



A S O C I A C I O N
DE JUEGES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA



BOLETÍN DIGITAL
NÚMERO ESPECIAL
MONOGRÁFICO
DERECHO FAMILIA

Nº 4 JULIO 2016

EDICIÓN: AJFV

MAQUETADO Y
DISTRIBUCIÓN:
Secretaría AJFV

DIRECCIÓN:
COMITÉ NACIONAL

COORDINACIÓN:
Natalia Velilla Antolín



LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS: CONCEPTO, DECISIÓN EN SU ACOMETIDA, EFECTOS DE LA NEGATIVA Y PROPORCIÓN DE CONTRIBUCIÓN DE CADA PROGENITOR

Natalia Velilla Antolín
Magistrada-Juez
Juzgado de Primera Instancia nº 5
Torrejón de Ardoz
Julio 2016

LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS: CONCEPTO, DECISIÓN EN SU ACOMETIDA, EFECTOS DE LA NEGATIVA Y PROPORCIÓN DE CONTRIBUCIÓN DE CADA PROGENITOR

1.- CONCEPTO DE GASTO EXTRAORDINARIO

La Sala Primera del Tribunal Supremo, en Sentencia de 15 de octubre de 2014, ha definido los gastos extraordinarios como 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»*.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24^a) de fecha 20 de julio de 2011 establece que son gastos extraordinarios *«(...) aquellos destinados a la satisfacción de las **necesidades** de los hijos que **siendo de naturaleza alimenticia** son **imprevisibles** y **no periódicas** sino que 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»*. En el mismo sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22^a) de 6 de mayo de 2011, entiende que no son gastos extraordinarios aquellos que no son excepcionales, imprevisibles, sino que antes bien son periódicos y absolutamente previsibles, recalcando la necesidad de que, los que sí son considerados gastos extraordinarios, deben ser abonados por mitad y deberán contar con el acuerdo de ambos progenitores *«(...) en lo que se refiera a gastos necesarios y urgentes, afectantes a la salud de los hijos, en relación a los gastos de odontólogo, en el 50%, los que se consideran justificados no obstante la falta de consentimiento o conocimiento del apelado al respecto, si bien y para el futuro, y en lo que se refiere a tratamientos de*

larga duración, a falta de consentimiento o conocimiento del apelado, por cualquier razón, deberá la ejecutante recabar la autorización judicial».

Si bien es cierto que ni la doctrina ni la jurisprudencia se han puesto de acuerdo para determinar cuál deba ser el alcance y extensión de los gastos extraordinarios, sí se puede afirmar que, tras la inferencia que resulta de la lectura de numerosas sentencias de diferentes órganos judiciales unipersonales y colegiados así como de textos docentes y doctrinales, (entre ellas, las sentencias anteriores así como la STS de 11 de marzo de 2010, la SAP Madrid de 8 de abril de 2010 o la SAP Cáceres de 11 de febrero de 2010, por poner un ejemplo) son varias las notas características que definen la naturaleza de los gastos extraordinarios:

a) Los gastos extraordinarios son excepcionales: es decir, no son habituales ni ordinarios, sino que se devengan de forma inusitada o insólita.

b) Los gastos extraordinarios son imprevisibles, de suerte que no pueden anticiparse ni provisionarse ante la eventualidad de su producción.

c) Los gastos extraordinarios son necesarios, porque tienen naturaleza alimenticia y, por tanto, deben ser englobados dentro del genérico concepto de gastos de alimentos a que hace referencia el artículo 142 CC. Esto no quiere decir que sean siempre imprescindibles (v.gr.: silla de ruedas; elementos ortopédicos; asistencia por terceras personas en caso de enfermedad...etc.), sino que también pueden ser accesorios (v.gr.: operaciones quirúrgicas cubiertas por la seguridad social que, sin embargo, se practica en centros privados) o, simplemente, pueden ser complementarios (viajes de estudios al extranjero; clases particulares...etc.).

d) Los gastos extraordinarios son adecuados a la capacidad económica de ambos progenitores, lo que significa que únicamente pueden ser considerados tales aquellos gastos que, de haber convivido la pareja, los habrían acometido igualmente, dada su capacidad económica, sus prioridades y las costumbres familiares, debiendo quedar fuera de este concepto aquellos gastos que, pese a su naturaleza alimenticia y necesarios a priori, no guardan proporción con la capacidad económica de la familia. En este sentido, se puede aludir al ejemplo antedicho de operaciones quirúrgicas que, aún cubiertas por la Seguridad Social, la familia decide practicar en un centro privado por razones de estatus económico y/o social.

e) Los gastos extraordinarios no se encuentran cubiertos por los alimentos o gastos ordinarios, en cuanto a que, pese a ser alimentos, dada su imprevisibilidad y excepcionalidad, no pueden ser considerados como gastos corrientes alimenticios de los hijos y, por tanto, al margen de la pensión de alimentos que el progenitor obligado al pago abona mensualmente en beneficio de los hijos comunes de la pareja.

En este sentido, es necesario mencionar la SAP de Jaén, Sección 1ª, de 27 de junio de 2014, que establece que *«Como en reiteradas resoluciones de la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, antes especializada en materia matrimonial, ha dicho, es necesario recordar que los alimentos de los hijos se rigen por el criterio de la necesidad (el artículo 142 del Código Civil utiliza la expresión "indispensable"), de modo que los gastos que hayan de acometerse bajo este concepto encuentran su contrapunto en los que tienen el carácter de superfluos, y así el hijo no podrá exigir a los padres sino solo los que se califiquen como necesarios, atendiendo las circunstancias que concurran conforme a lo que disponen los artículos 93, 146 y 147 y 158 del código sustantivo. Por tanto la distinción entre ordinarios y extraordinarios es inútil a los efectos de delimitar la obligación, pues sólo hay gastos necesarios, aunque dentro de éstos serán las circunstancias las que determinaran en cada caso los concretos gastos que tienen tal carácter.*

*»No obstante lo dicho, la distinción de tales conceptos se hace en función de la distribución de las facultades de la patria potestad a que aboca la crisis matrimonial y, fundamentalmente, de las funciones de guarda y custodia, que implican el atender a las necesidades diarias o urgentes de los hijos, y por ello que tradicionalmente en la doctrina y en la jurisprudencia, **se hayan considerado como gastos ordinarios los repetitivos, habituales o diarios, en tanto que gastos extraordinarios son los gastos necesarios que surgen de manera aislada, esporádica o poco habitual.***

»Centrado así pues el objeto del debate y para su resolución, habremos de partir como ya poníamos de manifiesto en sentencia de 17-1-14, que como resalta entre otras muchas, la SAP de Pontevedra, Secc. 6ª de 22-11-13 o la SAP de Alicante, Secc. 4ª de 31-10-13, la pensión alimenticia cubre exclusivamente las necesidades básicas, ordinarias y normales de los hijos señaladas en el artículo 142 en relación con el 154 Cc, esto es, todo aquello que es preciso para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción y, en definitiva,

formación integral, todo ello entendido conforme al "status" familiar, de modo 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 pueden ser costeados por uno solo de los progenitores sin desequilibrar en su perjuicio la equivalencia de sus respectivas contribuciones (personal y económica)».

