

BREVES CONSIDERACIONES DE LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS DE LOS PADRES A LOS HIJOS EN EL DERECHO ROMANO Y EN NUESTRO DERECHO ESPAÑOL VIGENTE

Brief considerations of the maintenance obligation from parents to children in Roman Law and in our current Spanish Law

MARÍA DE LOS ÁNGELES PÉREZ DÍAZ

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo

Resumen: Este trabajo surge ante la inexistencia de precepto alguno del Código Civil que regule concepto, características, clasificación y contribución de ambos progenitores al sostenimiento de las necesidades y gastos extraordinarios de sus hijos en caso de separación, divorcio o de parejas de hecho, y ello, con el fin de analizar y dar respuesta a todas aquellas cuestiones que se plantean en el ejercicio de la profesión en materia matrimonial respecto al concepto de pensión de alimentos, gastos ordinarios y extraordinarios.

Palabras clave: pensión de alimentos, gastos ordinarios, gastos extraordinarios, progenitores, hijos menores, mayores.

Abstract: This work arises as a result of the absence of any provision of the Civil Code that regulates the concept, characteristics, classification and contribution of both parents to the maintenance of the extraordinary needs and expenses of their children in case of separation, divorce or de facto couples, and this, in order to analyze and respond to all those questions that arise in the exercise of the profession in matrimonial matters regarding the concept of alimony, ordinary and extraordinary expenses.

Keywords: alimony, ordinary expenses, extraordinary expenses, parents, minor children, elders.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

SUMARIO: I.–Introducción. II.–La obligación de dar alimentos en el derecho romano. III.–La obligación de dar alimentos en el derecho español vigente. III.1–Generalidades previas. III.2–Regulación. III.3–Concepto de alimentos. III.4–Concepto de gasto extraordinario. III.5–Características y clases de gastos extraordinarios. III.6–Casuística de gastos ordinarios y gastos extraordinarios. III.7–Determinación en la contribución de los gastos ordinarios y extraordinarios.

I. INTRODUCCIÓN

En caso de separación o divorcio, una de las medidas legales actual y controvertida ante los tribunales que me ha llevado a hacer el presente estudio, es analizar la pensión alimenticia de los progenitores a favor de los hijos, con el fin de fijar una línea de actuación lo más clara y posible en una materia tan sensible que surge a raíz de las situaciones de crisis matrimoniales o de parejas de hecho, que afectan directamente e involuntariamente a los hijos menores o mayores de edad, en caso de que los hubiere.

Pues si bien, nuestro Código Civil español vigente contiene normas generales y específicas que señalan la obligación de alimentar, no recoge precepto alguno que regule concepto, características, clasificación y contribución de ambos progenitores al sostenimiento de las necesidades y gastos extraordinarios de sus hijos.

Este problema no es nuevo, pues ya en el derecho romano existía la obligación de alimentos de los padres frente a los hijos como un deber que emanaba de la patria potestad y que, en caso de discrepancia entre las partes, quedaba al arbitrio judicial, primando como interés especial a proteger no perjudicar a los hijos.

II. LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS EN EL DERECHO ROMANO

La obligación del padre para con los hijos, deriva exclusivamente de la patria potestad –*patria potestas*– y dentro del marco de los deberes éticos¹. No tenía un sustento legal expreso, sobre todo si se toma en consideración el concepto de la familia tradicional romana originaria². En el derecho romano, la familia romana en sentido estricto o *familia iure proprio dicta*, se presenta

¹ ALBURQUERQUE, J.M., «Deber legal u obligación moral originaria: generalidades introductorias sobre la prestación de alimentos en derecho romano (I)» *RGDR*, <http://www.iustel.com>, n.º 3, Madrid, 2004.

² *Cfr.*, entre otros FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El filiusfamilias independiente en Roma y en el derecho español*, Madrid, 1984, pp. 21 y ss.; Id. *Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*, 9.ª ed.,

BREVES CONSIDERACIONES DE LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS DE LOS... ■

como un núcleo de personas unidas entre sí por la autoridad –*manus, potestas, mancipium*– que una de ellas, el cabeza de familia –*pater familias*– ejercita sobre las demás con unos fines que trascienden el mero orden doméstico³.

Con carácter general, la obligación de dar alimentos, comienza a esbozarse con Antonino Pio (138-161)⁴ si bien, no es hasta Marco Aurelio (161-180)⁵ cuando se da una forma adecuada respecto de las exigencias y obligaciones alimenticias en las relaciones paternofiliales por las que se debe regir esta materia. Uno de los grandes impulsores para su estudio ha sido Albertario⁶ quien intentó mostrar un cauce judicial –*via cognitio extra ordinem*– en relación a la obligación de prestar alimentos. Hasta el momento, en derecho romano, continúa abierto el debate doctrinal acerca de las personas que realmente estaban sometidas a éste régimen de prestación de alimentos en un primer momento, y entre quiénes era procedente la reciprocidad de la obligación⁷.

Ulpiano, en su libro II sobre el cargo de cónsul (D.25,3,5 pr.-1) dice que si alguno pretendiese ser alimentado por sus hijos, o que los hijos sean alimentados

Madrid, 2006, pp. 387 y ss.; Id. «Reflexiones a propósito de la realidad social, la tradición jurídica y la moral cristiana en el matrimonio romano (I)», *RGDR*, <http://www.iustel.com>, n.º 6, Madrid, 2006.

³ LÓPEZ-RENDO C., «Efectos personales del divorcio respecto de los hijos. De Roma al Código Civil Español», *RIDR*, octubre 2012, p. 251.

⁴ Cfr. C.5,25,1 (Imp. Pius A. Basso): *Parentum necessitatibus liberos succurrere iustum est*.

⁵ Cfr. Entre otro, ORESTANO, R., «Alimenti (Diritto romano)», *NNDI*, p. 483; BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, vol. I, Milano 1963, pp. 379 y ss.; LAVAGGI, G., «Alimenti», *ED*, p. 18. Véase C.5,25,2 (*Divi fratres Celeri*): *Competens iudex a filio te ali iubebit, si in ea facultate est, ut tibi alimenta praestare possit. D. Id. April. Ipris III et II AA. Cons.*

⁶ ALBERTARIO, E., *Studi di diritto romano, vo., I, Persone e familia* (especialmente el capítulo XIII, *Sul diritto agli alimenti*), *ob. cit.*, p. 251 y ss.

⁷ Sobre la importancia de realizar una profunda investigación acerca del derecho de alimentos en Derecho romano, se han pronunciado numerosos autores –directa e indirectamente– entre los que podríamos destacar, en principio; ALBURQUERQUE, J.M., «Deber legal u obligación moral...», *ob. cit.*; Id. «Alimentos entre parientes: Notas, conjeturas e indicios previos a la regulación de Antonino Pío y Marco Aurelio», *RGDR* 6, Madrid 2006; Id. «Alimentos entre parientes (II): Alimenta et rictus». *RGDR* 4, Madrid 2005; ASTOLFI R., *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano III*, Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza dell'università di Padova 84, Padova-Cedam, 1979, pp. 91 y ss.; BIONDI, B., *Diritto romano cristiano*, III, Milano 1954 –*Alimenti*–, pp. 290 y ss.; Id. *BIDR* 30 1921 p. 244.; BONINI, R., «Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano», *AG* 181, Modena 1971, pp. 24 y ss. «*Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa*», Bologna 1973, pp. 7 y ss.; Id. «La quarta della vedova povera fra diritto di famiglia e diritto dell' successioni, *Nov. Ius*. 56,6 y 117,5». *St. Sassaesi* 3, año académico 1970-71, 1973, pp. 805 y ss.; BURDESE A., *Manuale di diritto privato romano*, UTET, 1973 –*Obblighi alimentari*– pp. 596; FALASCHI P.L., «Osservazioni sul carattere incidentale o autónomo dei praeiudicia», *Ann. Univ. Camerino*, 1963, pp. 145 y ss.; GARCÍA GARRIDO, M.J., *Ius uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*, Roma-Madrid 1958, pp. 93 y ss.; GARCÍA SÁNCHEZ, J., *Cognitio extraordinaria*, Iustel, Madrid, 2002; HEIMBACH, G.E., «*Alimente*», *Rechtslexikon von Weiske J. für Juristen alter deutschen Staaten*, I, Leipzig, 1839, pp. 185 y ss.; KOSCHAKER, P., «Der Unterhalt der Eherau und die Früchte der Dos», *Studi Bonfante IV*, 1930, pp. 1 y ss.; LANFRANCHI, F., «*Ius exponendi*» e *obbligo alimentari nel diritto romano-classico*, *SDHI* vol. 6, 1940, pp. 5 y ss.: Id. «Prime considerazioni sull'impugnativa di paternità in diritto romano classico», en *St. Volterra*, vol. 4, 1971, pp. 105 y ss.; Id. *Lágere ex Senatusconsultis de partu agnoscendo*, Bologna 1953, p. 54, n. 170.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

