6 al mes. Esta cantidad se actualizará anualmente con arreglo al IPC que publique el INE, con efectos de 1 de Enero de cada año, por lo que la primera actualización tendrá lugar el 1 de Enero de 2008.

Esta pensión se pacta teniendo en cuenta la situación laboral actual (desempleo) y los ingresos actuales de la esposa, 800 6; de forma que cuando la Sra. Cecilia acceda a un puesto de trabajo estable, y perciba unos ingresos iguales o superiores a 1.500,00 . - 6, la citada cantidad se ajustará a la nueva situación de la esposa, con el fin de reducirla o en su caso extinguirla, si bien, en todo caso, al menos un 50% de la misma, pasará a incrementar la pensión de alimentos de las hijas del matrimonio.

Asimismo, y hasta que la esposa obtenga un puesto de trabajo estable, el Sr. Hilario se hará cargo del abono del seguro del vehículo que utiliza la esposa actualmente y del Impuesto de circulación de dicho vehículo, o de cualquier otro que lo sustituya si fuera robado o sufriera un siniestro total irreparable.

»CLÁUSULA SEXTA.- Los esposos acuerdan y se comprometen a que, cuando se amortice completamente la hipoteca que grava actualmente el piso que ha constituido el domicilio conyugal sito en Madrid, CALLE000 n° NUM001 , y en el que residirán las hijas del matrimonio y la Sra. Cecilia , comparecerán ante Notario con el fin de otorgar escritura de donación del citado piso a favor de las dos hijas del matrimonio, Elisabeth y Manuela Has, conservando la esposa el usufructo vitalicio sobre dicha vivienda.

»En el caso de que la esposa contrajese nuevo matrimonio o conviviera maritalmente con otra persona en la citada vivienda, la obligación que el Sr. Hilario adquiere en el presente documento de abonar los vencimientos de la hipoteca que grava el referido piso así como recibos de IBI, Seguro Hogar, alarma y derramas por obras de la Comunidad de Propietarios quedaría reducida a abonar el 50% de dichos gastos.

»En el caso de que la Sra. Cecilia tuviera uno o más hijos, se compromete a realizar donación de esta vivienda a favor de sus hijas Elisabeth y Manuela reservándose el usufructo.

Asimismo, una vez ratificado ante el Juzgado el presente Convenio, la Sra. Cecilia se compromete a realizar las gestiones necesarias ante la entidad bancaria que concedió el crédito hipotecario que grava la vivienda de su propiedad, con el fin de que el Sr. Hilario no figure como titular de la citada hipoteca.

»El Sr. Hilario se compromete a suscribir cuantos documentos públicos y privados sean precisos con el fin de que la Sra. Cecilia pueda vender la vivienda de la que es titular y que en un futuro donará a las has del matrimonio, si así lo decidiera en su día; en tanto que la Sra. Cecilia se compromete a su vez, si decidiera vender dicho piso, a adquirir otro de similares características y precio, al menos en cuanto al importe de los vencimientos del crédito hipotecario que abona el esposo, manteniendo los compromisos que adquiere en el presente documento ».

4.- Con fecha de entrada de 29 de julio de 2014 don Hilario promovió demanda en solicitud de modificación de medidas definitivas de divorcio, por alteración sustancial de las circunstancias, contra doña Cecilia , solicitando que se modificasen en los siguientes términos:

«1ª.- CLÁUSULA CUARTA.- ALIMENTOS DE LAS HIJAS Y GASTOS EXTRAORDINARIOS:

»A. Que Don Hilario abone a Doña Cecilia , mensualmente, la cantidad de OCHOCIENTOS EUROS (800,00 ?) en concepto de alimentos para las hijas, a razón de CUATROCIENTOS EUROS (400,00 ?) por cada una de ellas, pago que será efectuado dentro de los cinco primeros días de cada mes. La citada suma será revisada anualmente, con efectos desde el día 1 de enero de cada año, en el mismo porcentaje en que se incrementen los ingresos que por su trabajo perciba Don Hilario o, subsidiariamente, en el porcentaje de incremento que experimente el Índice Nacional de Precios de Consumo, editado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que, en su caso, pudiera sustituirle.