Por tanto, cabe concluir en un primer estrato de análisis, que los alimentos de los hijos pueden ser ordinarios o extraordinarios, cuyas características y diferencias se recogen en el siguiente cuadro-resumen:

	G. ORDINARIOS	G. EXTRAORDINARIOS
TIEMPO	Repetitivos	Excepcionales, raros
PREVISION	Previsibles	Imprevisibles
NTZA.	Alimenticia	Alimenticia
NECESIDAD	Necesarios	Necesarios
DEVENGO	Periódico	No periódico

No obstante lo anterior, ha de ponerse de manifiesto que el concepto de gasto extraordinario expuesto, debe ser aplicado en caso de conflicto **en defecto de pacto entre los progenitores**. Con esto quiero decir que, en la práctica, muchos convenios reguladores establecen lo que las partes consideran gastos extraordinarios, exponiendo de forma más o menos exhaustiva, aquellos gastos que los progenitores reputan extraordinarios, a los efectos de considerarlos voluntariamente excluidos de la pensión de alimentos. Es habitual que dicha enumeración recoja gastos que, según el concepto anteriormente expuesto, no deberían ser considerados “gastos extraordinarios”, sino gastos ordinarios de alimentos. En este caso, la voluntad de los progenitores debe prevalecer sobre el concepto doctrinal o jurisprudencial, por cuanto nos hallamos ante un pacto libremente consensuado y que no perjudica los intereses del menor sino que se trata de un contrato según el cual los progenitores han decidido abonar los alimentos de forma diferente a la ordinariamente pactada. Así, cuando se establece en el convenio una cantidad fija en concepto de alimentos a pagar de forma mensual en la cuenta corriente del progenitor custodio y, paralelamente, se establece una obligación de pago proporcional de los que el convenio denomina “gastos extraordinarios” en el momento de su devengo (no mensualmente), si

dichos “gastos extraordinarios” en realidad son gastos de alimentos (v.gr.: uniformes, libros o material escolar), habrá de estarse a lo querido por las partes, sin que el progenitor no custodio o el obligado al pago de los alimentos pueda oponer en un incidente posterior de declaración de gastos extraordinarios, que tales gastos son alimenticios y, por tanto, no estaría obligado a pagar una parte proporcional de los mismos, porque acoger dicha oposición vulneraría el principio de respeto a la voluntad de las partes y supondría permitir que el obligado al pago vaya contra sus propios actos.

Una cuestión relevante relacionada con la naturaleza alimenticia de los gastos extraordinarios es el hecho de que no tienen carácter dispositivo y son irrenunciables. El establecimiento de la proporción en la que deban ser abonados los gastos extraordinarios ha de ser establecida por el juez siempre, incluso de oficio, aunque las partes no lo hayan solicitado en la demanda o contestación o no lo hayan recogido en el Convenio Regulador suscrito por ambas (SAP Asturias, Sección 5ª, de 18 de marzo de 2009 y 23 de mayo de 2006; SAP Valencia, Sección 10ª, de 27 de enero y de 2 de febrero de 2005; SAP Madrid, Sección 22ª, de 4 de febrero de 2003; SAP Baleares, Sección 3ª, de 7 de marzo de 2006; SAP Barcelona, Sección 12ª, de 9 de junio de 2005).

Finalmente hay que añadir que, en caso de discrepancia entre los padres acerca de la naturaleza de un determinado gasto, su condición de extraordinario debe ser determinada por el Juez, siguiendo el procedimiento previo a la ejecución, que ha establecido la reforma del artículo 776 LEC por Ley 13/2009, a la que haré referencia en un apartado posterior.

2.- EJEMPLOS JURISPRUDENCIALES DE GASTOS EXTRAORDINARIOS

A continuación se van a enumerar de forma ejemplificativa algunos de los gastos que con más asiduidad son objeto de reclamación en nuestros tribunales y las diversas respuestas dadas por las Audiencias, si bien hay que manifestar que no hay fórmulas unánimes y algunos de los gastos enumerados reciben distinto tratamiento según el órgano judicial que resuelve en cada caso.

Son ordinarios:

-Los gastos por **enseñanza obligatoria, primaria y secundaria, cuotas de colegio y matrícula, o material escolar: previsible y periódico**. (SAP León, Sección 2ª, de 17 de diciembre de 2010; SAP Alicante, Sección 4ª, de de 13 de mayo de 2008 y de 16 de marzo de 2010; SAP Castellón, de 3 de julio de 2001; SAP Palencia de 2 de mayo de 2003; SAP Valencia, Sección 10ª, de 30 de octubre de 2003; SAP Madrid, Sección 24ª, de 4 de junio de 2004).

-Los **gastos de guardería** (SAP León, Sección 2ª, de 17 de diciembre de 2010, y Sección 4ª de 16 de marzo de 2010; y SAP Cádiz, Sección 5ª, de 29 de julio 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 (SAP Burgos, Sección 2ª, de 9 de marzo de 2010 Burgos).

-La **formación profesional** del hijo (libros, material para realizarlo y transportes) y los **cursos de idiomas o clases particulares** previsibles y periódicas (AAP Guipúzcoa, Sección 3ª, de 3 de noviembre de 2009).

-Los gastos por **transporte y comedor escolares** (AAP Guipúzcoa, Sección 3ª, de 3 de noviembre de 2009; y AAP Madrid, Sección 22ª, 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 2ª, 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 quien y en qué proporción han de pagarse.

-Las **actividades extraescolares**, si ya tenían lugar cuando se pactó o estableció la pensión o en tal momento era previsible su devengo (AAP Madrid, Sección 22ª, de 23 de mayo de 2008).

Son extraordinarios:

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

-Las **clases de repaso o apoyo** si existe necesidad o conveniencia de tales clases, a la vista del expediente académico del hijo.

-Las **actividades extraescolares si se revelan necesarias o indispensables** para el desarrollo integral del menor (SAP León, Sección 2ª, de 17 de diciembre de 2010; SAP de Alicante, Sección 4ª, de 16 de marzo de 2010; AAP Madrid, Sección 22ª, de 30 de junio de 2008; SAP de Ciudad Real, Sección 1ª, de 4 de julio de 2003; AAP Valencia, Sección 10ª, de 24 de junio de 2010).

-Los **gastos médicos, terapéuticos o farmacéuticos** que necesite el hijo y no estén cubiertos por la Seguridad social (AAP Barcelona, Sección 12ª, de 12 de enero de 2000; AAP Almería, Sección 3ª, de 15 de noviembre de 2007; AAP Madrid, Sección 22ª, de 13 de noviembre de 2001). Este tipo de gastos cada vez es más frecuente en nuestra sociedad: psicólogos, logopedas, osteópatas, fisioterapeutas...etc.

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

-Los producidos por el **cuidado de la salud e higiene bucal y ortodoncia** (AAP Madrid, Sección 22ª, de 19 de octubre de 2010; AAP Barcelona, Sección 12ª, de 20 de noviembre de 2008; AAP Madrid, Sección 22ª, de 20 de noviembre de 2001).

-La adquisición de **gafas**, no cubierta por la Seguridad social (SAP Asturias, de 30 de mayo de 2005 y SAP Madrid, Sección 24ª, de 26 de septiembre de 2002).

-Los **viajes de estudios** cuando se estiman, no sólo aconsejables, sino 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 (AAP Valencia, Sección 10ª, de 6 de mayo de 2010).