por los padres, el (juez) cónsul conocerá de esta cuestión. Además, se pronuncia acerca de si uno está obligado a alimentar solamente a los hijos que están bajo su potestad, o también a los emancipados, o los que son ya independientes por otra causa, afirmando su convicción sobre la obligación recíproca de alimentos: aunque los hijos no estén bajo su potestad deben ser alimentados por los padres, y ellos, deben corresponder recíprocamente con objeto de alimentar a sus padres⁸:

D.25,3,5 pr.-1 y 2 (Ulpianus, libro II de *officio consultis*): *Si quis a liberis ali desideret vel si liberi, ut a Parente exhibeantur, «iudex» de ea re cognoscat. 1. Sed utrum eos tantum liberos qui sunt in potestate cogatur quis exhibere, an vero etiam emancipatos vel ex alia causa sui iuris constitutus, videndum est. Et magis puto, etiamsi non sunt liberi in potestate, alendos a parentibus et vice mutua alere parentes debere. 2. Utrum autem tantum patrem avumve paternum proavumve paterni avi patrem ceterosque virilis sexus parentes alere cogamur, an vero etiam matrem ceterosque parentes et per illum sexum contingentes cogamur alere, videndum. Et magis est, ut utrobique se iudex interponat, quorundam necessitatibus facilius succursurus, quorundam aegritudini. Et cum ex aequitate haec res descendat caritateque sanguinis, singulorum desideria perpendere iudicem oportet.*

En caso de divorcio⁹ de los cónyuges, en el derecho romano la regla general es atribuir la custodia de los hijos al *pater*, pues quien ostentaba el poder sobre todos los miembros era el *paterfamilias*, con lo que el divorcio de los padres no implicaba modificación alguna en cuanto a la relación con los *filiifamilias* que continuarían bajo la potestad del *paterfamilias*, quedando en su compañía y siendo alimentados por el mismo¹⁰; es decir, tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad correspondía en exclusiva al *paterfamilias*, sin limitación alguna y los *filiifamilias* conservaban todo los derechos que tenían durante el matrimonio de aquéllos. La ruptura de la relación matrimonial de sus padres no tenía repercusión jurídica respecto a los *filiifamilias*¹¹.

⁸ ALBURQUERQUE, J.M., «Aspectos de la prestación de alimentos en derecho romano: especial referencia a la reciprocidad entre padre e hijo, ascendientes y descendientes», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 15, 2007, p. 13.

⁹ Desde el punto de vista etimológico *divortium* viene de *divertere*, e indica separarse marchar por caminos distintos, lo cual, en opinión de Gayo D. 24.2,2, tiene su explicación bien por la diversidad de intenciones bien por la desaparición de la convivencia de los cónyuges, tal como recoge GARCÍA SÁNCHEZ, J., *El divorcio: de Roma a la Edad Media*, *REDC* 48,1991, p. 157.

¹⁰ ALBERTARIO, E., *Studi di diritto romano...*, *ob. cit.*, p. 251 y ss; BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho romano*, trad. Española de Bacci y Larrosa. Madrid 1929, reimpresión 1965, p. 201. WYCISK F., «Alimenta et victus dans le droit romain classique», en *RH* 50, 1972, 205 y ss., BURDESE, A., *Manuale di diritto privato romano*, UTET, 1973 –*Obblighi alimentari*– pp. 596; ALBURQUERQUE, J.M., «Deber legal u obligación...», *ob. cit.*, pp. 1 y ss.

¹¹ *Vid.* VOLTERRA, *Sui mores della famiglia romana*, en *Rediconti dell'Accademia Nazionale dei Lincei*, sr VIII 4, 1949, pp. 521 ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *El filiusfamilias independiente en Roma y en el Derecho Español*, Madrid 1981.

BREVES CONSIDERACIONES DE LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS DE LOS... ■

En el año 542 después de Cristo (d.C.), Justiniano se ocupó de dar solución a los problemas que planteaba el divorcio y dedicó una importante Novela, la novela 117, a tratar y regular todos los aspectos importantes del divorcio, aunque su política legislativa representó la mayor hostilidad al divorcio, culminando en la penalización del *communi consensu* del capítulo 10¹², dedicando un capítulo independiente al divorcio consensual en el que se ocupa de la regulación de las normas que afectan al divorcio consensual, seguido de la promesa de castidad de los esposos, el único que era lícito, tras penalizar en la primera parte del capítulo 10 el divorcio consensual¹³.

Así, el juez en el caso de matrimonio separado debe pronunciarse sobre *morari ac nutrire*¹⁴, es decir, disuelto el matrimonio determinará con quien han de vivir los hijos (padre o madre) y quién o quiénes deben alimentarlos. Para tomar tales decisiones, deberá primar un interés especial, cuál es el que de ningún modo puedan ser perjudicados los hijos nacidos, y tener en cuenta otros criterios tales como la disponibilidad de los recursos económicos de cada uno de los divorciados (si la madre es rica y el padre es pobre, la custodia y la obligación alimenticia le corresponde a la madre), y la culpabilidad de cualquiera de los progenitores que haya provocado la disolución del matrimonio. Así, si la causante del divorcio es la madre –*si vero per causam matris ostenditur solutum matrimonium*–, el hijo tendría que quedar bajo custodia del padre, que es el obligado a proporcionarle sustento y alimentos –*tunc apud patrem et maneant filii et alantur*–¹⁵. Esta regla general, tenía una excepción que operaba en casos de falta de disponibilidad económica del padre. –*Si autem contigerit patrem quidem minus idoneum esse matrem vero locupletem*– si el padre carecía de disponibilidad económica suficiente, los hijos pobres podían quedar bajo la custodia de la madre, a pesar de su culpabilidad, con la obligación de aportar alimentos necesarios a los hijos y garantizarles un bienestar económico –*apud eam pauperes filios manere et ab ea nutriri iubemus*–¹⁶. Bonini¹⁷, señala que esta excepción se explica con una consideración de carácter general en materia de obligación de alimentos: si en efecto, el hijo rico es

¹² LÓPEZ-RENDO, C., «Efectos personales del divorcio...», *ob. cit.*, p. 272.

¹³ LÓPEZ-RENDO, C., «Efectos personales del divorcio...», *ob. cit.*, p. 276.

¹⁴ Accursius: *Codicis domini iustiniani constitutiones imperiales complectentis. Libri IX priores, cum Accursii commentariis, & doctissimorum virorum annotationibus. Editio postrema*. Venetiis, 1591, p. 749 en la glosa a *morari e*) estima que se refiere a *adulti y nutriri f*) a *pupilli*.

¹⁵ En la edición *Auhtenticum novellarum constitutionum iustiniani* el contenido es el siguiente: «*si vero contra, tunc apud patrem matris locupletis expensas, nisi pater minus idoneus sit; tunc enim apud matrem locupletem nutrantur*».

¹⁶ Vid. BONFANTE, Corso I, *ob. cit.*, p.281; Kaser, *Das röm. Privatrecht*, II, *ob. cit.*, p.145 n.º 8. Sachers, s.v. *Potestas Patria.*, *ob. cit.*, c. 1118.