»B. Que ambos progenitores sufragarán al 50% el coste del seguro médico privado contratado con la compañía Sanitas respecto de ambas hijas, así como a mantener vigente la póliza suscrita con dicha compañía, si bien, de

mutuo acuerdo, podrán contratar una nueva póliza con cualquier otra aseguradora médica, siendo por cuenta de la demandada la cuota que a ella le pueda corresponder por permanecer como asegurada en dicha póliza.

»C. Que ambos progenitores satisfarán al 50% y previa acreditación de su devengo, cuantos gastos extraordinarios se produzcan respecto de las expresadas hijas, tales como gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social o la aseguradora médica, etc. y los relativos a viajes escolares y actividades extraescolares, siempre que su realización sea acordada por ambos progenitores, no considerándose gastos extraordinarios los gastos de comedor y transporte escolar de las hijas, ni los gastos de matrículas y mensualidades que se hayan de abonar a los centros educativos en que, en cada momento, se encuentren matriculadas aquéllas, así como tampoco los libros de texto, material escolar y uniformes escolares.

»D. Que no procede que Don Hilario abone las cuotas de la hipoteca concedida por la entidad Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián (KUTXA), con el número de préstamo NUM000 , que grava la vivienda sita en la CALLE000 , número NUM001 , NUM002 , de Madrid, de propiedad de Doña Cecilia , así como tampoco los recibos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles que se repercuta sobre la misma, ni el importe del seguro de hogar, la alarma y las cuotas, ya sean ordinarias o extraordinarias, que gire la Comunidad de Propietarios constituida sobre el edificio del que forma parte la expresada vivienda.

»2ª.- CLÁUSULA QUINTA.- PENSIÓN COMPENSATORIA:

»Que se declare extinguida la pensión compensatoria fijada con cargo al actor a favor de Doña Cecilia o, subsidiariamente, la reducción del importe de la misma atendiendo a los ingresos que aquélla percibe por su trabajo, estableciéndose en tal caso como límite temporal de abono de la pensión compensatoria por parte del actor el plazo de dos años, sin que, ni por acordarse tal extinción ni, en su caso, por reducción de su importe, se produzca incremento alguno de la pensión de alimentos que se fije a favor de las hijas, extinguiéndose, asimismo, la obligación de pago del actor a la demandada del seguro de su vehículo y del impuesto de circulación del mismo.

»3º.- CLÁUSULA SEXTA: Que cesa la obligación de Don Hilario de abonar, ni siquiera parcialmente aun en el supuesto contemplado en la Cláusula Sexta del Convenio Regulador de Divorcio suscrito con fecha 7 de abril de 2008, las cuotas mensuales de la hipoteca que grava la vivienda sita en la CALLE000 , número NUM001 , NUM002 , de Madrid, de propiedad de Doña Cecilia , así como tampoco los recibos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles que se repercuta sobre la misma, ni el importe del seguro de hogar, la alarma y las cuotas, ya sean ordinarias o extraordinarias, que gire la Comunidad de Propietarios constituida sobre el edificio del que forma parte la expresada vivienda.»

5.- La parte actora alega en su demanda como variación sustancial de circunstancias respecto a la situación anterior, que fundamentan su pretensión, las siguientes:

(i) La actual situación económica y personal del actor, acompañando documental tendente a acreditar que es inferior a la de la fecha de la suscripción por los cónyuges del convenio regulador.

(ii) La total carencia en la actualidad de ayuda económica por parte de su madre doña Marí Jose para atender sus obligaciones, con la que en su día contó para asumirlas, aportando documental en apoyo de esto último.

(iii) Haber contraído matrimonio con doña Constanza el 6 de septiembre de 2008, del que nació un hijo, Julio , el NUM006 de 2013, encontrándose su esposa, a la fecha de la demanda, embarazada esperando un nuevo hijo del actor.

(iv) Doña Cecilia trabaja y obtiene ingresos, que habrán de ser tenidos en cuenta, «pues si los mismos superan o igualan la cantidad de 1500 ? mensuales, la pensión compensatoria establecida a favor de la demandada en la cláusula quinta del convenio regulador de fecha 7 de abril de 2008, además de por las circunstancias hasta ahora alegadas, habría de declararse extinguida o, en su caso, reducida y con establecimiento de un límite temporal, sin que, en ningún caso, tal posible extinción o reducción pueda acrecer a la pensión de alimentos de las hijas»

(v) Concluye que los pagos que ha de hacer superan ampliamente los ingresos que percibe, «que son los únicos que habrán de tomarse en consideración para que se modifiquen dichas medidas [...], máxime al no poder contar ya con la ayuda económica de su madre...».

