

1.2. Familia

LA PENSIÓN DE ALIMENTOS DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD Y LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA PENSIÓN ALIMENTICIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD.—III. LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS DE LOS HIJOS: 3.1. RECLAMACIÓN JUDICIAL DE LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS. ANÁLISIS DEL NUEVO INCIDENTE PREVISTO EN EL ARTÍCULO 776, REGLA 4.^a DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La patria potestad se configura como un conjunto de derechos y deberes que, determina su calificación como función que se ejerce en interés y beneficio de los hijos, y donde las actuaciones de los padres deben estar presididas por el respeto a la personalidad de estos, ajustándose en cada momento a las exigencias específicas que su desarrollo personal exige y demanda. La titularidad y ejercicio corresponde a ambos progenitores, que son los representantes legales y administradores de los bienes de sus hijos. Entre los derechos y facultades que conforman la patria potestad, cuando los hijos son menores de edad, el artículo 154 del Código Civil contiene el mandato imperativo de alimentarlos, mandato que se extiende a los dos progenitores como obligados a prestar alimentos y cuyo contenido tiene un tratamiento jurídico diferenciado del de los alimentos entre parientes¹. Incluso, si no se ostenta la patria potestad, el deber persiste conforme al artículo 110 del Código Civil². De forma que, tal deber de alimentar a los hijos menores de edad no emancipados no deriva de la patria potestad, sino de la filiación³. Esta situación no varía cuando tiene lugar la situación de crisis conyugal, pues, el artículo 93.1 del Código Civil en sede de separación, nulidad

¹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993 (*RJ* 1993/7464), donde se indica que, «aunque no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Título VI del Libro I del Código Civil, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores como deber comprendido en la patria potestad (art. 154.1), lo cierto es que el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presenta una marcada preferencia —así, art. 145.3— y, precisamente por incardinarse en la patria potestad derivado básicamente de la relación paterno-filial (art. 110 del CC), no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte solo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados».

² Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993 (*RJ* 1993/7464); y de 8 de abril de 1995 (*RJ* 1995/2991).

³ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.^a, de 22 de julio de 2010 (La Ley 151774/2010).

o divorcio reitera el mandato imperativo en base al cual el juez determinará la contribución de cada uno de los progenitores que, será proporcional al caudal o medios de quien los da (arts. 93.1, 145.1 y 1438 del CC), y a la necesidad de quien los recibe en cada momento, en concreto, las necesidades efectivas de los hijos según los usos y las circunstancias de la familia (arts. 1319 y 1362 del CC). Es por ello que la sola diferencia de estatus económico entre uno y otro de los progenitores por muy diferente que sea, no exonera a ninguno de estos, de cooperar en la medida de sus posibilidades al sostenimiento y atención pecuniaria de las necesidades de sus hijos, aunque en la contribución del cónyuge guardador haya de computarse la atención de los hijos confiados a su guarda (art. 103 y 1438 del CC), habiendo añadido la jurisprudencia que las exigencias impuestas por la solidaridad familiar no deben implicar un olvido de las propias necesidades del alimentante determinadas por su personal situación⁴. Lo cierto es que, la nulidad, separación y divorcio, en ningún caso, exime a los padres del cumplimiento de sus obligaciones paterno-filiales (art. 154.1 del CC). En esencia, la fijación de una pensión de alimentos a favor de los hijos menores de edad constituye una obligación a asumir por ambos progenitores en la cuantía determinada en la propia sentencia de nulidad, separación o divorcio y en la proporción que en la misma se establezca. Se trata, asimismo, de una medida que puede decretarse de oficio, y está informada por el principio rector *favor filii*, es decir, en beneficio e interés de los hijos, que son los verdaderos destinatarios de la pensión de alimentos, y, en consecuencia, los titulares del crédito⁵. En definitiva, corresponde al juez decidir, aunque los progenitores no lo hayan solicitado, sin incurrir en incongruencia, sobre la pensión de alimentos atribuible a los hijos menores de edad, pues, su carácter necesario y derivado de la propia filiación, además de su imposición constitucionalmente a quienes son titulares y ejercen la patria potestad, justifican tal decisión y competencia.

Por otra parte, cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad o se emancipan adquieren la plena capacidad de obrar (art. 322), y conlleva la extinción de la patria potestad (art. 169 del CC), y el fin de la representación legal de los padres (art. 162 del CC). Sin embargo, la extinción del deber de alimentos no opera automáticamente, sino que es posible prolongar más allá de la mayoría de edad, el cumplimiento de tal deber, si se dan los presupuestos para su concesión, si bien, su régimen jurídico será distinto⁶. Es un hecho constatado que en la situación actual de crisis económica, con una alta tasa de paro juvenil, resulta muy difícil o casi imposible el obtener un trabajo que permita una independencia económica,

⁴ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de octubre de 1981; de 1 de febrero de 1982, y de 5 de octubre de 1993.

⁵ Como precisa la sentencia del Tribunal Constitucional, número 120/84, de 10 de diciembre (La Ley 54948-NS/0000), el mandato imperativo del artículo 93.1 del Código Civil está fundado en el interés público, y al ser de derecho necesario excluye el principio de rogación de las partes.

⁶ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 17 de abril de 1998 (AC 1998/822); de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 28 de octubre de 1998 (AC 1998/8100); de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2.ª, de 11 de junio de 1999 (AC 1999/5681); de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 3.ª, de 24 de septiembre de 2004 (JUR 2004/292496); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 9.ª, de 10 de diciembre de 2010 (La Ley 272381/2010); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 3 de marzo de 2011 (JUR 2011/156757), habla del derecho a ser alimentado; de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 30 de mayo de 2011 (La Ley 103077/2011); y de Audiencia Provincial de Málaga, Sección 7.ª, de 27 de junio de 2011 (La Ley 170879/2011).

asimismo, la formación académica, sobre todo si se opta por estudios superiores o por oposiciones se prolonga más allá de la mayoría de edad. La prestación de tales alimentos, por quienes han ejercido la patria potestad, se fundamenta en el principio de solidaridad familiar basado en los vínculos de filiación, reforzado por una base constitucional, pues, como establece el artículo 39.3 de la Constitución española: «los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda»⁷. Estos alimentos, que comprenden también la educación e instrucción del alimentista mayor de edad, subsisten mientras no haya terminado su formación por causa no imputable al mismo (art. 142.2 del CC); que puede finalizar precisamente cuando la falta de necesidad del hijo o cuando esta provenga de su mala conducta o falta de aplicación al trabajo o estudios (art. 152 del CC), pues no faltan abusos de quienes prefieren mantenerse *sine die* en una cómoda dependencia que, insertarse en el mercado laboral en busca de recursos necesarios para procurarse su propio sustento, o terminar sus estudios para conseguir precisamente una independencia económica.

En este contexto, es oportuno señalar que, la obligación de alimentar a los hijos forma parte de las obligaciones alimenticias en sentido genérico que, se conceptúan como «una obligación legal en virtud de la cual el deudor, unido por un vínculo de parentesco o matrimonial con el acreedor, se obliga a suministrarle los medios necesarios para su subsistencia cuando se hallan en situación de necesidad»⁸. De forma que la obligación alimenticia de los hijos menores de edad no emancipados, constante matrimonio, forman parte de las cargas familiares, o gastos familiares, según dispone el artículo 231-5 del Código Civil catalán, mientras que, cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad, la obligación se inserta dentro de la figura de la deuda alimenticia entre parientes.

Con la reforma operada por la Ley de 13 de mayo de 1981, se introduce por primera vez en la sistemática del Código Civil, un capítulo especialmente dedicado al régimen económico matrimonial primario en el Libro IV, Título III, Capítu-

⁷ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.ª, de 16 de junio de 2010 (La Ley 115700/2010); de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.ª, de 14 de abril de 2011 (La Ley 91707/2011); y de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3.ª, de 20 de mayo de 2011 (La Ley 168461/2011), en la que se dispone en su *Fundamento de Derecho* 1.º que: «el deber de alimentos respecto de los hijos mayores de edad que, tiene su apoyatura legal en el artículo 143 del Código Civil, encuentra su fundamento en lo que la doctrina civilista ha denominado “principio de solidaridad familiar, que obliga a los parientes a atender las necesidades vitales que cualquiera de ellos tenga o no pueda satisfacer por sí”, pero no se deja reconocer que ese principio de solidaridad no es absoluto, sino que hay que ponerlo en relación con la actitud personal de quien se considera necesitado, y así se sostiene por la doctrina jurisprudencial reiterada que “el criterio dominante es el de que, a partir del momento en que se adquiere una determinada capacitación, la lucha por la vida es asunto personal que cada uno debe resolver, si bien no se puede dejar de tomar en consideración el fracaso en esa lucha (v.gr., el paro) o la imposibilidad de tomar parte en ella (v.gr., niños, enfermos, disminuidos físicos o psíquicos, personas de la llamada tercera edad)”. No está lejos de esta concepción moderna ofrecida por los civilistas actuales de lo que el legislador del Código recoge en el artículo 152 cuando dispone que “cesará también la obligación de dar alimentos... 3.º Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión, o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia”».

⁸ LÁZARO PALAU, C. M.ª, *La pensión alimenticia de los hijos. Supuestos de separación y divorcio*, Thomson-Aranzadi, Navarra 2008, pág. 25.

lo III (arts. 1315 a 1324). Dentro del conjunto de normas que lo conforman, aparece consagrado el deber de contribución de ambos cónyuges al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1318.1) con carácter meramente enunciativo, sin concretar los gastos que se consideran incluidos en tal concepto, los sujetos que pueden generar dichas cargas, y, sin establecer en qué cuantía o proporción cada cónyuge está obligado a contribuir a los gastos considerados cargas del matrimonio, remitiéndose para ello a las normas de cada uno de los regímenes legales admitidos que, regulan igualmente esta cuestión: el artículo 1362 dentro del régimen de gananciales, y para los regímenes de separación de bienes y participación, el artículo 1438 del Código Civil —en este caso en virtud de la remisión del art. 1413 del CC—, pues, se trata de una cuestión de equilibrio entre las distintas masas de los bienes de la sociedad conyugal⁹. Y, en relación con las situaciones de crisis matrimonial, a los artículos 90 D, 91 y 103. Asimismo, en la concreción de tal deber se ha considerado como punto de partida necesario los deberes conyugales de socorro y ayuda mutua contenidos en los artículos 67 y 68 del Código Civil¹⁰.

Ahora bien, el artículo 1318 no ofrece un concepto de cargas del matrimonio, por lo que mayoritariamente la doctrina ha estimado que coincide básicamente con lo establecido en el artículo 1362.1 del Código Civil en sede de gananciales, y más concretamente, referido a los gastos que son de cargo de la sociedad de gananciales que, a su vez se integra con la definición amplia de alimentos del artículo 142 del Código Civil. MORENO MOZO las conceptúa como «aquellas necesidades materiales (en el citado sentido de que su satisfacción es susceptible de valoración económica) del grupo familiar, formado por los cónyuges e hijos convivientes —comunes o unilaterales—, sobre las que el citado grupo tiene el deber legal de satisfacerlas o levantarlas, en cuanto que, además de sujetos perceptores, son siempre y al mismo tiempo sujetos contribuyentes»¹¹. Para SERRANO CASTRO, el concepto de cargas «es más amplio que el de alimentos al incluir todas las cargas, obligaciones y gastos que exige la consecución y adecuado sostenimiento

⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, volumen coordinado por Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 3.ª ed., Colex, Madrid 2011, pág. 202.

¹⁰ DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. XVIII, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1982, págs. 101-102; MIRALLES GONZÁLEZ I., «El deber de contribución a las cargas del matrimonio (constante matrimonio)», en *Revista Jurídica de Cataluña* 1987, págs. 9-10.

¹¹ MORENO MOZO, F., *Cargas del matrimonio y alimentos*, Comares, Granada 2008, págs. 39-40. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 23 de octubre de 1998 (AC 1998/8095), considera cargas familiares «el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar y están regulados en nuestro Código Civil, con referencia a las responsabilidades de los patrimonios conyugales (arts. 1318, 1362 y 1438 del CC), y expresamente como un deber de los cónyuges en algunas legislaciones extranjeras». Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1.ª, de 23 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006/9151), señala que, pueden considerarse las cargas del matrimonio como «el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar, reguladas en nuestro Código Civil con referencia a las responsabilidades de los patrimonios conyugales (arts. 1318, 1362, y 1438 del CC), gastos que se produzcan durante el matrimonio en beneficio de la sociedad conyugal, a los que el artículo 1318 del Código Civil afecta a los bienes de las mismas, al expresar que los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio».

de los bienes del matrimonio, incluyendo la contribución del trabajo dedicado por uno de los cónyuges a la atención de los hijos comunes, y abarcando primordialmente, los alimentos debidos a los hijos, entendiendo estos, en sentido estricto como mantenimiento al pasar a convivir con uno de los cónyuges tras la separación. También comprende la obligación de prestarse alimentos entre los cónyuges en cuanto carga inherente a los deberes de ayuda y socorro mutuos que establecen los artículos 67 y 68 del Código Civil». En este sentido, concluye el autor, cargas matrimoniales y alimentos aparecen en el Código Civil, «como conceptos relacionados que recaen sobre los cónyuges y serán repartidos entre estos de acuerdo con la situación patrimonial de los mismos al dictarse sentencia»¹². De forma que, frente a quien identifica cargas del matrimonio con el contenido de la potestad doméstica (art. 1319 del CC), del artículo 1362.1 se deduce que son cargas del matrimonio los gastos derivados del sostenimiento ordinario de la familia, esto es, alimentación, alojamiento, vestido, asistencia médica, educación, así como las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia. El nivel económico de la familia es un referente a la hora de determinar la cuantía a la que pueden ascender esos gastos para poder ser considerados cargas del matrimonio. Los gastos extraordinarios pueden ser también considerados carga, si son inevitables, incluso aunque superen el nivel de vida de la familia y sus recursos¹³. Asimismo, pueden ser considerados carga del matrimonio, aquellos otros gastos destinados al consumo de la familia que son entendidos como necesarios por acuerdo de los cónyuges¹⁴. Se supera con ello el concepto de alimentos del artículo 142 del Código Civil. Lo cierto es que, estas cargas matrimoniales en relación con los hijos menores de edad, aparecen enumeradas en el artículo 154.1 del Código Civil como contenido propio de la patria potestad, cuando se establece que los padres deben alimentar, educar y procurar una formación integral a los hijos que tienen bajo su potestad. De todas formas, debe advertirse que estas cargas relacionadas con la patria potestad subsisten mientras esta permanezca, aún en situación de crisis familiar, y dejarán de ser efectivas cuando se extingan.

Por otra parte, cuando tiene lugar una situación de crisis matrimonial, los artículos 90.d), 91 y 103.3 del Código Civil establecen que bien las partes puedan pactar —vía convenio regulador— o el juez decidir la manera de contribuir los cónyuges a las cargas del matrimonio¹⁵. Coincidimos con GARCÍA CANTERO que no

¹² SERRANO CASTRO, Fco. de Asís, «Relaciones paterno-filiales», en *El Derecho*, Madrid, 2010, págs. 180-181.

¹³ HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, y Pablo SALVADOR CODERCH, T. II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 581.

¹⁴ COSTAS RODAL, L., «Comentario al artículo 1318 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.^a ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 1563.

¹⁵ La sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 5.^a, de 9 de diciembre de 1997 (AC 1997/2566), señala que, el concepto de «cargas de matrimonio», que incluye el de alimentos, viene regulado sustancialmente en los artículos 90, 91 y 103.3 del Código Civil, y se refiere a las cantidades que debe entregar un cónyuge al otro y a los hijos como consecuencia de un supuesto de separación. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.^a, de 1 de abril de 1998 (AC 1998/4765), dispone que las cargas del matrimonio «puede considerarse como el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar, regulados en nuestro Código Civil, con referencia a las responsabilidades

puede hablarse de cargas del matrimonio en los casos de divorcio; en todo caso, esta expresión sería aplicable a los casos de separación de mutuo acuerdo¹⁶. En esta línea, ROCA TRÍAS, quien explica que el concepto de cargas del matrimonio presupone la convivencia del que es una consecuencia, como uno de los efectos patrimoniales de la existencia del matrimonio; no obstante, añade que, puede entenderse que subsisten cargas para los supuestos de separación, pero no para los de divorcio o nulidad¹⁷. Lo cierto es que, ciertas cargas matrimoniales desaparecen cuando el matrimonio se disuelve —por divorcio o nulidad—, más en concreto, las que derivan del deber de socorro y ayuda mutua, aunque permanezcan en los casos de separación judicial o de hecho¹⁸.

Por lo que, quizá de forma más acorde con aquellas causas de disolución, sea más correcto emplear el término cargas familiares o de medidas, pues, aunque en la separación judicial o de hecho como en el divorcio hay una suspensión de

de los patrimonios conyugales (arts. 1318, 1367 y 1438), y en cualquier caso no puede confundirse ese concepto con la pensión compensatoria prevenida en el artículo 97 del Código Civil y que solo procederá en la correspondiente sentencia de separación o divorcio).

¹⁶ GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 90 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. II, Edersa, Madrid, 1982, pág. 382. Asimismo, MORENO MOZO, F., «Cargas del matrimonio y alimentos», *op. cit.*, págs. 42-44, insiste de nuevo en la idea de que las cargas del matrimonio, trasunto del deber de socorro mutuo, solo existen constante matrimonio, y aún vigente este, solo hasta que haya separación judicial, mientras el matrimonio se desarrolle en circunstancias normales; tras la crisis matrimonial, lo que existe será alimentos en los casos de separación, pensión compensatoria tanto para los supuestos de divorcio como para los de separación e indemnización en los casos de nulidad del matrimonio. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 5 de febrero de 2004 (*JUR* 2004/263336) señala que: «aunque el artículo 91 sigue hablando de cargas del matrimonio, tal expresión, por lo antedicho, no puede incluir ya obligaciones directas a favor de cualquiera de los referidos miembros de la unidad familiar, sino que abarca aquellas responsabilidades que, contraídas durante la convivencia conyugal frente a terceros, deben seguir siendo afrontadas por los esposos no obstante la ruptura, como puede ser hipotecas o préstamos personales que graven la economía familiar» (*Fundamento de Derecho* 5.º).

¹⁷ ROCA TRÍAS, E., «Comentario a los artículos 90 a 101 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 555; de la misma autora, «El convenio regulador y los conceptos de alimentos, cargas familiares, pensión por desequilibrio e indemnización en caso de nulidad», en *Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio. Bases conceptuales y criterios judiciales*, 2.ª ed., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1989, pág. 176. De esta misma opinión, CABEZUELO ARENAS, A. I., *Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos de los hijos tras la separación y divorcio* (art. 93 del CC), Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2010, pág. 76. Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3.ª, de 6 de marzo de 2000 (*JUR* 2001/106347), se precisa que al utilizar los términos «alimentos» y «cargas del matrimonio» se crea cierta confusión; de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, de 20 de julio de 2000 (*AC* 2000/1726); y el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4.ª, de 19 de febrero de 2001 (*AC* 2001/2095).

¹⁸ Para CORDERO CUTILLAS, I., *El convenio regulador en las crisis matrimoniales*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 60, el concepto de alimentos del artículo 93 del Código Civil es más restringido que el de «cargas del matrimonio», puesto que estas últimas incluyen no solo las llamadas cargas familiares a favor de los hijos, sino también los alimentos debidos al otro cónyuge en el supuesto de separación judicial.

Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 3 de diciembre de 1996 (*AC* 1996/2412).

la vida en común de los cónyuges —aunque, a diferencia de este, se mantiene el vínculo matrimonial—, se puede hablar en tales supuestos de obligación legal de alimentos a favor del cónyuge más necesitado de protección, y siempre que el otro cónyuge tenga medios económicos para prestarlos (arts. 146 y 148 del CC); de pensión compensatoria (art. 97 del CC), y de alimentos a favor de los hijos¹⁹ —aunque solo respecto de los hijos mayores de edad—, puesto que respecto a los menores no hay obligación de alimentos propiamente dicha, sino cumplimiento de los deberes inherentes a la filiación, cuya plasmación jurídica se concreta en la denominada pensión de alimentos que conforme establece el artículo 93.1 del Código Civil es una consecuencia de los deberes que, el artículo 154.1.º del citado cuerpo legal impone a la *patria potestas*, y, encarna la concreción de los alimentos debidos a los hijos en una situación determinada por la no convivencia respecto de uno de los progenitores; aunque, conviene precisar ambos padres están obligados a prestar alimentos, sea consecuencia de la convivencia, sea en forma de pensión alimenticia²⁰.

Ahora bien, para algunos autores los alimentos debidos a los hijos menores de edad contenidos en el mencionado artículo 93.1, deberían reconducirse a lo que la doctrina italiana denomina «mantenimiento», o lo que es lo mismo, un concepto más amplio que el que se atribuye a los alimentos en sentido estricto, pues comprende no solo lo necesario para vivir, sino también la satisfacción de cualquier exigencia vital; por lo que la obligación no se agota con la simple

¹⁹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3.ª, de 6 de marzo de 2000 (*JUR* 2001/106347), señala que ha de individualizarse la cuantía de cada una de estas medidas.

²⁰ La sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 6 de septiembre de 1993 (*AC* 1993/1658), señala la improcedencia de la consideración global dentro del concepto de «cargas familiares» de las prestaciones alimenticias a favor de los hijos, y del deber genérico de alimentos entre parientes en relación con los hijos mayores de edad, y la denominada pensión compensatoria. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 14 de octubre de 1999 (*AC* 1999/7630) dispone en su *Fundamento de Derecho segundo* que: «Sin embargo se marca en el artículo 93.1 importantes y significativas diferencias respecto del tratamiento otorgado a tal prestación económica cuando se proyecta sobre los comunes descendientes sometidos a la patria potestad, pues, en este caso el párrafo 1.º del artículo 93 del expresado Código contempla un derecho incondicional, que debe ser sancionado inclusive de oficio (“El juez en todo caso...”); por el contrario, el párrafo 2.º del precepto analizado, y en lo que concierne a los hijos que ya han superado los dieciocho años de edad, somete la posible sanción de su derecho a una serie de condicionantes, además del procesal de su rogación, dado que aquellos han de residir en el domicilio familiar y carecer de ingresos propios. Por otro lado, la remisión que tal precepto realiza a los artículos 142 y sigs., del mismo texto legal conlleva otra serie de requisitos añadidos, y entre ellos el que el alimentista no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Sobre dichas bases legales, nuestra doctrina opina mayoritariamente que la obligación respecto del descendiente menor de edad es uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad (art. 154.1.º), por lo que nada tiene que ver con el deber alimentario recogido en los artículos 142 y sigs., no pudiendo por ello decretarse la cesación de la obligación en tanto que el hijo sea menor de edad, subsistiendo la misma incondicionalmente. En tal línea, el propio Tribunal Supremo en la sentencia de 5 de octubre de 1993 (*RJ* 199377464), proclama que el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad, por incardinarse precisamente en la patria potestad, derivando básicamente de la relación paterno-filial (art. 110 del CC), no puede verse afectado por las limitaciones propias de los alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una norma en gran parte solo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados».

entrega de una suma de dinero, sino que abarca cualquier actividad dirigida a procurar la asistencia completa, y desarrollo físico y psíquico de los hijos. No exige en ningún caso estado de necesidad, y la falta de medios económicos del obligado no influye en la exigencia de tal obligación²¹. Por lo que, desde tal perspectiva, alimentos debidos a los hijos menores de edad en un sentido amplio supone proporcionar todo aquello que sea indispensable para satisfacer sus necesidades de acuerdo con la posición social de la familia, lo que seguramente es el alcance que se debe dar a la palabra «alimentos» empleada en el artículo 93.1 del Código Civil²². De ahí que, asimismo no se pueda hablar para este supuesto de cargas familiares ya que, uno de los conceptos económicos en los que se concretan estas, es precisamente el de alimentos a los hijos menores o pensión alimenticia, a la que ambos progenitores deben contribuir de acuerdo con sus capacidades económicas, pues los deberes fundamentales de los padres para con sus hijos menores de edad subsisten pese a la crisis matrimonial. Se ha de procurar mantener la misma situación existente antes de producirse la separación o el divorcio, tal como dispone el artículo 92 del Código Civil. Aunque el artículo 91 del Código Civil y el artículo 774.4 de la LEC siguen hablando de «cargas del matrimonio» tras la sentencia de nulidad, separación o divorcio, lo cierto es que el artículo 93.1 del Código Civil se aparta de esta terminología y hace referencia a que el juez determinará la contribución de cada progenitor en la satisfacción de los alimentos.

De todas formas, la obligación de alimentar a los hijos menores de edad por sus progenitores tanto constante matrimonio o convivencia como ante una situación de crisis matrimonial o ruptura de pareja forma parte de las obligaciones alimenticias en sentido genérico que, como señala LÁZARO PALAU, son «obligaciones legales en virtud de las cuales el deudor, unido por un vínculo de parentesco o matrimonial con el acreedor, se obliga a suministrarle los medios necesarios para su subsistencia cuando se halla en situación de necesidad»²³. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de abril de 1991²⁴, seña-

²¹ ROCA TRÍAS, E., «Comentario a los artículos 90 a 101 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 585; LÁZARO PALAU, C. M.^a, «La pensión alimenticia de los hijos. Supuestos de separación y divorcio», *op. cit.*, págs. 29-30; MONTERO AROCA J., *Los alimentos a los hijos en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del art. 93 del CC)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 11, 17 y 23; RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Artículo 93. Capítulo IX. De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio», en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, coordinados por José Luis LACRUZ BERDEJO, Civitas, Madrid, págs. 1057 y 1070; MORENO MOZO, F., «Cargas del matrimonio y alimentos», *op. cit.*, pág. 83. Asimismo, vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1.^a, de 9 de noviembre de 2001 (*JUR* 2001/61179), precisa en su *Fundamento de Derecho Tercero* que «(...) Intentando precisar más los conceptos, puede decirse que los “alimentos” a que alude el artículo 93.1 guardan relación con la obligación de “alimentos” del artículo 154.2 del Código Civil, y no con los alimentos de los artículos 142 y sigs. Es decir, se trataría de una obligación de “mantenimiento”, cuyo trasunto se encuentra, en el estado de crisis matrimonial, en la obligación que tienen los padres de alimentar a sus hijos menores de edad, no siendo, en cambio, “alimentos entre parientes”, cuya etiología y fundamento son distintas».