¹⁷ BONINI, R: *Criteri per l'affidamento della prole*, *ob. cit.*, p. 35.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

obligado a alimentar a la madre pobre, igual debe ser la situación de la madre rica en relación con los hijos pobres. Si el causante del divorcio es el padre –*si quidem pater occasionem separationis praebeat*–, el hijo quedaría bajo la custodia de la madre, siempre que no hubiera contraído segundas nupcias –*mater ad secundas non venit nuptias, apud matrem*–. No obstante lo anterior, el padre estará obligado a asumir todas las cargas que comporte el mantenimiento de los hijos¹⁸.

Como es sabido, si bien en la época clásica únicamente se reconoce la obligación de dar alimentos al padre respecto a los hijos *iusti procreati*, es decir, los nacidos en el seno de un matrimonio legítimo, excluyendo, por tanto, los nacidos de una relación de concubinato¹⁹, por el contrario, en la etapa justiniana tal reconocimiento se modifica y amplía produciéndose una equiparación entre la familia legítima y la familia ilegítima, tal como se desprende de las Novelas 12 capítulo 2; Novelas 89, capítulo 12-6 y capítulo 13.

Por lo tanto, puede concluirse que en el derecho romano hasta la época de los emperadores Diocleciano y Maximiano, la guarda y custodia de los hijos, así como la obligación de dar alimentos en los casos de divorcio del matrimonio se atribuía al padre, salvo que existieran unas causas justísimas que hicieran oportuno y necesario atribuir la custodia a la madre. Criterio acorde con la concepción de la patria potestad y la estructura de la familia agnaticia. A partir de los emperadores Diocleciano y Maximiano (294 d.C.), la determinación de la atribución de la guarda y custodia de los hijos y la obligación de alimentarlos queda al arbitrio judicial, pudiendo atribuirse al padre o a la madre indistintamente y sin criterios limitadores del arbitrio judicial²⁰.

III. LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS EN EL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE

III.1 Generalidades previas

Las situaciones de ruptura matrimonial o de uniones no matrimoniales con convivencia en pareja de hecho con hijos menores, conlleva la separación o divorcio de los cónyuges progenitores o disolución del vínculo de los miem-

¹⁸ LÓPEZ-RENDO, C., «Efectos personales del divorcio...», *ob. cit.*, pp. 274-275.

¹⁹ ALBURQUERQUE, J.M., «Aspectos de la prestación...», *ob. cit.*, p.28.

²⁰ LÓPEZ-RENDO, C., «Efectos personales del divorcio...», *ob. cit.*, p. 278.

BREVES CONSIDERACIONES DE LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS DE LOS... ■

bros progenitores de la pareja de hecho, bien mediante proceso de mutuo acuerdo acompañado de convenio regulador, bien mediante proceso contencioso, acabando ambos con resolución judicial dictada al efecto, en los que se establecen las medidas legales a favor de los hijos, entre ellas, la deuda alimenticia llamada pensión alimenticia.

Novedosamente, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria, introduce la posibilidad, en virtud del art. 82.1 Código Civil, consistente en que los cónyuges puedan acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante convenio regulador ante el Letrado de la Administración o ante Notario mediante escritura pública, siempre que no haya hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente, en la que se recogerán las medidas que han de regular los efectos derivados de la separación²¹.

III.2 Regulación

El artículo (art.) 39 de la Constitución Española (CE) establece:

«1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. 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 en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

El citado precepto constitucional declara el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda y, ello en desarrollo del principio de igualdad de los españoles ante la ley, esta-

²¹ Artículo 82.1 párrafo. 2.º CC «Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por Letrado en ejercicio, prestando su consentimiento ante el Secretario judicial o Notario. Igualmente los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el Secretario judicial o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar».

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

blecido en el art. 14 de nuestra Carta Magna «*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*» Por tanto, el legislador no diferencia entre ser hijo de matrimonio o ser hijo de pareja de hecho.

Nuestro Código civil (CC) contiene normas generales que señalan la obligación de alimentar a los hijos (arts. 142, 154 y siguientes (ss) CC), así como normas específicas en los supuestos de procedimientos matrimoniales (arts. 90 a 93 y 103 CC), siendo un deber básico para los progenitores y un derecho esencial de los hijos, cuya cuantía vendrá determinada por la proporcionalidad que debe existir entre las necesidades del hijo que recibe los alimentos (acreedor-alimentista) y el caudal o medios económicos de los progenitores (deudor-alimentante) (art. 146 CC).

La patria potestad comprende el *deber de los progenitores de alimentar a los hijos, educarlos y procurarles una formación integral* (art. 154 CC), y ello, al margen de que los progenitores no ostenten la patria potestad (art. 110 CC) como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 5 de octubre de 1993 «... *La obligación de dar alimentos es una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, alcanzando rango constitucional como taxativamente establece el artículo 39 de la CE. Tal obligación por modo inmediato del hecho de la generación es uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad, Art. 154.1 del CC...*».

III.3 Concepto de alimentos

De conformidad con el art. 142 CC, el concepto de alimentos debe comprender «*todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica*» y también «*la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable*» y «*los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo*». Concepto recogido favorablemente por la doctrina y la jurisprudencia: así, a modo de ejemplo, cabe citar la Sentencia del TS de 15 de octubre de 2014, en la que analiza la expresión «*pensión alimenticia*» y manifiesta que «*se utiliza para designar la contribución del progenitor no custodio, en cumplimiento de la obligación legal, al pago de los gastos causados por la alimentación de los hijos en toda la extensión del término (sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción)*», a su vez, la Sentencia de la Audiencia Provincial (AP) Madrid,

BREVES CONSIDERACIONES DE LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS DE LOS... ■

Sección 22.^a, de 3 de febrero de 2015²² añade que «*Debemos de entender por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, los gastos de educación e instrucción de la hija menor de edad y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable, a tenor de lo dispuesto en el art. 142 del CC*».

La obligación de dar alimentos, es tanto del progenitor no custodio como del que tiene atribuida la guarda y custodia. Es un deber que emana de la patria potestad, que corresponde a ambos progenitores en cuanto cotitulares de dicha función, de forma mancomunada y no solo al progenitor no custodio. Por tanto, la obligación que tienen los progenitores de prestar alimentos a los hijos, es un deber que corresponde a ambos, y no solo al que vive separado de los hijos, de forma no solidaria sino mancomunada y en cantidad proporcional a su caudal respectivo (art. 145, párrafo (párr.) primero CC)²³, debiendo computarse como contribución, la atención y cuidado diarios de los hijos llevados a cabo por el progenitor custodio²⁴.

Si bien la obligación legal genérica de prestar alimentos entre parientes establecida en los arts. 142 y ss CC se basa en el principio de solidaridad familiar, el deber de alimentos para con los hijos rebasa tal principio, fundamentándose en la relación paterno-filial existente, y en el caso de los menores, en la patria potestad, subsistiendo incluso cuando el alimentante se vea privado de la patria potestad (art. 110 CC). La Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, declara que el «*favor filii*» debe de prevalecer sobre otros intereses en relación a los alimentos que son de naturaleza básica y fundamental. Por tanto, la obligación de prestar alimento se basa en el principio de la solidaridad familiar, tiene naturaleza de orden público, y al operar en el ámbito de las relaciones paterno-filiales es uno de los deberes fundamentales de la patria potestad, constituyendo una obligación de carácter imperativo y personalísimo²⁵.

De ahí, que en los supuestos de crisis de la unidad familiar sometida a regulación por los Tribunales, el art. 93 del mismo texto legal disponga que «*El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para*

²² La Ley 17135/2015.

²³ SÁNCHEZ ALONSO, M.; «*Medidas económicas en relación con los hijos. Pensión alimenticia*», en M.^a LINACERO DE LA FUENTE (dir.): *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivo. Procedimiento, Jurisprudencia. Formularios*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 616-617.

²⁴ «*Debe igualmente recordarse al efecto que, conforme a lo prevenido en el artículo 103-3.^a del mismo texto legal, ha de considerarse contribución a las cargas del matrimonio, y entre ella los alimentos de carácter ordinario y extraordinario, el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a la patria potestad*».

²⁵ AP de Madrid, Sección, 22.^a, de 3 de febrero de 2015.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento».