-La **formación universitaria y aún los cursos en el extranjero, oposiciones, masters en el extranjero, doctorados, y otras similares merecen el calificativo de ordinarios según las circunstancias**. En especial, exige cierto grado de mérito, concienciación o esfuerzo por parte del alimentista, que ya el art. 142 CC requiere para conservar el derecho en el mayor de edad, que en la actualidad es quien, salvo casos excepcionales ha de atender a esta formación. Hay que tener en cuenta que, aún cuando el citado art. 142

CC utilice la expresión “aún después”, que parece conferirle cierto carácter excepcional, la misma figura en la redacción originaria, cuando la mayoría se adquiría a los 23 años, cuando muchos habían finalizado su formación, cosa que hoy a los 18 raramente sucede. La capacidad y voluntad del alimentista son relevantes para estimarlos necesarios, así como el posterior comportamiento dentro de la formación, que es esencial para la conservación o pérdida del derecho. El análisis de este dato, compuesto de capacidad para esos estudios (el historial escolar será importante) y de conducta del hijo, ha de ser relevante para calificar estos estudios o prácticas como incluidos en los alimentos. Naturalmente, el posterior comportamiento dentro del periodo de formación será también esencial para la conservación o pérdida. El alumno universitario que suspenda sistemáticamente sus cursos o sus asignaturas, o que no acuda a sus lecciones o actos, podrá ver que el concepto es extraído de los cubiertos por el derecho de alimentos. No menos importante para esta calificación ha de ser la capacidad o nivel económico familiar, que puede calificar de habitual y normal este gasto, o, por el contrario, de excepcional y muy gravoso. No obstante, el gasto puede ser ordinario si el hijo ya cursaba estudios superiores o preparaba oposiciones, o bien estaba ya programada esta parte de su formación y era, pues, previsible.

-El gasto de obtención del **carné de conducir** ha sido considerado totalmente necesario en los tiempos actuales, aunque no deja de ser un gasto extraordinario (AAP Valencia, Sección 10ª, de 28 de febrero de 2011).

-El gasto de las **clases y material para el aprendizaje del inglés** ha sido considerado extraordinario, en estos tiempos (AAP Valencia, Sección 10ª, de 24 de junio de 2010).

3.- PROPORCIÓN DE CONTRIBUCIÓN DE CADA PROGENITOR

La práctica habitual lleva a los órganos judiciales a, de forma generalizada, establecer una pensión de alimentos en proporción al caudal de quien los da y a las necesidades de quien los recibe pero, en el caso de los gastos extraordinarios, alimenticios también, las sentencias condenan a los padres a abonar los mismos al 50%. Esta práctica forense en realidad está vulnerando de forma expresa lo dispuesto en el artículo 145 CC que determina que cuando la obligación del pago de alimentos recaiga en más de una persona, “*se repartirá en proporción a su caudal respectivo*”.

La práctica de los juzgados es producto de la inercia, sin que realmente nadie se cuestione, ni siquiera los propios abogados, la existencia de otras alternativas en la distribución de la contribución a los gastos extraordinarios de los hijos. Esta inercia viene además alimentada por la también práctica habitual de fijar el importe de las pensiones de forma aproximada, sin cálculos exhaustivos e, incluso, aplicando las Tablas Orientativas publicadas por el Consejo General del Poder Judicial para el cálculo de pensiones de alimentos. El establecimiento de un porcentaje de pago de los gastos extraordinarios debe ser el resultado de un análisis pormenorizado de los ingresos de uno y otro progenitor y de sus cargas, de forma que pueda establecerse un porcentaje resultado de calcular la proporción en la que cada progenitor ha contribuido a la economía familiar hasta el momento de la ruptura. La reticencia de los órganos judiciales para fijar las contribuciones tanto a las pensiones de alimentos ordinarios como a los gastos extraordinarios, responde a la dificultad de determinar en muchos casos (v.gr.: autónomos y empresarios) cuál es el verdadero porcentaje de contribución de cada progenitor a la economía familiar. No obstante, con carácter general, el cálculo de dicha proporción será relativamente sencillo de establecer, por lo que es responsabilidad de jueces y magistrados romper con esta injusta inercia que impide a cada progenitor contribuir a los alimentos de los hijos conforme a lo establecido en el artículo 145 CC

4.- DECISIÓN EN SU ACOMETIDA

Es práctica habitual que el progenitor custodio ejerza de facto la patria potestad y tome las decisiones que considere oportunas respecto del menor y luego, ante hechos consumados, se reclame al otro progenitor el importe de los gastos extraordinarios o el porcentaje que corresponda, sin haberse comunicado previamente la necesidad del gasto. La SAP de Girona, Sección 1.^a, de 10 de junio de 2011, resume con acierto lo anterior: *«Cuando a un progenitor se le atribuye la guarda y custodia de un hijo, se le da a entender que en la práctica dicho progenitor está ejerciendo las funciones habituales de la patria potestad y el otro progenitor queda relegado a un simple padre que en determinadas ocasiones puede visitar a sus hijos y si acaso a decidir sobre cuestiones más trascendentes para el hijo, cuando ello en absoluto es así, pues cuando este padre tiene a su hijo lo que hace es ejercer la*

guarda y custodia del mismo, es decir, es el momento en el que lo tiene en su compañía, le indica las pautas educativa, lo alimenta de forma efectiva y le ayuda en todas sus actividades y necesidades, en definitiva, está ejerciendo plenamente la patria potestad».

Sin embargo, la obligación de abono de determinados gastos extraordinarios debe contar con el previo consentimiento de los progenitores o en su defecto autorización judicial. La SAP de Barcelona de 29 de Abril de 2005 establece en relación a los gastos extraordinarios que para que puedan vincular en cuanto a la cobertura de gasto, se precisa el que sean acordados por acuerdo previo que conste documentado o que, en caso de discrepancia, sean decididos por la autoridad judicial con carácter previo a salvo que se den circunstancias "absolutamente urgentes, necesarias y perentorias". En relación con los gastos médicos, destaca la SAP de Madrid de 27 de Enero de 2006 que la falta de consulta al padre de diversos tratamientos realizados a la hija, impide que éste quede obligado a su abono. La SAP de Barcelona Sec. 12ª de 19 de marzo de 2004 señala que *«La sala viene exigiendo, para que pueda exigirse el pago de gastos de esta clase, que sean necesarios o que, si no lo son, sean consentidos por ambos progenitores. En este sentido el convenio regulador se refiere sólo a este último aspecto. Pero no cabe duda de que, aunque el convenio no lo diga expresamente, aquellos gastos extraordinarios que sean precisos también podrán exigirse por mitad a ambos progenitores, aunque no sean consentidos, porque lo contrario comportaría, o bien dejar sin satisfacer un gasto preciso o bien ponerlo sólo a cargo del padre o de la madre, nada de lo cual resulta admisible».*

Es importante destacar la necesidad de que el progenitor interesado en la acometida de un determinado gasto extraordinario, sea o no sea el progenitor custodio, recabe el previo consentimiento del otro progenitor. En primer lugar, por razones de índole material, al tratarse del ejercicio de la patria potestad sobre el menor que debe ser efectuado de forma conjunta por ambos progenitores. Y, en segundo lugar, de índole económica, porque el progenitor que decida unilateralmente emprender un determinado gasto, no puede posteriormente reclamar el pago al otro progenitor si este no tuvo oportunidad de opinar o de proponer alternativas de gasto más adecuadas o menos gravosas para la economía familiar. Aunque esta cuestión se tratará en un punto aparte, los gastos extraordinarios y su reclamación son el principal problema de las ejecuciones forzosas de títulos de familia, junto con las

reclamaciones por impago de pensiones alimenticias. Como ha tenido ocasión de señalar reiteradamente la doctrina, los gastos extraordinarios -tanto en los casos en los que no exista enumeración detallada en la sentencia o en el convenio regulador, como cuando su concreción no sea suficiente-, se extienden a los que se produzcan de forma imprevisible y resulten, además, necesarios. Si su devengo no es inmediato, tanto en los casos en los que expresamente se han previsto los conceptos, como en los que no lo han sido, es necesario que el progenitor que suscita la necesidad del gasto lo comunique fehacientemente al otro para que éste pueda consentir expresamente -también de forma fehaciente-, o pueda asentir a la misma dejando transcurrir un tiempo prudencial para contestar u oponerse (consentimiento tácito). Debe entenderse que si se trata de un gasto urgente, inopinado y en el que no ha sido posible dar cuenta al otro progenitor por razones de perentoriedad, una vez devengado el gasto, deberá notificarse igualmente al otro progenitor para que pueda formular su oposición. En caso de discrepancia entre los progenitores, deberá recabarse la autorización judicial en base a lo dispuesto en el artículo 156 CC.