²² LÁZARO PALAU, C. M.^a, «La pensión alimenticia de los hijos. Supuestos de separación y divorcio», *op. cit.*, pág. 30.

²³ LÁZARO PALAU, C. M.^a, «La pensión alimenticia de los hijos. Supuestos de separación y divorcio», *op. cit.*, pág. 25.

²⁴ *RJ* 1991/2685. Asimismo, vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 14 de abril de 1998 (*AC* 1998/821) considera que «la obligación alimenticia

la en su *Fundamento de Derecho segundo* que: «la obligación se ha de entender como deber impuesto a una o varias personas, de asegurar la subsistencia de otra o de otras y supone la conjunción de dos partes, una acreedora, que tiene derecho a exigir y recibir los alimentos y la otra, deudora, que tiene el deber moral y legal de prestarlos, con la particularidad de que el primero, ha de reunir; hipotéticamente la condición de necesitado y el segundo, poseer medios y bienes aptos para atender la deuda. Dicha relación obligacional, puede tener su causa, en un negocio jurídico —contrato o testamento (art. 153 del CC)—, o en la Ley, artículo 39.3 de la CE, respecto a las obligaciones de los padres a hijos, Título VI del Libro del Código Civil sobre alimentos entre parientes; y el artículo 173 del Código Civil en relación al acogimiento de menores, redactado conforme a la Ley de 11 de noviembre de 1987 (incluso en alguna legislación europea, como sucede en la italiana, se amplía la obligación alimenticia al parentesco por afinidad)».

En esta línea, BELTRÁN DE HEREDIA afirma que «una dirección de la doctrina representada fundamentalmente por CICU, dejándose arrastrar por la condición de pariente que tienen las personas que recíprocamente se deben alimentos postula la tesis que mediante la obligación de alimentos no se tutela un interés patrimonial del alimentario porque mediante aquella no se protege un interés privado egoísta propio exclusivamente del individuo, sino que se tutela directamente o principalmente un interés de orden superior, cual es el interés familiar siendo este y la cohesión del organismo familiar el verdadero fundamento de la obligación alimenticia»²⁵. Más, en concreto, en relación con el fundamento del deber de los padres de prestar alimentos a sus hijos, RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE señala que «siguiendo el artículo 154 del Código Civil, los padres deben prestar alimentos a los hijos que se encuentren bajo su patria potestad. Estos alimentos no son distintos de los contemplados en el artículo 142 del Código Civil, pues, la obligación de los padres de alimentar a los hijos no deriva de la patria potestad, sino de la relación paterno-filial que les une —arts. 110 y 111 del CC— es decir, se trata de una deuda alimenticia en la que el parentesco es la filiación»²⁶.

—catalogada desde antaño, sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de octubre de 1924— como personalísima, irrenunciable e indeterminada en cuanto al tiempo, y que comprende los gastos indispensables para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, así como educación e instrucción del alimentista mientras sea menor y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable —art. 142 del CC— se ha de entender como el deber impuesto a una o varias personas de asegurar la subsistencia de otra o de otras y supone la conjunción de dos partes, una acreedora, que tiene derecho a exigir y recibir los alimentos, y la otra deudora que, tienen el deber moral y legal de prestarlos, con la particularidad de que el primero ha de reunir hipotéticamente la condición de necesitado, y el segundo poseer medios y bienes aptos para atender la deuda. Dicha relación obligacional puede tener su causa en un negocio jurídico —contrato o testamento—, artículo 153 del Código Civil, o en la Ley, artículo 39.3 de la CE, respecto a las obligaciones de los padres a hijos, Título VI del Libro del Código Civil sobre alimentos entre parientes; y el artículo 173 del Código Civil en relación al acogimiento de menores, redactado conforme a la Ley de 11 de noviembre de 1987».

²⁵ BELTRÁN DE HEREDIA, P., «Comentario a los artículos 142 a 153 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO GARCÍA, T. VIII, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1982, pág. 21.

²⁶ RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F., «Fundamento de la no discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales en la recepción de la pensión alimenticia», en *Actualidad Civil*, primera quincena septiembre de 2011, núm. 15, pág. 1675.

En todo caso, al margen del fundamento del deber de los padres de prestar alimentos a sus hijos, hay que señalar que, se ha generalizado desde comienzos de los años noventa en nuestros Juzgados de Primera Instancia y Audiencias Provinciales con relación a los procesos judiciales derivados de crisis matrimonial o de pareja de hecho una práctica como es diferenciar dentro de las pensiones de alimentos a favor de los hijos que debe pagar el progenitor no custodio entre lo que es propiamente pensión y lo que se ha denominado genéricamente «gastos extraordinarios». Se trata de una categoría indeterminada, difusa donde se engloban una variada gama de partidas de gasto desde aquellas relativas a cuestiones educativas, de salud, de ocio y deporte que los padres deben asumir dentro de la obligación de alimentos para con sus hijos. Ahora bien, con frecuencia el alcance concreto de los gastos extraordinarios no se precisan en la sentencia judicial, y, asimismo, resulta difícil que los progenitores consensuen su carácter y cuantía, cuando ni es posible siquiera plantearse la discusión, dado el deterioro existente en las relaciones entre los padres, o de discutirse, no se llega a un acuerdo. De ahí la necesaria intervención judicial donde, asimismo, se constata la falta de unificación de doctrina a la hora de fijar las partidas que deben catalogarse como gasto extraordinario no solo entre las distintas Audiencia Provinciales, sino incluso en las diversas secciones de una misma Audiencia lo que crea cierta inseguridad e incertidumbre en la concreción y definición de lo que se entiende por gasto extraordinario.

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en el análisis de la obligación alimenticia de los hijos menores de edad no emancipados tras una situación de crisis matrimonial o ruptura de pareja estable, no solo en lo que representa la pensión alimenticia que asume el progenitor no custodio, sino que incidiremos primordialmente en un aspecto de su contenido que ha dado lugar, como hemos señalado, a un importante debate y controversia no resuelto al día de hoy en el seno de la jurisprudencia menor como es la concreción de los gastos ordinarios o extraordinarios y la cobertura de estos últimos, a la par que, debemos aludir al procedimiento incidental previsto para su reclamación, que se ha incorporado como novedad procesal tras la aprobación del incidente de ejecución del artículo 776.4 de la LEC que, ha tenido lugar con la Ley 13/2009, de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

II. LA PENSIÓN ALIMENTICIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD

Dentro de las prestaciones económicas ligadas a una crisis matrimonial o ruptura de pareja, ocupan un lugar preferente las prestaciones alimenticias a favor de los hijos menores de edad, como pronunciamiento de las medidas definitivas de la sentencia o del convenio ratificado judicialmente, sin perjuicio de que se puedan solicitar también como medida previa a la presentación de la demanda (art. 771 de la LEC), o como medida provisional con la demanda o contestación (art. 773 de la LEC), pues en ambos casos las que pueden instarse son las previstas en los artículos 102 y 103 del Código Civil, con la referencia en el apartado 3.º de este último precepto, donde se incluyen los alimentos a los hijos dentro de la «contribución a las cargas del matrimonio»²⁷.

²⁷ Para la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 11 de enero de 2000 (AC 2000/3283), se han de deslindar las prestaciones alimenticias a favor de los hijos, de la referida contribución a las cargas del matrimonio.

La pensión alimenticia a favor de los hijos menores de edad la define CASO SEÑAL como «aquella prestación económica que en el marco de un proceso de crisis matrimonial se establece judicialmente para ser satisfecha por ambos progenitores a favor de sus hijos con el fin de atender sus necesidades»²⁸. Por su parte, SERRANO CASTRO la conceptúa como «el deber impuesto a una o varias personas de asegurar la subsistencia de una u otra, suponiendo la conjunción de dos partes: una acreedora alimentista, que tiene derecho a exigir y recibir los alimentos y otra deudora-alimentante, que tiene el deber legal y moral de prestarlos»²⁹. Esta obligación de prestar alimentos se basa en el principio de solidaridad familiar y tiene su fundamento constitucional en el artículo 39.3 de la Constitución española que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia³⁰. Se trata de una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, inherente como es sabido, a las relación paterno-filial, y no a la patria potestad, se funda en la filiación, de duración temporal, de contenido absoluto y proporcionada a las necesidades del hijo y los medios y posibilidades económicas del padre y madre obligados³¹; de ahí que los progenitores excluidos *ab initio* de la patria potestad (art. 111 del CC) o privados judicialmente de esta (art. 170 del CC) mantienen su deber de alimentos. De forma que, mientras el hijo sea menor de edad la obligación alimentaria existe incondicionalmente y no puede decretarse su cesación. Lo que antes se configuraba como carga del matrimonio, tras la ruptura de la convivencia se convierte en una medida —de obligada adopción en el caso de existir hijos menores de edad o incapacitados (art. 91 del CC)— en la que se fija el modo

²⁸ CASO SEÑAL, M., «Medidas en relación con los hijos», en *Memento Experto. Crisis matrimoniales*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2012, pág. 134.

²⁹ SERRANO CASTRO, Fco. de Asís, «Relaciones paterno-filiales», *op. cit.*, pág. 177. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 1.ª, de 2 de noviembre de 1999 (AC 1999/2281), se entiende como una extensión o prolongación del deber de los padres de contribución al sostenimiento de las cargas familiares.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 30 de enero de 2001 (AC 2001/162) señala que, los alimentos de los hijos menores de edad se han de regir por las siguientes pautas: «1. La separación, nulidad y el divorcio no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos (art. 92 del CC); 2. Los padres están obligados a alimentar, educar, y procurar una educación integral de sus hijos menores (art. 154 del CC); 3. La obligación de contribuir a satisfacer los alimentos y necesidades de los hijos menores (art. 93 del CC) se extiende a la totalidad del concepto amplio de alimentos (sustento, educación, vivienda, vestido, sanidad, ocio y formación complementaria incluidos los aspectos lúdicos) propios de la patria potestad; 4. La pensión mensual de los alimentos incluye la totalidad de todos los conceptos anteriores integrantes en el ámbito del ejercicio ordinario de la patria potestad; y, 5. La antedicha pensión no agota las obligaciones de los progenitores, ya que los mismos están obligados a soportar por mitades los gastos extraordinarios que generen sus hijos menores».

³⁰ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de marzo de 2001 (RJ 2001/2562); las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.ª, de 12 de diciembre de 2000 (JUR 2001/65247); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 16 de mayo de 2006 (JUR 2006/260210).

³¹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993 (RJ 1993/7464); las sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.ª, de 22 de julio de 1998 (AC 1998/6867); de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.ª, de 26 de febrero de 2001 (JUR 2001/138816); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 30 de junio de 2005 (JUR 2006/47270); y de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 2.ª, de 15 de febrero de 2006 (JUR 2006/172411).

en que se ha de hacer efectiva la prestación de alimentos a los hijos por parte de ambos progenitores, adaptándose a las nuevas circunstancias que supone la situación de vida independiente de aquellos. En todo caso, la determinación de esta medida —pensión de alimentos— opera sobre la base de la no sujeción del juez al principio de congruencia o aportación de parte en relación a la fijación de la pensión alimenticia de los menores o incapacitados judicialmente.

Esta prestación de alimentos a favor de los hijos menores de edad presenta entre otras características³²: 1. Su naturaleza de orden público derivada de la ley y responde tanto a un interés individual como social³³; 2. Tiene carácter imperativo, debe fijarse siempre³⁴; 3. Puede ser establecida de oficio, dada la especial naturaleza de los derechos y obligaciones paterno-filiales³⁵; 4. Es una deuda de valor, por ello deben fijarse cláusulas de actualización o estabilización, ya que en la deuda alimenticia no debe regir el principio nominalista del dinero³⁶; 5. Es indisponible, irrenunciable, e intransmisible a terceros (art. 151 del CC)³⁷. Solo se mantiene el poder de disposición respecto de las pensiones atrasadas que, son las devengadas y no pagadas; 6. Es un derecho personalísimo, al estar fundada la deuda alimenticia en el vínculo familiar que une al deudor con el alimentista; 7. Es relativa, pues, las obligaciones alimenticias en general, al contrario que las obligaciones patrimoniales caracterizadas por su determinabilidad, son indeterminables o relativas, pues, depende su cuantía de dos variables: la fortuna del alimentante y las necesidades del alimentista; 8. No es compensable, de ahí que, ni el obligado a prestarlos pueda compensarlo con los créditos que tenga contra el alimentista, ni, por el contrario, el alimentista puede compensarlos con las deudas que tenga con el alimentante; 9. No es condicionable, pues, el progenitor

³² CASO SEÑAL, M., «Medidas en relación con los hijos», *op. cit.*, págs. 135-136; LÁZARO PALAU, C. M.³, «La pensión alimenticia de los hijos», *op. cit.*, págs. 35 a 41; DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Comentario al artículo 142 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis Díez-PICAZO y Pablo SALVADOR CODERCH, T. I, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 2.^a ed., Madrid, 1993, pág. 523; Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, T. I, *Derecho de familia*, undécima edición, Tecnos, Madrid, 2012, págs. 43-44; ROCA TRÍAS E., «Comentario al artículo 93 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis Díez-PICAZO y Pablo SALVADOR CODERCH, T. I, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 392. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 12 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/156500).

³³ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2.^a, de 17 de febrero de 1996 (*AC* 1996/360); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 13 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003/27941); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 16 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003/27962); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 1 de abril de 2003 (*JUR* 2003/188336); y de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.^a, de 14 de febrero de 2005 (*AC* 2005/2076).

³⁴ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.^a, de 3 de marzo de 1999 (*AC* 1999/4919); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 8 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/150616).

³⁵ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7.^a, de 18 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/140442).

³⁶ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1982 (*RJ* 1982/5550).

³⁷ Las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 27 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/136715); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 20 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003/22894).

pagador no puede condicionar el pago de la pensión al cumplimiento del derecho de visitas, ni el progenitor guardador puede condicionar el derecho de visitas al pago de alimentos³⁸; 10. Es proporcional, pues, la fijación de la pensión depende de las posibilidades del alimentante, la contribución del progenitor custodio, y las necesidades del propio alimentado; 11. Es imprescriptible, consecuencia de su carácter irrenunciable. Sí prescribe el derecho a percibir las pensiones devengadas y no pagadas a las que es de aplicación el plazo de prescripción señalado en el artículo 1966 del Código Civil, a tenor del cual prescriben por el transcurso de cinco años, las acciones para exigir el cumplimiento de la obligación de pagar pensiones alimenticias. En cuanto a la caducidad de la acción ejecutiva para reclamar en ejecución forzosa las pensiones impagadas, el plazo es, igualmente de cinco años, iniciándose el cómputo no desde la firmeza de la sentencia o resolución, sino desde el incumplimiento; 12. No es preciso acreditar la necesidad de los hijos menores de edad; 13. De carácter permanente e indiscutible³⁹; 14. Son de mayor extensión y amplitud que los alimentos debidos al resto de parientes y no se ciñen a lo indispensable, pues abarca todo lo que garantice el mantenimiento del nivel de vida. 15. Variable, consecuencia de la dependencia de factores mutables como la situación patrimonial de las partes, de un lado, y de otro, su carácter propio de su obligación duradera, periódica que, posibilita su modificación; 16. Tiene preferencia sobre los alimentos del resto de los parientes; 17. Unilateral, solo los padres tienen ese deber, mientras los hijos sean menores de edad o, siendo mayores no hayan terminado aún su formación; 18. Periódica, debe efectuarse todos los meses del año; y, 19. La actualización de los alimentos puede ser adoptada incluso de oficio de conformidad con lo previsto en el artículo 93.1 del Código Civil.

Como alimentantes, ambos progenitores en virtud de la potestad que es una función inexcusable, deben cuidar de los hijos y tienen en relación a ellos deberes de alimentos en el sentido más amplio, de convivencia, de educación y de formación integral (art. 154.1 del CC)⁴⁰. Es una consecuencia de la filiación, de ahí que, no se extingue por el cese de la convivencia con el menor, por la pérdida de la patria potestad, o por el ejercicio en exclusiva del otro de la patria potestad. Es una obligación mancomunada, proporcional al caudal de cada obligado⁴¹. Si bien, el progenitor custodio puede realizar lo que han denominado algunos tribunales la «aportación virtual» al sostenimiento de los hijos, si carece de ingresos propios⁴². Este deber paterno de alimentar a los hijos menores no emancipados es más amplio que el estricto deber de alimentos derivado de los artículos 142

³⁸ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7.ª, de 23 de septiembre de 2002 (*JUR* 2002/264715).

³⁹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 20 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003/22894).

⁴⁰ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 24 de octubre de 2008 (*RJ* 2008/5794); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de junio de 1995 (*AC* 1995/1267); de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 26 de abril de 1999 (*AC* 1999/4842); de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.ª, de 31 de enero de 2001 (*JUR* 2001/122798); y de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6.ª, de 8 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/124117).

⁴¹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 29 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/209048); y de 18 de febrero de 2008 (*JUR* 2008/130457).

⁴² DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Comentario al artículo 93 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, T. I, director Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 958.

a 153 del Código Civil, en cuanto no está sometido a las limitaciones de este⁴³, aunque no se excluye la aplicación de algunos de sus preceptos⁴⁴.

Los alimentistas han de ser hijos del alimentante, pues, la obligación de alimentar deriva de la filiación biológica o adoptiva, lo que supone: 1. Tras la separación o divorcio, el hijo de uno de los cónyuges, aunque hubiera vivido con ambos, no puede reclamar —ni el progenitor en su nombre— una pensión alimenticia del cónyuge no progenitor⁴⁵; 2. Si al tiempo de plantearse la separa-

⁴³ MORENO MOZO, F., «Cargas del matrimonio y alimentos», *op. cit.*, pág. 84.

⁴⁴ Para RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F., «Fundamento de la no discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales en la recepción de la pensión alimenticia», *op. cit.*, págs. 1677-1678, los alimentos del artículo 93 del Código Civil no son distintos de los alimentos entre parientes de los artículos 142 y sigs. del Código Civil por las siguientes razones: «En primer lugar, teniendo en cuenta que el artículo 93 del Código Civil se aplica únicamente a los supuestos de separación judicial, divorcio y nulidad, de afirmarse la falta de identidad entre los alimentos de este precepto y los contemplados en el artículo 142 del Código Civil podría llegarse a una situación discriminatoria contraria al artículo 14 y 39.2 de la CE que proclaman la igualdad de los hijos con independencia de su filiación, al aplicarse el régimen general de alimentos del 142 del Código Civil en el caso de hijos no matrimoniales, y un régimen distinto a los alimentos de hijos matrimoniales. En segundo lugar, en la hipótesis de que el artículo 93 del Código Civil dispusiera un régimen específico de alimentos para los supuestos de crisis matrimonial, debería de contener reglas o criterios para determinar la forma de contribuir los progenitores a los alimentos de los hijos tras la ruptura de la convivencia. Por el contrario, este precepto se limita en su apartado 1.º a establecer la obligación de proporcionar alimentos a los menores, y la única regla que contiene —acomodar las prestaciones a las condiciones económicas y necesidades de los hijos en cada momento— es la reiteración de un criterio del régimen general de alimentos entre parientes —art. 146 del CC—. En su párrafo 2.º el artículo 93 del Código Civil se remite además expresamente a los artículos 142 y sigs. del Código Civil para fijar la cuantía de los alimentos debidos a los hijos mayores. Por último, la inclusión del artículo 93 del Código Civil en sede de procesos matrimoniales responde a razones de economía procesal, ya que así se evita tener que recurrir a otro proceso para solicitar los alimentos de los hijos y en el propio proceso de separación o divorcio pueden resolverse todas estas cuestiones. La única particularidad, con respecto al régimen general del artículo 142 del Código Civil, que presentan los alimentos a los hijos menores del artículo 93.1 del Código Civil es que estos pueden solicitarse conjuntamente con el resto de las medidas que resuelven la crisis matrimonial». En igual sentido, ECHARTE FELIÚ, A. M., *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, Comares, Granada, 2000, págs. 137-138. Si bien, a nuestro entender, se debe matizar sobre todo con relación a los hijos menores de edad, ya que la obligación de alimentos tiene un alcance más amplio. En todo caso, cabe una identificación de los alimentos a los hijos mayores de edad (art. 93.2 del CC) y los alimentos entre parientes del artículo 142 del Código Civil.

⁴⁵ Durante la convivencia, deberá compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de los ascendientes y descendientes y otras personas que tenga a su cargo (arts. 68 y 1318 del CC).

El artículo 231-1.2 del Código Civil catalán reconoce como miembros de la familia con los efectos que legalmente se determinen, los hijos de cada uno de los progenitores que convivan en el núcleo familiar, como consecuencia de la formación de familias reconstituidas. Este reconocimiento no altera los vínculos con el otro progenitor. De ahí que se incluya como gasto familiar los alimentos a los que se refiere el artículo 237-1 del citado cuerpo legal. Asimismo, la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat de Régimen Económico-Matrimonial valenciano en su artículo 9.1 dispone que tienen la consideración de cargas del matrimonio los gastos necesarios para cumplir el deber alimenticio entre cónyuges, y de estos para con sus hijos comunes o los de cualquiera de ellos que convivan con el matrimonio, los hijos discapacitados, así como para los ascendientes que, conviviendo o

ción, divorcio, o la ruptura de la pareja de hecho se interpusiera una demanda de impugnación de la paternidad, la petición de no fijarse la pensión hasta que no quede determinada la paternidad debe rechazarse, pues, en tanto no se dicte sentencia estimatoria en el procedimiento de impugnación, la filiación está determinada y despliega todos sus efectos⁴⁶. Entre estas acciones también se encuentra la de impugnación de los reconocimientos de complacencia basadas en la prevalencia de la verdad biológica⁴⁷; 3. El principio de igualdad entre los hijos no impide apreciar situaciones diferenciadoras que autoricen la fijación de una distinta cuantía en la prestación alimenticia, sin que ello implique ningún tipo de discriminación. Lo que opera desde la imprescindible ponderación judicial⁴⁸; 4. Los alimentos son a cargo de ambos progenitores, aunque cada hijo conviva con uno de ellos en aras a proteger el interés de estos⁴⁹.

La necesidad del alimentista menor de edad se presume siempre⁵⁰. Si bien, en caso de tener el hijo menor de edad recursos o rentas suficientes para atender

no con la familia, estén bajo su dependencia económica y/o asistencial, o cuyos propios recursos sean insuficientes a tal fin.

⁴⁶ Vid., el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 6 de julio de 2004 (*JUR* 2004/290695); las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 16 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/151490); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª, de 23 de enero de 2004 (*JUR* 2004/70182); y, de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.ª, de 23 de noviembre de 2012 (*AC* 2012/1643).

⁴⁷ Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 5 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009/147); y de 4 de julio de 2011 (*RJ* 2011/5965), con voto particular, posibilitan la acción de impugnación por el reconocedor en el plazo de cuatro años siguientes a la fecha de reconocimiento al amparo del artículo 140 del Código Civil.

⁴⁸ Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de mayo de 2001 (*RJ* 2001/6458); y de 21 de noviembre de 2005 (*RJ* 2005/7734), se establece una distinta cuantía en la prestación alimenticia respecto a los hijos del obligado, nacidos de un matrimonio anterior.

⁴⁹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 10 de septiembre de 1998 (*AC* 1998/6541); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 26 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001/255594); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.ª, de 20 de abril de 2006 (*JUR* 2006/272718), precisa que cada progenitor se hará cargo del hijo con el que convive, sin tener que abonar pensión para el otro hijo al tener este cubierta sus necesidades por el otro progenitor; el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 15 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/125681), cada uno de los progenitores se hará cargo de los alimentos de los hijos que convivan con ellos; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 26 de noviembre de 2004 (*JUR* 2005/35647), asunción por cada progenitor los gastos del hijo confiado a su custodia.