Además, el citado precepto en su párrafo segundo, determina la fijación de pensiones alimenticias a favor de los hijos mayores de edad o emancipados, que convivan en el domicilio familiar con alguno de los progenitores y carezcan de ingresos propios para atender sus necesidades; incluso, para el supuesto de que éstos percibieran ingresos propios pero fueran insuficientes para atenderlas, en cuyo caso, también subsistiría la obligación de los progenitores de dar alimentos, de acuerdo al nivel económico-social que existiere en el hogar familiar y a las necesidades efectivas de los hijos.

Cabe señalar que esta obligación alimenticia no cesa ni se extingue por alcanzar los hijos la mayoría de edad (art. 152 CC) pero la misma no es ilimitada en el tiempo, pues durará mientras se mantenga la situación de necesidad del hijo que conviva en el domicilio familiar con uno de los progenitores o no haya finalizado éste su instrucción y formación por causa que no le sea imputable (art 142, párr. segundo CC), siempre que no provenga de una mala conducta o falta de aplicación al trabajo²⁶ (ello con el fin de evitar una situación de «parasitismo social»), pudiendo prestarse, a elección del obligado, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ella (art. 149, párr. primero CC).

Y así, se han planteado frecuentemente en nuestros tribunales procedimientos con la finalidad de obtener la extinción de los alimentos a favor de los hijos mayores de edad, declarándose al respecto que *«Los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que los hijos alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo (sentencia 5 de noviembre 2008), afirmando la sentencia de 12 de julio de 2015, con cita de la de 8 de noviembre de 2012, que «por lo que se refiere a la concurrencia de titulación profesional en la hija no podemos aceptar que ello impida percibir alimentos del padre, dado que no se acredita la percepción de ingresos por parte de la misma ni que carezca de la necesaria diligencia en el desarrollo de su carrera profesional».*

Incluso la Sentencia (S) del TS de 12 de julio de 2014 (Rec. 79/2013) especifica que *«para el caso de la concurrencia de titulación profesional en la hija no podemos aceptar que ello le impida percibir alimentos del padre, dado*

²⁶ ST de la AP de Cantabria de 14 de marzo de 2017 *La Ley*, 27047/2017; STS de 28 de octubre de 2015, *La Ley*, 153869/2015.

BREVES CONSIDERACIONES DE LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS DE LOS... ■

que no se acredita la percepción de ingresos por parte de la misma ni que carezca de la necesaria diligencia en el desarrollo de su carrera profesional, por lo que se incurre en la resolución recurrida, en infracción del art. 93 del C. Civil, dado que procede la percepción de alimentos en la cuantía fijada en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, pues la hija convive con la madre en su domicilio y carece de ingresos suficientes, por lo que se habrá de estar a lo dispuesto en el art. 142 y siguientes del C. Civil (sentencia de 8 de noviembre de 2012, recurso 1100/2011)».

En todo caso, hay un mínimo vital imprescindible²⁷ para el desarrollo del menor que los progenitores deben procurar a sus hijos, por debajo del cual, salvo puntuales excepciones²⁸, no se puede establecer la pensión alimenticia, variando su fijación por las Audiencia Provinciales de 100 € a 180 € mes²⁹.

A mi juicio, se puede concluir que el concepto de alimentos comprende tanto la cobertura de las necesidades o gastos ordinarios como la de las necesidades o gastos extraordinarios de los hijos menores de edad y mayores de edad, en los casos que proceda; pudiendo definirse la obligación de dar alimentos como el deber básico impuesto legalmente a ambos progenitores de prestar asistencia material, satisfacer alimentos y dar cobertura a las necesidades de los hijos, de naturaleza de orden público, de carácter imperativo, personalísimo, imprescriptible e irrenunciable, y como derecho esencial de los hijos, que debe ser satisfecha por los obligados en cantidad proporcional a su caudal respectivo. Si bien, cabe reseñar que, en la práctica forense, a pesar del art. 93 CC los pronunciamientos judiciales solo concretan monetariamente la contribución que ha de hacer el progenitor que no reside con ellos. A tenor de

²⁷ En este sentido, la STS de 12 de febrero de 2015, Rec. 2899/2013 dice que «*En atención a lo previamente razonado lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor; y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante*».

²⁸ Por su parte, la STS de 2 de marzo de 2015, Rec. 735/2014 recoge que «*La falta de medios determina otro mínimo vital, el de un alimentante absolutamente insolvente, cuyas necesidades, como en este caso, son cubiertas por aquellas personas que, por disposición legal, están obligados a hacerlo, conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil, las mismas contra los que los hijos pueden accionar para imponerles tal obligación, supuesta la carencia de medios de ambos padres, si bien teniendo en cuenta que, conforme al artículo 152.2 CC, esta obligación cesa «Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia», que es lo que ocurre en este caso respecto al padre. Estamos, en suma, ante un escenario de pobreza absoluta que exigiría desarrollar aquellas acciones que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional expresado en el artículo 39 CE y que permita proveer a los hijos de las presentes y futuras necesidades alimenticias hasta que se procure una solución al problema por parte de quienes están en principio obligados a ofrecerla, como son los padres*».

²⁹ SAP La Rioja de 7 de abril de 2014.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

lo anterior, comparto la crítica realizada por el magistrado Campo Izquierdo³⁰ cuando en relación a la contribución de ambos progenitores al sostenimiento de las necesidades y gastos de sus hijos, «considera erróneo fijar sólo la contribución del progenitor a quien no se le otorga la guarda y custodia, cuando lo más justo sería fijar inicialmente cuál es la cantidad que los hijos necesitan realmente para cubrir sus necesidades, según sean menores de edad o no (STS de 16 de julio de 2002) y luego distribuir esa carga entre ambos progenitores en función de su disponibilidad económica y su dedicación personal a los hijos, esta medida es más equitativa y ayudaría a pacificar más la relación personal entre ambos progenitores, pues se formalizaría por escrito la obligación de ambos de contribuir a los alimentos de los hijos comunes y la forma en que se debería hacer tal contribución».

III.4 Concepto de gasto extraordinario

El Código civil no contiene una definición de gastos extraordinarios y ello, por la dificultad de encuadrar en el concepto, partidas económicas variables y casuísticas. Tal definición, se extrae interpretando *a sensu contrario* el art. 142 CC que dispone «*Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo*».

Tradicionalmente, en la doctrina y en la jurisprudencia, se han considerado gastos ordinarios del alimentista los gastos necesarios habituales, repetitivos o diarios y previsibles que han de ser tenidos en cuenta para fijar la cuantía de la pensión alimenticia en una cantidad fija y determinada o determinable, actualizable y revisable si hubiere una alteración sustancial de las circunstancias concurrentes al tiempo de fijarse la misma, así como para la distribución de la pensión entre las personas jurídicamente obligadas a soportarlos de forma proporcional con sus posibilidades económicas.

Por el contrario, los gastos extraordinarios se han conceptualizado como gastos necesarios que surgen de manera aislada, esporádica o poco habitual, no son periódicos, son futuros e imprevisibles; son, por tanto, gastos indeterminados en su existencia misma, inespecíficos por desconocerse en el ámbito en el

³⁰ EDJ 2002/28318. CAMPO IZQUIERDO, A.L., «Los gastos extraordinarios», *Tribuna*, 1-06-2012, p. 1.

BREVES CONSIDERACIONES DE LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS DE LOS... ■

que pueden producirse e ilíquidos en su cuantía, excediendo del importe de la pensión alimenticia, necesitando, por ello, predeterminación y objetivación en cada momento y caso concreto, teniendo en cuenta los factores objetivos y subjetivos que configuren la situación social, económica y cultural de la familia y las peculiaridades del hijo alimentista.