Otras resoluciones judiciales suavizan la exigencia del consentimiento del otro progenitor, exigiendo la mera “comunicación”. Así, la SAP Barcelona, Sección 12ª, de 26 enero 2012 señala que *«La Sala introduce de oficio el pronunciamiento sobre los gastos extraordinarios y declara que para su abono no se requiere el acuerdo, sino comunicación suficiente al otro progenitor, lo que no es óbice para que quien los paga o pretenda pagar pueda recabar esa conformidad a priori, para evitar discusiones judiciales. Y que pueda resolverse en contra de la condición de necesarios y por ende extraordinarios. Sólo los gastos no necesarios, como los escolares (que no son extraordinarios) requieren ese acuerdo que debe incluir la proporción de pago y que, en caso de desacuerdo, puede ser suplido por la decisión judicial»*. El AAP Guipúzcoa, Sección 2ª, de 27 mayo 2011 coincide con esta aseveración al decir que *«No constituye presupuesto necesario para ser considerado gasto extraordinario que exista acuerdo previo entre los progenitores»*. Por su parte, el AAP Barcelona, Sección 12ª, de 29 septiembre 2011 pone de relieve que *«No poner en conocimiento del padre la existencia de un gasto extraordinario no le libera de la obligación de su participación en el pago, pues tras la demanda ejecutiva ha conocido de su existencia al presentarse la prescripción médica y facturación de tales dispendios. El ejecutado puede efectuar su protesta de la tardía notificación de los*

gastos, pues pudo haberlos satisfecho sin necesidad de acudir al proceso de ejecución, pero una vez conocidos pudo también mostrar su conformidad con ellos, solicitando la no imposición de costas en la ejecución».

En mi opinión, la anterior jurisprudencia ha de interpretarse en el sentido de entender que el consentimiento de ambos progenitores no caracteriza al gasto como “extraordinario”, esto es, no es presupuesto para la calificación del gasto como tal, de tal forma que el gasto es extraordinario o no, con independencia de si han consentido ambos progenitores o no.

La distinción entre “consentimiento” y “conocimiento” es más formal que real. Partiendo de la base de que los gastos extraordinarios son gastos necesarios y alimenticios, la negativa injustificada del progenitor requerido para que consienta, no puede impedir que dicho gasto sea acometido. Pero tampoco podemos interpretar que, al tratarse de un gasto necesario y alimenticio, el gasto efectuado por uno de los progenitores sin el consentimiento ni el conocimiento del otro legitime al progenitor que ha actuado por su cuenta para que reclame su parte al otro. Así lo entiende la SAP Barcelona, Sección 12^a, de 9 julio 2009 juzga que los gastos extraordinarios *«entendidos rectamente como aquellos que son necesarios, no periódicos e imprevisibles (como gastos médicos, odontológicos, etc., no incluidos en la Seguridad Social o Seguro privado), no requieren acuerdo, por su condición de necesarios, sino comunicación suficiente al otro progenitor, y deben costearse por mitad, salvo razones especiales que determinen otra distribución (...). Sólo los gastos no necesarios, como los extraescolares (que no son extraordinarios) requieren este acuerdo, que debe incluir la proporción de pago y que en caso de desacuerdo, puede ser suplido por decisión judicial».*

Los órganos judiciales no han dado una respuesta única a la controversia. Algunos juzgados deniegan la solicitud de que se condene al progenitor a que abone su parte en los gastos extraordinarios cuando estos se han acometido sin consentimiento ni conocimiento del progenitor reclamado, sobre la base de que el solicitante ha ejercido la patria potestad de forma exclusiva, obviando la opinión del otro progenitor. Otros órganos judiciales examinan la conveniencia y necesidad del gasto y, si este debió efectuarse, hubiera o no consentido el otro progenitor, este deberá abonar su parte proporcional.

Pese a que lo deseable y a lo que hay que tender es a exigir a los progenitores que consulten al otro progenitor todo aquello que pueda afectar a los menores, salvo aquello que, por su urgencia y características, deba ser decidido sin previa consulta, o, al menos, ha de exigirse una comunicación previa de que dicho gasto se va a acometer, lo cierto es que, en la práctica, muchas parejas tienen rota toda vía de comunicación, por lo que el progenitor custodio generalmente toma decisiones de forma unilateral en este tema. Aplicar rigurosamente el artículo 156 CC, llevaría en ocasiones a situaciones injustas en las que el progenitor no custodio, al socaire de la falta de información o consulta, pueda negarse a pagar gastos que son necesarios e imprescindibles para el menor pero que, por su naturaleza y características, no pueden ser englobados en la pensión alimenticia periódica mensual. Por ello, en mi opinión, pueden adoptarse soluciones intermedias según las cuales el progenitor que no fue consultado, podrá oponerse al pago de la cantidad exigida cuando demuestre que el gasto era desproporcionado y que con un menor gasto las necesidades del hijo se podrían igualmente haber satisfecho. En ese caso el juez podrá condenar al progenitor al pago de la parte proporcional que pudieron haber pagado de haberse consensuado el gasto, debiendo asumir el progenitor custodio el exceso de gasto derivado de su mala gestión o de su conveniencia.

Tampoco debe pasarse por alto la cuestión relativa a la prestación del consentimiento, que puede ser tácita. Le ha reconocido este carácter el AAP Madrid, Sección 22^a, de 13 diciembre 2002 por a la asistencia del hijo en años anteriores a clases de refuerzo. También la SAP Málaga, Sección 6^a, de 24 enero 2006 considera consentidos los gastos de la Primera Comunión del hijo, ya que el padre lo consintió que la menor se educara en la religión católica, recibió el sacramento del Bautismo consintió, a que su hija la recibiera.

5.- EFECTOS DE LA NEGATIVA

En este sentido, hay que distinguir entre gastos que, siendo imprevisibles, no son inmediatos y aquellos que, por su naturaleza, son inopinados y urgentes. En el primer caso, tal y como se ha dicho en el apartado anterior, el progenitor interesado en que dicho gasto sea asumido, deberá comunicar al otro progenitor la necesidad del gasto así como el importe y forma en la que dicho gasto se va a asumir. En caso de negativa, el progenitor deberá recabar el consentimiento de la autoridad judicial de forma que el juez supla el consentimiento del otro

progenitor cuando dicho gasto sea necesario e imprescindible y la negativa del progenitor solicitado injustificada. Si nos hallamos ante un gasto urgente o súbito, el progenitor que decidió unilateralmente asumir el gasto, deberá comunicar al otro progenitor dicha circunstancia y, en caso de discrepancia, formular un incidente previo de declaración de gasto extraordinario al amparo de lo establecido en el artículo 776 LEC, antes de presentar demanda ejecutiva en reclamación del pago de la parte proporcional que le corresponda al progenitor que no decidió el gasto. Esta solución también es la adoptada por la mayor parte de los progenitores que, rotas las relaciones con el padre o madre de su hijo, deciden acometer el gasto sin consentimiento ni conocimiento del otro progenitor. En este último caso, tal y como se acaba de analizar, los medios de defensa del solicitante se ven reducidos en comparación con aquel progenitor que, actuando de buena fe y a favor del hijo común, decide contar con la opinión del otro.