6.- La parte demandada en su escrito de contestación a la demanda negó el cambio de circunstancias por las que el actor fundaba su pretensión de modificación de medidas, admitiendo, sin embargo, en cuanto a la pensión compensatoria, que se había cumplido la condición de acceder ella a un trabajo estable con sueldo similar al previsto, por lo que aquella quedó extinguida de facto a partir del día 1 de enero de 2010.



7.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el 9 de enero de 2015 y, tras valorar pormenorizadamente la prueba practicada, consideró no acreditado un cambio sustancial y relevante de circunstancias como para modificar las medidas definitivas de la sentencia de divorcio, haciendo además una interpretación de los acuerdos de las partes insertas en el convenio regulador suscrito por ambas. Sí consideró extinguida la pensión compensatoria a favor de la demandada por haberse cumplido, según reconoce ésta, la condición a que se hallaba sujeta, con las consecuencias, a favor de la pensión alimenticia de las hijas, cuando así sucediese. Además, por igual motivo, se declaró extinguida la obligación de pago por el actor del seguro e impuestos del vehículo utilizado por la señora Cecilia .

8.- La representación de don Hilario interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia por mantener íntegramente la sentencia de divorcio, excepción hecha de la pensión compensatoria que se declara extinguida y de la obligación de pago o del del seguro y del impuesto de circulación del vehículo utilizado por la señora Cecilia .

Al articular el motivo del recurso de apelación alega el recurrente haber sufrido indefensión y vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 CE , por no haber acogido la sentencia de primera instancia el cambio sustancial de circunstancias puesto de manifiesto en la demanda, que viene dado (pag. 12 del recurso de apelación) por: (i) la actual situación económica y personal del actor; (ii) la pérdida de la ayuda económica que recibía de su madre, con la que contó a la hora de asumir las obligaciones concretadas en el convenio regulador, unida a la cuantiosa reducción de sus ingresos por razón de su trabajo; y (iii) el nacimiento de dos hijas.

A continuación detalla los errores que, a su entender, ha cometido la sentencia de la primera instancia al desestimar la alteración y relevancia de las anteriores circunstancias. En concreto lo desarrolla en la alegación primera en el párrafo que comienza «una vez puesto de manifiesto...» (folio 13); en la alegación segunda (folio 15); y en la alegación tercera (folio 21).

En ningún alegato del recurso de apelación se introduce como motivo del mismo la situación económica actual de la demandada.

9.- Correspondió el conocimiento del recurso a la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 7 de octubre de 2015 por la que estimaba parcialmente el recurso de apelación y revocaba la sentencia de Primera Instancia, acordando:

«(i) D. Hilario , abonará en concepto de alimentos a favor de los hijos habidos en el matrimonio en la suma mensual de 1.043? conforme Convenio Regulador, y en lo sucesivo conforme el incremento de precios al consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística con efecto de primero de enero de cada año, en dicha pensión debe ser incluidos los gastos de colegio, uniformes, comedor escolar, ruta, matrículas, cada progenitor abonará al 50% los gastos extraordinarios previo conocimiento, salvo aquellos de carácter urgente, y sin incremento de la pensión de alimentos a la extinción de la pensión compensatoria acordada en 1ª Instancia.

»(ii) Dejar sin efecto la obligación de D. Hilario del abono de los vencimientos mensuales de la hipoteca que grava el domicilio familiar, propiedad de Dª Cecilia , así como los recibos anuales de IBI, Seguro de Hogar, Alarma y las cuotas mmensuales y derramas que gire la Comunidad de Propietarios del Inmueble.

Manteniéndose el resto de los pronunciamientos contenidos en las sentencia disentida, todo ello sin hacer expresa imposición de costas causadas en esta instancia.»

10.- La sentencia de apelación al motivar su decisión desestima que concurren, como alteración sustancial, las circunstancias en que el actor funda su recurso de apelación. No considera probado un empeoramiento de la situación laboral, económica y patrimonial del recurrente.