En este sentido, la SAP de Madrid, Sección 24.^a, de fecha 20 de julio de 2011 califica como gastos extraordinarios «(...) *aquellos destinados a la satisfacción de las necesidades de los hijos que siendo de naturaleza alimenticia son imprevisibles y no periódicos, resultan en principio excepcionales, fuera de las previsiones cotidianas de la familia y que requieren que se ponga en conocimiento previo para obtener del otro progenitor el consentimiento para realizarlos o en su defecto decisión judicial; debiendo constar de forma clara e inequívoca el hecho que motiva el gasto y el importe del mismo para su aprobación, y no posteriormente a efectuar el gasto ser reclamado por vía de ejecución, supliendo el consentimiento previo, salvo aquellos gastos de extrema necesidad y urgencia, y ello debido por ser de cuantía ilíquida que por su propia naturaleza necesita predeterminación y objetivación en cada momento y caso, ya que en otro caso daría lugar a su desnaturalización traduciéndose en un complemento a la pensión de alimentos ordinaria, sin que pretenda con lo dicho que se produzca*». Por su parte, nuestro TS en Sentencia de fecha 15 de octubre de 2014, concluye que son gastos extraordinarios «*aquellos que reúnen características bien diferentes a las propias de los gastos ordinarios. Son imprevisibles, no se sabe si se producirán ni cuándo lo harán, y, en consecuencia, no son periódicos*».

El devenir de la vida de los alimentistas es fuente de frecuentes controversias entre los progenitores sobre qué gasto ha de ser considerado extraordinario y abonarse por ambos progenitores, y cuál ordinario y satisfacerse por el progenitor custodio con cargo a la pensión alimenticia establecida. Por ello, y como ha señalado nuestra doctrina, con la finalidad de evitar dicha conflictividad, en la práctica resulta útil y conveniente especificar, en el convenio regulador o en la propia resolución judicial, qué partidas han de quedar englobadas en el concepto de gastos extraordinarios, a los efectos de considerarlos excluidos de la pensión de alimentos, y qué gastos tienen la consideración de ordinarios y se cubren con la pensión alimenticia ordinaria.

Si bien, atendiendo a la naturaleza de los gastos extraordinarios, en mi opinión, con apoyo jurisprudencial, cualquier concreción mediante relación o enumeración exhaustiva de gastos extraordinarios, aún siendo extenso y minucioso, será incompleto y orientativo, pues resulta imposible prever en el momento de la elaboración del convenio regulador o del pronunciamiento de la

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

sentencia judicial, todas las circunstancias excepcionales de las que puedan surgir nuevos gastos extraordinarios; a modo de ejemplo, cabe citar la SAP Asturias, Sección 5.^a, de 18 de marzo de 2009³¹, que recoge el carácter imprevisible de los gastos extraordinarios y por ende *«determina la improcedencia de fijar una suma concreta y periódica para su pago (sentencia citada de la Audiencia Provincial de Zaragoza) así como la inoportunidad y, de seguro, cierta inoperancia de su concreción mediante su relación o enumeración exhaustiva, siquiera tampoco nada se opona, en aras de prevenir futuros conflictos y facilitar la ejecución, identificar y enumerar algunos tanto más si en el proceso se debatió sobre su carácter ordinario o extraordinario y se establece diverso criterio contributivo, pero siempre incluyendo, en tal caso, una fórmula abierta capaz de aglutinar futuros gastos no considerados al decidir dado su difícil objetivización para el futuro»*.

De forma genérica, es usual que el convenio regulador aprobado judicialmente o la sentencia, se limiten a indicar cuáles han de considerarse gastos extraordinarios sin tener carácter cerrado, relacionando únicamente algunos gastos extraordinarios más usuales, con indicación de los requisitos que deben de concurrir para su exigibilidad.

Partiendo del concepto de gasto extraordinario, en caso de discrepancia entre los progenitores, debe preponderar la doctrina mayoritaria de nuestros tribunales al respecto; sin embargo, en virtud del principio de independencia judicial, existente en nuestro ordenamiento jurídico, pueden dictarse resoluciones que se aparten de la doctrina jurisprudencial existente al efecto.

Ahora bien, para el caso de que dicho concepto sea consensuado libremente entre los progenitores, prima el acuerdo sobre el concepto doctrinal o jurisprudencial de gastos extraordinarios. Así, puede ocurrir que los progenitores fijen de mutuo acuerdo los gastos que consideran extraordinarios, incluso cuando no sean extraordinarios, debiendo en este caso estarse a la voluntad de las partes, sin que pueda oponerse por el progenitor no custodio o el obligado al pago de los alimentos, en un incidente posterior de declaración de gastos extraordinarios, que dichos gastos son alimenticios, pues se conculcaría el principio de autonomía de las partes y supondría ir contra sus propios actos. De manera tal que, cuando por uno de los progenitores ha venido admitiendo y abonando como tales determinados gastos extraordinarios, no puede oponerse posteriormente a su pago y discutir la naturaleza de los mismos en aplicación de la teoría de los actos propios, como consta en Sentencia de AP Barcelona, Sección 12.^a, de 9 de febrero de 2012.

³¹ La Ley 37521/2009.

BREVES CONSIDERACIONES DE LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS DE LOS... ■

III.5 Características y clases de gastos extraordinarios

Doctrina y jurisprudencia es pacífica al determinar las características de los gastos extraordinarios como necesarios, excepcionales, imprevisibles, acordes y proporcionales a la capacidad económica de ambos progenitores y no ser gastos ordinarios.

Son necesarios, porque tienen naturaleza alimenticia y deben ser englobados dentro del genérico concepto de gastos de alimentos a que hace referencia el artículo 142 CC. Han de cubrirse económicamente de forma ineludible, en orden al cuidado, desarrollo y formación, en todos los órdenes del alimentista. Son excepcionales, porque no tienen una periodicidad prefijada, no son gastos habituales ni ordinarios que se atiendan con la pensión alimenticia ordinaria y periódica. Son imprevisibles, porque no pueden anticiparse ni preverse, dimanar de sucesos de difícil o imposible previsión apriorística. Son acordes y proporcionales a la capacidad económica de ambos progenitores, quedando fuera de este concepto aquellos gastos que, pese a su naturaleza alimenticia y necesidad a priori, no guardan proporción con la capacidad económica de la familia. Y finalmente, no son gastos ordinarios, por su imprevisibilidad y excepcionalidad, no pueden ser considerados como gastos corrientes alimenticios de los hijos.

Características que han sido contempladas reiteradamente por nuestra jurisprudencia en STS de 11 de marzo de 2010³²; SAP de Jaén, Sección 1.^a, de 27 de junio de 2014; SAP Pontevedra, Sección 6.^a, de 22 de noviembre de 2013; SAP de Alicante, Sección 4.^a, de 31 de octubre de 2013; SAP Coruña, de 27 de junio de 2011³³; SAP Madrid, de 8 de abril de 2010³⁴, entre otras.

En relación a las clases de gastos extraordinarios, se pueden dividir en tres grandes categorías:

a) Gastos extraordinarios urgentes e imprescindibles: A esta categoría pertenecen todos aquellos gastos inopinados, prescritos por un tercero, que han de ser realizados con carácter de urgencia de forma que no se puede esperar al consenso entre los progenitores, como puede ser una intervención quirúrgica urgente o un tratamiento médico puntual no cubierto, ni por la mutua médica del menor, ni por la Seguridad Social. Pues bien, en estos casos bastará únicamente con presentar la factura al otro progenitor para que se haga cargo de la mitad del gasto.

³² EDJ 2010/16360.

³³ EDJ 2011/154712.

³⁴ EDJ 2010/98320.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO**b) Gastos extraordinarios necesarios: A esta categoría pertenecen:**

1. Todos los gastos sanitarios necesarios no cubiertos por el sistema público de salud de la Seguridad Social, o cualquier otro sistema privado de previsión concertado por los progenitores, y, en general, los tratamientos, terapias de logopedia, psicología, psicopedagogía, psiquiatría e intervenciones quirúrgicas de cualquier tipo, preventivas o curativas excluidas del sistema público gratuito de la Seguridad Social. Los gastos de farmacia no básicos y con prescripción médica, y, en general, los no cubiertos por la sanidad pública.

2. Las clases particulares de apoyo o refuerzo en los estudios que los menores precisaran, siempre y cuando hubieran sido recomendadas por su tutor.