5.1.- SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL ANTES DE ACOMETER EL GASTO

El progenitor custodio o interesado en efectuar el gasto extraordinario, cuando este no es urgente ni inopinado, tras intentar recabar extrajudicialmente el consentimiento del otro progenitor infructuosamente, puede acudir a la vía judicial para obtener la correspondiente autorización judicial, tal y como se establece en el artículo 156 CC. El procedimiento a seguir no se diferencia del resto de incidentes de jurisdicción voluntaria de ejercicio de la patria potestad. Al tratarse de una cuestión de jurisdicción voluntaria, deberá estarse a lo establecido en el Capítulo II del Título III de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria. Presentada solicitud de jurisdicción voluntaria en materia de patria potestad, una vez admitida por el Letrado de la Administración de Justicia, éste citará a la comparecencia al solicitante, al Ministerio Fiscal, a los progenitores, guardadores o tutores cuando proceda, a la persona con capacidad modificada judicialmente, en su caso o al menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de 12 años. Si el titular de la patria potestad fuese un menor no emancipado, se citará también a sus progenitores y, a falta de éstos, a su tutor. Se podrá también acordar la citación de otros interesados. El Juez podrá acordar, de oficio o a instancia del solicitante, de los demás interesados o del Ministerio Fiscal, la práctica durante la comparecencia de las diligencias que considere oportunas. Si estas actuaciones tuvieran lugar después de la comparecencia, se dará

traslado del acta correspondiente a los interesados para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días. No será preceptiva la intervención de Abogado ni de Procurador para promover y actuar en estos expedientes y la competencia le corresponde al Juez de Primera Instancia. El incidente finalizará por Auto declarando la procedencia o no de acometer el gasto extraordinario así como la obligación de asumirlo por el demandado en caso de ser injustificada su postura, y es recurrible en apelación.

5.2.- INCIDENTE DE DECLARACIÓN DE GASTO EXTRAORDINARIO PREVIO A EJECUCIÓN DE TÍTULO JUDICIAL

Los órganos judiciales han dado respuestas diversas e imaginativas al planteamiento del Incidente previsto en el artículo 776.4 LEC, cuyo tenor literal establece, en sede de ejecución forzosa de pronunciamientos de familia, 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, 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”*. En la mayoría de las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos contenciosos de familia, no se establece qué ha de entenderse por gasto extraordinario –lo que no sucede con los convenios reguladores, mucho más expresivos en esta cuestión–, por lo que no es raro recibir demandas cuyo objeto es precisamente la determinación de si un gasto es o no es extraordinario, y, caso de serlo, la reclamación de condena al progenitor contrario para que abone el importe que le corresponde.

Los aspectos más controvertidos son cómo abrir el incidente, el ámbito del incidente, y el silencio del título ejecutivo respecto de qué ha de entenderse por gasto extraordinario (especialmente sobre la inclusión o no de los gastos derivados del inicio de curso). Lo cierto es que la sentencia o el convenio deberían realizar al menos una aproximación a lo que ha de entenderse por gasto extraordinario, ya que ello facilitaría la ejecución posterior, aclararía dudas a las partes y evitaría el tener que acudir al incidente previo del art. 776.4 LEC. Partiendo de ello, lo cierto es que las reclamaciones de gastos extraordinarios generan muchos problemas tanto procesales como

sustantivos. Muchas veces la determinación en las medidas es genérica (se hace referencia a gastos médicos, educativos...) y, por tanto, es difícil que prevea expresamente el gasto que se reclama. Ello tiene como consecuencia que, en muchas ocasiones, se abra el incidente porque el gasto concreto reclamado no está previsto, aun cuando haya una previsión general (por ejemplo, se recoge en el título “gastos educativos” y se solicite la declaración de extraordinario el gasto de contribución al AMPA).

El principal problema radica en consecuencia en establecer, si dado que la Ley 13/2009 ha introducido el párrafo cuarto en el artículo 776 LEC, en el que establece una primera fase de determinación por los cauces del juicio verbal respecto a si el gasto realizado tiene o no el carácter de extraordinario y, una vez determinado éste seguir la ejecución dineraria de cantidad líquida si, una vez abierta esa primera fase, podremos ampliar su contenido más allá de la expresa previsión del precepto. El expreso tenor legal no resuelve los problemas que pueden surgir de la combinación de esta previa determinación y la posterior reclamación por cantidad líquida. Una solución sería despachar ejecución por la cantidad determinada que no se corresponde a gastos extraordinarios y que es también reclamada en la demanda (en los casos en los que, además de impago de gastos extraordinarios, hay impago de pensión de alimentos) y abrir pieza separada del incidente de determinación de gastos extraordinarios, cuya resolución favorable podría permitir a la parte actora ampliar el despacho en la cantidad que resulte determinada de gastos extraordinarios. Otra solución sería abrir el incidente para la determinación del gasto como extraordinario y despachar directamente el importe correspondiente al demandado cuando se determine la obligación de pago, sin necesidad de dictar un auto declarativo y otro de despacho. Tanto en uno como en otro caso entiendo que se puede aprovechar el incidente para resolver, además de si el gasto es extraordinario, si, conforme a lo expuesto, es exigible o no, o si la documentación que se aporta para la acreditación del mismo es suficiente o si hay consentimiento de los dos progenitores si este es necesario. Por economía procesal, debería en este caso permitirse en dicho incidente la oposición no sólo a la naturaleza del gasto, sino también a su necesidad en el caso concreto, pues ello conllevaría una concreción de la naturaleza del gasto. Si el auto concluye que el gasto no era necesario y dicha decisión alcanza firmeza, ya no se abriría el subsiguiente procedimiento de ejecución.

Tan importante es la declaración previa de gasto extraordinario y su exigibilidad, que la falta de declaración puede llevar a la nulidad del despacho, tal y como establece el auto dictado por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Tarragona de fecha 10 de septiembre de 2012. En dicha resolución se recoge que *«En el supuesto de gastos extraordinarios cuyo importe no fija la sentencia. Esta determinación y cuantificación requiere un trámite previo como es el previsto en el art. 776.4º para la declaración de que la cantidad reclamada tiene la consideración de gasto extraordinario. Por lo que todas las alegaciones de la oposición debieron ser examinadas en el Incidente previo indicado que opera como condición objetiva de procedibilidad. La falta de este Incidente previo configura el motivo de oposición a la ejecución por defectos procesales previsto en el art. 559.1-3ª L.E.C . como motivo de nulidad del despacho de ejecución (...). En cuanto a la tercera cuestión a la que debe de darse adecuada respuesta en este apartado, cual es, la de qué sucede si el título ejecutivo nada dice sobre la forma de pago de los gastos extraordinarios, he de indicar que el auto de la A.P. de Barcelona, Sec. 18.ª de 29 de julio de 2011 ROJ: AAP B 6657/2011 establece que “Como se alegaba por el ejecutado en su escrito de oposición y se reitera en el escrito de oposición al recurso de apelación, la sentencia cuya ejecución se solicita no contiene pacto alguno relativo a los gastos extraordinarios. No procede en consecuencia, como sostiene el ejecutado en el escrito de oposición a la ejecución y reitera en esta alzada, la reclamación de gastos que no es tan previstos en la sentencia de conformidad con lo que dispone el artículo 18 de la LOPJ y la doctrina establecida al respecto recientemente por esta Sala en Autos de fecha 7 de enero de 2008 y 9 de julio de 2009 y por la sección 12ª en Auto de fecha 2 de abril de 2009. Debía por tanto estimarse el primer motivo de oposición de los invocados por el ejecutado».*