⁵⁰ La sentencia del Tribunal Constitucional, de 15 de enero de 2001 (*RTC* 2001/1) señala que «por imperativo constitucional, los padres tienen la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos —asistencia que, naturalmente, incluye la contribución a los alimentos— con independencia de que estos hayan sido concebidos dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 de la CE), de que se haya producido la nulidad matrimonial, la separación legal o la disolución del matrimonio por divorcio (art. 92 del CC), o, incluso, en fin, de que el progenitor quede excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas (arts. 110 y 111 *in fine* del CC); «alimentos» que conforme al artículo 142 del Código Civil, incluyen el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación de los hijos, y que deben satisfacerse en la medida «proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe (art. 146 del CC)». Asimismo, en esta línea, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 14 de marzo de 2005 (*RTC* 2005/57) dispone que «los alimentos a los hijos, en la medida en que tienen su origen exclusivamente en la filiación (art. 39.3 de la

sus necesidades se ha considerado en algunas resoluciones que no supone *per se* que siempre y en todo caso exista la obligación a cargo de sus progenitores de prestarles alimentos, cuando por las razones que fuese, aquel con su patrimonio o rentas pueda hacer frente a sus necesidades⁵¹; en otras sentencias se ha optado por reconocer igualmente a los hijos menores de edad no emancipados el derecho a la prestación de alimentos, aunque dejando en suspenso temporalmente su efectividad, esto es, su abono por el progenitor alimentante, no así su extinción o supresión ante la grave situación de penuria económica en que se puede encontrar este ante el fin de la prestación por desempleo o por la realización de un trabajo temporal y precario⁵². Mientras que, otras se han negado a admitir tal posibilidad, afirmando que los progenitores deben alimentar a sus hijos ante cualquier circunstancia, debiendo fijarse siempre un «mínimo vital indispensable», entendido como todo lo que resulte necesario para procurar al menor un desarrollo de su existencia en condiciones de suficiencia y dignidad a los efectos de garantizarle, al menos y en la medida de lo posible un mínimo desarrollo físico, intelectual y emocional, sin necesidad de mayor justificación,

CE), ni precisan demanda alguna para que se origine el derecho a su percepción, ni la Ley prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos. En este sentido, no es irrazonable sostener, como hace el Abogado del Estado que, el legislador ha considerado que, mientras que los alimentos a los parientes, en tanto que solo se satisfacen como consecuencia de una demanda presentada por estos y tras la correspondiente resolución judicial, constituyen un gasto de carácter extraordinario, cuya deducción resulta procedente, los alimentos a los hijos suponen un gasto corriente o mero consumo de renta que, como ocurre con las restantes aplicaciones de renta, no tienen por qué generar un derecho a su reducción de la base imponible del impuesto». Además, los alimentos de los hijos «no se reduce a la mera subsistencia, al consistir en un deber de contenido más amplio que, se extiende a todo lo necesario para su mantenimiento, estén o no en situación de necesidad». Finalmente, los alimentos a los hijos menores deben acomodarse a «las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento» (art. 93.2 del CC), hasta el punto de financiar no solo los gastos ordinarios de su mantenimiento, sino también los de carácter extraordinario (tales como actividades extraescolares, etc.). Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.ª, de 18 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003/91648), y de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 2.ª, de 4 de junio de 2003 (*JUR* 2003/223298), que precisa: «(...) la situación de necesidad se presume en esos casos, como se presume sin dificultad que el menor ha de comer, vestirse, disponer de una vivienda, y de todo lo que integra el concepto jurídico de alimentos».

⁵¹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, de 18 de diciembre de 1996 (*AC* 1996/2409).

⁵² MORENO VELASCO, V., «La crisis económica y las pensiones en los procesos de familia. Cuestiones prácticas», en *La Ley*, año XXX, núm. 7189, de 4 de julio de 2009, pág. 6, opta en estos casos por la suspensión temporal del pago de la pensión de alimentos, y para el caso que la situación resulte permanente o de muy larga duración, modificar la medida bien extinguiéndola, bien reduciéndola a tenor de los medios económicos de los que pueda disponer el progenitor obligado al pago. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 24 de octubre de 2008 (*RJ* 2008/5794); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, de 4 de febrero de 1995 (*AC* 1995/355); de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 8.ª, de 24 de abril de 2002 (*JUR* 2002/206674); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6.ª, de 7 de abril de 2006 (*JUR* 2006/296957); y de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, de 16 de marzo de 2011 (*La Ley* 190428/2011). En la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4.ª, de 29 de abril de 2005 (*JUR* 2005/148967), procede la suspensión de la prestación de alimentos a los hijos menores de edad, mientras el progenitor permanece en prisión y no consten bienes de su propiedad o perciba ingresos.

y, aunque no consten ingresos del obligado, estos sean aleatorios, o el progenitor alimentante esté en situación de desempleo⁵³. Se justifica la subsistencia de la obligación de prestar alimentos a hijos menores de manera incondicionada, aun en el caso de que el hijo tenga sus necesidades cubiertas por sus propios medios. Junto a este mínimo vital, por debajo del cual quedaría comprometido el cumplimiento de la obligación de alimentar a los hijos, el *quantum* concreto de la obligación de alimentos tiene como techo o límite máximo la referencia al estatus social de la familia. Así lo han venido entendiendo la doctrina de las Audiencias Provinciales al señalar que, cuando los hijos gozan en la vida de los padres de un determinado nivel de vida, físico o material, la ruptura no debe perjudicarles más allá de lo que son las consecuencia lógicas de una crisis familiar; de forma que, en la fijación del importe concreto de esta prestación hay que estar a las condiciones de vida o *status* familiar, como criterio para determinar en cada caso qué ha de entenderse por necesidades concretas del menor de edad⁵⁴.

De todas formas, no se exige para la efectividad de la medida la convivencia en el domicilio familiar, pues, es posible señalar una pensión alimenticia cuando la guarda y custodia del menor se ha otorgado a una tercera persona dentro de la propia *litis* matrimonial (art. 103 del CC)⁵⁵.

En caso del *nasciturus*, de conformidad con lo establecido en el artículo 29 del Código Civil en cuando que al concebido se le tiene por nacido para todos

⁵³ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, de 21 de julio de 1994 (AC 1994/1224); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.ª, de 12 de abril de 2001 (JUR 2001/167146); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 30 de junio de 2005 (JUR 2005/180384); de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª, de 12 de marzo de 2007 (JUR 2007/203564); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 10 de julio de 2007 (JUR 2007/318198); de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.ª, de 31 de julio de 2007 (JUR 2007/364429); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 23 de octubre de 2007 (JUR 2009/334322) que, como precisa, en su *Fundamento de Derecho tercero*: «(...) no precisa de justificación, cuya cuantía solo es testimonio de la persistencia de un deber que se mantiene como un efecto inherente a la procreación que persiste en toda su extensión, y que incluso se viene fijando en aquellos casos en los que no se acreditan los ingresos del obligado a prestar alimentos ni cuáles son sus posibilidades económicas»; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 23 de febrero de 2009 (JUR 2009/209593); de la Audiencia Provincial de Valencia, de 25 de marzo de 2009 (JUR 2010/732489); y de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 3 de marzo de 2010 (JUR 2010/154998).

⁵⁴ En la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 14 de noviembre de 1997 (AC 1997/2232), se concede hasta los veintitrés años una cantidad de 65.000 pesetas para una hija que ya ha alcanzado la mayoría de edad, ponderando el nivel de vida al que estaba acostumbrada; asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 7 de marzo de 2001 (JUR 2001/161539); y de 16 de julio de 2008 (JUR 2008/314675), señala que, dentro del concepto de «alimentos» se incluye todo lo indispensable para la alimentación, habitación, vestido, asistencia médica y formación, por lo que debe valorarse la edad de los menores, sus necesidades, en relación a las posibilidades de ambos padres y el nivel de vida habitual de la familia antes de producirse la ruptura para la fijación de la pensión»; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 21 de noviembre de 2008 (JUR 2009/145074). Sin embargo, se advierte de la sobrevaloración del interés del menor, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6.ª, de 17 de septiembre de 2007 (JUR 2008/50762).

⁵⁵ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.ª, de 11 de noviembre de 2005 (JUR 2005/13189), aunque la tutela del menor la tiene la Xunta, no exime al progenitor de su obligación alimenticia.

los efectos que le sean favorables, la jurisprudencia ha estimado que puede fijarse una pensión alimenticia en su interés, pero condicionada su exigibilidad al nacimiento tal como dispone el artículo 30 del citado cuerpo legal⁵⁶.

La obligación de alimentos no cesa al alcanzar el hijo la mayoría de edad, sino que cambia de naturaleza —alimentos del hijo mayor de edad— siempre que subsista la situación de necesidad no imputable a ellos, carezca de ingresos; que convivan en el domicilio familiar; que el hijo no haya cometido una falta que sea causa de desheredación y que su necesidad no provenga de la mala conducta o falta de aplicación al trabajo (art. 93.2 del CC)⁵⁷.

La cuantía en que se concretan los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe (art. 146 del CC)⁵⁸. En cuanto a los primeros ha de tomarse en consideración tanto los in-

⁵⁶ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6.ª, de 21 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/178683).

⁵⁷ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 7 de septiembre de 1995 (*AC* 1995/1998); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.ª, de 19 de febrero de 1996 (*AC* 1996/1599); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 9 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001/48207); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, de 20 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/166482), señala que el deber alimenticio subsiste hasta que el alimentista alcance las posibilidades de proveer por sí mismo a sus necesidades; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª, de 31 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/81011); de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1.ª, de 31 de enero de 2003 (*JUR* 2003/84133); y de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.ª, de 10 de junio de 2010 (*JUR* 2010/396986). En la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 31 de octubre de 1994 (*AC* 1994/2420), supresión de la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad por la integración en el mundo laboral durante dos años y aptitud para obtener un trabajo retribuido; igualmente, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 9 de abril de 1996 (*AC* 1996/800), se suprimen los alimentos por la disponibilidad de ingresos propios de los hijos mayores de edad; y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.ª, de 15 de mayo de 1996 (*AC* 1996/1578), se reduce la cuantía de la pensión alimenticia a favor de la hija mayor de edad conviviente con la madre al poder ejercer una actividad profesional para la que se ha formado. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, de 3 de mayo de 2011 (La Ley 191670/2011), señala que los progenitores están obligados a contribuir para satisfacer los alimentos de los hijos hasta que obtengan ingresos propios, por lo que *a sensu contrario*, cesará esa obligación cuando los hijos sean independientes económicamente a sus progenitores, situación que ha de equipararse a la posibilidad real de serlos.

⁵⁸ Si bien, como matiza DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Comentario al artículo 93 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 956, que «lo dispuesto en los artículos 146 y 147 del Código Civil solo será aplicable a alimentos debidos a consecuencia de la patria potestad con carácter indicativo, por lo que caben en la determinación de estos criterios de mayor amplitud y pautas mucho más elásticas en beneficio del menor, exigencia jurídica nacida del interés público de protección de los alimentistas, habida cuenta el vínculo de filiación y la edad». Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 12 de mayo de 1999 (*AC* 1999/5921); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 22 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001/95648); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 27 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/136715); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 4 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/82105); de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3.ª, de 2 de enero de 2005 (*JUR* 2005/104809); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 9 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/158589); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 20 de noviembre de 2009 (*JUR* 2010/26448); y de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 17 de diciembre de 2009 (*JUR* 2010/68554).

gresos como las cargas⁵⁹. Los ingresos, cuando el progenitor que debe pagar la pensión trabaja por cuenta ajena, la certificación de haberes de la empresa o entidad pagadora permite una prueba objetiva sobre sus ingresos. Los ingresos a tener en cuenta son los netos y no brutos, es decir, descontadas las cotizaciones a la Seguridad Social y los impuestos. Debe tenerse en cuenta para realizar un cómputo correcto, si se ha realizado el prorrateo de las pagas extraordinarias y si han percibido anticipos. En el caso de que parte de los ingresos profesionales estén integrados por dietas y gastos de locomoción, se debe discernir entre los que son simple reembolso de los gastos realizados por el trabajador (viajes, manutención derivados del cumplimiento de las obligaciones laborales) y que, en consecuencia, no forman parte del sueldo; de aquellas que si constituyen parte del sueldo al aparecer con un carácter fijo en las nóminas o como *plus* en el salario, que habrán de ser objeto de valoración a los efectos de cuantificar la pensión⁶⁰. Con respecto a las propinas, en el caso de quedar acreditado que se perciben de forma periódica, también deben considerarse para fijar la pensión; y, respecto a las horas extraordinarias que representan ingresos eventuales, salvo que no se acredite su percepción regular, se han de prorratear en los doce meses en que se divide la pensión anual. En el caso de trabajador autónomo o por cuenta propia para determinar los ingresos reales, debe tenerse en consideración las declaraciones fiscales como un indicio de la situación económica, además de la llamada prueba indiciaria o prueba de presunciones, esto es, a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal pueda presumir la certeza de otro hecho si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, que no son otras que las de la lógica y la recta razón (art. 386 de la LEC)⁶¹. Las presunciones constituyen juicio de probabilidad que realiza el juez para demostrar un hecho admitido o demostrado.

De todas formas, al objeto de acreditar la capacidad de los alimentantes y las necesidades y gastos de los hijos pueden esgrimirse todo tipo de pruebas. Desde las documentales públicas como las certificaciones registrales sobre bienes muebles e inmuebles, certificaciones de la Hacienda Pública —debiendo tenerse presente que los juzgados tienen acceso directo ante la existencia de menores e incapacitados—, escrituras públicas, libros de comercio, etc.; las documentales privadas —nóminas, recibos escolares, recibos de actividades extraescolares, documentación bancaria, facturas, e-mails, conversaciones telefónicas—; si bien, la obtención de algunos de tales documentos de los que pueda desprenderse la existencia de ingresos, tienen como límite el respeto al derecho a la intimidad

⁵⁹ La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 23 de octubre de 2007 (*JUR* 2009/334322), en la pensión alimenticia acordada se han de tener en cuenta los ingresos globales, y no únicamente los rendimientos económicos acreditados.

⁶⁰ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6.ª, de 24 de abril de 2006 (*JUR* 2006/166995).

⁶¹ Para CABEZUELO ARENAS, A. L., «Pensiones de alimentos de los hijos tras la separación y divorcio: ¿necesidades auténticas o creadas?», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, septiembre de 2009, pág. 112, «de la misma manera que los Tribunales se esfuerzan por recurrir a la prueba indiciaria para evitar que el alimentante que se aferre a una inexistente precariedad económica merme las pretensiones de sus descendientes al reclamarle alimentos, también ha de ponerse fin a aquellos abusos que consisten en orientar las pensiones alimenticias de los hijos hacia otras finalidades completamente diversas a las que le son propias».

o el secreto de comunicaciones (art. 11 LOPJ)⁶²; hasta el interrogatorio de las partes, de testigos o los informes elaborados por profesionales de la investigación privada legalmente habilitados (art. 265.5.º de la LEC); los dictámenes periciales, reconocimiento judicial al que las partes, sus procuradores y abogados pueden concurrir a tal reconocimiento, y hacer de palabra las observaciones que consideren oportunas, que constarán en el acta levantada por el secretario judicial; y, finalmente, la reproducción de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación u otros semejantes que serán presentados ante el Tribunal, si bien cuenta con el inconveniente de su escasa fiabilidad, por lo que en caso de impugnarse su autenticidad, deberá cotejarse su veracidad. De todas formas, conviene advertir que, partiendo del interés público de la materia, al tratar de fijar la pensión alimenticia de los hijos menores de edad, se han de observar una serie de reglas en relación con la prueba, así el juez puede decretar de oficio cuantas pruebas estime pertinentes, sin estar ligado por lo que las partes soliciten; igualmente, el Ministerio Fiscal puede pedir pruebas; en todo caso, la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculan al juez; tampoco este está vinculado por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo a la fuerza probatoria de los interrogatorios de las partes, sobre los documentos públicos y documentos privados reconocidos, tanto en primera como en segunda instancia; y, asimismo, puede aportarse hechos en que fundar la pretensión tanto en la demanda y la contestación de la demanda (art. 752 en relación con el artículo 286 ambos de la LEC), como en la reconvencción (art. 770.4 en relación con el artículo 752 ambos de la LEC).

Por otra parte, también participan de la naturaleza de ingresos, los rendimientos de capital mobiliario e inmobiliario que deben ser objeto de ponderación. En todo caso, el deber de cumplir con la prestación alimenticia es de carácter imperativo y se mantiene aun cuando el progenitor se halle en situación de desempleo temporal o conste que no tiene medios suficientes. En cuanto a las cargas, pueden tomarse en consideración los nuevos gastos de vivienda del obligado al pago, el pago de préstamo o deudas que pesan sobre los progenitores, y, la posible concurrencia de otras obligaciones alimenticias respecto de hijos menores de edad de otras relaciones.

⁶² Se considera prueba ilícita y se condena pena por un delito de descubrimiento y revelación de secretos tipificado en el artículo 197.1 del Código Penal, el apoderarse de una carta de la Seguridad Social, más en concreto del Instituto Nacional de Seguridad Social, que iba dirigida al esposo del que se hallaba separada en el que se le comunicaba una revalorización de la pensión, y utilizar la información de la misma en el procedimiento de reclamación de alimentos. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 23 de octubre de 2000 (*RJ* 2000/8791) rechaza que la intimidad personal desaparezca en el ámbito matrimonial, convirtiéndose en solo familiar y califica de «agresión a la intimidad mediante la invasión del ámbito de privacidad representada por la correspondencia personal de la que se apodera el sujeto activo del delito, tomando ilícito conocimiento y posesión de informaciones de naturaleza económica de interés dirigidas a otra persona y posteriormente utilizadas en beneficio y utilidad propios» (Fundamento de Derecho segundo).

Igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 3.ª, de 11 de enero de 2002 (*JUR* 2002/71184), considera también un delito de descubrimiento y revelación de secretos apoderarse de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico, interceptar sus telecomunicaciones o utilizar artificios técnicos de escucha para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad del otro. En concreto, en el presente caso, se trata de la aportación de grabaciones mantenidas con la esposa intentando obtener una prueba de la infidelidad de esta.

En relación con la capacidad del progenitor que convive con los hijos, como hemos señalado, también tiene la obligación alimenticia, manifestada en el trabajo personal y la dedicación personal al cuidado del hijo —como alimentos «en especie» o contribución *in natura*— (arts. 103.3.^a apartado 2.º y 1438 del CC)⁶³.

Respecto a las necesidades de quien lo recibe, los alimentos se dirigen a cubrir todo lo que resulte indispensable para que el hijo menor de edad pueda mantener el nivel de vida del que venía disfrutando hasta la crisis familiar, siempre que sea posible. Por tanto, además de la habitación, vestido, alimentación, formación, sanidad, se han de sumar otros gastos que dependerán de cada concreta situación familiar.

Al igual que sucede con la vivienda, el legislador estatal no ha aprovechado la reforma por Ley 15/2005, de 8 de julio, por el que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, para establecer normas específicas relativas a cómo afrontar la obligación alimenticia respecto de los menores de edad ante una custodia compartida o ante la distribución de los hijos. En nuestro ordenamiento coexisten varios modelos de guarda: a) La guarda exclusiva ejercida solo por uno de los progenitores. Dentro de esta modalidad se han de diferenciar los supuestos en los que los progenitores mantienen la titularidad y ejercicio común de la patria potestad, frente a aquellos supuestos en los que uno de ellos no ejerce la patria potestad o no ejerce alguna de sus funciones; b) Guarda distribuida de los hijos o guarda alterna, representa una modalidad de alcance limitado y en cierta forma excepcional, pues, el Código Civil parte de procurar la no separación de los hermanos; de ahí que cuando se opta por ello bien mediante pacto en convenio, o bien como medida en un proceso contencioso resulta necesario que se justifique su adopción sobre la base de resultar una medida adecuada al superior interés de todos los hermanos. Es por ello importante que, en el régimen de estancias entre los hijos se garantice no solo la relación paterno y materno filial, sino también la fraternal; c) La guarda atribuida a un tercero (art. 103 del CC) se prevé con carácter específico y excepcional para aquellos casos en que ninguno de los progenitores pueden asumir el cuidado del menor; d) La guarda conjunta o compartida o sucesiva. Dentro de ella cabe, asimismo, diferenciar: 1. Guarda compartida simultánea donde la convivencia de todo el núcleo familiar se mantiene bajo el mismo techo. Son supuestos en lo que no se ha procedido a dividir la vivienda. 2. Guarda compartida a tiempo parcial con cambio de domicilio por parte de los menores: los hijos permanecen parte del tiempo con uno u otro progenitor, siendo posible la alternancia por días, por semanas, por meses o por años o cursos escolares; 3. La guarda compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio por los menores: son los padres los que entran y salen del único domicilio⁶⁴.

⁶³ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 27 de octubre de 1994 (AC 1994/2506); y de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 29 de abril de 2002 (JUR 2002/177391).

⁶⁴ ALFONSO RODRÍGUEZ, M.ª E., «Comentario del artículo 92 del Código Civil», en *Código Civil comentado*, vol. I, directores: Ana CAÑIZARES LASO, Pedro de PABLO CONTRERAS, Javier ORDUÑA MORENO, y Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2011, págs. 499-500. La sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.ª, de 28 de mayo de 2008 (La Ley 107608/2008), considera que hacer cambiar a los menores de domicilio cada seis meses no es apropiado ni beneficioso. De ahí que adjudique el uso de la vivienda a los hijos menores, que la ocuparán todo el tiempo, siendo sus progenitores los que cambian de residencia en los periodos de custodia alterna.

Sobre tales bases, por vía convenio se puede acordar que ambos progenitores aporten una cantidad mensual, y a ello se puede añadir que cada uno de ellos se hace cargo de los gastos ordinarios de los hijos durante el periodo que pasen con ellos y los gastos extraordinarios se compartan de forma proporcional —sistema de manutención directa—; este sistema resulta posible cuando la alternancia en la custodia sea por periodos de tiempo igualitarios y que las economías de ambos cónyuges sean paritarias⁶⁵; o se puede optar por acordar que asume los gastos de alimentación del hijo el progenitor durante el tiempo que tiene al menor bajo su guarda, fijándose pagos directos a cargo de uno u otro de determinados gastos. Igualmente, se puede pactar quien asume los gastos extraordinarios. En los procesos contenciosos se suele establecer un sistema de manutención directa durante la estancia de los menores junto a los progenitores y en cuanto a los gastos ordinarios y extraordinarios se suele concretar la forma de contribución y los porcentajes.

La ausencia de mención expresa en el Código Civil sobre la obligación alimenticia en los supuestos de distribución de los hijos y guarda compartida contrasta con la previsión expresa en el artículo 233-10.3 del Código Civil catalán en el que se dispone que la forma de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes, si bien, es preciso ponderar el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores, además de los gastos que cada uno de ellos asuma pagar directamente. Asimismo, en esta línea, el artículo 7 de la Ley 5/2011 de 1 de abril de la Generalitat valenciana de las Relaciones familiares de los hijos e hijas señala que, en defecto de pacto de convivencia familiar, corresponde a la autoridad judicial determinar en función de los recursos económicos de que disponen ambos progenitores, la cantidad que estos deberán satisfacer en concepto de gastos ordinarios de atención a los hijos e hijas menores. En relación con la cuestión relativa a los gastos extraordinarios clarifica su asunción, al disponer que serán satisfechos por ambos progenitores de conformidad con lo acordado entre ellos. A falta de pacto, será la autoridad judicial la que decidirá el modo en que deben ser sufragados, con independencia de quien los satisfizo, y de si el régimen de convivencia es compartido o no. En todo caso, los gastos necesarios de educación y formación no cubiertos por el sistema educativo y los de salud, no cubiertos por la Seguridad Social o por cualquier otra mutualidad u organismo al que pudieran estar afiliados los hijos menores, tendrán que ser sufragados obligatoriamente por ambos progenitores en la proporción que establezca la autoridad judicial. Finalmente, el Decreto Le-

Las conclusiones alcanzadas en el III Encuentro de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con Abogados de Familia, en el que se aboga porque en relación al régimen del uso de la vivienda familiar y custodia compartida: 1.º Se proceda a una distribución del uso de la vivienda familiar entre las partes con plazos máximos legales de asignación y posible alternancia en el uso, atendidas las circunstancias, mientras se realiza la liquidación. Los plazos legales serán razonables para evitar que la realización urgente o precipitada de la vivienda desmerezca o perjudique su valor de mercado; 2.º La asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar sea un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos. En todo caso, la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar en los supuestos en que proceda, se hará con carácter temporal».

⁶⁵ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, de 25 de febrero de 2001 (AC 2001/1827); de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 20 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/101427); y de la Audiencia Provincial de Alicante, de 24 de abril de 2009 (AC 2009/1040).

gislativo 1/2011, de 22 de marzo del Gobierno de Aragón por el que se aprueba con el título de Código de Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de leyes civiles aragonesas el artículo 82 precisa que tras la ruptura de la convivencia de los padres, ambos contribuirán proporcionalmente con sus recursos económicos a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a su cargo que, determinará el juez en función de las necesidades de los hijos, de sus recursos y de los recursos económicos disponibles por los padres. Asimismo, el juez asignará a los padres la realización compartida o separada de los gastos ordinarios de los hijos teniendo en cuenta el régimen de custodia, y si es necesario fijará un pago periódico entre los mismos. Y, en relación a los gastos extraordinarios necesarios de los hijos serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. Los gastos extraordinarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto.

En este contexto, ante la variedad de circunstancias que el juez o tribunal han de tener en cuenta para concretar la pensión más adecuada para los hijos menores, amplios sectores se han mostrado partidarios del uso de sistemas de baremos objetivos que, partiendo de ciertos datos, permiten dar con una pensión base sobre la que aplicar determinados coeficientes correctores. Sin embargo, como afirma DÍAZ MARTÍNEZ no valoran factores individuales de cada caso, muchas veces imprescindibles para llegar a una solución justa; de ahí que, no deban dejar de ser, a lo sumo, meramente orientativas⁶⁶. En España, hay que destacar las tablas publicadas por el magistrado Antonio Javier Pérez Martín en la revista *El Derecho*, que parten de dos valores fundamentales: los ingresos de los progenitores y el número de hijos; fuera de nuestro territorio, por una parte, se encuentran las tablas de Düsseldorf, que vienen utilizándose en Alemania desde 1961, y por otra, la llamada fórmula de California que utilizan múltiples variables: ganancias reales de los padres, otras cargas familiares, tiempo real de compañía de los hijos, gastos de sanidad, etc.; la *Family Support Act* de 1988, que impone a los diferentes estados la puesta en práctica de un baremo matemático llamado *guidelines*, para lo cual los Tribunales de Familia de Washington DC cuentan con un programa informático⁶⁷.

En todo caso, corresponde al juez concretar en su resolución la cuantía de la pensión —que no queda obligado por el principio de rogación, sino por el principio de *favor filii*, ni incurre en incongruencia por *extra* o *ultra petita* al fijar una suma superior a la reclamada por los progenitores— y cómo ha de abonarse. Respecto a esto último, el criterio mayoritario es mediante el pago de una pensión mensual que corresponde al prorrateo de una cantidad anual estimada idónea para las circunstancias del caso. Si esta ha de atender a las necesidades de más de un hijo puede fijarse una cantidad global para todos, salvo si entre ellos existen necesidades diferentes que determinen una contribución desigual —por distinta edad o por requerir atención médica o profesional—, en tal caso resulta conveniente diferenciar la parte de la pensión que corresponde a cada uno. El ingreso en esta modalidad de pago se suele realizar de forma anticipada —en los cinco primeros días de cada mes—, pues su objetivo es cubrir las necesidades que van a tener lugar durante esa mensualidad. Los ingresos posteriores a dicha fecha suponen incumplimiento de lo estipulado exigible en ejecución de sentencia.