En tales casos, los progenitores pagarán el gasto, por mitad, siempre que previamente se hubieran puesto de acuerdo en el facultativo o profesor que habrá de seguir el tratamiento o dar las oportunas clases, y en el presupuesto. Para acreditar el consentimiento, a la futura demanda de ejecución habrá que acompañar, o el consentimiento escrito de ambos progenitores, o la acreditación de haber remitido al otro progenitor un burofax referente al gasto extraordinario necesario de que se trate, con el pertinente presupuesto, y antes de su desembolso, y que el otro progenitor no haya contestado al mismo en el plazo excepcional de diez días (cuya brevedad se justifica en atención a que se trata de un gasto necesario). La falta de oposición expresa, en el plazo de diez días naturales, o la obstaculización acreditada a la recepción de la comunicación será equivalente a un consentimiento tácito. En este sentido, cabe citar nuevamente la Sentencia de la AP de Madrid, Sección 22.^a, de 3 de febrero de 2015 «*Notificada fehacientemente al no custodio la decisión sobre el gasto a realizar en el común descendiente que pretende adoptar el otro progenitor, recabando su consentimiento, se entenderá prestado tácitamente el mismo si en el plazo de los diez días naturales siguientes no lo deniega. En caso de oposición será precisa la previa autorización judicial para poder ejecutar la decisión objeto de discrepancia*».

c) Gastos extraordinarios optativos: Dependেন exclusivamente de la voluntad de los progenitores y de las circunstancias socio-económicas de la familia. Dentro de esta categoría tenemos:

1. Los estudios superiores.
2. Los permisos necesarios para conducir motocicletas u otra clase de vehículo.

BREVES CONSIDERACIONES DE LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS DE LOS... ■

3. Y cualquier otro gasto imprevisto, de carácter excepcional o extraordinario, en cuya realización estuvieran de acuerdo ambos progenitores.

Estos gastos extraordinarios optativos serán abonados por mitad entre ambos progenitores, siempre y cuando previamente se haya consensuado y consentido su desembolso por ambos.

Salvo en el caso de los gastos urgentes, que no puedan retrasarse por existir grave riesgo o daño del hijo, pueden ser autorizados a posteriori judicialmente, si los progenitores estuvieran en desacuerdo, no se podrá reclamar ningún gasto extraordinario que no haya sido previamente convenido por las partes o autorizado judicialmente. Esta clasificación expuesta, viene recogida en la Sentencia del Juzgado de Primera instancia n.º 6 de Leganés, de fecha 18 de junio de 2018, que a mi juicio es completa, acertada y acorde en la práctica judicial.

Resulta frecuente en la práctica forense que el progenitor a quien se reclama el pago de gastos extraordinarios, se oponga alegando la improcedencia de la reclamación, al haberse realizado el gasto por decisión unilateral del progenitor reclamante, sin recabar el consentimiento del reclamado, o haberse realizado el gasto en contra de la expresa voluntad del reclamado y sin obtener la previa autorización judicial.

En caso de discrepancia entre los padres sobre la naturaleza de un determinado gasto no expresamente previsto 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, de conformidad con el art. 776.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)³⁵.

Finalmente, comparto la postura de Carpi Martín sobre la diferenciación que deben de tener los Tribunales, respecto de los gastos consensuados por los progenitores de los que son extraordinarios por imprevisibles pero imperativos por ser necesarios; pues si se llega a la conclusión de que algunos de los gastos reclamados no son necesarios, siendo ordinarios o extraordinarios, y su realización depende del acuerdo entre los progenitores, se estaría fuera del concepto de alimentos y no precisarían un pronunciamiento judicial al respecto. Es más acertado afirmar que no forman parte de la obligación de alimentos y que cada progenitor es libre para decidir realizarlo o no³⁶.

³⁵ 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, el Tribunal convocará a las partes a una vista que se sustanciará con arreglo a lo dispuesto en los artículos 440 y siguientes y que resolverá mediante auto.

³⁶ CARPI MARTÍN, R., «Los gastos extraordinarios en las pensiones de alimentos a los hijos: un análisis jurisprudencial», *La Ley* 19181/2019, p.12.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

III.6 Casuística de gastos ordinarios y gastos extraordinarios

Como quiera que no existe en el ámbito jurídico una respuesta taxativa que determine con claridad si el gasto es ordinario o extraordinario, a modo de ejemplo se van a enumerar algunos gastos que con frecuencia son objeto de reclamación en nuestros tribunales, y las respuestas dadas por nuestras Audiencias Provinciales³⁷ como lo hace, entre otras, la reciente Sentencia de la AP Alicante, Sección 9.ª, n.º 562/2018, de fecha 3 de diciembre de 2018³⁸ que considera que son gastos ordinarios incluidos en la pensión alimenticia:

– Los gastos por enseñanza obligatoria, primaria y secundaria, cuotas de colegio, gastos de matrícula, material escolar: previsible y periódico (Auto (A) AP Barcelona, Sección 12.ª, de 5 de diciembre de 2017; SAP Pontevedra, Sección 6.ª, de 30 de junio de 2015; SAP Córdoba, Sección 1.ª, de 9 de octubre de 2014; SAP Asturias, Sección 7.ª, de 25 de junio de 2014; SAP Córdoba, Sección 2.ª, de 27 de junio de 2013; SAP León, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010; SAP Alicante, Sección 4.ª, de 16 de marzo de 2010; SAP Madrid, Sección 24.ª, de 4 de junio de 2004; SAP Palencia de 2 de mayo de 2003; SAP Valencia, Sección 10.ª, de 30 de octubre de 2003; SAP Castellón, de 3 de julio de 2001).

– Los gastos de guardería previsible (SAP Baleares, Sección 4.ª, de 31 de julio de 2012; SAP Valencia, Sección 10.ª, de 27 de junio de 2011; AAP Cádiz, Sección 5.ª, de 26 de enero de 2010; SAP Barcelona, de 2 de marzo de 2010; SAP León, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010 y SAP Cádiz, Sección 5.ª, de 29 de julio de 2007). Cuando supongan un desembolso excesivo en relación a la pensión de alimentos fijada, se debe acudir a la modificación de medidas (SAP Madrid, de 22 de abril de 2010, SAP Baleares, de 1 de febrero de 2010 y SAP Barcelona, de 13 de mayo de 2007).

– Las cuotas de la asociación de padres, vestuario, uniforme y ropa deportiva para las actividades de esta índole dentro de la enseñanza reglada (AAP Barcelona, Sección 12.ª, de 5 de diciembre de 2017; SAP Madrid, Sección 22.ª, de 14 de julio de 2015; SAP Córdoba, Sección 2.ª, de 27 de junio de 2013; SAP Burgos, Sección 2.ª, de 9 de marzo de 2010).

– La formación profesional del hijo (libros, material para realizarlo y transportes) y los cursos de idiomas o clases particulares previsible y periódicas; se consideran ordinarios si los progenitores durante la convivencia acor-

³⁷ PÉREZ MARTÍN, J., *Tratado de derecho de familia: La ejecución de las resoluciones dictadas en procedimientos matrimoniales*, T. IV, Valladolid, Lex Nova, 3.ª ed., 2013, pp., 500 y ss.

³⁸ ROJ SAPA 2680/2018 –ECLI: ES: APA: 2018:2680.

BREVES CONSIDERACIONES DE LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS DE LOS... ■

daron que dichos gastos formaran parte de la formación integral de sus hijos, siempre que se mantenga el nivel económico que existía antes de la separación o si los mismos se producían en el momento de la ruptura matrimonial o de la pareja. (AAP Barcelona, Sección 12.ª, de 5 de diciembre de 2017; SAP Córdoba, Sección 1.ª, de 9 de octubre de 2014; SAP Sevilla, Sección 2.ª, de 30 de diciembre de 2013; AAP Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 3 de noviembre de 2009).

– Los gastos por transporte y comedor escolares (SAP Pontevedra, Sección 6.ª, de 30 de junio de 2015; SAP Madrid, Sección 22.ª, de 14 de julio de 2015; AAP Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 3 de noviembre de 2009 y AAP Madrid, Sección 22.ª, de 11 de octubre de 2002 y de 19 de julio de 2003).

– Los desplazamientos del menor o del progenitor, para cumplir el régimen de relación (SAP Sevilla, Sección 2.ª, de 29 de octubre de 2004). No obstante, cuando estos desplazamientos son especialmente largos, complicados y costosos, con frecuencia son objeto de tratamiento especial tanto en los convenios como en las resoluciones judiciales, expresando quién y en qué proporción han de pagarse.