En idéntico sentido a la resolución examinada señala el auto de la AP Guipúzcoa, Sección 2ª, de 2 de diciembre de 2010 que *«es criterio de esta Sala que no cabe despachar ejecución por el concepto de gastos extraordinarios cuando en la resolución que se ejecuta no se hace ninguna referencia a dichos gastos. (...) Si la nueva regulación legal abre dicha posibilidad. Sin negar que la cuestión no es pacífica, esta Sala se inclina por dar una respuesta negativa porque: 1. El artículo utiliza la expresión "no expresamente previstos", que no tiene el mismo significado que "no previstos", a secas. Es distinto que los gastos extraordinarios no estén contemplados de modo específico en el convenio o la resolución judicial, a que no estén previstos de ninguna manera y 2. Una cosa es que en el título contemple de una forma más o menos expresa, o tácita, la*

obligación de pago de un gasto de naturaleza extraordinaria, y otra diferente es que, no habiéndolo previsto de ninguna manera, se permita precisamente en trámite de ejecución de dicho título declarar la existencia de una obligación no contemplada en el mismo».

Como se ha adelantado al inicio, uno de los gastos más controvertidos para las partes en los procesos de ejecución de familia son los relativos a los gastos efectuados por el progenitor custodio para la adquisición de los libros escolares y del material y uniforme escolar de los hijos comunes, sobre todo al comienzo del curso. Su consideración como “gasto extraordinario” carece de oportunidad toda vez que entiendo que tales gastos no tienen la condición de “gastos extraordinarios” y que por consiguiente deben de estimarse incluidos – salvo previsión expresa realizada por las partes en sentido contrario que habrá de respetarse aunque incluso pueda matizarse– en las necesidades ordinarias de los menores, debiendo efectuarse en consecuencia su pago por el acreedor de la de la pensión alimenticia con el importe de ésta. Esta afirmación se deriva del propio concepto de gasto extraordinario, ya que este tipo de gastos no son ni imprevisibles, ni excepcionales, sino que cuentan con la naturaleza de gastos de alimentos ordinarios. En esta línea se pronuncia la SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, de 14 de febrero de 2011, que señala que *«En consecuencia con los criterios expuestos, y (...), como se puntualizó en las sentencias de esta Sala de 22-5-2006, de 29-10-2007, 19-1-2009 y 15-12-2009, los gastos correspondientes a matrícula, uniformes, libros y material escolar son ordinarios de la educación, no extraordinarios, debiendo considerarse comprendidos en el concepto de instrucción del art. 142 del Código Civil, y por ello están comprendidos en la pensión alimenticia que se establece».* En idéntico sentido se pronuncia la SAP de Madrid, Sección 22ª, de 9 de mayo de 2011 que refiere *«conviene precisar que los libros, chándal y matrículas no son gastos extraordinarios, pues tienen periodicidad, aunque no es mensual y por lo tanto son objeto de la pensión alimenticia ordinaria»* o la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 9 de marzo de 2010 al señalar que *«es lo cierto que los gastos escolares son "ordinarios" (libros, material escolar, actividades propias del colegio, ropa de gimnasia y semejantes) y como tales gastos ordinarios están incluidos en la prestación alimenticia fijada dentro del concepto de alimentos del art 142 del C.Civil».*

La duda en este caso radicaría en la conveniencia o no de abrir un incidente previo de declaración de gasto extraordinario o si se puede

denegar el despacho por la cantidad reclamada en dicho concepto en el propio auto de despacho de la ejecución o si se debe dejar para el momento de oposición a la ejecución. La apertura del incidente de declaración previa tiene la ventaja de dejar determinada la declaración expresa de que dicho gasto no es extraordinario, con efecto de cosa juzgada para procedimientos posteriores y con el efecto de evitar, incluso, el despacho posterior de la ejecución. La denegación en el propio Auto de inadmisión del despacho no tendría tal naturaleza y no impediría la demanda posterior por otros gastos relativos a ejercicios futuros. Finalmente, postergar la declaración al incidente de oposición a la ejecución de familia obliga al demandado a personarse y oponerse, cuando de la lectura de la demanda y del título ejecutivo se extrae sin ambages la conclusión de que el ejecutante ha solicitado la condena al pago de unos gastos que deben ser incluidos en la pensión de alimentos. Por todo ello, me inclino a pensar que el incidente de declaración de gasto extraordinario es la vía más adecuada para declarar la improcedencia de la reclamación de los gastos derivados del inicio del curso escolar al progenitor no custodio como gastos extraordinarios, dejando así zanjada la controversia para cursos futuros.

Sea como fuere, lo cierto es que las resoluciones judiciales deben responder a las necesidades del menor y adecuar las pensiones de alimentos a los gastos que el menor efectivamente tiene o puede tener de forma razonable. Establecer pensiones de alimentos exiguas puede llevar a los progenitores custodios a no poder afrontar gastos que, siendo de naturaleza alimenticia y periódicos, como los gastos de inicio de curso, no pueden ser sufragados por la pensión de alimentos ni pueden ser reclamados judicialmente como extraordinarios al no contar con tal naturaleza. Algunos colectivos apuntan a que los jueces deberían contemplar de forma independiente este tipo de gastos. Así, en los talleres de Derecho de familia realizados por la Asociación de Mujeres Juristas Themis en el mes de marzo de 2011 se concluyó que *“Los conceptos que quedan incluidos o excluidos en la pensión alimenticia conllevan mucha conflictividad e interposición de numerosos procedimientos de ejecución de sentencia. Concretamente, los conceptos relativos a libros y material escolar (por arranque del curso escolar y generados durante el mismo) suponen un coste muy elevado, si bien muchas Audiencias Provinciales vienen considerando que los mismos no son gastos extraordinarios. Lo cierto es que su cuantía no puede concretarse previamente puesto que es muy variable en función de la edad del menor y, normalmente, el importe es cada vez mayor a medida*

que accede a cursos superiores. Por dicho motivo sería conveniente que los dichos gastos (libros y material escolar) se contemplen de forma independiente en la resolución judicial, estableciendo la obligación de pago como mínimo al 50% entre ambos progenitores, o bien en la parte proporcional a los ingresos de los mismos si existe una importante diferencia”.

5.3.- INCIDENTE DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN

Como ya se ha indicado, la reclamación de gastos extraordinarios es una de las cuestiones que constituye con frecuencia el objeto de pedir en demanda ejecutiva. Frente a la reclamación de gastos extraordinarios se puede oponer, además de pluspetitio o pago, como causas de oposición a la ejecución de títulos judiciales, determinadas causas de oposición propias y específicas en reclamación de gastos extraordinarios, como habitualmente reconoce la jurisprudencia. Así es frecuente encontrarnos con las siguientes causas de oposición:

A) No recoger el convenio o la sentencia la obligación de abonar gastos extraordinarios. art. 559.3 LEC