⁶⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Comentario al artículo 93 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 961.

⁶⁷ LÁZARO PALAU, C. M.^a, «La pensión alimenticia de los hijos», *op. cit.*, págs. 51-52.

El devengo de la pensión distribuida en doce mensualidades hace improcedente la suspensión de pago durante el mes de vacaciones que los menores pasan con el obligado al pago⁶⁸.

Como prestación única anual dividida en doce mensualidades dirigida a cubrir los gastos de todo tipo precisos para la subsistencia y adecuado desarrollo de los hijos, se fija en función de una suma anual alzada, no sobre la base de unos gastos mensuales determinados⁶⁹. De ahí que, a menos que se haya pactado, no se fijan pensiones adicionales en julio y diciembre, coincidiendo con las pagas extraordinarias, salvo pacto de las partes en convenio regulador homologado judicialmente.

Por otra parte, es posible que la pensión se concrete en una cantidad variable —porcentaje sobre los ingresos del obligado— que, aunque tiene la ventaja de permitir ajustar la pensión a los concretos y fluctuantes ingresos que puede tener el obligado como consecuencia de su trabajo⁷⁰; sin embargo, también tiene importantes inconvenientes como su resultado incierto, el que se deja a la voluntad del obligado el importe final de las pensiones, cuando se perciben

⁶⁸ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2.ª, de 26 de julio de 1999 (AC 1999/1749); y de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 19 de mayo de 2008 (JUR 2008/339208). Sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 11 de abril de 2000 (AC 2000/3778), señala que esta doctrina no resulta de aplicación en el supuesto analizado por las específicas circunstancias concurrentes en el mismo, en el que el ejercicio del derecho de visitas, tanto durante los dos meses del periodo vacacional de las hijas en España junto al padre, y el relativo a dos periodos de quince días de estancia del padre en México a los mismos efectos, conlleva unos gastos acreditados excepcionales (de viaje, estancia del padre, etc.) muy por encima de los que se generan en los demás supuestos, que deben incidir no solo para el establecimiento de la pensión mensual, sino para su suspensión en el periodo vacacional de las hijas en España, siempre y cuando, por supuesto, se desarrolle con carácter efectivo.

⁶⁹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 20 de enero de 1999 (AC 1999/123), señala en su *Fundamento de Derecho primero* que: «Es evidente que todos y cada uno de los conceptos que integran la pensión alimenticia están sujetos a ciertas fluctuaciones que impiden determinar con exactitud una cantidad precisa equivalente cada mes al importe de los mismos y ello con independencia de que se trate de estudios universitarios o no, y aun con independencia de que nos hallemos o no en el marco de situaciones de crisis familiar. Los alimentos en sentido estricto de un menor no todos los meses de todos los años representan un gasto idéntico, ni tampoco sus necesidades de vestuario, sus gastos escolares, sus provisiones médicas. Las matrículas de los colegios no son inamovibles en el tiempo, ni tampoco el precio de los alimentos, ni todos los meses se adquieren prendas de abrigo, etc., sin embargo, cuando la convivencia de los progenitores, obligados a la satisfacción de aquellas necesidades, se ha interrumpido, es lo cierto que ha de establecerse una cuantía fija, aunque actualizable periódicamente que desde un punto de vista operativo o práctico permita subvenir a la satisfacción de aquellos gastos, sin necesidad de que con carácter previo y ante desembolso concreto, sea preciso especificar y acreditar la partida específica lo que haría absolutamente inviable el cumplimiento de las exigencias legales y los que desde luego es más importante, la satisfacción real de las necesidades del alimentista»; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5.ª, de 12 de febrero de 2002 (JUR 2002/135557).

⁷⁰ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de León, de 11 de noviembre de 1994 (AC 1994/2496); de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 14 de junio de 1995 (AC 1995/1304); de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 1.ª, de 15 de diciembre de 1997 (AC 1997/2561); de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3.ª, de 23 de febrero de 1998 (AC 1998/431); y de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección única, de 17 de mayo de 2000 (AC 2000/2555).

ingresos irregulares, rompe, asimismo, el equilibrio de la proporcionalidad entre las necesidades y capacidad del obligado, y, en fin, plantea problemas en la ejecución y genera conflictos, si se intenta ocultar ingresos⁷¹. En todo caso, no cabe sustituir el pago periódico de la pensión de alimentos por la entrega de un capital en bienes o en dinero, aunque sí es posible entregar a los hijos menores los frutos o intereses que produce el capital consignado⁷².

Por lo que respecta al contenido de la pensión de alimentos, hay que señalar que se han de cubrir no solo las necesidades básicas, sino que debe tenerse en cuenta el nivel de vida mantenido por la familia que, ha de mantenerse pese a la situación de crisis familiar que, conlleva necesariamente un incremento de los gastos. Si bien, ello puede suponer sacrificios personales demasiado costosos, teniendo presente que la ruptura de la convención conlleva un descenso de los ingresos, y por ende, del nivel de vida hasta entonces mantenido por el núcleo familiar.

Se han de cubrir los gastos de sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación o formación del alimentista (art. 142 del CC). Ahora bien, frente a estos gastos ordinarios, pueden surgir otros extraordinarios, caracterizados por su imprevisibilidad y elevada cuantía, en los que se pueden distinguir los necesarios de aquellos que dependen del nivel económico de la familia. Su ingente variedad y la falta de criterios fijos para su concreción en los propios tribuna-

⁷¹ LÁZARO PALAU, C. M.^a, «La pensión alimenticia de los hijos», *op. cit.*, pág. 50; SERRANO CASTRO, Fco. de ASÍS, «Relaciones paterno-filiales», *op. cit.*, pág. 195. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.^a, de 15 de julio de 1998 (AC 1998/1689); de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.^a, de 16 de febrero de 1999 (AC 1999/532); de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección 2.^a, de 17 de mayo de 2000 (AC 2000/2559); de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.^a, de 6 de marzo de 2001 (JUR 2001/159494), que dispone al respecto que, es difícil determinar los ingresos reales, crea inseguridad jurídica para la menor puesto que en la práctica dejaría la cuestión de dicha pensión en manos del obligado. Efectivamente, a la demandada le es sumamente dificultoso, si no imposible, comprobar mes a mes los verdaderos ingresos de aquel; y de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.^a, de 15 de mayo de 2007 (JUR 2008/148968), que señala que, de no poder acreditar un determinado volumen de ingresos del deudor, la operatividad del sistema de porcentajes devendría nula; de ahí que, esta Audiencia muestra su preferencia por la imposición de una cantidad fija, recordando, además, que ni siquiera una situación de paro exime a los padres de su deber de satisfacer una pensión alimenticia a sus hijos, ya que esa inactividad y, por ende, la falta de retribuciones, puede anidar en una conducta voluntaria que el ordenamiento no ha de tutelar a través de una supresión de la pensión.

⁷² PÉREZ CONESA, C., *Las medidas judiciales definitivas tras las crisis matrimoniales y su modificación*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 91; ROCA TRÍAS, E., «Comentario al artículo 93 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 587, quien precisa dos razones para adoptar esta postura, una, porque las cantidades a satisfacer por alimentos tienen un claro límite temporal, ya que se hallan subordinadas a la extensión de la patria potestad o las necesidades del hijo; y otras, que los alimentos tienen un contenido variable, por ejemplo, cuando aumenten las necesidades del acreedor, o bien cuando este se halla en condiciones de aportar, a su vez, alguna cantidad para ayudar a los gastos que ocasiona (art. 165.2 y 3 del CC). Sin embargo, para RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Comentario al artículo 93 del Código Civil», en *Matrimonio y divorcio. Comentario al nuevo Título IV, Libro I del Código Civil*, coordinador: José Luis LACRUZ BERDEJO, Civitas, Madrid, 1982, pág. 673, admite la posibilidad que el deudor o deudores puedan sustituir el pago de la cantidad periódica establecida por el juez por la entrega de un capital, la constitución de un usufructo o de una renta, a semejanza de lo que establece en el artículo 99 del Código Civil para la pensión por desequilibrio fijada judicialmente, ya que representa para los hijos mayor seguridad.

les, han contribuido a su confusión con los gastos ordinarios, y, suscitado una enorme problemática que será objeto de análisis en el apartado siguiente. No obstante, la atribución del uso de la vivienda familiar tiene un valor económico que debe ponderarse al fijar la pensión alimenticia⁷³, como así se establece espe-

⁷³ CABEZUELO ARENAS, A. I., «Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos de los hijos tras la separación y divorcio», *op. cit.*, pág. 112. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 29 de marzo de 2011 (RJ 2011/3021; La Ley 9107/2011), señala que el artículo 96.1 del Código Civil atribuye el derecho de uso al hijo menor, incluido en el de alimentos que forma el contenido de la patria potestad, según dispone el artículo 154.2.1.º del Código. En la misma línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 24 de septiembre de 1999 (AC 1999/7798); la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 30 de junio de 2010 (La Ley 243246/2010), que en relación con la cuantía de la pensión señala que debe quedar también ligada a la solución que se dé respecto al uso y atribución del domicilio familiar. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 14 de abril de 2011 (La Ley 52203/2011), pone de manifiesto que el artículo 96.1 del Código Civil es una regla taxativa que no permite interpretaciones temporales limitadoras. El principio que aparece protegido en esta disposición es el de interés del menor que requiere alimentos que debe prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 del CC). Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de septiembre de 2011 (La Ley 186204/2011), dispone que «la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil. El juez no puede disponer que los hijos pasen a ocupar una vivienda en alquiler, pagada por su padre, en lugar de atribuirle el uso de la vivienda. Doctrina que también se reitera con relación a una unión no matrimonial, así la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de abril de 2011 (La Ley 14453/2011), aplica a la ruptura de la unión no matrimonial analógicamente el artículo 96 del Código Civil, al que se considera, igualmente, una manifestación del principio de interés del menor que, no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el artículo 96; lo que de nuevo se establece en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de mayo de 2012 (La Ley 72585/2012).

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 29 de marzo de 2011 (La Ley 9107/2011), se atribuye el uso de la vivienda familiar al marido ya que la esposa, a quien se atribuyó el cuidado del hijo común y el uso de la vivienda en la sentencia de separación, ha adquirido una nueva vivienda en la que convive con el hijo y su nueva pareja. No puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso de que no fuese posible el uso de la nueva vivienda. Sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho que no queda amparado ni en el artículo 96 ni en el artículo 7 del Código Civil.

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 10 de octubre de 2011 (La Ley 194732/2011), se atribuye el uso de la vivienda familiar perteneciente a los padres del esposo, disponiendo los cónyuges de otra vivienda en propiedad que tiene alquilada a un tercero. La vivienda familiar queda en uso de la hija y de la madre que ejerce la guarda y custodia, de forma temporal, hasta el momento de rescisión del contrato de arrendamiento de vivienda propiedad de los cónyuges o el momento en el que la desalojen los inquilinos, si dicho desalojo se produce con anterioridad a la finalización legal del contrato. De forma que el juez puede atribuir el uso de la vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores, y ello siempre que la residencia que se atribuya, sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos.

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 21 de mayo de 2012 (La Ley 58422/2012), se atribuye el uso de la vivienda al progenitor custodio, aunque no se haya pedido en la demanda. Principio de rogación.

cíficamente en el artículo 233-20.7 del Código Civil catalán —como contribución en especie—⁷⁴. De no realizarse tal atribución, la pensión alimenticia deberá contemplar el nuevo gasto de vivienda que necesariamente se ha de generar en relación con el hijo común⁷⁵.

En este contexto, la obligación de dar alimentos es exigible desde que los necesite para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos, si bien, en cuanto a su abono el debate se ha centrado en determinar si tiene lugar desde la fecha en que se interponga la demanda, aplicando el artículo 148 del Código

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.ª, de 4 de junio de 2008 (La Ley 125826/2008), precisa que «no impide el título que constituye el derecho de uso, es decir, la sentencia que aplica el artículo 96.1 del Código Civil, introduzca limitaciones en este derecho. Ya que el artículo 96 del Código Civil se limita a señalar que en la sentencia se atribuirá el uso al cónyuge custodio e hijos, no que ese uso sea incondicional y no sujeto a otro término que el fin del derecho a alimentos de los hijos o de la convivencia con el progenitor custodio. Antes al contrario, la realidad social, con la elevada carestía de las viviendas en la sociedad urbana moderna, obligan a las resoluciones judiciales en cada vez mayor medida a limitar ese derecho de uso, fijando un término final, que en general toma en consideración el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales y establece a la vez un plazo máximo para que tenga lugar dicha liquidación. Así se protege por un lado los intereses de los hijos y del cónyuge progenitor —intereses de mayor grado de protección legal, ciertamente— pero también el interés del otro progenitor; que no por ser de inferior grado es absolutamente irrelevante».

Sin embargo, cuando se trata de hijos mayores de edad, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de septiembre de 2011 (RJ 2011/5677), no cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 del Código Civil; e, igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de marzo de 2012 (La Ley 39626/2012) dispone que, ningún alimentista mayor de edad tiene derecho a obtener como parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. Recientemente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.ª, de 13 de septiembre de 2012 (La Ley 171269/2012), se aparta del criterio asentado por el Tribunal Supremo de limitar la atribución del uso y disfrute del domicilio concedida a los hijos durante su minoría de edad, al entender que la atribución preferente del domicilio familiar a los hijos menores de edad no impide que alcanzada la mayoría de edad, se puedan ponderar situaciones de especial protección que determinen la atribución al cónyuge en cuya compañía quedan los hijos, mayores de edad, pero dependientes y en formación, como interés más necesitado de protección. Si bien, efectivamente no es predicable la misma tutela que se dispensa a los hijos menores de edad, cuando estos alcanzan la mayoría de edad, entroncan en las obligaciones inherentes a la paternidad la de procurar la formación de los hijos mayores de edad que cursan estudios y carecen de recursos propios, máxime si, además, conviven con uno de los cónyuges, quien ejerce las funciones de administración y gestión de los ingresos familiares, cuidado y asistencia en la formación de dichos hijos mayores. El cese automático de la atribución del uso y disfrute del domicilio conyugal llegada la mayoría de edad implicaría desproteger al cónyuge que ha venido ejerciendo la guarda de estas funciones. Bajo esta filosofía, la Audiencia acoge la petición de la madre en el sentido de extender temporalmente la atribución del uso del que fuera el domicilio familiar hasta que los hijos alcancen la edad de veintiséis años, con dos años más de prórroga.

⁷⁴ ROCA TRÍAS, E., «Comentario al artículo 93 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 588. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.ª, de 9 de julio de 1998 (AC 1998/6858).

⁷⁵ La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 14 de diciembre de 2004 (JUR 2005/67089), considera que también se ha de tener en cuenta, para fijar el *quantum* de la pensión, el gasto que representa el pago de una renta cuando la vivienda que se atribuye *ex* artículo 96 del Código Civil es alquilada.

Civil con efectos *ex tunc*⁷⁶; o bien, desde la fecha del auto de medidas provisionales o, si no se pidieron tales medidas, desde la sentencia dictada en el proceso principal con efectos *ex nunc*, sin que sea de aplicación por analogía el citado artículo 148 del Código Civil⁷⁷. Lo cierto es que, en los procesos matrimoniales, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 14 de junio de 2011⁷⁸, ha unificado doctrina considerando aplicable el artículo 148.1 del Código Civil, y, en consecuencia, fijando como día inicial del devengo de la pensión el de la interposición de la demanda.

Ahora bien, se hayan o no solicitado medidas provisionales, estas quedan sin efecto por las que establezca definitivamente la sentencia o cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo (art. 773.5 de la LEC). Los recursos que conforme a la ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas acordadas en esta (art. 774.5 de la LEC). La pensión alimenticia en que se fijen las medidas definitivas y en primera instancia es inmediatamente ejecutiva, no siendo aplicable el régimen de la ejecución provisional. En consecuencia, la pensión fijada en tales medidas despliega sus efectos desde la interposición de la demanda hasta la sentencia que pone fin al pleito en primera instancia, aunque sea objeto de recurso de apelación. La sentencia que se dicte en apelación que sustituye a la dictada en primera instancia despliega sus efectos desde que se dicta; de forma que, no puede solicitarse ni adiciones a lo ya abonado, en caso de ser la pensión de la sentencia en apelación superior a la de primera instancia, ni devoluciones, en caso de ser la pensión fijada inferior a la fijada en primera instancia. No obstante, en caso de producirse una alteración sustancial de las circunstancias, se puede instar un procedimiento de modificación de los efectos de la sentencia que sustituirá al auto de medidas provisionales si se han solicitado durante la sustanciación del mismo (art. 775 de la LEC), o de no haberse estimado la modificación provisional, a la sentencia de pleito anterior, produciendo sus efectos desde la fecha en que se dicte y no desde la interposición de la demanda. En Cataluña, el artículo 233-7.3 del Código Civil catalán prevé una especialidad dirigida a favorecer los acuerdos extrajudiciales en procesos de mediación, al posibilitar que la resolución que modifica las medidas, pueda retrotraer sus efectos a la fecha de inicio del proceso de mediación.

Por otra parte, de fijarse la pensión en convenio regulador concurren, igualmente, dos posturas en relación a la fecha de exigibilidad⁷⁹. Así, para unos es la fecha en que se suscribió el convenio; para otros, la fecha de aprobación judicial del convenio⁸⁰.

⁷⁶ SERRANO CASTRO, Fco. de Asís, «Relaciones paterno-filiales», *op. cit.*, pág. 179. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.ª, de 16 de septiembre de 2005 (*JUR* 2005/236984).

⁷⁷ LÁZARO PALAU, C. M.ª, «La pensión alimenticia de los hijos», *op. cit.*, pág. 35. Vid., los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, de 18 de marzo de 1992 (*AC* 1992/471); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 31 de julio de 2002 (*JUR* 2002/271348).

⁷⁸ *RJ* 2011/4527. Con anterioridad la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 3 de octubre de 2008 (*RJ* 2008/7123), consideraba aplicable a los alimentos de los hijos menores de edad algunas de las disposiciones reguladoras de los alimentos legales entre parientes, entre las que citaba, en concreto, el artículo 148 del Código Civil.

⁷⁹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª, de 28 de mayo de 2003 (*JUR* 2003/182931).

⁸⁰ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17.ª, de 11 de febrero de 2000 (*AC* 2001/2187).

Ahora bien, la pensión alimenticia de los hijos menores de edad no puede limitarse temporalmente ya que mientras están sujetos a la patria potestad tiene derecho *ex lege* a los alimentos. Lo que contrasta con la tendencia a favor de la limitación temporal de la que corresponde a los hijos mayores de edad. Asimismo, son nulos cualesquiera pactos sobre renuncia a percepción de pensión alimenticia de los menores de edad a cambio de la guardia o custodia exclusiva de los menores, o a mantener un restringido régimen de vistas con el menor por parte del progenitor no custodio, al ser materia indisponible. Igualmente, por estar en juego el interés de los menores, de orden público, y regir el principio inquisitivo, el juez no estará vinculado por los pactos previos al proceso matrimonial o a los acuerdos extrajudiciales en procesos de mediación, pudiendo fijar una cuantía superior a la convenida, si la capacidad económica de los progenitores lo permite, y con ello se atiende mejor el interés de los menores.

El Código Civil al regular las prestaciones alimenticias siempre hace referencia a la necesidad de su actualización. En concreto, se hace referencia en sede de medidas, al establecimiento de las bases de actualización de las cantidades y a la adopción de las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento (arts. 93 y 103 del CC). Si bien, siendo la fijación de la pensión de alimentos de los hijos menores de edad una cuestión de orden público, el juez no está sujeto a la petición de parte, de forma que puede fijar en su resolución la cláusula de actualización que considere más adecuada para la protección de los menores. La forma de actualización más frecuente suele ser con arreglo a las variaciones anuales del IPC; aunque no faltan las que se fijan conforme a las variaciones que experimenten los ingresos del obligado al pago de la pensión, si bien contrasta con la anterior en que carece de carácter automático, además de exigir una labor de concreción e investigación importante.

Por otra parte, igualmente, el Código Civil permite al juez disponer de las garantías o medidas convenientes para asegurar la efectividad de las prestaciones. En las medidas provisionales, así lo dispone en relación con las cargas del matrimonio el artículo 103.3 del Código Civil, y los artículos 91 y 93 del citado cuerpo legal en las medidas definitivas adoptadas en sentencia. En igual sentido y en sede procesal lo dispone el artículo 774 de la LEC. De producirse el incumplimiento del pago de alimentos de hijos menores, dentro de las medidas que el juez puede adoptar, se encuentran desde el embargo de bienes, la retención directa de las cantidades debidas en la nómina del obligado o la hipoteca de sus bienes en garantía de pago. De todas formas, además de las consecuencias penales que derivan del tipo delictivo de impago de pensiones previsto como delito en el artículo 227 o como falta en el artículo 618.2 del Código Penal⁸¹; se crea en España el Fondo de Garantía del pago de alimentos⁸² con el objeto de garantizar

⁸¹ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, de 28 de noviembre de 2007 (RJ 2008/551), considera que existe un delito de impago de pensiones respecto del padre registral que se niega a su abono, aunque se demuestre posteriormente en el proceso civil que no lo es realmente.

⁸² La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, dispuso en su Disposición Transitoria décima primera que, el Gobierno, en el presente año 2007, regularía el Fondo de Garantía previsto en la Disposición Adicional única de la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación o divorcio, creado y dotado inicialmente en la Disposición Adicional quincuagésima tercera de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de los Presupues-

a los hijos menores de edad la percepción de unas cuantías económicas, definidas como anticipos, que permitan a la unidad familiar en la que se integran subvenir a las necesidades ante el impago de los alimentos por el obligado a satisfacerlos. El montante de los recursos económicos de los que disponga dicha unidad familiar es, lógicamente, el criterio central que permite determinar si concurren o no las circunstancias de insuficiencia económica, que justifican la concesión de anticipos por el Fondo.

Finalmente, en este tratamiento de la pensión alimenticia de los hijos menores de edad, nos queda señalar que, consecuencia de la actual situación de crisis económicas, se han incrementado los procedimientos de modificación de medidas, pues, a la reducción de ingresos que ya supone la crisis familiar, se une la que se deriva de la pérdida de empleo o disminución de sueldo del progenitor obligado a la prestación de alimentos que tienen su base en la propia coyuntura económica negativa en la que se encuentra inmersa España con una tasa de paro que ronda el 25 por 100 de la población activa. Aunque por el número considerable de situaciones e implicaciones que conlleva, sería aconsejable un tratamiento exhaustivo de la materia, cuyo estudio nos comprometemos realizar, no obstante, nos parece oportuno abordar sucintamente algunos aspectos legales relativos a las mismas.

Las medidas adoptadas en sentencias de nulidad, separación y divorcio pueden ser modificadas cuando se produce una alteración sustancial de las circunstancias sobre las que fueron establecidas (art. 90 y 91 del CC). Con ello se pretende ajustar las medidas adoptadas como consecuencia del cese de la convivencia a las reales circunstancias de los progenitores e hijos, pues, la propia base real de las situaciones y relaciones personales sobre las que se asientan exige un debilitamiento en la aplicación del principio de cosa juzgada material. De forma que, para que obtener un pronunciamiento estimatorio en un procedimiento de modificación de medidas resulta imprescindible acreditar⁸³: 1. Que los hechos en los que se basa la demanda de modificación de medidas se han tenido lugar con posterioridad a la sentencia que fijó tales medidas; 2. Un cambio objetivo en la situación contemplada a la hora de adoptar las medidas que se tratan de modificar; 3. Que la variación o cambio sustancial resulte esencial, esto es, con la entidad suficiente como para justificar una modificación de las medidas, por lo que ha de afectar al núcleo de la medida y no a circunstancias accidentales o accesorias⁸⁴; 4. Que el cambio sea permanente en el sentido de aparecer como indefinida y estructural, y no meramente transitorio, temporal o circunstancial⁸⁵; 5. Que se trate de circunstancias sobrevenidas ajenas a la propia voluntad del cónyuge o del progenitor que solicita la modificación. De ahí, la imprevisibilidad de la alteración, pues, no procede la modificación de la medida cuando al tiempo de ser adoptada ya se tuvo en cuenta el posible cambio de circunstancias; 6. Que queden suficientemente acreditadas; 7. Que la alteración no se deba a un acto

tos Generales del Estado para el año 2007. Se regula este fondo mediante el Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos.

⁸³ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4.ª, de 29 de diciembre de 2005 (*JUR* 2006/145096).

⁸⁴ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, de 9 de septiembre de 2005 (*JUR* 2005/51650).

⁸⁵ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4.ª, de 29 de diciembre de 2005 (*JUR* 2006/142725).

propio y voluntario de quien solicita la modificación, al menos en cuanto el acto exceda del desarrollo y evolución normal de las circunstancias vitales de la persona. Sobre tales bases, conviene aclarar que, el procedimiento de modificación de medidas no es una vía para revisar lo ya acordado o decidido; tampoco es el procedimiento adecuado para canalizar la impugnación de un convenio regulador por vicio o error en el consentimiento; asimismo, no es el trámite adecuado para valorar hechos pasados que debieron ser objeto de alegación y prueba en el procedimiento en el que se adoptaron las medidas y no se hizo; ni para introducir pretensiones que debieron plantearse en el primer procedimiento.