Tampoco considera acreditado que éste asumiese las obligaciones que suscribió en el convenio regulador por contar con las ayudas económicas de su familia. Asimismo no estima que su nueva situación familiar sea determinante para la disminución de los efectos económicos del convenio regulador.

Sin embargo la sentencia, a pesar de lo anterior, valora la actual situación económica de la demandada para estimar parcialmente el recurso y revocar la sentencia de primera instancia en los términos que ya hemos expuesto. Entiende que la demandada, dada su nueva situación económica consolidada, deberá contribuir también a cubrir las necesidades económicas de los hijos.

11.- Frente a la anterior resolución la representación de doña Cecilia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación:

(i) *Recurso extraordinario por infracción procesal.*



El recurso extraordinario por infracción procesal se fundamenta en un único motivo, por infracción de los arts. 216 , 218 , 465.5 LEC , en relación con el art. 24 CE , por considerar que la resolución impugnada habría resuelto con base a alegaciones que no habían sido planteada por las partes como motivo del recurso. Considera la parte que la sentencia impugnada resuelve, atendiendo al cambio de circunstancias económicas de la esposa, cuando este cambio de circunstancias no fue alegado por la actora, ni podía serlo al estar previstas expresamente en el convenio regulador suscrito entre las partes, por lo que habría incurrido en incongruencia *extra petita* , con infracción de los principios de contradicción y justicia rogada, y lesionando el derecho de defensa y tutela judicial efectiva de la parte.

(ii) *Recurso de casación.*

Por su parte, el recurso de casación está fundado en cuatro motivos: el primero, por infracción de los arts. 1323 , 1255 y 1256 CC , y alegando la oposición a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, por cuanto se habría cercenado el marco contractual regulado por las partes en previsión de alteración futura de las circunstancias, y eludiendo el *favor filii* ; el segundo, por infracción del art. 91 CC in fine y el art. 7.1 CC , alegando la existencia de interés casacional por la existencia de jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales, por considerar que para apreciar la alteración sustancial de la circunstancias determinante de la estimación de la pretensión de modificación de medidas se requeriría la imprevisibilidad de la alteración, que no acontecería en el supuesto de autos al estar prevista la total previsibilidad de las futuras modificaciones en el convenio regulador suscrito entre las partes; el tercero, por infracción de los arts. 145 y 146 CC , alegando la existencia de interés casacional por la existencia de jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales, por considerar que para que pueda prosperar una modificación de medidas como consecuencia de una mejora económica del progenitor custodio, no conlleva por si solo la reducción de las prestaciones preestablecidas por el progenitor no custodio, sobre todo cuando el aumento económico ha sido moderado, tal y como acontece en el supuesto de autos y que, además, habría respetado la proporcionalidad del caudal económico de los alimentantes; y el cuarto, por infracción de los arts. 93.1 , 96 , 103 , 142 , 151 , 154 , 158 y 159 CC , el art. 9 de la Convención Universal de los Derechos del Niño y el art. 39 CE , alegando la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, pues se habrían dejado sin efecto los compromisos y deudas asumidas por el actor, ahora recurrido, en el convenio regulador en claro perjuicio de los intereses de los menores, en lo relativo a la supresión del incremento de la pensión alimenticia por extinción de la pensión compensatoria, la no obligatoriedad de efectuar escritura de donación de la vivienda familiar a los menores, por lo que no quedaría limitada la disponibilidad de la finca a quien tuviera por conveniente.

12. La Sala dictó auto el 17 de febrero de 2016 admitiendo el recurso de casación y, previo traslado, fue impugnado por la parte recurrida.

13.- El Ministerio Fiscal se opuso a la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal, remitiéndose al efecto a la impugnación del recurso de la parte recurrida, pero apoyó, sin embargo, los motivos del recurso de casación, con cita de jurisprudencia de la Sala, en aras al respeto a la autonomía de la voluntad

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- *Motivo primero y único. Enunciación y planteamiento.*

Se articula como primero y único, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, por lo que se produce la vulneración fragante de los artículos de la ley de enjuiciamiento civil siguientes: 216 sobre el principio de justicia rogada; art. 218 sobre la congruencia con la demanda ; art. 465.5 sobre el pronunciamiento exclusivo de las sentencias respecto a los puntos o cuestiones planteadas en el recurso y que no han sido respetados por la sentencia que se recurre, que resolvió sobre las circunstancias nuevas sobrevenidas en la demandante, que no habían sido planteadas como motivos del recurso ni como alegaciones, ni motivaciones, ni tampoco en el suplico del recurso de apelación. infringiendo igualmente el art. 24 de la C. E . por falta de tutela judicial efectiva, produciendo indefensión. contradiciendo y oponiéndose a la doctrina de esa sala sobre la materia de fechas: 28/06/2004, 14/04/2011, 10/02/2014 y 2/06/2015.