La jurisprudencia es unánime al estimar que cabe solicitar ejecución de la sentencia, aun cuando de modo expreso no se haya hecho mención en la misma o en el convenio regulador aprobado por ésta, al capítulo relativo a los gastos extraordinarios. A ello ya he hecho referencia en el primer punto al indicar que los gastos extraordinarios, como alimentos que son, se establecen de oficio y en interés del menor, y quedan al margen del derecho dispositivo de las partes. Por esto, la Jurisprudencia entiende que la falta de previsión del pago de los gastos extraordinarios establecido en el título ejecutivo no impide la ejecución de dicha resolución en sus propios términos, pues en esta materia, teniendo en cuenta los intereses que se ventilan, tal cuestión, a falta de regulación expresa por medio de convenio o por sentencia contradictoria, puede determinarse en fase de ejecución de sentencia, como afirma el AAP Madrid, Sección 22ª, de 4 de febrero de 2003. La Sala considera que *«No resulta relevante, según lo pretende el recurrente, el hecho de que de modo expreso no se haya hecho mención en el convenio y en la sentencia al capítulo relativo a los gastos extraordinarios, circunstancia que no impide la ejecución de dicha resolución en sus propios términos, pues en esta materia, y dentro de la litis matrimonial, y teniendo en cuenta los intereses que se ventilan, tal cuestión, a falta de regulación expresa, por medio de convenio o por*

sentencia contradictoria, se determina, en estos casos, en fase de ejecución de sentencia y puesto que hablamos de un capítulo referido en los artículos 91 y siguientes del Código Civil, en relación a las medidas económicas derivadas del pronunciamiento principal relativo a la separación, y, lógicamente, no puede basarse el recurrente en razones meramente formales para dejar de cumplir con la obligación de afrontar todos los gastos que genera la asistencia, manutención y educación de la prole. Por ello, es conforme a derecho la declaración judicial que impone a los cónyuges la obligación de afrontar el pago de los gastos extraordinarios al 50%».

La pensión de alimentos no agota las obligaciones de los progenitores, ya que los mismos están obligados a soportar proporcionalmente a su capacidad económica los gastos extraordinarios que generen sus hijos menores aún cuando no se especifique la obligación en el título ejecutivo.

B) Tratarse de un gasto englobado en la pensión alimenticia, es decir no ser gasto extraordinario sino ordinario

Establecido el deber de abonar gastos extraordinarios en la proporción que determine el título ejecutivo, o, cuando no estén recogidos en sentencia o convenio, al 50% al menos, el ejecutado puede oponerse alegando que los gastos que se reclaman no son gastos extraordinarios sino ordinarios y, por ende, incluidos en la pensión de alimentos. De hecho, tal y como se ha dicho en anteriormente, esta es la causa más habitual de oposición en ejecución de títulos judiciales de familia. Lo deseable en estos casos es abrir un incidente previo, ya examinado, pero, en ocasiones, este incidente se obvia y se resuelve todo en la oposición a la ejecución. Sea cual fuere la solución adoptada por el órgano judicial, en el caso en el que no se haya abierto incidente previo y el ejecutado oponga que el gasto reclamado no es extraordinario, deberá tratarse en la oposición, con carácter previo a cualquier otra consideración, la cuestión de forma contradictoria, sin que sea una solución válida la inadmisión o desestimación por no ser la causa alegada motivo de oposición a la ejecución de título judicial. Despachar ejecución por un gasto extraordinario no recogido expresamente en el convenio o sentencia sin dar trámite contradictorio de su declaración como tal es generador de indefensión y, por lo tanto, puede dar lugar a la nulidad de despacho. Por ello, aunque el trámite de la oposición a la ejecución no es el cauce determinado por el legislador para establecer la naturaleza del gasto reclamado, nada obsta a que

dicha cuestión sea debatida y resuelta en la oposición, con el fin de garantizar la defensa del ejecutado.

C) Falta de consentimiento o aprobación previa al gasto

Si analizamos nuestra jurisprudencia observamos que, en orden a la exigencia de consentimiento previo, se realizan dos distinciones:

1. Entre gasto extraordinario necesario y el gasto extraordinario superfluo.
2. Entre gastos extraordinarios de devengo inmediato y gastos extraordinarios cuyo devengo no es inmediato, supuesto éste en el que se exige la previa notificación y consentimiento.
3. En el primer supuesto, distinción entre gasto extraordinario necesario y el gasto extraordinario superfluo, considerándose ambos gastos extraordinarios, en el primero no se admite como causa de oposición la falta de consentimiento previo, en el segundo se exige ese previo conocimiento y consentimiento

Así, si los gastos extraordinarios han sido generados en razón de la especial y extraordinaria atención que han necesitado los hijos, y aún sin poder afirmar que la consulta sobre los mismos fue evacuada en su momento manifiesta una parte de la jurisprudencia que no existe duda al respecto de la procedencia de la reclamación planteada en relación al pago de la parte proporcional de dicho gasto. Por el contrario, si los gastos son superfluos, v.g., clases de tenis, sólo serán abonados por quien realizó el gasto salvo que dicho gasto hubiera sido consensuado. Otras Audiencias van más allá al exigir el consentimiento previo en todo gasto extraordinario siempre que su devengo no sea inmediato, distinguiendo así entre gastos extraordinarios de devengo inmediato y gastos extraordinarios cuyo devengo no es inmediato, supuesto éste en el que se exige la previa notificación y consenso. *«El concepto de gasto extraordinario es indeterminado, inespecífico, y su cuantía ilíquida por su propia naturaleza, que necesita predeterminación y objetivación en cada momento y caso», "y que requiere recabar y obtener del otro progenitor el consentimiento para realizar actos que impliquen cambios sustanciales para el modo de vida del menor, lo que presupone la plasmación de un principio general según el cual los progenitores han de actuar sobre una base de transparencia y de común acuerdo, solicitando finalmente la decisión judicial si no es posible de otra manera»* (AAP Barcelona de 27 febrero 2004).

En mi opinión, me inclino por esta última postura, tal y como apunté al inicio de este estudio. Si el devengo del gasto extraordinario no es inmediato, es necesario que el progenitor que suscita la necesidad del gasto lo comunique fehacientemente al otro para que éste pueda consentir expresamente. Si se trata de un gasto urgente, una vez devengado se notificará al otro progenitor. Esta cuestión se deriva del ejercicio compartido de la patria potestad y de la buena fe de las partes. De lo contrario, dejaríamos en manos del progenitor custodio decisiones importantes para la vida del menor que, además, suponen un esfuerzo económico para el no custodio, el cual no ha podido ni opinar ni oponerse ni plantear alternativas de gasto, sin que dicha falta de puesta en conocimiento o solicitud de consentimiento esté justificada.

Resulta evidente que no integra el título judicial el deber de abonar gastos extraordinarios no necesarios para la alimentación, sustento o educación del menor, no integra el título judicial el deber de abonar gastos superfluos o innecesarios que no constituyen contenido de la Patria Potestad (artículo 154 CC), pudiéndose oponer el ejecutado en base al artículo 559.3 LEC. Aunque esta última afirmación pudiera resultar baladí o repetitiva ya que estamos hablando en todo momento de “gastos extraordinarios”, es decir, gastos de alimentos no periódicos ni previsibles, no es infrecuente encontrarse en los juzgados demandas ejecutivas en las que se solicita la condena al pago de cantidades relativas a los viajes del menor a Disneyland, actividades extraescolares no necesarias, compra de Smartphones....etc. por lo que he entendido necesario apuntar la posibilidad que tiene el ejecutado de oponerse en la ejecución por estos motivos.