En relación con las pensiones alimenticias, debe diferenciarse dos pretensiones a abordar en estos procedimientos: la reducción o extinción de la pensión alimenticia o el aumento de su cuantía. Con relación a la reducción, esta puede provenir, por una parte, por la precaria situación económica del obligado consecuencia de una disminución de ingresos por una reducción de jornada laboral o supresión de las horas extraordinarias impuestas por la empresa⁸⁶; un cambio de empleo⁸⁷ o de categoría profesional que supone una reducción sustancial de los ingresos⁸⁸; pasar a la situación de jubilación, o desempleo ante el carácter permanente e irreversible que está adquiriendo en la actual coyuntura económica⁸⁹; y, por otra, puede tener su base en un aumento de las necesidades del progenitor obligado por el nacimiento por ejemplo, de nuevos hijos⁹⁰; o por un aumento de los ingresos del progenitor custodio, cuando accede a un empleo remunerado que antes no tenía⁹¹; no así por la convivencia con un tercero, pues, sobre él no recae la obligación de alimentar a los hijos de su cónyuge o pareja, aunque sí contribuir al sostenimiento de los gastos de la familia —de ahí que

⁸⁶ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2.ª, de 8 de enero de 1996 (AC 1996/155); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 26 de febrero de 2004 (JUR 2004/96496).

⁸⁷ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 15 de enero de 2007 (JUR 2007/74290), se ha de desestimar, pues el cambio del empleo es de forma voluntaria y los ingresos reales son muy superiores a los que aparecen en las nóminas aportadas.

⁸⁸ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, de 30 de marzo de 2002 (JUR 2002/163448).

⁸⁹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.ª, de 10 de octubre de 2005 (JUR 2006/6056), se trata de un parado de larga duración que ha dejado de percibir el subsidio por desempleo; por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 9 de diciembre de 2004 (JUR 2005/67589), señala que, no se acredita que la situación de desempleo sea tan irreversible y persistente que justifique la reducción de la obligación alimenticia. Lo que deberá ser objeto actualmente de revisión pues, en el contexto de crisis actual, la situación de desempleo, por desgracia para muchos, se está consolidando como una situación permanente.

⁹⁰ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 12 de junio de 2002 (JUR 2002/224843); de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.ª, de 10 de octubre de 2005 (JUR 2006/6056); y de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.ª, de 24 de febrero de 2006 (JUR 2006/196436). Sin embargo, no procede la reducción de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8.ª, de 4 de julio de 2000 (JUR 2000/285316) ni en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 22 de noviembre de 2002 (JUR 2003/31898), pues en ambos casos el progenitor conocía, al firmar el convenio, el nacimiento de un nuevo hijo. Ni tampoco en la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4.ª, de 14 de octubre de 2003 (JUR 2004/12225).

⁹¹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, de 9 de septiembre de 2005 (JUR 2006/51652).

se rechace como causa de modificación de la pensión alimenticia—⁹²; o por una disminución de las necesidades de los hijos⁹³; o, en fin, la percepción de ingresos por parte de los hijos mayores de edad⁹⁴.

En cuanto, al aumento de la cuantía de la pensión alimenticia puede ser consecuencia de un aumento de las necesidades ordinarias de los hijos⁹⁵ no de las extraordinarias, que han de sustanciarse de forma independiente mediante el procedimiento previsto en el artículo 776.4 de la LEC⁹⁶; o por un incremento de los ingresos del progenitor obligado al pago de alimentos, para lo que se ha considerado que basta una acreditación del aumento sustancial de la capacidad del obligado⁹⁷; mientras que no faltan resoluciones que exigen además un incremento de las necesidades de los hijos⁹⁸; o, como consecuencia, de una disminución de los ingresos del progenitor custodio, por ejemplo, ante la pérdida del empleo⁹⁹.

En fin, la pensión de alimentos se extingue o cesa por: 1. La muerte del obligado (art. 150); 2. La muerte del alimentista (art. 152); 3. Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiera reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos, sin desatender sus propias necesidades y las de su familia (art. 152 del CC). Si bien, se ha entendido que esta causa solo afecta a los alimentos de los parientes o familia extensa y no será aplicable a los hijos menores de edad. Debe tenerse en cuenta que la obligación de alimentar a los hijos menores es una obligación *ex lege* derivada de la misma filiación, que surge desde su nacimiento, lo que significa que la alegación de carecer de ingresos o medios, solo extraordinariamente puede conducir a una extinción de la pensión alimenticia de los hijos menores. Los padres están obligados siempre a procurar los medios necesarios para que aquellos tengan todas las necesidades cubiertas¹⁰⁰; 4. Cuando el alimentista puede ejercer de oficio, profesión o industria o haya adquirido un destino o mejorado su fortuna de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su sub-

⁹² Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 27 de septiembre de 2005 (*JUR* 2005/236602).

⁹³ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 13 de noviembre de 2001 (*JUR* 2002/53563), concesión de una Beca en la Universidad Carlos III de Getafe; de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.ª, de 24 de febrero de 2006 (*JUR* 2006/196417), abandona la guardería privada y pasa a un centro público gratuito; y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 21 de abril de 2010 (*JUR* 2010/217246), reducción de los gastos educativos al acceder las hijas a una universidad pública.

⁹⁴ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4.ª, de 17 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/277656), hijo que actualmente está trabajando.

⁹⁵ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2.ª, de 14 de noviembre de 1996 (*AC* 1996/2193).

⁹⁶ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4.ª, de 29 de diciembre de 2005 (*JUR* 2006/145096).

⁹⁷ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, de 9 de abril de 1996 (*AC* 1996/800), ascenso del obligado en su categoría profesional que implica un aumento de sueldo; y de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 8.ª, de 11 de diciembre de 2002 (*AC* 2002/1855).

⁹⁸ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.ª, de 26 de enero de 2004 (*JUR* 2004/80673).

⁹⁹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 11 de mayo de 2004 (*JUR* 2004/189800).

¹⁰⁰ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993 (*RJ* 1993/7464).

sistencia¹⁰¹. Al respecto debe tenerse presente que, la llegada del hijo a la mayoría de edad no es causa de extinción de la pensión alimenticia, pues, en el propio artículo 142 del Código Civil se prevé la continuación de la obligación cuando no ha terminado su formación por causa que no le sea imputable. Además, se ha de añadir las especiales dificultades de acceso al trabajo que los jóvenes tienen hoy en día, por lo que deberá acreditarse para que el hijo mayor de edad deje de percibir alimentos, no solo la posibilidad abstracta de trabajar, sino que esta se concrete en una posibilidad real¹⁰²; 5. Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiera cometido alguna falta que da lugar a la desheredación¹⁰³; y 6. Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos y la necesidad de aquel provenga de una mala conducta o falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa.

III. LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS DE LOS HIJOS

Como hemos señalado, cuando tiene lugar la crisis familiar, bien en el convenio regulador, bien en la correspondiente sentencia judicial se fija y cuantifica lo que el progenitor no custodio debe abonar en concepto de pensión alimenticia a los hijos para cubrir sus necesidades vitales, sin olvidar que, el progenitor custodio también debe contribuir a la obligación alimenticia, si bien, se entiende que lo hace «en especie».

La pensión alimenticia cubre los gastos de sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación o formación del alimentista. Por ello, además de las necesidades básicas de los hijos menores de edad, se debe tomar en consideración el nivel de vida mantenido por la familia (*status*) y que puede seguir manteniendo aun cuando la ruptura familiar comporta un incremento de los gastos¹⁰⁴. Dentro de los alimentos ordinarios habría que incluir los gastos ordinarios que abarcan todos aquellos gastos periódicos, fácilmente cuantificables y objetivables que no tienen lugar necesariamente todos los meses del año y que por tanto, solo se deberían abonar en la proporción que se fije en el convenio o en la sentencia en los meses que se generan.

Los parámetros sobre los que se opera para cuantificar la pensión alimenticia, como hemos expuesto, son las necesidades de los hijos y el caudal o medios de los progenitores. Lógicamente las necesidades a valorar son las que tienen los hijos en ese momento, pero también es posible que con posterioridad surjan otras que no se contemplaron en el momento de fijar la pensión y que se deben, asimismo, asumir, son los que se conocen como gastos extraordinarios, en contraposición a

¹⁰¹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 31 de octubre de 1994 (AC 1994/2420), integración del hijo mayor de edad en el mundo laboral durante dos años y aptitud para tener un trabajo retribuido.

¹⁰² Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 16 de julio de 2002 (*JUR* 2002/261528); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 9 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/6749) y 9 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/67580).

¹⁰³ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3.ª, de 20 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/178458), se procede a la extinción de la pensión alimenticia del hijo mayor de edad en base a una condena por agresión o malos tratos del hijo hacia su padre, por lo que incurre en causa de desheredación.

¹⁰⁴ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección 1.ª, de 30 de septiembre de 2011 (*JUR* 2011/358101).

los gastos ordinarios, comunes o básicos y que por su inhabitualidad y cuantía exceden del ámbito ordinario de los gastos y ejercicio de la patria potestad. Ahora bien, si se trata de un aumento no puntual de las necesidades alimenticias de los hijos, sino que se mantiene en el tiempo, lo procedente sería interponer una demanda de modificación de medidas por cambio sustancial de las circunstancias solicitando un aumento de la cuantía de la pensión alimenticia.

El Diccionario de la Real Academia Española de la lengua define extraordinario como «fuera del orden o regla natural o común», o «añadido a lo ordinario». Por lo que aplicado a gasto extraordinario en el ámbito familiar sería «lo añadido al presupuesto ordinario de una persona o una familia». Para PÉREZ MARTÍN, «son los que por su inhabitualidad y cuantía exceden del ámbito ordinario de los gastos y del ejercicio de la patria potestad debiendo, además estar vinculados a las necesidades que han de cubrirse económicamente de modo ineludible en el cuidado, desarrollo y formación, en todos los órdenes de los hijos, y ello en contraposición al concepto de lo superfluo o secundario, de lo que, obviamente, puede prescindirse, sin menoscabo para el hijo»¹⁰⁵. ROMERO COLOMA, por su parte, señala que «son aquellos que no tienen una periodicidad prefijada, al dimanar de sucesos de difícil o imposible previsión apriorística, de tal modo que pueda surgir o no, dependiendo de la situación y del marco en el que estos pueden o no nacer»¹⁰⁶. En fin, para MORENO CATENA son «aquellos que en supuestos de crisis matrimonial deben abonar ambos progenitores —a diferencia de las pensiones de alimentos que únicamente debe abonar el progenitor no custodio— y que son generados por necesidades de los hijos menores o mayores dependientes económicamente y que conviven en el domicilio familiar, que se presentan de forma inhabitual, imprevisible y cuya cuantía económica es normalmente significativa en relación a los medios económicos de ambos progenitores»¹⁰⁷.

¹⁰⁵ PÉREZ MARTÍN, A. J., «Gastos extraordinarios», en *Tratado de Derecho de Familia*, T. III, *La ejecución de las resoluciones dictadas en procesos de familia*, 2.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2009, pág. 632.

¹⁰⁶ ROMERO COLOMA, A. M.ª, «El concepto de gasto extraordinario de los hijos y su problemática jurídica», en *La Ley*, año XXXIV, núm. 8000, 14 de enero de 2013, pág. 6.

¹⁰⁷ MORENO CATENA, V., «Los gastos extraordinarios. Cuestiones prácticas», en *La Ley*, año XXIX, núm. 7021, de 26 de septiembre de 2008, págs. 10-11. Para CARPI MARTÍN, R., «Los gastos extraordinarios en las pensiones de alimentos a los hijos: un análisis jurisprudencial», en *La Ley*, año XXX, núm. 7270, de 27 de octubre de 2009, pág. 10, define los gastos extraordinarios como «todos aquellos que surjan de manera imprevista o repentina, y por tanto, que escapen a lo periódico, habitual o predecible, y vengan impuestos por ser necesarios». Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 20 de enero de 1999 (AC 1999/123), señala que hablamos de gasto extraordinario no con relación a los gastos periódicos o previsibles, sean o no estrictamente regulares sus importes (gasto de educación, de vestido, etc.), sino cuando nos encontramos ante aquellos que se presentan de manera esporádica y que previsiblemente no van a repetirse o aun cuando sí se reiteraren su frecuencia o presentación resulte de todo punto imprevisible. El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 20 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001/62415); las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 30 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/243542); y de la misma Audiencia y Sección de 9 de mayo de 2008 (*JUR* 2008/205380), precisan que, el concepto de tales gastos es indeterminado, inespecífico y su cuantía ilíquida por su propia naturaleza que, necesita predeterminación y objetivación en cada momento y caso. Por su parte, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 18 de diciembre de 2001 (*JUR* 2002/68138), entiende por gastos extraordinarios aquellos que exceden de los habituales u ordinarios en orden al cuidado, atención y sustento de la menor y cuya calificación como tales habrá de valorarse en el momento

Como nota característica de los gastos extraordinarios es la imprevisibilidad o no habitualidad del gasto, entendida como esa imposibilidad de un sujeto, atendidas sus circunstancias subjetivas y objetivas de conocer con antelación que van a surgir tales necesidades en cuanto depende de sucesos de difícil o imposible previsión, de tal forma que, los mismos pueden o no surgir¹⁰⁸. Se trata de valorar qué acontecimientos deben los padres haber supuesto que podían presentarse, teniendo en cuenta para ello a ambos progenitores, las condiciones económicas, sociales y culturales de la familia de que se trate y las peculiaridades del hijo alimentista frente a los que hipotéticamente pudieran presentarse en un futuro y a los que debería hacer frente. Si un gasto se puede prever y se tiene seguridad de que va a acontecer será un dato a tener en cuenta en el momento de fijar la cuantía de la pensión alimenticia y de hecho así sucede en algunos supuestos en los que esa necesidad extraordinaria se conoce de antemano o incluso se está atendiendo antes de que se fije la cuantía de la pensión alimenticia. Asimismo, gastos no previsibles, pero que acontecen con vocación de permanencia, parece que los más acertado sería, a falta de acuerdo entre los progenitores sobre el mismo, considerarlos un gasto ordinario a partir del momento en que se hace patente su periodicidad, pudiendo procederse en tal caso, a una modificación de la cuantía fijada como pensión.

Hay dos clases de gastos extraordinarios: los estrictamente necesarios y los que dependen del nivel económico de la familia o considerados superfluos o secundarios o suntuarios¹⁰⁹. Los primeros deben ser atendidos inexorablemente

que surjan, con audiencia de la otra parte, si no resultarán de urgente atención; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 24 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/208613), son aquellos que no se han podido prever y que resulten necesarios; y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 5 de julio de 2002 (*JUR* 2002/227230), como aquel que tiene lugar como consecuencia de circunstancias especiales en la vida del menor; en el aspecto físico, material, personal o de asistencia médica y clínica, o por razón de la necesidad puntual y excepcional derivada de su propia formación escolar y académica, y, sin perjuicio de valorar aquellos supuestos en los que el gasto venga cubierto por cualquier institución, de manera que en cada momento, y para cada caso concreto, se resolverá la cuestión, en el supuesto en el que las partes no lleguen a un acuerdo, mediando entonces la intervención judicial.

¹⁰⁸ Vid., los Autos de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6.ª, de 22 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/138046), precisa que son gastos de carácter excepcional, aislado, imprevisibles más cerca de lo que puede considerarse insólito, sorprendente o inusitado; y de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.ª, de 10 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/174400), las notas de inhabitualidad, tanto en su cuantía como en su producción, como de imprevisión.

¹⁰⁹ DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Comentario al artículo 93 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 965-966; SERRANO CASTRO, Fco. de Asís, «Relaciones paterno-filiales», *op. cit.*, págs. 259-2260, distinguen entre gastos necesarios o imprescindibles, simplemente convenientes, accesorios y complementarios. Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 30 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/236043); y de la misma Audiencia, Sección 5.ª, de 7 de noviembre de 2006 (*JUR* 2007/61338), señalan que los gastos extraordinarios integran también la obligación alimenticia pero nacen de necesidades de los hijos de naturaleza excepcional, eventuales, difícilmente previsibles y de un montante económico considerable que, por ello, no pueden incluirse en la pensión ordinaria, a la vez que no puede ser costeada por uno solo de los progenitores sin desequilibrar en su perjuicio la equivalencia de sus respectivas contribuciones (personal y económica). Ello no significa que hayan de ser siempre imprescindibles y necesarias (silla de ruedas, elementos ortopédicos, asistencia por terceras personas en caso de enfermedad, etc.), cabe también que puedan ser accesorias (por ejemplo, operaciones quirúrgicas cubiertas por la Seguridad Social que, sin embargo,

por los padres en orden al cuidado, desarrollo y formación en todos los órdenes del alimentista; mientras que, los segundos dependen de la situación social y cultural de la familia, esto es, se asumen en función de la capacidad económica, que tengan los progenitores tras la separación, y, son, por tanto, gastos de los que se puede prescindir sin menoscabo para el alimentista. En puridad, los gastos imprevistos y necesarios son los originados por enfermedades y tratamientos médicos. No obstante, hay otros como viajes de formación, estudios, clases de apoyo, ocio o recreo, etc., que no tienen de forma absoluta ese carácter de estricta necesidad aunque sean imprevistos, por más que sean habituales en familias de cierto nivel económico¹¹⁰. Al respecto no cabrá sino valorar en cada supuesto concreto, atendidos los parámetros subjetivos y objetivos que determinen las necesidades del hijo y los que concreten las posibilidades de los progenitores antes, durante y después de la ruptura para determinar si un concreto gasto encaja o no dentro del contenido de lo necesario, o simplemente, resulta realizable en función del nivel económico-social como gastos superfluos o secundarios que, son prescindibles sin menoscabo y perjuicio alguno para el alimentista, es decir, para el hijo en cuanto acreedor de dicha prestación. Lo cierto es que, estos gastos no necesarios, sino voluntarios y potestativos, son de realización consensuada por los titulares en el ejercicio de la patria potestad, cuya obligación de pago corresponde con su aceptación.

Ahora bien, ROMERO COLOMA precisa que «los gastos extraordinarios no siempre son imprescindibles y necesarios, ya que a veces se trata de prestaciones de carácter accesorio, como por ejemplo, una intervención quirúrgica que está cubierta por la Seguridad Social, pero se practica, sin embargo, en un Centro privado; otras veces tienen una naturaleza complementaria, como los viajes de estudios o las clases particulares. Pensemos en el supuesto de un hijo que necesita recibir explicaciones complementarias a las que ya recibe en su Colegio de la asignatura de Matemáticas o de Física»¹¹¹.

Los gastos extraordinarios alcanzan tanto a los hijos menores de edad como a los mayores de edad. No obstante, al igual que sucede con la pensión de ali-

se practica en centros privados), o, simplemente complementarias (viajes de estudios, clases particulares, etc.). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 8 de mayo de 2002 (*JUR* 2003/52047), precisa que dentro de los gastos extraordinarios debe distinguirse entre los necesarios y los convenientes, e incluso una tercera categoría en la que se podrían incluir aquellos que son perfectamente prescindibles; en efecto, existen unos gastos extraordinarios cuya necesidad no puede discutirse, por ejemplo, una operación, y al no estar contemplado en la resolución judicial —bien sea contenciosa o de mutuo acuerdo— a su pago deben contribuir ambos progenitores; asimismo, hay otros gastos cuya conveniencia nadie discute, pero su realización dependerá en buena media de las reales posibilidades económicas de los progenitores, y, finalmente, el tercer grupo en el que pueden incluir los demás gastos extraordinarios, que siendo perfectamente prescindibles, se realizarían, muy probablemente, de seguir junto el matrimonio.

¹¹⁰ PÉREZ MARTÍN, A. J., «Gastos extraordinarios», *op. cit.*, pág. 632, en relación con los segundos señala que «hay que tener en cuenta que en muchas ocasiones los padres pueden considerar como extraordinario un determinado gasto, modificando o matizando el concepto genérico, bien a través de sus propios actos (art. 7 del CC), bien en convenio regulador ajustado a las prescripciones del artículo 90 de dicho texto legal, entrando entonces en funcionamiento el principio de respeto a la autonomía de la voluntad privada que consagra el artículo 1255 del repetido Código».

¹¹¹ ROMERO COLOMA, A. M.^a, «El concepto de gasto extraordinario de los hijos y su problemática jurídica», *op. cit.*, pág. 9.

mentos, cuando se trata de hijos mayores de edad, estos gastos extraordinarios se deben interpretar con carácter muy restrictivo¹¹².

Asimismo, el gasto extraordinario no puede incluirse en la partida correspondiente a la prestación alimenticia, ya que esta se fija, para uno de los progenitores con un carácter constante, permanente, no sometida a imprevisibilidad. Si bien, es posible que el convenio regulador en el marco de la pensión alimenticia contenga una cláusula relativa a los gastos extraordinarios con una enumeración —normalmente no exhaustiva o cerrada— de estos, cuyo abono mensual en tal concepto constituye un anticipo o entrega a cuenta por lo que el progenitor no custodio deberán abonar la diferencia¹¹³; o es la propia sentencia de separación o divorcio la que fija una cantidad mensual para atender tales gastos ante las continuas controversias y enfrentamientos entre los progenitores, creando una especie de fondo para atender las necesidades que será gestionado por el progenitor custodio¹¹⁴. No hay duda de la buena voluntad de esta última decisión, pero, no resulta aconsejable en el supuesto de progenitores que suelen mantener una relación conflictiva, y en los que la discusión suele habitualmente estar presente, pues se añadiría un nuevo punto de fricción como es la gestión precisamente de ese fondo. A nivel práctico, lo que si resulta muy recomendable es que, en los convenios reguladores o en la propia sentencia se especifiquen que tipo de gastos tienen la consideración de ordinarios y cuáles de extraordinarios¹¹⁵. En este sentido, qué gastos se cubren con la pensión alimenticia ordinaria y cuáles no, correspondiendo su pago a ambos cónyuges. Con esta fórmula se impide que con posterioridad pueda reclamarse como extraordinario algo que se cubre expresamente con la pensión alimenticia, y, sin que tal enumeración sea cerrada, ya que pueden surgir otros gastos que tienen este carácter y que no fue posible prever en el momento de elaboración y aprobación del convenio o del pronunciamiento de la sentencia judicial¹¹⁶.

¹¹² Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 26 de noviembre de 2010 (*JUR* 2011/79212).

¹¹³ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, de 13 de julio de 2001 (*JUR* 2001/261745), inclusión dentro de tal concepto en el convenio regulador de la adquisición de calzado específico para plantillas; y de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 15 de enero de 2007 (*JUR* 2007/74290), señala que, no puede fijarse de antemano una determinada cantidad mensual para atender a los gastos extraordinarios ya que ello es contrario a la naturaleza de los mismos.

¹¹⁴ PÉREZ MARTÍN, A. J., «Gastos extraordinarios», *op. cit.*, pág. 632; ROMERO COLOMA, A. M.ª, «El concepto de gasto extraordinario de los hijos y su problemática jurídica», *op. cit.*, pág. 10.

¹¹⁵ Las sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, de 6 de julio de 1993 (*AC* 1993/1944); de 17 de junio de 1995 (*AC* 1995/1166); y el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 1.ª, de 19 de junio de 1998 (*AC* 1998/1239), fijan en el convenio regulador las partidas de gastos extraordinarios.

¹¹⁶ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 27 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/136735), en la sentencia no puede hacerse una lista exhaustiva de qué gastos deben ser considerados como extraordinarios; de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 1.ª, de 19 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003/95691), en cada caso concreto que se plantee, si un gasto es o no extraordinario podrá decidirse teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, pero hacerlo por anticipado y de forma general no es lo más prudente ni lo más justo; y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 10 de enero de 2005 (*JUR* 2005/64989), señala que, corresponde a los dos cónyuges el pago por mitad de los gastos extraordinarios, entendiendo por tales gastos no previstos que por su cuantía no pueden ser atendidos con el importe de la pensión de alimentos; sin embargo,

La obligación de atender a los gastos extraordinarios de los hijos recae sobre ambos progenitores, sin que la separación o el divorcio impliquen modificación alguna de esta obligación. El hecho que los hijos menores o mayores de edad estén conviviendo con un solo progenitor no supone que este deba abonarlos en su totalidad, pues es obligación de ambos progenitores subvenir a todas las necesidades de los hijos (arts. 92, 93 y 142 del CC). En la práctica, se incluye en los convenios reguladores una cláusula relativa al pago de los gastos extraordinarios; asimismo, en la sentencia de separación o divorcio se puede concretar la forma cómo se van a sufragar tales gastos. Normalmente, se fijan por mitad entre ambos progenitores¹¹⁷ o en la proporción que, en atención a los ingresos se estime más adecuada¹¹⁸. Aunque también se puede establecer un porcentaje de los gastos extraordinarios a abonar por ambos progenitores¹¹⁹ o, simplemente, se carga sobre uno solo de ellos la totalidad de los gastos extraordinarios¹²⁰.

Si bien, en las sentencias de separación o divorcio se vienen incluyendo pronunciamientos de este tipo, siendo objeto de controversia; no obstante, es también posible que, sin mediar petición de parte, los tribunales de oficio puedan

la Sala no especifica en este momento cuáles son esos gastos por tratarse de una cuestión muy casuística que debe plantearse en ejecución de sentencia.

¹¹⁷ Vid., los Autos de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 18 de febrero de 1998 (AC 1998/3596); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 26 de noviembre de 2002 (JUR 2003/32178); las sentencias de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 2.ª, de 18 de diciembre de 1998 (AC 1998/8271); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 21 de julio de 1999 (AC 1999/7576); y de la misma Audiencia y Sección, de 22 de julio de 1999 (AC 1999/7560); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 30 de enero de 2001 (AC 2001/162); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 9 de febrero de 2001 (JUR 2001/135451); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 26 de marzo de 2001 (JUR 2001/186056); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 19 de abril de 2002 (JUR 2002/197299); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 8 de mayo de 2002 (JUR 2003/52047); de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 16 de julio de 2002 (JUR 2002/253169); de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2.ª, de 28 de marzo de 2003 (JUR 2003/67629); de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2.ª, de 2 de diciembre de 2004 (JUR 2005/47962); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.ª, de 14 de abril de 2005 (JUR 2005/204414); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 15 de marzo de 2007 (JUR 2007/253551); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 2 de octubre de 2007 (JUR 2008/95130); de la Audiencia Provincial A Coruña, Sección 4.ª, de 28 de enero de 2010 (JUR 2010/198677); y de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 25 de octubre de 2012 (JUR 2012/373539).