En el desarrollo del motivo la recurrente alega que: «El apelante, tanto en la Instancia como en su recurso de apelación se limitó a solicitar la modificación de las medidas en base a las circunstancias económicas y personalísimas del mismo que no prosperaron, relativa a reducción salarial, nuevos hijos y ausencia de ayuda familiar.

»El recurso interpuesto por el apelante se funda estrictamente en los siguientes motivos:

» Alegación primera: En las circunstancias sobrevenidas e imprevistas ajenas a la voluntad del cónyuge que solicita el cambio y que apoya en la actual situación económica y personal del actor.



- » Alegación segunda: En la importante reducción de ingresos laborales del actor
- » Alegación tercera: En el cambio de la situación personal del actor al ser padre de dos nuevos hijos.

Ninguna alegación hizo el recurrente para combatir la sentencia de Instancia en base a los nuevos ingresos de la demandada ni a la situación de estabilidad laboral.

»Sin embargo la sentencia de apelación entra a analizar y resolver en base a una circunstancia que no había sido objeto de la litis, que las basa en la sentencia apelada en la situación laboral, económica y patrimonial de la demandada, circunstancias que nunca habían sido objeto de petición en el recurso y consecuentemente de ello, tampoco pudo ser objeto de impugnación del mismo, pues se limitaron sus pretensiones a cuando la madre- tuviese un trabajo estableció un salario igual o superior a 1.500 €, exclusivamente a lo previsto en el convenio regulador que era, la extinción de la pensión compensatoria pasando a incrementarse la pensión de alimentos de las has en el 50% de la misma y dejar de abonar el seguro de vehículo y el impuesto de circulación, que ya fue resuelto en la instancia y que se venía cumpliendo desde de enero de 2010.

»Nunca se pidió, ni se pudo solicitar lo que resuelve en su fallo, porque era contrario a lo pactado en el Convenio Regulador, la modificación de las medidas en base a las circunstancias de la demandada de orden laboral, económico o patrimonial que tuviera que hacer frente total o parcial a los gastos de los plazos por vencimiento de la hipoteca, colegios, comedor escolar, ruta escolar, matrículas, recibos de sociedad médica y los recibos anuales del IBI, seguro del hogar, alarma y cuotas mensuales que se gire por la Comunidad de Propietarios del inmueble, ni dejar de incrementar la pensión alimenticia de las hijas al extinguirse la pensión compensatoria a favor de la madre. Dichas circunstancias personales de la demandada, aunque se alterasen solo desplegarían los exclusivos efectos previstos que se contemplaban en el Convenio Regulador cuando se produjesen, como recoge la Sentencia de Instancia en su fallo: de declarar extinguida la pensión compensatoria fijada a favor de la Sra. Cecilia incrementando la pensión alimenticia de las hijas conforme a lo expuesto en el Convenio Regulador y también extinguida la obligación del pago por actor del seguro e impuesto de circulación del vehículo utilizado por la Sra. Cecilia .

»Estas eran las tres únicas repercusiones económicas que podrían conllevar la variación laboral, económica o patrimonial de la demandada ateniéndose al Convenio Regulador.

»El apelante pidió todas las reducciones contenidas en su recurso, pero solo en base a las variaciones que se hablan producido en su situación personal, laboral, económica y patrimonial como recurrente, y nunca en base a las circunstancias que pudieran alterarse de la demandada, pues ya la Sentencia de Instancia modifica o extingue la pensión compensatoria y las obligaciones del pago por el actor del seguro e impuesto de circulación del vehículo puesto que se había cumplido las previsiones recogidas expresamente en el Convenio Regulador.