– Las actividades y clases extraescolares, si ya tenían lugar cuando se pactó o estableció la pensión o en tal momento era previsible su devengo (SAP Madrid, sección 22, de 14 de julio de 2015; AAP Madrid, Sección 22.ª, de 23 de mayo de 2008).

– Gasto por el salario de cuidadora del menor se excluye como gasto extraordinario al ser previsible y periódico sin que pueda reputarse indeterminado, inespecífico y de cuantía indeterminada (SAP Guadalajara, Sección 1.ª, de 28 octubre de 2014).

– Gastos nutricionales, vestido, calzado, higiene, ocio, medicinas en lo que no constituyan un gasto extraordinario y no venga cubierto por el sistema sanitario público de la Seguridad Social, alojamiento, suministros, consumos y demás de mantenimiento de la vivienda que se ocupe, si bien éstos a prorratea y en promedio del número de moradores, se consideran gastos ordinarios y se abonan con cargo a la pensión ordinaria y periódica (SAP Madrid, Sección 22, de 14 de julio de 2015).

– Los Gastos anuales de comienzo del curso escolar (matrículas, libros, material escolar y ropa o uniforme) han provocado reiteradas dudas a los padres al inicio del curso escolar, siendo resueltas definitivamente por el TS en Sentencia de fecha 15 de octubre de 2014, de la Sala Primera, ha establecido que *«los gastos causados al comienzo del curso escolar de cada año son gastos ordinarios en cuanto son gastos necesarios para la educación de los hijos, incluidos, por lo tanto, en el concepto legal de alimentos. Sin esos gastos los hijos no comenzarían cada año su educación e instrucción en los colegios. Y*

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

porque se producen cada año son, como los demás gastos propios de los alimentos, periódico (lo periódico no es solo lo mensual) y, por lo tanto, previsibles en sí y aproximadamente en el cuánto».

2. *La consecuencia es obvia: son gastos que deben ser tenidos en cuenta cuando se fija la pensión alimenticia esto es, la cantidad que cada mes el cónyuge no custodio debe entregar al cónyuge custodio como contribución al pago de los alimentos de los hijos comunes...*

3. *Establecido lo anterior, son gastos extraordinarios los que reúnen características bien diferentes a las propias de los gastos ordinarios. Son imprevisibles, no se sabe si se producirán ni cuándo lo harán, y, en consecuencia, no son periódicos».*

Posteriormente, el Tribunal Supremo en sentencias tales como STS 500/2017, 13 de septiembre o 557/2016, de 21 de setiembre, ha reiterado su doctrina de clasificar los gastos escolares originados al comienzo de curso como gastos ordinarios e integrados en la pensión de alimentos.

Son gastos extraordinarios:

– La inscripción del hijo en un colegio privado por uno solo de los progenitores, cuando el otro no expresa su disconformidad (SAP Barcelona, Sección 12.^a, de 14 de julio de 2007 y AAP Granada, Sección 3.^a, de 28 de abril de 2003).

Si los progenitores en el momento de fijar la pensión optan porque el hijo acuda a un colegio privado, la posterior ruptura matrimonial o de pareja no afecta a esa decisión y el gasto se considera ordinario, al igual ocurre si el hijo acudiera por decisión consensuada a un colegio privado con anterioridad a la separación. En cambio, si la decisión es tomada por uno solo de los progenitores posteriormente a la separación, éste debe asumir su coste en exclusiva siempre que el otro haya mostrado su disconformidad; si después de la separación ambos deciden que el menor curse estudios en un centro privado dicho gasto será extraordinario.

– Las clases de repaso o apoyo si se revelan necesarios o indispensables para el desarrollo integral del menor o convenientes, a la vista del expediente académico del hijo, motivadas por un deficiente rendimiento escolar (SAP Barcelona, de 11 de febrero de 2016; SAP Córdoba, Sección 1.^a, de fecha 9 de octubre de 2014; SAP Sevilla, Sección 2.^a, de fecha 30 de diciembre de 2013).

– Las actividades extraescolares si se revelan necesarios o indispensables para el desarrollo integral del menor (SAP León, Sección 2.^a, de 17 de diciembre de 2010; AAP Valencia, Sección 10.^a, de 24 de junio de 2010; SAP Alicante, Sección 4.^a, de 16 de marzo de 2010; AAP Madrid, Sección 22.^a,

BREVES CONSIDERACIONES DE LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS DE LOS... ■

de 30 de junio de 2008; SAP Ciudad Real, Sección 1.^a, de 4 de julio de 2003). Debe de probarse que son imprescindibles para la instrucción y educación o salud de los hijos, y que han surgido sin haber sido previstos, pues de lo contrario la parte que decida el gasto tendrá que asumir el mismo si no cuenta con la conformidad del otro progenitor ni con la previa autorización judicial del gasto (SAP Huelva, Sección 2.^a, de 17 de octubre de 2014).

– Los gastos médicos, terapéuticos o farmacéuticos que necesite el hijo y no estén cubiertos por la Seguridad social (AAP Barcelona, Sección 12.^a, de 5 de diciembre de 2017; SAP Valencia, Sección 10.^a, de 14 marzo de 2016; AAP Almería, Sección 3.^a, de 15 de noviembre de 2007; AAP Madrid, Sección 22.^a, de 13 de noviembre de 2001; AAP Barcelona, Sección 12.^a, de 12 de enero de 2000). En este tipo de gastos cada vez más frecuentes se incluyen: psicólogos, logopedas, osteópatas, fisioterapeutas, etc. Se incluyen también los gastos necesarios para el cuidado de la salud e higiene bucal y ortodoncia (AAP Madrid, Sección 22.^a, de 19 de octubre de 2010; AAP Barcelona, Sección 12.^a, de 20 de noviembre de 2008; AAP Madrid, Sección 22.^a, de 20 de noviembre de 2001).

– Los tratamientos terapéuticos, no cubiertos por la Seguridad social que se estimen necesarios para la recuperación (SAP Barcelona, Sección 12.^a, de 20 de noviembre de 2008).

– La adquisición de gafas, no cubierta por la Seguridad social (AAP Barcelona, Sección 12.^a, de 5 de diciembre de 2017; SAP Valencia, Sección 10.^a, de 14 de marzo de 2016; SAP Asturias, de 30 de mayo de 2005 y SAP Madrid, Sección 24.^a, de 26 de septiembre de 2002). Así como el gasto de lentillas y solución para su limpieza (AAP Valencia, Sección 10.^a, de 9 de noviembre de 2016).

– Los viajes de estudios cuando se estiman aconsejables y necesarios, por estar realizados por todo el curso y ser de difícil explicación no hacerlo por diferencias entre cónyuges, y son imprevisibles porque no tienen lugar en todos los centros ni en todos los cursos (SAP Valencia, Sección 10.^a, de 6 de mayo de 2010).

– La formación universitaria, cursos en el extranjero, oposiciones, máster en el extranjero, doctorados, y otras similares merecen el calificativo de ordinarios según las circunstancias. El gasto puede ser ordinario si el hijo ya cursaba estudios superiores o preparaba oposiciones o bien estaba ya programada esta parte de formación y era previsible cuando los progenitores se separaron. En caso contrario, se puede considerar gasto extraordinario sobrevenido e imprevisto. En especial, se exige un nivel mínimo de mérito, concienciación o esfuerzo por parte del alimentista requerido por el art. 142 CC para conservar el derecho a los alimentos en el mayor de edad, que en la actualidad es quien, salvo casos excepcionales ha de atender a esta formación. La capacidad para

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

esos estudios y la voluntad del alimentista son relevantes para considerarlos necesarios, así como el posterior comportamiento dentro del período de formación, determinantes de la conservación o pérdida del derecho. El alumno universitario que suspenda sistemáticamente sus cursos o sus asignaturas, o que no acuda a sus clases, podrá ver que el concepto se excluye de los cubiertos por el derecho de alimentos. La capacidad económica familiar puede llevar a calificar el gasto de habitual y normal o de excepcional y gravoso.