¹¹⁸ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 5 de julio de 2002 (JUR 2002/278590); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 2 de junio de 2004 (JUR 2005/2305); de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.ª, de 2 de septiembre de 2005 (AC 2005/2061); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 11 de diciembre de 2006 (JUR 2007/163172).

¹¹⁹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, de 6 de julio de 1993 (AC 1993/1944), establece que la madre deberá hacerse cargo del 15 por 100 de los gastos extraordinarios de los hijos comunes, siendo el 85 por 100 restante a cargo del esposo; y de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1.ª, de 8 de marzo de 2002 (JUR 2002/220077), contribución del marido a los gastos extraordinarios generados por los hijos en un 70 por 100 del importe de los gastos extraordinarios.

¹²⁰ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.ª, de 18 de marzo de 2002 (JUR 2002/162570), contribución a cargo del padre al 100 por 100 de los gastos extraordinarios.

efectuar este pronunciamiento¹²¹. Hay, sin embargo, un sector jurisprudencial que entiende que es incongruente la sentencia que, sin petición de parte, y sin debate litigioso, establece un determinado porcentaje, cuando posiblemente atendiendo a los medios económicos de los padres, la proporción en la contribución a los gastos extraordinarios sea desigual.

Ahora bien, una vez que se ha presentado la necesidad en el hijo, los padres, en el ejercicio de la patria potestad deben tomar la oportuna decisión. El problema es que en la mayoría de los casos el cese de la convivencia ha provocado que no exista la más mínima relación ni diálogo entre ellos, lo que dificulta enormemente cualquier acuerdo. No obstante, si la necesidad del hijo se considera urgente que no admite demora ni espera de ningún tipo, por lo general, el progenitor custodio ha de tomar unilateralmente la decisión y el otro progenitor se enterará posteriormente de la asunción de tal gasto —pues se le notificará el pago— estando obligado a su pago, aunque podrá formular oposición que, habrá de ser resuelta en este caso, mediante la correspondiente resolución judicial. En cambio, si el devengo del gasto extraordinario no es inmediato, es necesario que ambos progenitores lo consientan previamente, a fin de que cada uno de ellos pueda opinar sobre su conveniencia o su cuantía y, a falta de acuerdo, acudir a la autoridad judicial para que decida¹²². En algunos convenios reguladores, así

¹²¹ La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 7 de marzo de 2006 (*JUR* 2006/118378), señala que, aunque en la demanda inicial no se haya pedido expresamente el abono de gastos extraordinarios, procede obligar al padre a abonar el 50 por 100 de los gastos extraordinarios de los hijos, al afectar dicha medida a hijos menores, no está sometida al principio de rogación, estando el juez obligado a pronunciarse sobre ello, aunque no haya sido pedido por ningún litigante. Además, ha sido objeto de debate, pues, en el acto de vista, la demandante interesó la confirmación de las medidas del Auto de Provisionales, entre las que se encontraba el abono al 50 por 100 de tales gastos. Igualmente, el Auto de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 3.ª, de 15 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006/5904); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 18 de marzo de 2009 (*JUR* 2009/207685).

¹²² Vid., los Autos de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 10 de mayo de 1999 (*AC* 1999/895); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 1.ª, de 24 de enero de 2000 (*JUR* 2000/219015); de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.ª, de 3 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/264878); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 18 de abril de 2002 (*JUR* 2002/176939); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 6 de junio de 2002 (*JUR* 2002/210133), precisa que, si el devengo del gasto no es inmediato, es necesario que el progenitor que suscita la necesidad del gasto lo comunique fehacientemente al otro para que este pueda consentir expresamente, o pueda asentir a la misma, dejando transcurrir los treinta días desde la notificación (art. 139-4 del CF). Si se trata de un gasto urgente, una vez devengado se notificará al otro progenitor para que, de igual manera, pueda formular su oposición, que habrá de ser resuelta entonces por decisión judicial, tal como prevé el artículo 138 del dicho texto legal; las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 30 de enero de 2001 (*AC* 2001/162); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 30 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/236043); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 3 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/28395); de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 15 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/101915), se establece la necesidad de que los gastos extraordinarios, excepción hecha de los urgentes, se notifiquen previamente al otro cónyuge; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.ª, de 8 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003/100120); de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.ª, de 31 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/75222); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 29 de septiembre de 2003 (*JUR* 2004/262082), los gastos extraordinarios que se deriven de la adecuada atención del menor deben ser sufragados por

como en diversas resoluciones judiciales, se establece la obligatoriedad de la previa comunicación, lo que resulta una medida aconsejable para evitar posibles conflictos y controversias entre los progenitores. Se ha de proceder primero a la notificación sobre la necesidad extraordinaria del hijo común a la que hay que hacer frente, si bien resulta suficiente con que se haga por cualquier medio de comunicación del que quede constancia de su recepción¹²³. Si hecha la notificación, el otro progenitor no manifiesta nada al respecto, guarda silencio se entiende que consiente tácitamente, al igual que, lo puede hacer expresamente. Cabe también que el otro progenitor se oponga al entender que se trata de un gasto que está cubierto con el importe de la pensión alimenticia ordinaria, o bien que es un gasto innecesario o que no tiene medios económicos suficientes para hacer frente a tal gasto, o que, puede atenderlos con menos dinero o, en fin, objetar que dicho gasto puede tener un importe menor.

Sobre tales bases, nos interesa detenernos en la cuestión más controvertida en materia de gastos extraordinarios, que no es otra, que la enorme casuística en que se manifiestan aquellos que, impide realizar un análisis exhaustivo de todos y cada uno de los gastos que pueden presentarse durante la vida del hijo; si bien, intentaremos en la medida de lo posible, aludir a los que se producen con más frecuencia en la práctica diaria. Para ello tomaremos como referencia la enumeración realizada por PÉREZ MARTÍN y ROMERO COLOMA¹²⁴.

Así en relación con los *gastos de educación e instrucción de los hijos*: hoy en día es una realidad que los hijos comiencen su formación en la Educación

ambos progenitores a partes iguales, siempre y cuando los dos decidan de común acuerdo la necesidad del gasto, y su cuantía, decidiendo, en su defecto, la autoridad judicial, todo ello para evitar decisiones unilaterales por parte de uno de los progenitores; de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 3.ª, de 11 de marzo de 2005 (AC 2005/669), para el abono de los gastos extraordinarios es necesaria la previa conformidad del padre, salvo en decisiones urgentes en materia de salud de los menores, que no necesitarán el consentimiento previo del padre no custodio; y de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.ª, de 3 de mayo de 2006 (JUR 2006/226670). Asimismo, los Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 20 de noviembre de 2000 (JUR 2001/62415); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 27 de febrero de 2004 (JUR 2004/96532); y el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 3 de septiembre de 2007 (JUR 2007/326029). Sin embargo, para el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 23 de enero de 2012 (JUR 2012/162298), no existe norma legal que exija el previo consentimiento, por lo que al igual que los alimentos son de exigibles en caso de haberse realizado, siempre que los mismos fueren necesarios o convenientes. Igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 26 de enero de 2012 (JUR 2012/87116), que considera que solo los gastos no necesarios, como los escolares requieren ese acuerdo que debe incluir la proporción del pago y que, en caso de desacuerdo, puede ser suplido por decisión judicial. Coincide con esta aseveración, el Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2.ª, de 27 de mayo de 2011 (JUR 2011/292910), señala que «no constituye presupuesto necesario para ser considerado gasto extraordinario que exista acuerdo previo entre los progenitores».

¹²³ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1.ª, de 8 de marzo de 2002 (JUR 2002/220077), necesidad de ser comunicados al recurrente con una antelación mínima de quince días, a fin de que pueda tener conocimiento de la naturaleza del gasto y del importe de los mismos; y el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.ª, de 27 de junio de 2012 (JUR 2012/324440).

¹²⁴ PÉREZ MARTÍN, A. J., «Gastos extraordinarios», *op. cit.*, págs. 636-650; ROMERO COLOMA, A. M.ª, «El concepto de gasto extraordinario de los hijos y su problemática jurídica», *op. cit.*, págs. 10-12.

Primaria en una guardería o algún centro de preescolar. Si el hijo, cuando se produce la separación de los padres ya está en dicho centro, los gastos que se deriven del mismo —máxime si es privado— se considera como gasto asumible en la pensión alimenticia. Si, por el contrario, todavía no ha accedido al mismo, y los padres optan por un centro privado en lugar de público que es gratuito, se puede considerar gasto extraordinario¹²⁵; aunque no faltan resoluciones que, en todo caso, lo consideran como gasto educacional, incluido en el concepto de alimentos ordinarios del artículo 142 del Código Civil¹²⁶. En cuanto a la educación primaria y secundaria, siendo como es gratuita y obligatoria la enseñanza en esta fase de educación de los hijos, por lo general no suele considerarse gasto extraordinario. De igual forma que, si al fijar la cuantía de la pensión los padres han optado porque el hijo acuda a un colegio privado, forma parte de la misma como un gasto ordinario más¹²⁷, como si con anterioridad a la separación o divorcio el hijo asistía a un colegio privado, la posterior crisis matrimonial de estos no incide en esa decisión ya tomada en consenso. Pero si primero se ha optado por la enseñanza pública y se decide posteriormente porque el hijo curse sus estudios en centro privado, puede considerarse como gasto extraordinario que debe abonarse por ambos progenitores. Aunque no faltan resoluciones que optan por no considerarlo como gasto extraordinario al ser un gasto previsible y periódico. Es importante resaltar que, cuando la decisión del hijo de acudir a un centro privado ha sido solamente tomada por uno de los progenitores, esto es, no de forma conjunta, estos gastos no se pueden imputar al progenitor al que no se ha consultado ni requerido previamente su consentimiento¹²⁸. Además, si pasa por una situación económica complicada que le impide hacer frente a los gastos que implica un colegio privado, máxime si en la localidad de residencia del hijo existen centros de enseñanza pública, no tendrá obligación de abonar tales gastos. Otra cuestión distinta es lógicamente aquella en que conociendo el progenitor no custodio el cambio a un colegio privado del hijo, no ha mostrado disconformidad alguna; de forma que, aplicando la doctrina de los actos propios se le puede obligar al pago del 50 por 100 de los gastos

¹²⁵ Vid., los Autos de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1.ª, de 11 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/213070); y de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, de 28 de abril de 2003 (*JUR* 2003/151025), consideran que los gastos de guardería de la hija tienen la consideración de gastos extraordinarios; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5.ª, de 10 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/144609).

¹²⁶ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.ª, de 12 de diciembre de 2011 (*AC* 2012/217).

¹²⁷ El Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.ª, de 27 de septiembre de 2012 (*JUR* 2012/403596), acuerdo en convenio regulador; sin embargo, consideran como gasto extraordinario las clases particulares al exceder del ámbito ordinario y corriente de la vida cotidiana, correspondiendo su abono al 50 por 100.

¹²⁸ Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, de 30 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/179363), no puede ser repercutida en el padre obligado al pago de la pensión alimenticia fijada, pues en el convenio se contemplan como gastos extraordinarios los de educación universitaria y los no comprendidos dentro del ámbito ordinario de la escolarización, y el ir a estudiar el curso ordinario de 1.º de bachillerato a Estados Unidos, en vez de estudiarlo aquí, por veleidades maternas, sin que se advierta la necesidad ni urgencia, y sea incluso matizable su conveniencia, no puede transformar en extraordinario el cambio académico interesado, de manera que no tratándose de un curso universitario ni de una actividad extraescolar incardinable en los gastos extraordinarios convenidos, no tiene por qué asumir el padre la mitad del gasto.

que se derive de la asistencia del hijo a un colegio privado. De todas formas, la contienda que se pueda suscitar por la elección del centro público o privado es una controversia que se debe resolver en el ejercicio de la patria potestad y entra, por tanto, dentro de las funciones de esta, por lo que será necesario el consenso entre los progenitores, o conforme dispone el artículo 156 del Código Civil corresponderá al juez atribuir sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre.

En todo caso, los gastos de matrícula¹²⁹, uniforme¹³⁰, los de comedor escolar¹³¹ se consideran gastos ordinarios que habrán de ser abonados con la pensión alimenticia. Igualmente, en la partida de «gastos del colegio» a cubrir por esta, se pueden incluir los correspondientes a libros y material escolar¹³², uniforme,

¹²⁹ Las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 14 de junio de 2012 (*JUR* 2012/252479), como gastos incluidos en la pensión alimenticia, los gastos escolares de matrícula, uniforme y material escolar; de la misma Audiencia, Sección 5.ª, de 25 de septiembre de 2012 (*JUR* 2012/369747); y de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.ª, de 23 de octubre de 2012 (*JUR* 2012/370503).

¹³⁰ La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 11 de julio de 2006 (*JUR* 2006/252851), califica de gastos educativos ordinarios los gastos de uniforme, matrícula, libros, comedor y autobús escolar.

¹³¹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 15 de julio de 2003 (*JUR* 2003/191607); y de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 21 de abril de 2006 (*JUR* 2006/188656), los gastos de comedor escolar no tienen carácter de gastos extraordinarios. Sin embargo, para las sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, de 1 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001/119907), se considera extraordinario los gastos de comedor escolar del hijo mayor y los derivados de la práctica deportiva del fútbol de este mismo; de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 2.ª, de 27 de septiembre de 2005 (*JUR* 2005/274728) que, asimismo, califica de extraordinarios los gastos de comedor; y los de material escolar y libros a principio de curso; de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 7 de noviembre de 2006 (*JUR* 2007/61338), no se consideran gastos extraordinarios los gastos de comedor escolar, matrícula escolar, libros escolares, transporte escolar y clases particulares; de la Audiencia Provincial de León, Sección 1.ª, de 17 de abril de 2009 (*JUR* 2009/272972), lo califica, asimismo, de gasto educativo ordinario; y de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.ª, de 17 de noviembre de 2011 (*JUR* 2012/75783), lo incluye en el concepto de pensión alimenticia.

¹³² Las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, de 9 de diciembre de 1999 (*AC* 1999/7291), el recibo del colegio y los libros de texto se incluyen en el concepto genérico de alimentos; de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 4 de junio de 2001 (*JUR* 2001/262735), considera que los gastos de material escolar y libros deben ser cubiertos con la pensión alimenticia ordinaria; de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 5 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003/27862), igualmente, los considera incluidos en la pensión alimenticia; de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 8 de enero de 2004 (*JUR* 2004/79497), asimismo, considera gastos ordinarios el material escolar y el uniforme, en cuanto aquellos otros referentes a clases complementarias han de ser decididos conjuntamente por ambos progenitores para que surja la obligación de su pago; de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 4 de abril de 2005 (*JUR* 2005/102916), además de las matrículas; por el contrario, las actividades extraescolares las consideran gastos extraordinarios; y el Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.ª, de 15 de diciembre de 2011 (*JUR* 2012/39819). Sin embargo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, de 19 de enero de 2004 (*JUR* 2004/52903); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 20 de octubre de 2005 (*JUR* 2005/261363), los consideran extraordinarios; y de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 28 de junio de 2012 (*JUR* 2012/275215).

transporte escolar¹³³, APA¹³⁴, excursiones y actividades extraescolares, si bien respecto a estas dos últimas si se tratan de actividades que el hijo puede venir realizando de forma asidua y, por tanto, constituyen una actividad regular y previsible no puede calificarse de gasto extraordinario¹³⁵. Sí, en cambio, pueden tener esa calificación cuando no comporten tales caracteres, lo que no impide que sean asumidas por ambos cónyuges, si hay acuerdo entre ellos.

Hay que tener en cuenta la previsibilidad del gasto escolar, que ha de realizarse anualmente y cuya cuantía aproximada se conoce con antelación. Lo cierto es que, el aumento de los gastos en que pueden incurrir los padres al inicio del curso escolar —al ser en este momento cuando se hace efectivo la mayoría de los gastos en libros y material—, se compensa con el descenso de los mismos durante el periodo vacacional.

Por otra parte, es posible que se considere que para una adecuada formación del menor, este deba continuar su educación en el extranjero; si bien, salvo que sea una decisión tomada por ambos padres, por ejemplo, en convenio regulador aprobado judicialmente, o en la propia sentencia de separación y divorcio como integrada en la cuantía de la pensión, no cabe duda de su carácter extraordinario¹³⁶.

En cuanto a las clases de apoyo ante el retraso o fracaso escolar, que es una realidad en muchos menores y cuya realidad se constata en las calificaciones, no cabe duda que los padres, si quieren que su hijo apruebe, han de asumir el gasto de contratar a un profesor o de otros profesionales (academia). De forma que, si el hijo va a necesitar una atención personalizada por parte de un docente, en función de las posibilidades económicas de los padres, consideramos, y en esto coincide la mayoría que, ha de calificarse de gasto extraordinario¹³⁷.

¹³³ El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 11 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/28942), señala que, aunque el transporte escolar no es propiamente un gasto de la enseñanza, que por lo demás tal coste no está en líneas generales cubierto por la educación pública, ha de ser cubierto e integrado en la pensión alimenticia que abona el padre, por lo que no tienen carácter extraordinario.

¹³⁴ Los Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 31 de mayo de 2005 (*AC* 2005/1025); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 15 de junio de 2007 (*JUR* 2007/311684), señalan que la cuota de la Asociación de Padres, en cuanto gasto anual obligatorio y, por ende, previsto, debe quedar encuadrado dentro de la pensión de alimentos mensual, sin posible incardinación, como partida separada, en los gastos extraordinarios.

¹³⁵ La sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, de 25 de febrero de 1999 (*AC* 1999/239), señala que no son gastos extraordinarios las actividades extraescolares o las excursiones y gastos que genera el natural ocio de la menor, en vacaciones o en periodo escolar; y el Auto de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.ª, de 19 de enero de 2001 (*AC* 2001/766), los relativos a pagos realizados a EDE School y a la Escuela Municipal de Música «Luis Aranburu», esta Sala entiende que responden a actividades extraescolares que no pueden ser calificadas, atendiendo a lo que nos demuestra la realidad diaria como extraordinarias, ni por ello tampoco puede calificarse de igual modo el gasto a las mismas correspondiente, y, en segundo lugar, tampoco constituyen facetas de indudable importancia en la vida de la hija, tal como exige el convenio regulador para su calificación como gastos extraordinarios. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, Sección única, de 3 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/76068), considera que no son gastos extraordinarios ni las matrículas de estudio ni las actividades extraescolares.

¹³⁶ Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.ª, de 27 de mayo de 2010 (*JUR* 2010/329865).

¹³⁷ PÉREZ MARTÍN, A. J., «Gastos extraordinarios», *op. cit.*, pág. 642; ROMERO COLOMA, A. M.ª, «El concepto de gasto extraordinario de los hijos y su problemática jurídica», *op. cit.*,

Aquí se incluyen el coste de las clases de refuerzo tanto si son particulares en el propio domicilio del hijo, como si se imparte en un centro docente (academia), y, asimismo, el importe de la cuota de inscripción en el citado centro. De todas formas, cuando los progenitores pactan en el convenio regulador el abono de tales gastos, habrá que estar a lo pactado y, es evidente que, el abono de los mismos será con cargo al importe de la pensión alimenticia como un gasto ordinario.

Junto a las clases de refuerzo, es posible hoy en día las clases particulares para perfeccionar materias o para ampliar conocimiento como pueden ser las clases de idiomas, de música, de ballet, para la práctica de algún deporte, etc. Si se pactaron en el convenio regulador tanto la procedencia de estos gastos como su abono por ambos progenitores, está claro que, habrá que estar a lo convenido, y se entiende como una partida más de la pensión ordinaria. Pero si no se ha pactado nada en aquel, o simplemente no hay convenio o no se concretaron en la vista, entonces no cabe duda que, estamos ante unos gastos extraordinarios no necesarios, por lo que habrá que estar a las posibilidades económicas de los progenitores y a la existencia de actos concluyentes por parte de estos que puedan evidenciar un consentimiento tácito¹³⁸.

pág. 11. Vid., asimismo, los Autos de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.ª, de 15 de enero de 1996 (AC 1996/153); de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 5 de marzo de 1999 (AC 1999/581), además de los gastos de obtención del título de bachiller, matrícula de selectividad y la preinscripción en dos centros; de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, de 13 de julio de 2001 (JUR 2001/261745); y de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3.ª, de 17 de junio de 2002 (JUR 2002/211734); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 13 de diciembre de 2002 (JUR 2003/34001); la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.ª, de 18 de diciembre de 2003 (JUR 2004/59899); el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 23 de septiembre de 2004 (AC 2004/2311); la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª, de 7 de octubre de 2005 (JUR 2005/274092), clases particulares de apoyo a la hija que presenta una minusvalía del 72 por 100; y el Auto de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 29 de febrero de 2012 (JUR 2012/179580).

¹³⁸ La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 14 de enero de 2008 (JUR 2008/107432), ha considerado como extraordinarios los cursos de especialización; y el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 29 de febrero de 2008 (JUR 2008/143858), entiende que las clases de esgrima y los gastos inherentes a este deporte son gastos no necesarios; mientras que, en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 27 de junio de 2002 (JUR 2002/226601), se ha considerado que las actividades de inglés y actividades complementarias de francés, matemáticas y lengua como ordinarias; el Auto de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.ª, de 3 de junio de 2008 (JUR 2008/347348), señala que las clases de esquí no se trata de un gasto necesario e imprescindible para el adecuado desarrollo psico-social de la menor, por lo que el padre no puede ser obligado a contribuir al coste del mismo; el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 1 de octubre de 2009 (JUR 2010/72386), manifiesta que la matrícula en el British para el estudio de inglés es la actividad extraescolar realizada por los hijos, que ha venido siendo considerada como extraordinaria, pese a no ser imprevisible, pues se trata de una actividad conveniente por ser hoy en día la formación en idiomas una verdadera necesidad; en cuanto a la práctica de una actividad deportiva, completa la formación de ambos hijos, se realiza en beneficio de la salud y está reiteradamente admitida como gasto extraordinario la realización de una actividad deportiva, en este caso padel, y en consecuencia, debe ser considerada también gasto extraordinario; y el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 11 de noviembre de 2010 (JUR 2011/64616), respecto a las clases de inglés, a las que no asistía en el momento de dictarse la sentencia de divorcio. Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 16 de marzo de 2012 (JUR 2012/179811), las clases de inglés, tenis y música no son

Por otra parte, hay ocasiones en las que el hijo debe acudir a un Centro de Educación especial, en el supuesto que aquel tenga una cierta discapacidad, o tenga un coeficiente superior al normal; de forma que, su educación y formación no puede realizarse adecuadamente en un centro de enseñanza ordinario. Estos gastos que genera esta educación especializada van a ser periódicos y habituales; de ahí que, sea lógico pensar que, se trata gastos ordinarios y no extraordinarios cuya cobertura será con la pensión alimenticia, que podrá ser objeto de modificación, aumentando su cuantía, si no es suficiente para hacer frente a tales gastos, o poder reducirla cuando lleguen a disminuir las especiales necesidades del hijo¹³⁹.

Habitualmente, cuando el hijo termina la formación básica, puede acceder a cursar estudios superiores en la Universidad. La separación o divorcio de los padres no puede ser un obstáculo para el acceso a esta formación, ni obligarse al hijo a acceder al mundo laboral, probablemente al desempeño de un puesto laboral no cualificado, renunciando a un futuro mejor que, podría reportarle la formación universitaria. Quizá la principal controversia que presenta esta materia reside en la elección de una universidad pública o privada, y, más en concreto, si en el momento de la separación o el divorcio de los padres el hijo está todavía cursando la educación secundaria, y la pensión alimenticia se ha concretado operando sobre tal fase del proceso educativo, sin pensar en un posible acceso a la Universidad o Escuela Universitaria; porque si los hijos ya están cursando estudios universitarios antes de la separación o divorcio de los padres, la cuestión no plantea duda, pues, en el convenio regulador o en la sentencia judicial se ha de contemplar como un gasto ordinario más a la hora de calcular la cuantía de la pensión alimenticia.

Se suele distinguir en la doctrina tres supuestos: 1. Acceso a la universidad pública o Escuela Universitaria que tienen su sede en la misma ciudad donde reside el hijo: como gasto ordinario habría que incluir esta partida en la cuantía de la pensión alimenticia, y si esta fuera insuficiente plantear una modificación de la medida, solicitando un aumento de aquella¹⁴⁰. Más discutible es el tema de los gastos de matrícula y libros, ya que el importe suele ser bastante elevado, máxime ahora con el incremento de las tasas, lo que sería oportuno

gastos extraordinarios, pues sus importes no son excesivos, y además de trata de gastos periódicos y estables.

¹³⁹ Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 6 de mayo de 2002 (*JUR* 2003/52043), menor con retraso madurativo de grado severo y limitada su capacidad de deambulación; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 20 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/74744), hija que padece un trastorno autista.