»Las restantes pretensiones se basaron tanto en la Instancia como en el recurso en las circunstancias personales y económicas del demandante de orden laboral y familiar del mismo que adujo en el recurso

Por tanto la sentencia apelada, al basar su Fundamento de Derecho Tercero y el fallo de la misma en las modificaciones operadas exclusivamente de la demandada debida a la nueva situación laboral, económica y patrimonial de la demandada, que no había sido objeto de pretensión en la demanda, ni de revisión del recurso, erró a resolver una cuestión que no había sido objeto de petición por el actor.»

Tal decisión ha provocado una situación de indefensión para la parte demandada, aquí recurrente, sin que haya tenido oportunidad procesal de denunciar la falta en que incurre la sentencia apelada.

Se cita, en apoyo del motivo, las SSTs de 28 de junio de 2004 ; 14 de abril 2011 ; 10 de febrero de 2014 y 2 de junio de 2015 .

Como consecuencia de la estimación del recurso se solicita que se anule el pronunciamiento de la sentencia impugnada que estimó parcialmente el recurso de apelación y se revoque sus pronunciamientos sustituyéndolos por los de la sentencia de primera instancia, declarándose la firmeza de ésta.

TERCERO.- Decisión de la Sala.

1.- En relación al presupuesto de congruencia debe señalarse, tal y como se expone en la STS de 18 de mayo 2012 y se recuerda en la 148/2016, de 10 de marzo (núm 294/2012), que constituye doctrina de esta Sala que el deber de congruencia, consistente en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, se cumple cuando la relación entre el fallo y las pretensiones procesales no está sustancialmente alterada en su configuración lógico-jurídica (4 de abril de 2011 ROJ 2898, 2011).

El juicio sobre congruencia de la resolución judicial precisa, por tanto, de la confrontación entre su parte dispositiva *-dictum-* y el objeto del proceso, delimitado, a su vez, por los elementos subjetivos del proceso, las



partes, como por los elementos objetivos, la -causa de pedir-, entendida como el hecho o conjunto de hechos que producen efectos jurídicos y resultan esenciales para el logro de las pretensiones solicitadas, y el propio -*petitum* - o pretensión solicitada, (STS de 13 de junio de 2005). De esta forma, la congruencia no se mide en relación con los razonamientos o con la argumentación, sino poniendo en relación lo pretendido en la demanda con la parte dispositiva de la sentencia (SSTS de 30 de marzo de 1988 , y 20 de diciembre de 1989). En parecidos términos, cabe señalar que esta labor de contraste o comparación no requiere que se realice de un modo estricto, esto es, que se constate una exactitud literal o rígida en la relación establecida, sino que se faculta para que se realice con cierto grado de flexibilidad bastando que se dé la racionalidad y la lógica jurídica necesarias, así como una adecuación sustancial y no absoluta ante lo pedido y lo concedido; de tal modo que se decide sobre el mismo objeto, concediéndolo o denegándolo en todo o en parte (STS de 4 de octubre de 1993). Con lo que la incongruencia *extra petita* (fuera de lo pedido), en relación con el principio de *iura novit curia* , se produce en la medida en que la facultad que tiene el tribunal para encontrar o informar el derecho aplicable a la solución del caso comporta la alteración de los hechos fundamentales, causa de pedir, en que las partes basen sus pretensiones (SSTS de 6 de octubre de 1988 y 1 de octubre de 2010).

Ello sentado, con un carácter más general recordar que la congruencia es compatible con un análisis crítico de los argumentos de las partes e incluso con la adopción de un punto de vista jurídico distinto, de acuerdo con el tradicional aforismo «*iura novit curia*» (el juez conoce el derecho) -con tal que ello no suponga una mutación del objeto del proceso que provoque indefensión -, como establece el artículo 218, apartado 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

En consecuencia, la incongruencia, en la modalidad *extrapetita* (fuera de lo pedido), sólo se produce cuando la sentencia resuelve sobre pretensiones o excepciones no formuladas por las partes alterando con ello la causa de pedir (entendida como conjunto de hechos decisivos y concretos, en suma relevantes, que fundamentan la pretensión y es susceptible, por tanto, de recibir por parte del órgano jurisdiccional competente la tutela jurídica solicitada) (STS 610/2010, de 1 de octubre).