Concretar que el gasto de Universidad privada se considera gasto extraordinario cuando su coste rebasa los gastos que se podían considerar normales dentro del nivel económico familiar, no pudiendo imponerse al progenitor no custodio el pago de la Universidad privada del hijo (SAP Barcelona, Sección 18.^a, de 12 de noviembre de 2018).

– El gasto de obtención del carné de conducir ha sido considerado en la actualidad necesario para la inserción al mercado laboral y, por tanto, extraordinario, si bien dentro de los límites de la capacidad económica de la familia y en función de la destreza y dedicación del hijo para conseguirlo (SAP Alicante, Sección 4.^a, de 16 de setiembre de 2014; SAP Cáceres, de 27 de setiembre de 2011; SAP Albacete, de 23 de diciembre de 2011; SAP Valencia, de 29 de setiembre de 2011; AAP Valencia, Sección 10.^a, de 28 de febrero de 2011).

– El gasto de las clases y material para el aprendizaje del inglés ha sido considerado extraordinario «*como consecuencia de las carencias o déficit del sistema educativo, es lógico y normal que los padres complementen la formación de sus hijos apuntándoles a una actividad extraescolar consistente en el afianzamiento de un idioma extranjero-generalmente inglés- y es justo que dicho gasto se comparta entre ambos progenitores por no obedecer al capricho sino al interés del menor y a la necesidad de conocimiento del idioma en una sociedad cada vez más competitiva*» (AAP Valencia, Sección 10.^a, de 24 de junio de 2010).

– Gastos de bautizo y Primera Comunión consecuencia de numerosos desencuentros entre los progenitores, se suelen considerar como extraordinarios dado su carácter único e irrepetible, correspondiendo su cobertura a ambos progenitores al 50 % respecto de los gastos de vestido y demás complementos, no así los gastos del banquete que suele organizarse por separado por cada progenitor (SAP Granada, de 21 de setiembre de 2007 y SAP Sevilla, de 4 de marzo de 2011), o abonar cada progenitor los cubiertos de sus respectivos invitados (SAP Alicante, Sección 6.^a, de 12 de junio de 2015; SAP Alicante, Sección 4.^a, de 16 de setiembre de 2014).

BREVES CONSIDERACIONES DE LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS DE LOS... ■

III.7 Determinación en la contribución de los gastos ordinarios y extraordinarios

Nuestro Código civil, en su artículo 145 dispone que *«Cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo»*. En el mismo sentido, el artículo 146 CC establece que *«La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe»*, y el art. 147 CC: *«Los alimentos, en los casos a que se refiere el artículo anterior, se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos»*.

En esta línea, la Sentencia de la AP Madrid, Sección 22.^a, de 3 de febrero de 2015 añade que *«Para determinar la contribución a los alimentos del padre, progenitor que no convive con la hija, se han de tomar como referencias en los supuestos de crisis familiares, los ingresos de cada uno de los padres, y las necesidades de la menor, ello permite fijar la proporcionalidad de la cuantía, y en atención a lo dispuesto en los artículos 142, 144, 146 y 147 del Código Civil, porque la pensión alimenticia tiene que ser proporcionada al caudal y medios de quién los da no solo por sus ingresos, sino también, y esto es importante por la posibilidad real de obtenerlos, y a las necesidades de quién los recibe, así como la acomodación de la prestación económica a las necesidades efectivas de la hija (art 93 CC), según los usos y las circunstancias de la familia, los recursos y disponibilidades del guardador (art. 93, 145.1), teniendo en cuenta también la contribución de quien ejerce la custodia y la atribución del uso de la vivienda familiar, habiendo añadido la jurisprudencia que las exigencias impuestas por la solidaridad familiar no deben implicar un olvido de las propias necesidades del alimentistas determinadas por su personal situación (STS de 9 de octubre de 1981 y 1 de febrero de 1982), como viene recogiendo la jurisprudencia de esta Sala en diversas Sentencias, entre otras 30 de junio de 2008»*.

Por regla general, respecto de la medida de contribución de los progenitores a las cargas familiares y alimentos de los hijos, se viene estableciendo en los convenios reguladores o en las sentencias, la fórmula genérica de fijar una contribución a los alimentos en general (pensión de alimentos) en proporción al caudal de quien los da y a las necesidades de quien los recibe³⁹, y una con-

³⁹ VELILLA ANTOLÍN, N., «La obligación de pago de los gastos extraordinarios: Concepto, decisión en su acometida, efectos de la negativa y proporción de contribución de cada progenitor», *Asociación de*

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

tribución de los padres a los gastos extraordinarios de los hijos por mitad o 50%⁴⁰. Este porcentaje puede variar en aplicación a los gastos extraordinarios de la regla de la proporcionalidad entre el caudal y medios económicos de uno y otro progenitor y las necesidades efectivas del alimentista, tenida asimismo en cuenta para fijar la pensión de alimentos ordinarios, como señalan Sentencia del TS de 11 de marzo de 2010; SAP Madrid, Sección 22.^a, de fecha 16 de setiembre de 2011 que fija un porcentaje de contribución a los gastos extraordinarios del 70% para el padre y del 30% restante para la madre⁴¹; SAP Asturias, Sección 7.^a, de fecha 20 de abril de 2017, fija la contribución del 60% para el padre y para la madre en el resto; entre otras.

Se debe de aplicar a los gastos extraordinarios la regla de la proporcionalidad que se tiene en cuenta cuando se fija la pensión de alimentos ordinarios y así, viene recogido en la Sentencia citada de la AP de Madrid, Sección 22.^a de fecha 16 de setiembre de 2011 argumentado en su fundamento de derecho tercero que *«La desigual capacidad económica, según lo expuesto, de uno y otro litigante, habilita la posibilidad, conforme a las previsiones de los citados artículos 93, 145 y 146 del Código Civil, de sancionar judicialmente, al igual que acaece con la pensión alimenticia mensual, una aportación distinta de cada progenitor en orden a la cobertura de las referidas necesidades de carácter extraordinario»*.

En la práctica judicial, es habitual fijar una contribución para ambos progenitores por mitad para costear los gastos extraordinarios que, en la mayoría de los casos, ni siquiera es discutida por los profesionales del derecho, a mi juicio, podría ser considerada como una vulneración expresa del art. 145 del CC, dado que inaplica la regla de la proporcionalidad a los medios económicos de quienes deban abonarlos, conculcándose lo dispuesto en el citado precepto *«la obligación de dar alimentos se repartirá entre los progenitores en cantidad proporcional a sus medios económicos»*, habiendo llegado, incluso, a fijarse cuando alguno de los padres carece de ingresos propios o los mismos son

Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria, julio 2016, p. 9.

⁴⁰ Así, respecto de los gastos extraordinarios este criterio viene recogido en la Sentencia de la AP Alicante, Sección 4, de fecha 31 de octubre de 2013, la Ley 205513/2013, que dispone *«...ambos deberán contribuir por mitad al pago de los gastos extraordinarios»*; Sentencia de la AP Madrid, Sección 22.^a, de 29 de junio 2010, SAP Madrid, Sección 22.^a, de 3 de febrero de 2015, entre otras.

⁴¹ *«Los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de los hijos, entendiendo por tales los que tengan carácter excepcional y no sean previsibles, como gastos de enfermedad, prótesis ópticas o dentales, o cualquier otro gasto sanitario no cubierto por el Sistema Público de Salud de la Seguridad Social, serán sufragados por ambos progenitores en proporción del 70 por 100 el padre y el 30 por 100 restante la madre siempre que medie previa consulta (salvo supuestos excepcionales urgentes de carácter médico en que ello no sea posible) al progenitor no custodio sobre la procedencia del gasto y acuerdo de ambos, o en su defecto, autorización judicial»*.

BREVES CONSIDERACIONES DE LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS DE LOS... ■

escasos y cubren gastos mínimos de subsistencia. Ahondando en este estudio, el establecimiento de un porcentaje de abono de los gastos extraordinarios debería ser el resultado del análisis pormenorizado de los ingresos y cargas de cada uno de los progenitores llegando a establecerse un porcentaje resultado de calcular la proporción en la que cada progenitor ha contribuido a la economía familiar hasta el momento de la ruptura⁴².

⁴² VELILLA ANTOLÍN, N., *ob. cit.*, p. 10.