¹⁴⁰ Las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 26 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003/28186), considera que los gastos universitarios están incluidos en la pensión alimenticia ordinaria; y de la misma Audiencia y Sección, de 26 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003/28186), igualmente, considera que los gastos universitarios del hijo, al ser gastos de instrucción del alimentista, como tales están incluidos en el concepto de alimentos. Sin embargo, el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 1 de julio de 1997 (*AC* 1997/1492), los califica de extraordinario; al igual que las sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.ª, de 4 de julio de 2003 (*JUR* 2003/249166), con relación a los gastos de matriculación de las hijas en la Escuela Universitaria de Magisterio, al incluirse en el concepto pactado en el convenio regulador; de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 15 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/253551); y de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3.ª, de 4 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013/33439), no se considera gastos extraordinarios la matrícula universitaria, la residencia universitaria, los gastos de avión, traslado de pertenencias y material escolar, ni los cursos de idioma en el extranjero.

considerarlo como gasto extraordinario, aunque no existe criterio uniforme en la doctrina de las Audiencias Provinciales¹⁴¹. 2. Acceso a una Universidad Pública o Escuela Universitaria que tiene su sede en otra ciudad distinta de la que reside el hijo: es un hecho constatado que el desplazamiento del hijo a otra ciudad conlleva una serie de gastos que antes no existían como alojamiento en un colegio mayor o residencia universitaria, o un alojamiento en régimen de alquiler, alimentación fuera de la vivienda familiar, viajes para ver a la familia, etc. Parece que, como en el caso anterior, habría que incluirla en la cuantía de la pensión alimenticia, y si fuera insuficiente, ejercitar una acción de modificación de medidas solicitando un aumento de aquella, para adaptarla a las nuevas necesidades de los hijos¹⁴². De todas formas, hay que partir de la base que ambos progenitores pueden haber previsto en el convenio regulador ya esta situación. De asumir uno de los progenitores el gasto, para poder exigir al otro el 50 por 100 del coste, si no se ha solicitado la modificación de medidas, parece razonable que, al menos haya existido un consentimiento tácito del otro progenitor o que su economía le permita asumir ese sobre coste. En todo caso, no faltan resoluciones que lo consideran como un gasto extraordinario y de singular repercusión en la economía familiar, que no tiene porque incluirse en la pensión alimenticia, en la medida que ha de ser adecuado a los usos sociales y medios de la familia, y deberán ser tratados y acordados conjuntamente por ambos padres, con posibilidad, en caso de discrepancia, de recurrir al mecanismo de decisión previsto en el artículo 156 del Código Civil¹⁴³. 3. Acceso a una Universidad Privada: nadie duda del importante gasto que supone para una familia la estancia de un hijo en una universidad de este tipo, máxime si la misma se encuentra en otra ciudad distinta del lugar de residencia del hijo, pues, los costes se incrementan notablemente. Parece existir cierto criterio uniforme en la doctrina de considerar que, en este supuesto si debería contemplarse como gasto extraordinario, y, por tanto la procedencia para la reclamación del 50 por 100 de su coste¹⁴⁴. Todo ello sin perjuicio que si

¹⁴¹ Las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 19 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/94045), considera que no son gastos extraordinarios los que se invierten en libros y en matrícula de la hija, al estar incluidos en la pensión alimenticia; y de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, de 24 de mayo de 2011 (*JUR* 2011/268333), entiende como gasto extraordinario la matrícula universitaria y los libros, a cargo del esposo.

¹⁴² El Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6.ª, de 22 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/138046), precisa que, de ninguna manera se puede considerar extraordinario en la ciudad de Ceuta que una persona de la edad del hijo del matrimonio y con el nivel de vida de la familia, haya de realizar sus estudios universitarios fuera de ella, dada la escasa oferta que existe, y esto era absolutamente previsible en el momento en que se adoptó la medida, cuando el hijo estaba cursando el último curso de bachillerato, por lo que en ningún caso podrá pretenderse que ello es extraordinario, de manera que lo que sí está claro es que lo único que hipotéticamente podría justificar la petición del apelante, sería, en su caso, el mayor costo que supondría estudiar en una Universidad Privada, frente al hecho de hacerlo en una pública, o en otra privada menos costosa.

¹⁴³ La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6.ª, de 7 de junio de 2007 (*JUR* 2007/312396), además de considerar gasto extraordinario el alojamiento en otra localidad, considera que tienen también esa calificación las actividades de refuerzo, apoyo o complemento.

¹⁴⁴ El Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3.ª, de 11 de julio de 2001 (*JUR* 2001/269098) considera que procede la reclamación al padre del 50 por 100 de los gastos de estancia del hijo mayor de edad en la Universidad Europea de Madrid (Universidad

se hubiera pactado en convenio regulador, ese coste sería ordinario, y, abonable con cargo a la pensión alimenticia.

Ahora bien, si el hijo que cursa estudios universitarios se acoge a un programa de intercambio (ERASMUS), de forma que, el año académico lo cursa en una Universidad extranjera, se ha considerado en este caso como gasto ordinario que deberá atenderse con la pensión alimenticia que se venía abonando¹⁴⁵.

Por otra parte, cuando un hijo opta por realizar una oposición al finalizar su formación universitaria, o, bien, al término de la educación secundaria con el objeto de acceder a una profesión, ello genera una serie de gastos consecuencia de la asistencia a algún Centro de Oposiciones o, por el abono de los honorarios de un preparador. En puridad, estos gastos no deben tener el carácter de extraordinarios y cubrirse con el importe de la pensión alimenticia. Pero el hijo puede en lugar de optar al finalizar su carrera universitaria, en lugar de opositar, continuar su formación con la realización de un Curso de Postgrado, Máster. La doctrina jurisprudencial considera que no es un gasto necesario, sino que excepcional y esporádico que, responde a una opción personal del hijo mayor de edad que ha concluido sus estudios¹⁴⁶. Sin embargo, hay que puntualizar que determinadas Carreras universitarias exigen la realización de un Máster obligatorio para el acceso libre a una profesión, como ocurre con la Abogacía. De forma que, para tener una salida profesional resulta obligada la realización de un Máster, convirtiéndose en una exigencia *sin qua non* para operar en el mercado laboral; o, la realización de un curso de preparación como el MIR para acceder como profesional sanitario a una especialización. De ahí, en ambos supuestos su carácter de ordinario y necesario con cargo a la pensión alimenticia¹⁴⁷.

Finalizado los gastos de educación y lo que los mismos conllevan, corresponde referirnos a los *gastos por asistencia médica y similares*. Representa uno de los temas que más controversia causa. En todo caso, son gastos que por su imprevisibilidad tienen carácter de extraordinarios. Pero esta regla general, tiene importantes excepciones que exigen diferenciar según la atención médica esté o no cubierta por la Seguridad Social. Así, si la atención médica está comprendida en el sistema de protección de la Seguridad Social, es obvio que no va a generar

Privada), y las rentas por el arrendamiento de un piso en la ciudad de Madrid, atendiendo al nivel cultural de ambos cónyuges y a su capacidad económica, y además era previsible a la firma del convenio regulador que su hijo menor, entonces de nueve años, estudiaría en el futuro una carrera universitaria. Tiene la consideración de gastos extraordinarios.

¹⁴⁵ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 10 de julio de 2001 (*JUR* 2001/308139), los estudios realizados por la hija en el extranjero en el marco del Programa Superior Europeo de Administración y Dirección de Empresas son gastos ordinarios de formación superior y, por tanto, no son autónomos ni independientes respecto del programa que desarrolla en España.

¹⁴⁶ El Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 4 de junio de 2002 (*JUR* 2002/201038), gastos extraordinarios han de reputarse aquellos que se presentan de manera esporádica, no siendo en muchas ocasiones previsibles, definición en la que es subsumible el gasto producido por el máster del hijo, y, en tanto que su cuantía no podemos considerarla exorbitante, y su finalidad tiende claramente a completar la formación del hijo y facilitarle su acceso al mercado laboral. Igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 8 de noviembre de 2004 (*JUR* 2005/30967), califica de extraordinario la matrícula abonada por el hijo para la realización de un máster de gestión medioambiental, y se debe abonar por mitad por ambos progenitores.

¹⁴⁷ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3.ª, de 25 de enero de 2005 (*JUR* 2005/140220), gastos de preparación de un M.I.R.

ningún tipo de gasto, a excepción de los medicamentos que deben administrarse al paciente y, también los gastos derivados de traslado por revisiones o para la prestación de tratamientos de rehabilitación o fisioterapia, en su caso. En principio, estos gastos no tienen la consideración de extraordinarios y no suponen un desembolso importante. Ahora bien, si la atención médica no está cubierta por la Seguridad Social, y se acude a la sanidad privada, no existe un criterio consolidado en la jurisprudencia para resolver esta cuestión, habrá que estar al caso concreto y a los motivos por los que se ha optado por la sanidad privada¹⁴⁸. No obstante, determinados tratamientos como la odontología u ortodoncia, unas veces se considera gasto extraordinario por su elevado coste o por otros motivos¹⁴⁹, otras veces al haberse comenzado su realización antes de la crisis matrimonial, es un gasto previsible y, por tanto, ordinario; no así cuando se realiza una vez se ha consolidado la ruptura matrimonial, pues, en este caso, no haya la nota de previsibilidad, y, por ende, se ha de considerar extraordinario¹⁵⁰. Y, en fin, no faltan resoluciones que estiman que por su carácter ocasional y reducido importe, son gastos ordinarios, o simplemente los califican como tal sobre la base que en nuestra sociedad es algo completamente usual¹⁵¹. La misma controversia hay con relación a los gastos oftalmológicos, derivados de gafas o lentillas¹⁵².

¹⁴⁸ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 7 de enero de 2003 (*JUR* 2003/68604), se consideran gastos extraordinarios, incluyendo en los mismos los gastos farmacéuticos; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 20 de octubre de 2004 (*JUR* 2004/302924), los gastos extraordinarios no son solo aquellos imprevisibles, ya por necesarios ya por consentidos, sino también algunos previsibles, que escapan a la categoría de alimentos, como los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social; y, de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4.ª, de 26 de abril de 2005 (*JUR* 2005/277379), igualmente, considera gastos extraordinarios los gastos sanitarios y médicos no cubiertos por la Seguridad Social.

¹⁴⁹ Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 24 de junio de 2003 (*JUR* 2003/191136), la extracción de piezas dentales, aunque esté cubierta por la Seguridad Social, se entiende razonable el que se practique por el mismo médico estomatólogo-ortodoncista que trata a la menor; y que es el que ha considerado la necesidad dentro del tratamiento de practicar la extracción; en consecuencia, y en interés de la misma, procede mantener el carácter extraordinario del gasto y el que cada parte deberá abonar su mitad. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.ª, de 22 de septiembre de 2005 (*JUR* 2005/274947), considera, asimismo, gastos extraordinarios y necesarios, la ortodoncia, oftalmólogo, odontólogo y óptica; en cambio, ordinario los gastos relativos a la formación profesional.

¹⁵⁰ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 13 de noviembre de 2001 (*JUR* 2002/20433).

¹⁵¹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2.ª, de 16 de abril de 1998 (*AC* 1998/495), sostiene que en nuestra sociedad es algo completamente usual. Igual que antes extraordinario podía ser utilizar lentillas en vez de gafas, y, sin embargo, ahora es algo común, y en la misma medida la ortodoncia; y, de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 9 de mayo de 2008 (*JUR* 2008/331297), considera gastos ordinarios los gastos médicos de dentista y oculista, y los gastos escolares.

¹⁵² Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 26 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003/28186), en orden a los gastos de las gafas, es claro el carácter extraordinario, imprevisible y fuera de lo común de los mismos, lo que se hace igualmente extensivo a los invertidos en diagnóstico bucofacial y exploración radiológica; el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 6 de mayo de 2003 (*JUR* 2003/254411), entiende gasto extraordinario los relativo a gafas de la menor; y los correspondientes a odontopediatría, pues, no se hayan cubiertos por la Seguridad Social; y, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 11 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013/31551), abono por mitad de los gastos ocasionados por las gafas y visitas al psicólogo de la hija común.

Otros gastos como los derivados de acudir a la consulta de un psicólogo o tratamientos homeopáticos, o de logopeda son gastos imprevistos, aunque necesarios, y han de ser incluidos en la partida de gastos extraordinarios¹⁵³. Igualmente, tienen tal consideración las vacunas no cubiertas por el servicio de salud de las Comunidades Autónomas, por su carácter no obligatorio, y, la contratación de una tercera persona que atienda al hijo durante su convalecencia¹⁵⁴, salvo que se trate de una enfermedad irreversible, pues, la previsibilidad del gasto lo convierte en ordinario. En este sentido, si el hijo padece una enfermedad congénita, los gastos médicos derivados de su cuidado y tratamiento, tienen claramente carácter ordinario por su carácter previsible, además de necesario en el contexto de la propia enfermedad.

De todas formas, no hay duda que, tendrán la consideración de gastos extraordinarios, todas aquellas atenciones médicas que necesite el hijo y que no están cubiertas por la Seguridad Social, entre las que también se encuentran determinados tratamientos odontológicos¹⁵⁵. Si bien, el acceso a la sanidad privada

¹⁵³ Vid., los Autos de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.ª, de 15 de enero de 1996 (AC 1996/153), considera gasto extraordinario el tratamiento del hijo por psicólogo fuera de la red pública de la asistencia psico-sanitaria; y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 19 de noviembre de 2002 (JUR 2003/31592), incluye en el concepto de gasto extraordinario los derivados de la atención psico-pedagógica, médica y gastos del seguro del colegio; igualmente, los relativos a ropa deportiva, a la sazón compra de chándals, los gastos de libro de texto y material escolar; la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 18 de abril de 2002 (JUR 2002/176939), asistencia psicológica de uno de los hijos, y los problemas de agudeza visual del otro; la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, Sección 1.ª, de 9 de marzo de 2004 (JUR 2004/126712), los gastos ocasionados por la asistencia del hijo a la consulta de un psicólogo privado para el tratamiento del nerviosismo e inadaptación escolar, tienen carácter extraordinario y no están comprendidos dentro del concepto amplio de alimentos; el Auto de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3.ª, de 5 de abril de 2005 (JUR 2005/143854), entiende extraordinario el gasto de psicólogo y de profesores de apoyo; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 23 de octubre de 2006 (JUR 2007/113991), precisa como gastos extraordinarios los gastos de psicólogo y ortodoncia; el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 17 de septiembre de 2009 (JUR 2010/72587), por considerarlo tratamiento psicológico conveniente; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, de 30 de septiembre de 2009 (JUR 2009/452175), entiende que son gastos extraordinario y su abono por mitad por ambos progenitores la asistencia a psicólogos, logopedas, fisioterapéuticos, además, de los gastos colegiales, actividades extraescolares, y clases de apoyo.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 12 de junio de 2007 (JUR 2007/366171), considera que, si el menor está siguiendo un tratamiento médico y de logopeda al momento de la vista, carecerán del carácter de extraordinario por ser habituales, previsibles y periódicos debiendo incluirse en la pensión alimenticia; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 7 de mayo de 2012 (JUR 2012/320823), excluye como gasto extraordinario el gasto de homeopatía, pues, no resulta ni su necesidad, ni su imposible curación y tratamiento a través de la medicina tradicional, ni que no venga cubierto el tratamiento médico oportuno por los servicios médicos de la Seguridad Social.

¹⁵⁴ La sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 6.ª, de 25 de abril de 2001 (JUR 2001/284517) admite como gasto extraordinario a pagar al 50 por 100 de la cantidad que se abone a una tercera persona para que atienda al menor, dada la enfermedad que el mismo padece (descompensación psicótica a los dieciocho meses de edad con pérdida de las capacidades verbales, ecolalias, inversión pronominal y tendencia al aislamiento).

¹⁵⁵ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, de 9 de diciembre de 1999 (AC 1999/7291); de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 2.ª, de

mediante la contratación del correspondiente seguro médico puede constituir un gasto ordinario, si ya existía antes de la crisis matrimonial como servicio de cobertura médica y del que son beneficiarios, y, evidentemente, objeto de previsión en el propio convenio regulador o en la sentencia de separación o divorcio su mantenimiento¹⁵⁶; o, por constituir gastos de índole sanitaria forman parte del contenido de la obligación alimenticia¹⁵⁷.

Finalmente, en relación a *otros gastos*: están, por un lado, los derivados de celebraciones como bautizo, primera comunión, cumpleaños, fiesta de fin de año, que se consideran por su carácter ocasional gastos extraordinarios; si bien, cuando derivan de un cumpleaños por su carácter previsible al celebrarse todos los años, de forma continua y periódica, se puede plantear, sin embargo, su calificación como ordinario, e, igualmente podría considerarse como previsible en una familia por ejemplo, con creencias católicas tanto el bautizo como la primera comunión¹⁵⁸; por otro, el gasto de cuidadores o de asistencia en el hogar, lo cierto es que si el progenitor custodio está incorporado al mundo laboral, es posible que parte de su jornada coincida con el periodo en que los hijos ya no están en el colegio con lo que se necesitará una persona que se ocupe de ellos hasta que aquel regrese al domicilio familiar. Estamos ante situaciones totalmente previsibles, por lo que podrá ser atendida con la cuantía alimenticia, y si esta resulta insuficiente solicitar un aumento de la misma a través de un procedimiento de modificación de medidas; en cuanto a los generados en cumplimiento del régimen de visitas, hay que señalar que, en ocasiones el progenitor no custodio no vive en la misma ciudad o localidad donde está la residencia familiar de los hijos, por lo que el cumplimiento del régimen de visitas va a generar unos gastos de desplazamiento o, en su caso, pernocta. Si esa situación ya existía en el momento de aprobarse el convenio regulador o fijarse las medidas, es claro que estos gastos no van a tener la consideración de extraordinarios. Ahora bien, si el progenitor custodio decide unilateralmente cambiar de lugar de residencia, y ello ocasiona unos gastos que inicialmente no se tomaron en cuenta, al no haberse producido; es indudable que, además de adaptar el régimen de visitas a esta nueva situación, se debe resolver el problema de los gastos que se generan —en todo caso, en un procedimiento de modificación de medidas—, pues, no van a tener la consideración de extraordinarios, ya que se trata de gastos periódicos y previsibles.

22 de diciembre de 2006 (*JUR* 2007/179612); y de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 20 de abril de 2010 (*JUR* 2010/203285), incluyendo en los mismos los gastos farmacéuticos. Asimismo, vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.ª, de 26 de enero de 2010 (*JUR* 2010/91166).

¹⁵⁶ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 3.ª, de 3 de marzo de 2000 (*AC* 2000/4659).

¹⁵⁷ Vid., los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 20 de noviembre de 2001 (*JUR* 2002/21506); de la misma Audiencia y Sección, de 6 de julio de 2007 (*JUR* 2007/336833); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 1 de octubre de 2009 (*AC* 2009/2120), excluye de su consideración como gasto extraordinario el correspondiente a seguro médico privado, Sanitas, al tener la menor cobertura sanitaria a través del sistema público de la Seguridad Social.

¹⁵⁸ Los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 26 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003/28169), señala que ni la primera comunión de una de las hijas puede considerarse gasto extraordinario, al no ser un suceso de difícil ni imposible previsión, ni desde luego aquellos gastos realizados en viajes de semana blanca, cursos de esquí en Andorra, o de tenis en Marbella; y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 24 de junio de 2003 (*JUR* 2003/191136).

Asimismo, hemos de incluir en esta partida genérica los gastos en relación con la vivienda donde habita el hijo y el mobiliario, normalmente, los gastos ordinarios que genere el uso de la vivienda familiar deben ser sufragados por aquel progenitor que lo está utilizando junto con los hijos¹⁵⁹; de forma que, serán de su cargo las reparaciones ordinarias. Cuando se tienen que acometer obras de carácter extraordinario, no cabe duda que deberá contarse con el consentimiento de ambos progenitores, y en consecuencia, su consideración como gasto extraordinario¹⁶⁰. Por último, en cuanto a los gastos que podemos calificar de ocio, diversión y recreo, en muchas ocasiones, como señala PÉREZ MARTÍN, para la mayoría de la población un determinado gasto puede considerarse como un mero capricho y, además totalmente superfluo para la educación del hijo, sin embargo algún sector de la misma, habitualmente reducido, que goza de un alto nivel de vida y estatus social, se puede entender como algo normal, básico¹⁶¹. De todo ello, se puede derivar que si acostumbrados a un determinado nivel de vida, se mantiene tras la separación o el divorcio, habría que plantearse si tales gastos se ha de considerar extraordinarios. La respuesta ha de ser negativa, pues, en todo caso, ya están incluidos en la propia cuantía de la pensión, además de tratarse de gastos superfluos, no necesarios. Si bien, no faltan resoluciones que optan por su calificación de extraordinarios¹⁶². Y, en cuanto a los gastos que genera el carnet de conducir, no existe tampoco un criterio unánime en la doctrina jurisprudencial española, unas veces se estima que no pueden tener la consideración de extraordinarias las partidas, que se reclamen para obtener el citado carnet de conducir al ser un gasto totalmente necesario en los tiempos

¹⁵⁹ La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 13 de noviembre de 2001 (*JUR* 2002/20433), corresponde los gastos de luz, agua y comunidad de la vivienda familiar al progenitor custodio que tiene atribuido el uso de la vivienda. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4.ª, de 14 de octubre de 2003 (*JUR* 2004/12210) considera que la reparación de humedades en la vivienda familiar (dormitorio del menor) no es un gasto extraordinario, pues en el uso se integran los gastos de mantenimiento de la casa y reparaciones ordinarias de deterioros procedentes de su uso natural e indispensable para su conservación.

¹⁶⁰ El Auto de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 3.ª, de 9 de mayo de 2003 (*JUR* 2003/274265) se entiende gasto extraordinario la construcción de una habitación en el domicilio familiar que sirva de dormitorio a la hija, debiendo en consecuencia abonar el padre el 50 por 100 del importe de dicho gasto; y el Auto de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 22 de noviembre de 2011 (*JUR* 2012/38659), considera gastos extraordinarios plenamente justificables respecto de una menor que sufre discapacidad que le obliga a ir en silla de ruedas, la compra de un coche adaptado a la silla de ruedas por parte de la madre, así como la adaptación de su vivienda para facilitar el acceso al menor.

¹⁶¹ PÉREZ MARTÍN, A. J., «Gastos extraordinarios», *op. cit.*, págs. 647-648. El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 26 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003/21751), entiende como no extraordinarios la cuota por clases de baile de salón, libros de texto, libros de matemáticas y de lectura, medicinas, y también la salida al Delta D'Ebre, por lo inmoderado del gasto.

¹⁶² Vid., los Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 20 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001/62415), los gastos reclamados por convivencias, poliesportiu, excursión, piscina y cuota de socio APBSM, son extraordinario por más que sean habituales de los veranos del menor; de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.ª, de 10 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/174400); y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 23 de abril de 2010 (*JUR* 2010/253589), se considera extraordinario la escuela de verano, y ha de abonarse por mitad.

actuales¹⁶³; otras consideran que por su importancia, alto coste e imprevisibilidad, deben excluirse de la pensión alimenticia y calificarse como extraordinarios.

Como observamos en esta sucinta de relación de gastos no existe un criterio uniforme en la doctrina y jurisprudencia, por lo que se ha de atender al caso concreto para determinar su consideración como extraordinario u ordinario. De todas formas, no se puede olvidar que los gastos de vestido, calzado o alimentación deben abonarse directamente por el progenitor que percibe y administra la pensión y su cuantía será proporcional con las posibilidades del obligado al pago y el propio nivel de vida de la familia.

1. RECLAMACIÓN JUDICIAL DE LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS. ANÁLISIS DEL NUEVO INCIDENTE PREVISTO EN EL ARTÍCULO 776, REGLA 4.ª DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial en su artículo 15 dedicado a la modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, en su apartado 348 da una nueva redacción al artículo 776 cuya regla 4.ª establece que: *«Cuando deban ser objeto de ejecución forzosa gastos extraordinarios, no expresamente previstos en las medidas definitivas o provisionales, deberá solicitarse previamente al despacho de ejecución la declaración de que la cantidad reclamada tiene la consideración de gasto extraordinario. Del escrito solicitando la declaración de gasto extraordinario se dará vista a la contraria, y, en caso de oposición dentro de los cinco días siguientes, se convocará a las partes a una vista que se sustanciará con arreglo a lo dispuesto en los artículos 440 y siguientes y que se resolverá mediante auto»*.

De forma que, se llena el vacío existente desde la entrada en vigor de la Ley 1/2000, en materia de ejecución forzosa de los gastos extraordinarios no previstos expresamente en el título ejecutivo. Ahora bien, conforme la Disposición Transitoria 1.ª de la Ley 13/2009 —que no se refiere a los procesos en ejecución—, en relación con lo establecido en el artículo 2 y la Disposición Transitoria 2.ª de la LEC¹⁶⁴, conviene precisar que, la regla 4.ª del artículo 776 se aplica a las demandas ejecutivas de reclamación de gastos extraordinarios que, a la entrada en vigor de la mencionada Ley 13/2009, se encuentran pendientes del despacho de ejecución,

¹⁶³ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 1.ª, de 7 de abril de 2006 (*JUR* 2006/296959); y el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 28 de febrero de 2011 (*JUR* 2011/192181).

¹⁶⁴ La Disposición Transitoria primera de la Ley 13/2009 dispone que: *«Los procesos de declaración que estuviesen en trámite en cualquiera de sus instancias a la entrada en vigor de la presente Ley, se continuarán sustanciando hasta que recaiga sentencia en dicha instancia, conforme a la legislación procesal anterior»*. Lo que a sensu contrario, concluida la fase declarativa del pleito matrimonial, las actuaciones ulteriores, ejecutivas o incidentales de naturaleza no ejecutiva se regirán por los postulados de la reforma.

Por su parte, la Disposición Transitoria segunda de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil establece que: *«Salvo lo dispuesto en la Disposición Transitoria primera, los procesos de declaración que se encontrarán en primera instancia al tiempo de la entrada en vigor de la presente ley, se continuarán sustanciando hasta que recaiga sentencia en dicha instancia, conforme a la legislación procesal anterior. En cuanto a la apelación, la segunda instancia, la ejecución, también provisional, y los recursos extraordinarios, serán aplicables las disposiciones de la presente Ley»*. Y, el artículo 2 de la misma dispone que: *«Salvo que otra cosa se establezca en las disposiciones legales de Derecho Transitorio, los asuntos que corresponden a los tribunales civiles se sustanciarán siempre por estos con arreglo a las normas procesales vigentes, que nunca serán retroactivas»*.

pues, hasta ese mismo momento puede el ejecutante solicitar la declaración de que la cantidad reclamada tiene la consideración de gasto extraordinario. Por lo que será condición objetiva de procedibilidad que antes de la presentación de la demanda ejecutiva, se haya obtenido la declaración judicial de que dicho gasto es efectivamente extraordinario, sino no había sido previsto expresamente como tal en el título ejecutivo, ya que si lo fue, dicha declaración ya vendría contenida en la sentencia o auto de medidas, que obliga a ambos progenitores a contribuir a los mismos, gozando dichos títulos, por tanto, del privilegio ejecutivo conforme a lo dispuesto en el artículo 517.2.1.º y 3 de la LEC. Con ello, no se pretende hacer de aplicación retroactiva la norma procesal contenida en el artículo 776.4 a las demandas ejecutivas presentadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley —el 4 de mayo de 2010— puesto que solo afectará a aquellas en que no se hubiera dictado auto despachando ejecución.