Respecto a la relevancia constitucional del vicio de incongruencia hay que señalar que se produce, por entrañar una alteración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal (STC 18 de octubre, de 2004 RTC 2004, 174). En esta línea, el Tribunal Constitucional ha reiterado que para que la indefensión alcance relevancia constitucional es necesario que sea imputable y que tenga su origen en actos u omisiones de los órganos judiciales, esto es, que la indefensión sea causada por la actuación incorrecta del órgano jurisdiccional.

Así se recordaba lo declarado en la sentencia de 25 de junio 2015, Rc. 2868/2013 .

2.- Es de interés al presente recurso sentar que, como expresión del principio dispositivo, es retirada la jurisprudencia que señala que la Audiencia Provincial sólo puede revisar el pleito, asumiendo funciones de instancia tanto en cuestiones fácticas como jurídicas, si la controversia se reproduce o subsiste en esa segunda instancia (por todas, STS de 6 de julio 2006 Rc. 3914/1999 , según cita la STS 610/2010, de 1 de octubre).

El tribunal de apelación no puede, pues, resolver otras cuestiones que aquellas que le han sido trasladadas, pues, en virtud del principio *tantum devolutum quantum appellatum* [sólo se defiende al Tribunal Superior aquello que se apela] (SSTS de 12 de mayo 2006 , Rc. 2915/1999, de 1 de diciembre de 2006 , Rc. 445/2000, de 21 de junio de 2007 , Rc. 2768/2000), los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia a los que no se extiende la pretensión impugnada deben entenderse consentidos por las partes, devienen firmes y no pueden ser modificados en la segunda instancia, y así viene a confirmarlo la reciente sentencia 331/2016, de 19 de mayo .

La sentencia del Tribunal Constitucional 212/2000, de 18 de septiembre calificó con precisión la apelación en estos términos: «la segunda instancia se configura, con algunas salvedades en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos (arts. 862 y 863 LEC), como una *revisio prioris instantiae* , en la que el Tribunal superior u órgano *ad quem* tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (*quaestio facti*) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (*quaestio iuris*), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la *reformatio in peius* , y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación (*tantum devolutum quantum appellatum*) (ATC 315/1994, de 21 de noviembre , y SSTC 3/1996, de 15 de enero , y 9/1998, de 13 de enero).».

3.- Si se aplica la doctrina jurisprudencial antes declarada al presente recurso, el motivo debe ser estimado:



(i) La modificación de medidas de contenido económico postuladas por el actor las fundó en tres circunstancias, a su entender sustanciales y relevantes, que hemos detallado y ordenado en el resumen de antecedentes de la presente resolución, a saber, el empeoramiento de su situación económica respecto a la fecha en que suscribió el convenio regulador, la pérdida de la ayuda familiar de su madre para cumplir sus obligaciones de tal naturaleza, que fue el motivo esencial para que las asumiese, y su nueva situación personal por haber contraído matrimonio del que tiene un hijo y se encuentra esperando otro.

(ii) Es cierto que también trajo al debate, como circunstancia relevante para la modificación de medidas, el hecho de que la demandada se encontrase trabajando y con empleo estable; pero circunscrita tal modificación a la pensión por desequilibrio y a la obligación de pagar el impuesto de circulación del vehículo de ella y el seguro del mismo. Todo ello en cumplimiento de la condición suscrita entre las partes en la cláusula quinta del convenio regulador. También es cierto que, en virtud de esta cláusula, al extinguirse la pensión por desequilibrio el 50% de ella incrementaría la pensión alimenticia de las hijas y que, sin embargo, el actor postula que tal incremento no se aplique. Pero esta petición la hacen no porque niegue validez a la cláusula en ese extremo, sino porque sus circunstancias económicas y personales han cambiado y, por ende, se debe reducir, según lo postulado, la pensión alimenticia en favor de sus hijas.

(iii) Tal extinción de la pensión por desequilibrio, por tener la demandada un empleo estable con ingresos iguales o superiores a 1500 ? mensuales, fue aceptada por ésta, manifestando que de facto así lo era a partir del 1 de enero de 2010. Sin embargo se opuso al cambio de circunstancias en que el actor fundaba la modificación del resto de las medidas interesadas.