D) Falta de reclamación previa

El AAP de Las Palmas, Sección 3ª, de 16 de marzo de 2006, que a su vez recoge la jurisprudencia mantenida por las salas especializadas en familia de la AP de Barcelona, establece que *«No es de recibo que el codeudor solidario que ha pagado "in integrum" y desea ejercitar la acción de repetición conforme al art. 1145 del CC considere integrado en el título ejecutivo -ni siquiera como obligación implícita- pagos que han sido realizados sin previa consulta ni conocimiento del otro titular de la patria potestad y que tampoco han sido previamente reclamados a dicho progenitor. Para considerar nacida la deuda en principio genérica e ilíquida por gasto extraordinario es preciso realizar unos previos actos de relación con cotitular de la patria potestad -ya que lo que es extraordinario sobrepasa las facultades de ejercicio ordinario de la patria*

potestad que se encomiendan en solitario al cónyuge custodio-. En este sentido, por ejemplo, la legislación autonómica catalana exige el requerimiento previo por plazo de treinta días. Transcribimos el interesante auto de la AP de Barcelona de 5-10-2004 (AAP Barcelona núm. 255/2004 (Sección 18.ª), de 5 octubre -EDJ 2004/176570-. Esta misma Sección 18.ª de la AP de Barcelona, en Autos de fecha 18 de octubre de 1999 , de 14 de febrero de 2000 -EDJ 2000/7791-, 25 de junio de 2001 -EDJ 2001/64323-, 30 de abril de 2003 -EDJ 2003/138488 -y 27 de febrero de 2004 -EDJ 2004/8780-, ya se pronunció que dentro del concepto de alimentos, y, por tanto, dentro de la cuantía de la pensión alimenticia fijada a cargo del progenitor no custodio, debe entenderse englobado, siguiendo los dictados de los artículos 142 del Código Civil y 259 del Codi de Família, "todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, y también la educación e instrucción del alimentista". Asimismo este Tribunal, en Auto de 26 de febrero de 1999, explicitó lo que son gastos extraordinarios, debiendo entenderse como tales "todos aquéllos que salen de lo natural o de lo común" y "que no sean previsibles ni se produzcan con cierta periodicidad", precisando esta propia Sección, en Sentencias de 19 de julio y 20 de noviembre de 1999 -EDJ 1999/56846- y 27 de septiembre de 2001 -EDJ 2001/55020- y en los referidos Autos de 30 de abril de 2003 y 27 de febrero de 2004 que "el concepto de gasto extraordinario es indeterminado, inespecífico, y su cuantía ilíquida por su propia naturaleza, que necesita predeterminación y objetivación en cada momento y caso", "y que requiere recabar y obtener del otro progenitor el consentimiento para realizar actos que impliquen cambios sustanciales para el modo de vida del menor, lo que presupone la plasmación de un principio general según el cual los progenitores han de actuar sobre una base de transparencia y de común acuerdo, solicitando finalmente la decisión judicial si no es posible de otra manera". En este mismo sentido se ha pronunciado la otra Sala de esta Audiencia Provincial de Barcelona, especializada en materia de Derecho de Familia, siendo de destacar, por su precisión terminológica, el Auto de la Sección 12.ª de 6 de junio de 2002 -EDJ 2002/40634-, que indica al respecto "que la previsión en las sentencias de familia y en los convenios reguladores de que el pago de los gastos extraordinarios de los hijos se realizará por mitad entre los progenitores, con independencia de la pensión alimenticia ordinaria, que cubriría los gastos más habituales, plantea numerosos problemas en la ejecución, tal como se refleja en el caso de autos, derivados de las dudas que surgen en el momento de calificar como extraordinarios determinados gastos que, con frecuencia, ya se han

devengado y se han hecho efectivos por el progenitor custodio, que ejerce por esta vía la acción de repetición del pago entre codeudores de parte alícuota, del artículo 1.145 del Código Civil . Como razona la resolución del tribunal de primera instancia, los gastos habituales del alimentista son los que han debido ser computados para el establecimiento de la prestación alimenticia, así como para la distribución de la misma entre las dos personas jurídicamente obligadas a soportarlos, de forma proporcional con sus posibilidades económicas. Tales gastos son los ordinarios de manutención alimenticia, en sentido estricto, vestido, sanidad, habitación y educación, como son definidos por el artículo 259 del Código de Familia de Cataluña, en el mismo sentido que el artículo 142 del Código Civil. No puede identificarse la mensualidad ordinaria alimenticia con los gastos de periodicidad también mensual, puesto que la referencia legal ha de realizarse a los gastos habituales, con independencia de su devengo, calculados en cómputo anual, aun cuando la obligación de pago se divida en doce mensualidades normalizadas. Esta es, entre otras, la razón por la que se establece el pago en los doce meses del año, con abstracción del hecho de que alguno de tales periodos los hijos permanezcan en compañía del progenitor con el que no residen habitualmente, que ha de soportar, también, la carga de la manutención, y atención de las necesidades de los hijos cuando los tiene en su compañía. Como ha tenido ocasión de señalar reiteradamente la doctrina, los gastos extraordinarios, tanto en los casos en los que no exista enumeración detallada en la ejecutoria, como cuando su concreción no sea suficiente, se extienden a los que se produzcan de forma imprevisible y resulten, además, necesarios. Si su devengo no es inmediato, tanto en los casos en los que expresamente se han previsto los conceptos, como en los que no lo han sido, es necesario que el progenitor que suscita la necesidad del gasto lo comuniqué fehacientemente al otro para que éste pueda consentir expresamente -también de forma fehaciente-, o pueda asentir a la misma dejando transcurrir los treinta días desde la notificación de la propuesta de conveniencia del gasto, tal como prevé expresamente el artículo 139.4 del Código de Familia de Cataluña . 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 de dicho texto legal. Aun no existiendo conforme a su regulación general sobre patria potestad sí es preciso que aunque el ejercicio ordinario de la patria potestad recae sobre la madre custodia, art. 156 "in fine" del CC, tratándose de gastos extraordinarios cuya cuantía ilíquida por su propia naturaleza, necesita predeterminación y

objetivación en cada momento y caso, se consulten o al menos comuniquen al otro progenitor cotitular de la misma, de modo que sólo en caso de desacuerdo e impago pueda acudirse a la vía ejecutiva, puesto que en otro caso, dada la iliquidez genérica del gasto extraordinario, no puede entenderse nacida la deuda a los efectos del despacho de ejecución, con los inevitables gastos judiciales que ello genera».

En esta línea argumental considero que no puede justificarse la existencia de un procedimiento judicial de ejecución forzosa cuando realmente no existe incumplimiento voluntario de la resolución judicial. Para que exista un previo incumplimiento, a diferencia de lo que ocurre con las pensiones, es necesario la previa comunicación del devengo y cuantía del gasto. La naturaleza del gasto extraordinario, ilíquido e indeterminado, imprevisible o súbito, exige de la comunicación previa al que se considera deudor. No puede nacer la deuda si no se conoce de la existencia de dicho gasto. No se puede pagar un gasto que se desconoce. Interponer una demanda ejecutiva sin previo requerimiento supone crear un gasto judicial innecesario para quien no ha manifestado su voluntad de no pagar, pudiéndose incluso constituir en un mecanismo para agravar la situación del ejecutado frente a un actor acaudalado o que goza del beneficio de Justicia Gratuita. No obstante, no hay amparo legal para denegar el despacho de ejecución cuando no ha habido una intimación previa, por lo que se pueden dar situaciones realmente injustas en las que el progenitor reclamante, acogido al beneficio de Justicia Gratuita, puede accionar abusivamente contra el progenitor reclamado, sin que la condena en costas de la ejecución pueda ser posible para el ejecutante al no estar contemplado legalmente y, aún siendo posible, al tener Justicia Gratuita no le comporta ningún gravamen económico el ejercicio de una acción de forma injusta. Este requerimiento extrajudicial previo constituye un claro *de lege ferenda*.

Natalia Velilla Antolín

Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 5

Torrejón de Ardoz (Madrid)