Si bien, antes de proceder a un análisis del citado incidente de declaración de gastos extraordinarios, hemos de hacer una breve referencia a cómo se operaba procesalmente en relación con la exigencia procesal de tales gastos desde la entrada en vigor de la Ley 1/2000, hasta la reforma operada por la Ley 13/2009. Así la reclamación ejecutiva de tales gastos que podía presentarse, tenía distintas consecuencias según se hubiera o no establecido sobre su pago en el convenio o sentencia judicial de separación o divorcio.

Por tanto, si en la dicha reclamación ejecutiva de gastos extraordinarios no se hubiera establecido nada sobre su pago ni tampoco se hubiera hecho mención sobre la obligación de los progenitores de abonarlos, cuando se produjeran ni el convenio regulador ni en la sentencia que pone fin al proceso de separación o divorcio, se planteaba en la práctica si se podía o no despachar ejecución para la reclamación del pago de los mismos al progenitor que, no los hubiera satisfecho. Las soluciones en la doctrina y la jurisprudencia eran fundamentalmente dos: una primera que, entendía que al no contenerse en el título ejecutivo mención alguna sobre la obligación de pago por gastos extraordinarios cuyo cumplimiento se reclama en vía ejecutiva, no cabía despachar ejecución forzosa por tales gastos y, en consecuencia, la parte que se estimaba con derecho a reclamar estos, debía acudir a la vía judicial para solicitar y obtener un título judicial que le sirviera para una posterior ejecución¹⁶⁵. Los argumentos en apoyo de esta posición son expuestos por GONZÁLEZ DEL POZO y son los siguientes: «1. Ni el ejecutante ni el ejecutado aparecen como acreedor y deudor, respectivamente en el título ejecutivo, por lo que no se cumple el requisito del artículo 538.2 de la LEC. 2. Despachar ejecución forzosa por gastos extraordinarios en este caso equivaldría a acordar un acto de ejecución que excede absolutamente de la naturaleza y contenido del título ejecutivo, al no aparecer ni siquiera en el mismo la obligación por la que se despacha ejecución, lo que supondría una manifiesta infracción de lo dispuesto en el artículo 551.1 y la posibilidad de oposición a la ejecución por nulidad radical, conforme al artículo 559.3 de la LEC. Y 3. Porque despachar ejecución por gastos extraordinarios no previstos en el título, supone de algún modo ejecutar un acto contradictorio con el título ejecutivo judicial (art. 563.1 LEC)»¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6.ª, de 22 de abril de 2004 (*JUR* 2004/147479); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 25 de febrero de 2009 (*JUR* 2009/170378).

¹⁶⁶ GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., «La ejecución forzosa por gastos extraordinarios en los procesos de familia tras la reforma introducida por la nueva regla 4.ª del artículo 776 de la LEC», en *La Ley*, año XXX, núm. 7300, de 10 de diciembre de 2009, pág. 4.

Ahora bien, para los defensores de esta posición, cuál era el procedimiento a seguir para la obtención del título ejecutivo de condena al pago de los gastos extraordinarios. Había dos posiciones: *a)* Un sector entiende que la parte reclamante debe acudir al cauce procesal del juicio verbal especial de los artículos 770 y 753 de la LEC con base a que los gastos extraordinarios son en realidad alimentos, y los mismos no se demandan con fundamento en el Título VI del Libro I del Código Civil (art. 142 y sigs.), sino en el Título VII (art. 154 del CC), lo que conduce al supuesto contenido en el artículo 748.3 de la LEC¹⁶⁷. *b)* Otro sector, mayoritario, opta por el procedimiento establecido en los artículos 712 y siguientes de la LEC, previsto para determinar en ejecución forzosa, el equivalente pecuniario de una prestación no dineraria o fijar la cantidad debida en concepto de daños y perjuicios¹⁶⁸.

En cuanto a una segunda posición sostiene que no existiendo previsión alguna se puede solicitar la ejecución forzosa por gastos extraordinarios y, en consecuencia, se puede determinar en ejecución de sentencia la obligación de pago de tales gastos extraordinarios y la proporción que cada progenitor ha de contribuir a su abono¹⁶⁹.

Por otra parte, si los gastos extraordinarios se han fijado genéricamente en la sentencia de separación o divorcio o en el convenio regulador, o se reclama ejecutivamente gastos distintos de los establecidos expresamente en tales títulos ejecutivos, cabe, igualmente, dos posiciones: la de aquellos que señalan que cuando en cualquiera de los casos expuestos se despache ejecución por impago de los gastos extraordinarios, y el ejecutado los considere ordinarios deberá formular oposición frente al auto que despacha ejecución invocando bien la nulidad radical del despacho de ejecución conforme el artículo 559.1.3 en relación con el artículo 531 de la LEC por exceder de la naturaleza y el título judicial la obligación de pago cuya ejecución se solicita al no contener la sentencia pronunciamiento de condena al pago de tales gastos; o bien pluspetición conforme al artículo 557.1.3.^a en relación con el artículo 558.1 de la LEC¹⁷⁰. Frente a tal posición está la de aquellos que entienden aplicable a este supuesto el procedimiento previsto en los artículos 712 y siguientes de la LEC¹⁷¹.

Ahora bien, si en el convenio o en la sentencia se establecía un pronunciamiento genérico sobre el pago de los gastos extraordinarios, el cauce procesal adecuado se consideraba que era el previsto en los artículos 712 y siguientes de la LEC desembocando en un juicio verbal¹⁷².

Hecho este breve *excursu* sobre los antecedentes procesales de la materia objeto de estudio, nos corresponde proceder al estudio sistemático de la regla 4.^a

¹⁶⁷ PÉREZ MARTÍN, A. J., «Los gastos extraordinarios», *op. cit.*, pág. 653.

¹⁶⁸ Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.ª, de 4 de marzo de 2008 (*JUR* 2008/153287).

¹⁶⁹ Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 13 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/33943); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 2 de febrero de 2005 (*JUR* 2005/85939).

¹⁷⁰ Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.ª, de 24 de octubre de 2007 (*JUR* 2008/12012).

¹⁷¹ Vid., MORENO CATENA, V., «Los gastos extraordinarios. Cuestiones prácticas», *op. cit.*, pág. 12; PÉREZ MARTÍN, A. J., «Los gastos extraordinarios», *op. cit.*, pág. 655. Asimismo, vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, de 8 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/132223).

¹⁷² PÉREZ MARTÍN, A. J., «Los gastos extraordinarios», *op. cit.*, pág. 655.

del artículo 776 de la LEC. Para ello comenzaremos precisando *su ámbito objetivo de aplicación*. En principio, los supuestos de hecho que pueden darse en la práctica cuando se reclamen en ejecución forzosa gastos extraordinarios son: *a)* Que no se contenga pronunciamiento o disposición alguna sobre el pago de los gastos extraordinarios de los hijos en las medidas provisionales o definitivas; *b)* Que en las citadas medidas se imponga de forma genérica la obligación de abonar los gastos extraordinarios, se fijen los requisitos que deben reunir, e, incluso se proceda a una enumeración a título orientativo de los mismos; *c)* Que en tales medidas el gasto extraordinario objeto de reclamación ejecutiva esté previsto y contemplado como tal; *d)* Que en el convenio o en la resolución judicial correspondiente se enumeren con carácter taxativo y cerrado los gastos que tienen la consideración de extraordinario, entendiendo por exclusión el carácter ordinario del que se reclama¹⁷³. Sobre tales bases, la citada norma emplea la expresión, «*no expresamente previstos en las medidas definitiva o provisional*» lo que, se ha interpretado por una parte de la doctrina como que no equivale ni tiene el mismo significado que «*no previsto*», de forma que, solo se aplica cuando se ha previsto de modo genérico la referencia a tales gastos en el título de pago, esto es, alcanza a aquellos gastos que no están previstos de modo específico y claro en el convenio regulador o la resolución judicial, es decir, que no se puede identificar de forma patente tras una simple lectura de lo establecido en las medidas definitivas o provisionales sobre el pago a esos concretos gastos extraordinarios. Por lo que, solo se puede acudir a este procedimiento si la resolución judicial o el convenio establece la obligación genérica de los progenitores de pagar los gastos extraordinarios en una determinada proporción, aunque no se prevé expresamente como extraordinario el gasto cuyo pago se reclama. En consecuencia, queda fuera del ámbito de aplicación de la regla 4.^a del artículo 776 el caso en que la sentencia, o convenio regulador no contengan pronunciamiento alguno sobre el pago de gastos extraordinarios, ya que estaremos en presencia de gastos «no previstos» en las medidas provisionales o definitivas¹⁷⁴. Frente a esta posición no faltan quienes amplían también a este último supuesto el campo operativo de la citada regla; lo que nos parece más acorde con el espíritu de la norma, al igual que también cuando falta una previsión expresa de la cuantía o se trata

¹⁷³ GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., «La ejecución forzosa por gastos extraordinarios en los procesos de familia tras la reforma introducida por la nueva regla 4.^a del artículo 776 de la LEC», *op. cit.*, pág. 6.

¹⁷⁴ GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., «La ejecución forzosa por gastos extraordinarios en los procesos de familia tras la reforma introducida por la nueva regla 4.^a del artículo 776 de la LEC», *op. cit.*, pág. 6, aunque resulta curioso cuando se pregunta si cabe acudir a el incidente regulado en el artículo 776.4 en los casos de absoluta falta de pronunciamiento sobre el pago de los gastos extraordinarios en el convenio o resolución judicial, señala que el reenvío que el citado precepto hace al Libro III hay que entenderlo a esta regla 4.^a, y por tanto, aplicable a este supuesto (pág. 9); ARAGONESES MARTÍNEZ, S., «La reforma del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil: de los procesos especiales», en *Guía práctica de la nueva oficina judicial*, coordinador: Julio BANACLOCHE PALAO, en *La Ley*, Madrid, 2010, pág. 378, precisa que si no se hubiera previsto nada en absoluto, su reclamación no podría ser objeto de ejecución forzosa por inexistencia de título; PÉREZ GALVÁN, M., «Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil que afecta a los procesos de familia», en *La Ley*, año XXXI, núm. 7470, de 17 de septiembre de 2010, pág. 13, precisa que debe acudirse a esta vía en las reclamaciones de gastos fijados de manera genérica o de aquellos otros distintos de los expresamente fijados.

de gastos distintos de los fijados expresamente en la sentencia de separación o divorcio o en el convenio¹⁷⁵.

Por lo que se refiere a la *competencia para tramitar el incidente* por conexión se atribuye al Tribunal que ha conocido del pleito principal de separación o divorcio (art. 61 de la LEC). En cuanto a la legitimación activa corresponde al progenitor custodio que hecho frente al gasto extraordinario que se reclama, sin que el hijo mayor de edad pueda personarse en el pleito en defensa, autonomía o litisconsorcio de sus intereses; y, la legitimación pasiva al progenitor no custodio, al que corresponde el pago de la pensión alimenticia. Para ambas partes, aunque el procedimiento regulador en el artículo 776.4 de la LEC es de naturaleza incidental y no principia por demanda, sino por solicitud para que se declare un gasto como extraordinario, dicha solicitud debe ser suscrita por abogado y procurador (art. 750.1 de la LEC). Igual exigencia para el escrito de oposición que en su caso formule el demandado incidental. De todas formas, resulta necesaria la intervención del Ministerio Fiscal (art. 3.7 de su Estatuto Orgánico y art. 749.2 en relación con el art. 225.3.ª de la LEC).

En cuanto a su *tramitación*, como constituye una cuestión incidental de previo pronunciamiento, en lo no previsto en la regla 4.ª del artículo 776 de la LEC, le será de aplicación las disposiciones contenidas en los artículos 387 a 393 de la LEC. El incidente se inicia con una solicitud del ejecutante que, habrá de cumplir los requisitos del artículo 392. Dicha solicitud habrá de presentarse «previamente al despacho de ejecución», lo que sugiere que la presentación podrá hacerse antes de la presentación de la demanda ejecutiva, o mejor, en la propia demanda ejecutiva¹⁷⁶. Dicha solicitud habida cuenta de la naturaleza de cuestión incidental, producirá efectos suspensivos (*ex* art. 390 de la LEC).

De la solicitud se dará vista a la parte contraria —de acuerdo con el art. 393.3 de la LEC, será el secretario quien dé traslado del escrito a las demás partes— quien podrá contestar lo que estime oportuno en el plazo de cinco días. Aunque nada dispone la LEC sobre las posibles causas o motivos de oposición, habida cuenta del objeto de la solicitud —que se declare el carácter ordinario o extraordinario de un gasto— la parte ejecutada solo podrá debatir sobre la naturaleza del gasto, sin que pueda suscitarse otras cuestiones como por ejemplo, la falta de conocimiento o la falta de consentimiento del cónyuge requerido del pago. Si la parte contraria se opone, el Tribunal convocará a las partes a una vista —según el art. 393.3 de la LEC ha de ser el Secretario Judicial, lo que representa un olvido del legislador—, que se sustanciará por los trámites previs-

¹⁷⁵ SÁNCHEZ LÓPEZ, A. D., «El nuevo incidente de declaración de gastos extraordinarios. Repercusiones en el proceso de ejecución forzosa tras la entrada en vigor de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre. Aspectos sustantivos y procesales», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 53, año XIII, 2011, pág. 41; DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Comentario al artículo 93 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 966.

¹⁷⁶ GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., «La ejecución forzosa por gastos extraordinarios en los procesos de familia tras la reforma introducida por la nueva regla 4.ª del artículo 776 de la LEC», *op. cit.*, pág. 7, considera que también podrá iniciarse el incidente «por escrito presentado por la parte ejecutante, después de interponer la demanda ejecutiva, cuando el juez o tribunal deniegue el despacho de ejecución; por petición realizada por la parte ejecutante en su demanda, formulada con carácter subsidiario de la pretensión de despacho de ejecución; y, aunque se trata de una posibilidad contraria al tener literal de la norma, la posibilidad de proceder a la apertura judicial del incidente, en virtud de solicitud que formule la parte ejecutante dentro del plazo de diez días de que dispone para oponerse a la ejecución».

tos en los artículos 440 y siguientes de la LEC, esto es conforme lo establecido para el juicio verbal. La cuestión será resuelta mediante auto. Si este estima la solicitud, el Secretario alzará la suspensión del procedimiento y el Tribunal dictará auto general de ejecución, contra el que no cabe recurso alguno (art. 551.4 LEC) —sin perjuicio de que el ejecutado pueda impugnar este auto al apelar contra el auto que resuelva la oposición a la ejecución despachada—. Si, por el contrario, el incidente fuera desestimado y se denegara despacho de ejecución, el auto será susceptible de recurso de apelación (art. 393.5 de la LEC). Si bien, este recurso no impide la ejecución forzosa definitiva de la obligación de pago del gasto extraordinario declarado como tal, y sin perjuicio de lo que se resuelva en segunda instancia, pues, la sentencia de apelación desplegará sus efectos *ex nunc*, desde que es dictada, sin que puedan retrotraerse tales efectos, en su caso, revocatorios a la fecha de la resolución incidental de primera instancia, salvo que la apelación así lo establezca expresamente.

Respecto a la ejecución forzosa de los gastos extraordinarios, simplemente señalar que, a la demanda de ejecución —demanda ejecutiva— se ha de acompañar el auto resolutorio del incidente del artículo 776.4 de la LEC, y en el escrito de oposición del ejecutado es el momento procesal donde podrá invocarse como causa de oposición por motivos de fondo (art. 560 LEC) que no se recabó el consentimiento o aprobación del gasto por parte del progenitor no custodio o, en su defecto, autorización judicial¹⁷⁷.

En cuanto a la posibilidad de formular como motivo de oposición a la ejecución la caducidad de la acción ejecutiva, ha de entenderse que si no se interpone la demanda ejecutiva en el plazo de cinco años desde la firmeza del auto que ha puesto fin al incidente, conforme el artículo 518 de la LEC caduca la posibilidad del despacho de ejecución forzosa por el gasto extraordinario así declarado. Respecto al plazo de la acción para solicitar la declaración incidental regulada en el citado artículo 776.4 de la LEC, no resulta de aplicación la norma del citado artículo 518, pues, prescribe por el transcurso de quince años (art. 1964 del CC), tomándose como *dies a quo* para el cómputo el de la fecha en que tuvo lugar el efectivo pago de los mismos.

En este contexto, conviene precisar que si en la sentencia está expresamente detallado que un gasto tiene carácter extraordinario, podrá acudirse directamente a la demanda de ejecución dineraria¹⁷⁸; ahora si no se ha previsto su cuantía, y surge discrepancia entre las partes sobre este particular, o sobre la proporción que cada uno de los padres deben contribuir será, asimismo, el proceso de ejecución forzosa el cauce procesal adecuado, como un incidente del mismo; y, por otra parte, debemos recordar que es requisito previo para que opere el incidente del artículo 776.4 de la LEC que el progenitor custodio haya pagado efectivamente el gasto extraordinario; de forma que, antes de que el progenitor que ha suscitado la necesidad, haya hecho el abono del tal gasto, las posibles discrepancias entre las partes sobre su procedencia o no, sobre su necesidad o no, se ha de dirimir en el procedimiento al que se refiere el artículo 156 del Código Civil. Un procedimiento de jurisdicción voluntaria, que no forma parte del proceso de ejecución forzosa por gastos extraordinarios, sino que ha de tramitarse con anterioridad no

¹⁷⁷ Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 29 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/120388).

¹⁷⁸ Como precisa el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.ª, de 26 de octubre de 2011 (*JUR* 2012/45135) no hace falta acudir al procedimiento previsto en el artículo 776.4 de la LEC para su determinación.

solo a la interposición de la demanda ejecutiva, sino antes de que el progenitor custodio haya realizado el pago. La resolución que ponga fin a este proceso, por tanto, no decidirá sobre la necesidad de realizar el gasto extraordinario, sino que atribuirá la facultad de decidir a uno de los progenitores sobre si se realiza o no el mismo. La tramitación de este procedimiento excluye la necesidad del incidente declarativo del artículo 776.4 de la LEC.

Finalmente, hay que traer también a consideración que, en todos aquellos casos en que determinados conceptos hayan sido excluidos de modo claro como gastos extraordinarios necesarios, y posteriormente deviene como ordinarios, no solo por su necesidad, sino por su periodicidad y previsibilidad en su manifestación, y por tanto deben ser cubiertos por el deber de alimentos, podrá resultar necesario el que se acuerde un aumento de la pensión alimenticia, para lo cual habrá que acudir a un procedimiento de modificación de medidas.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO RODRÍGUEZ, M.^a E.: «Comentario al artículo 93 del Código Civil», en *Código Civil comentado*, vol. I, directores: Ana CAÑIZARES LASO, Pedro DE PABLO CONTRERAS, Javier ORDUÑA MORENO y Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2011.
- ARAGONESES MARTÍNEZ, S.: «La reforma del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil: de los procesos especiales», en *Guía práctica de la nueva oficina judicial*, coordinador: Julio BANACLOCHE PALAO, La Ley, Madrid, 2012.
- CABEZUELO ARENAS, A. L.: *Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos de los hijos tras la separación y divorcios* (art. 93 CC), Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2010.
- CARPI MARTÍN, R.: «Los gastos extraordinarios en las pensiones de alimentos a los hijos: un análisis jurisprudencial», en *La Ley*, año XXX, núm. 7270, de 27 de octubre de 2009.
- CASO SEÑAL, M.: «Medidas en relación con los hijos», en *Memento Experto. Crisis Matrimoniales*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2012.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A.: «Comentario al artículo 93 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, director: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: «La ejecución forzosa por gastos extraordinarios en los procesos de familia tras la reforma introducida por la nueva regla 4.^a del artículo 776 de la LEC», en *La Ley*, año XXX, núm. 7300, de 10 de diciembre de 2009.
- LÁZARO PALAU, C. M.^a: *La pensión alimenticia de los hijos. Supuestos de separación y divorcio*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.
- MORENO VELASCO, V.: «La crisis económica y las pensiones en los procesos de familia. Cuestiones prácticas», en *La Ley*, año XXX, núm. 7189, 4 de junio de 2009.
- «Los gastos extraordinarios. Cuestiones prácticas», en *La Ley*, año XXIX, núm. 7021, de 26 de septiembre de 2008.
- PÉREZ MARTÍN, A. J.: «Gastos extraordinarios», en *Tratado de Derecho de Familia*, T. III, *La ejecución de las resoluciones dictadas en procesos de familia*, 2.^a ed., Lex Nova, Valladolid, 2009.
- ROCA SASTRE, E.: «Comentario al artículo 93 del Código Civil», en *Comentario a las reformas de Derecho de Familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1985.

- ROMERO COLOMA, A. M.^a: «El concepto de gasto extraordinario de los hijos y su problemática jurídica», en *La Ley*, año XXXIV, núm. 8000, de 14 de enero de 2013.
- SÁNCHEZ LÓPEZ, A. D.: «El nuevo incidente de declaración de gastos extraordinarios. Repercusiones en el proceso de ejecución forzosa tras la entrada en vigor de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre. Aspectos sustantivos y procesales», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 53, 2011.
- SERRANO CASTRO, Fco. de Asís: «Relaciones paterno-filiales», en *El Derecho*, Madrid, 2010.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC, de 15 de enero de 2001 (*RTC* 2001/1).
- STC, Sala Segunda, de 14 de marzo de 2005 (*RTC* 2005/57).
- STS, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993 (*RJ* 1993/7464).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 24 de octubre de 2008 (*RJ* 2008/5794).
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 29 de marzo de 2011 (La Ley 9107/2011).
- SAP de Navarra, de 6 de julio de 1993 (*AC* 1993/1944).
- AAP de Navarra, Sección 3.^a, de 15 de enero de 1996 (*AC* 1996/153).
- AAP de La Rioja, de 18 de febrero de 1998 (*AC* 1998/3596).
- SAP de Cuenca, de 20 de enero de 1999 (*AC* 1999/123).
- SAP de Cantabria, Sección 3.^a, de 3 de marzo de 2000 (*AC* 2000/4659).
- SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 9 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/135451).
- SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 19 de abril de 2002 (*JUR* 2002/197299).
- SAP de Badajoz, Sección 2.^a, de 28 de marzo de 2003 (*JUR* 2003/67629).
- SAP de Murcia, Sección 5.^a, de 8 de enero de 2004 (*JUR* 2004/79497).
- SAP de Alicante, Sección 4.^a, de 14 de abril de 2005 (*JUR* 2005/204414).
- SAP de León, Sección 1.^a, de 7 de abril de 2006 (*JUR* 2006/296959).
- SAP de Pontevedra, Sección 6.^a, de 7 de junio de 2007 (*JUR* 2007/312396).
- AAP de Burgos, Sección 2.^a, de 3 de junio de 2008 (*JUR* 2008/347348).
- SAP de Asturias, Sección 7.^a, de 30 de septiembre de 2009 (*JUR* 2009/452175).
- AAP de Lugo, Sección 1.^a, de 26 de enero de 2010 (*JUR* 2010/91166).
- SAP de Murcia, Sección 5.^a, de 20 de abril de 2010 (*JUR* 2010/203285).
- AAP de Valencia, Sección 1.^a, de 11 de noviembre de 2011 (*JUR* 2011/64616).
- SAP de Zaragoza, Sección 2.^a, de 24 de mayo de 2011 (*JUR* 2011/268333).
- AAP de Madrid, Sección 24.^a, de 8 de marzo de 2012 (*JUR* 2012/185342).
- SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 16 de marzo de 2012 (*JUR* 2012/179811).
- SAP de Murcia, Sección 4.^a, de 14 de junio de 2012 (*JUR* 2012/252479).

RESUMEN

PENSIÓN ALIMENTICIA
PATRIA POTESTAD
CRISIS MATRIMONIAL
GASTOS EXTRAORDINARIOS

Los padres tienen el deber de prestar a los hijos una completa asistencia en

ABSTRACT

FOOD PENSION
NATIVE LEGAL AUTHORITY
MATRIMONIAL CRISIS
EXTRAORDINARY EXPENSES

The parents have the duty to give a complete assistance to the children in

todos los ámbitos; cuando tiene lugar la situación de crisis matrimonial o ruptura de pareja, la obligación de alimentos, en relación a los hijos menores de edad, trasciende a la propia patria potestad, y se funda en la filiación, representando una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, con alcance constitucional como establece el artículo 39.1 de la Constitución Española. Sobre el régimen jurídico de la pensión alimenticia, incidiendo en uno de los aspectos de su contenido que más controversia genera como son la cobertura de los gastos extraordinarios, sin obviar su novedosa tramitación procesal, es la materia sobre la que se va a centrar el presente estudio.

all the areas; when there takes place the situation of matrimonial crisis or break of pair the food obligation in relation to the children minors comes out of the own native legal authority, and it is founded on the filiation, representing one of the obligations of major ethical content of the juridical classification, with constitutional scope since it establishes the article 39.1 of the Spanish Constitution. On the juridical regime of the food pension, affecting in one of the aspects of his content that more controversy generates like they are the coverage of the extraordinary expenses, without obviating his new procedural processing, it is the matter on the one that is going to centre on the present study.