(iv) La sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta tales antecedentes de los escritos rectores del proceso, consideró extinguida la pensión compensatoria a favor de la demandada y la obligación del pago por el actor del seguro e impuesto del vehículo utilizado por la señora Cecilia . Sin embargo negó que la situación económica del demandante hubiese empeorado, que se hubiese previsto la ayuda económica de la madre al asumir sus obligaciones de tal naturaleza y que su nuevo matrimonio con hijos fuese, en este singular supuesto, relevante a efectos de la modificación de las medidas solicitadas.

(v) La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, pero, en lo esencial y decisivo para resolver el motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, se ha de destacar y poner de relieve, como se ha recogido en el resumen de antecedentes, que dejó fuera del debate de la apelación la situación económica actual de la demandada, ya que la pretensión dependiente de esta situación había sido acogida por la sentencia de primera instancia, y circunscribió el recurso a combatir el rechazo de las tres circunstancias que eran presupuesto del resto de sus pretensiones. Estas, como hemos reiterado, eran la actual situación económica y personal del actor, la pérdida de la ayuda económica de su madre, con la que contó a la hora de asumir las obligaciones concretadas en el convenio regulador y, finalmente, el nuevo matrimonio y nacimiento de dos hijos.

(vi) La sentencia de apelación rechazó, como la de primera instancia, estas tres circunstancias, bien por no constar acreditadas las dos primeras o no ser relevante la tercera, desestimando el recurso de apelación en tal extremo, que era el único introducido por el apelante en su escrito de formalización del recurso, conforme tenemos ya expuesto.

Sin embargo, a pesar de lo anterior y de ahí la estimación del motivo, valoro la situación económica actual de la demandada para estimar parcialmente el recurso y modificar las medidas del convenio regulador en los términos y con el contenido ya expresados, acudiendo a una causa *petendi extra petita* , pues el actor no introdujo en el debate del recurso de apelación tal circunstancia y, además, ya había alegado en su demanda que sus actuales ingresos «son los únicos que habrán de tomarse en consideración para que se modifiquen dichas medidas...»

Según reconoce, entre otras, la sentencia de 20 de abril de 2012, Rc. 2009/2010 , «el convenio es, por tanto, un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados, puede contener tanto pactos típicos como atípicos...», pero lo cierto es que tal negocio jurídico, a salvo la pretensión ya dicha y acogida por la sentencia de primera instancia, sólo es combatido por el actor acudiendo a las tres circunstancias reiteradas, como causa pretendí de su pretensión, y no a la situación actual económica de la demandada; por lo que al conceder la sentencia recurrida relevancia y eficacia a esta última incurre en incongruencia *extra petita* , con evidente indefensión para la parte demandada, pues de haberse introducido por el actor en el debate del recurso de apelación tal circunstancia, y antes en la demanda, la parte demandada habría podido desplegar medios de defensa relativos al convenio regulador como negocio jurídico familiar y la incidencia en el de la autonomía de la voluntad (STS 572/2015, 19 octubre , entre otras).

CUARTO.- Habiendo lugar al recurso extraordinario por infracción procesal procede dictar nueva sentencia por la que se anula el pronunciamiento de la sentencia impugnada que estimó parcialmente el recurso



de apelación, revocando sus pronunciamientos, acordando la desestimación del recurso de apelación y confirmando la sentencia de primera instancia.

QUINTO.- Conforme prevén los artículos 394.1 y 398.1 LEC no se imponen a la parte recurrente las costas de los recursos, con devolución de los depósitos constituidos para recurrir.

Procede condenar a la parte recurrente a las costas del recurso de apelación.

FALLO

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

1.º Estimar los recursos interpuestos por doña Cecilia , contra la sentencia dictada el 8 de noviembre de 2015 por la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación núm. 516/2015 , dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 843/2014 del Juzgado de Primera Instancia núm. 75 de Madrid, sobre Modificación de Medidas, anulando el pronunciamiento de la sentencia recurrida que estimó parcialmente el recurso de apelación. **2.º** Desestimar, como consecuencia de tal anulación, el recurso de apelación interpuesto por don Hilario contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia que se confirma. **3.º** Condenar a la parte recurrente a las costas del recurso de apelación. **4.-** No hacer imposición a la recurrente de las costas de ambos recursos, con devolución de los depósitos constituidos para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.