

PROBLEMAS DEL PROCESO DE ALIMENTOS PROVISIONALES(*)

MANUEL ORTELLS RAMOS
Profesor Adjunto de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA JUSTIFICACIÓN DE LAS ESPECIALIDADES DEL PROCESO DE ALIMENTOS PROVISIONALES. — 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PROCESO DE ALIMENTOS PROVISIONALES; A) Su aplicación en caso de pretensiones amparadas en derecho de alimentos «ex lege» en general; B) En especial, respecto a las pretensiones justificadas en el derecho de alimentos entre cónyuges; C) En especial, respecto los alimentos de hijos menores; D) Pretensiones amparadas en un derecho alimentos de origen negocial; E) La reclamación de pensiones alimenticias atrasadas en el proceso especial. — 3. PLURALIDAD DE OBLIGADOS A PRESTAR ALIMENTOS: ¿ACUMULACIÓN OBJETIVO-SUBJETIVA DE PRETENSIONES O PROCESO ÚNICO CON PLURALIDAD DE PARTES? — 4. SOBRE LA APORTACIÓN DOCUMENTAL PREVISTA EN EL ART. 1609 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. — 5. ¿IMPLICA LA REMISIÓN DEL ARTÍCULO 1611 LEC OTRA LIMITACIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA? — 6. LA SENTENCIA DE CONDENA EN ESTE PROCESO: UN SUPUESTO DE TUTELA JURISDICCIONAL MEDIANTE CONDENA A PRESTACIÓN FUTURA. — 7. EL PROCESO DE ALIMENTOS PROVISIONALES Y EL «JUICIO PLENARIO DE ALIMENTOS DEFINITIVOS»; A) Sobre el carácter sumario del proceso de alimentos provisionales, planteamiento de algunas dudas; B) Pretensión de aumento de la pensión fijada en proceso de alimentos provisionales: ¿proceso de alimentos provisionales o proceso ordinario?; C) Hechos extintivos o determinantes de una reducción de la pensión posteriores al proceso de alimentos provisionales: ¿oposición a la ejecución o proceso ordinario?

(*) Publicado en *Justicia*, 1982, número III, pp. 9-67.

1. INTRODUCCIÓN: LA JUSTIFICACIÓN DE LAS ESPECIALIDADES DEL PROCESO DE ALIMENTOS PROVISIONALES

La doctrina considera el proceso de alimentos provisionales como un proceso declarativo especial y sumario¹. Habida cuenta de la generalizada crítica doctrinal a la excesiva proliferación de procesos especiales en nuestro ordenamiento², es conveniente plantearse si está justificado mantener este especial cauce para la tutela jurisdiccional del derecho a alimentos o si procedería su reconducción al proceso ordinario.

Ha afirmado PROTO PISANI que la cesura operada entre derecho sustancial y proceso ha podido traer como consecuencia la creencia de que una sola especie de procedimiento (el proceso ordinario) pudiera bastar para asegurar la tutela jurisdiccional de todas las situaciones de derecho material. Contrariamente, considera este autor que muchas situaciones jurídico materiales sólo pueden ser adecuadamente tuteladas mediante una tutela sumaria y urgente³.

Supuesto paradigmático de ello, reconocido desde antiguo⁴, es el de la obligación de alimentos. Por el doble juego del contenido de las prestaciones que constituyen el objeto de esa obligación -lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica y, en su caso, la educación e instrucción (art. 142, par. 1 y 2 C.C.)- y de uno de los presupuestos del nacimiento de la misma -el estado de necesidad en que se halla el alimentista respecto a aquellos bienes, a causa de no poder obtenerlos mediante su patrimonio o su actividad laboral-, se requiere que la obligación tenga un cumplimiento inmediato. Tanto es así, que el derecho de alimentos sólo se satisface propiamente en el presente -cubriendo contemporáneamente las necesidades del alimentista- o en el futuro -pagándole al alimentista una pensión por anticipado con la que pueda satisfacer sus necesidades durante un cierto período de tiempo y así antes de cada uno de dichos períodos (art. 148, par. 2 C.C.)-, mientras que respecto al tiempo pasado, aunque las necesidades hubieran existido, el específico fin de la deuda alimenticia ya no puede cumplirse, pudiendo sólo nacer en favor del alimentista una pretensión (material) indemnizatoria⁵. Por otro lado, el diferente régimen jurídico de los alimentos presentes y futuros frente a las pensiones alimenticias atrasadas, en punto a la transmisibilidad, renunciabilidad y susceptibilidad de compensación (art. 151 C.C.), que se niegan sólo a aquéllos para proteger la efectividad de la función a la que se destinan⁶, revela igualmente lo esencial que resulta la tempestividad del cumplimiento en la obligación alimenticia.

¹ PRIETO-CASTRO, L., *Derecho procesal civil*, II, Madrid, 1969, p. 137; GUASP, J., *Derecho procesal civil*, II, Madrid, 1977, pp. 525-526; HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal civil* (con GÓMEZ ORBANEJA), II, Madrid, 1976, p. 9; el mismo, *Cuestiones procesales en materia de alimentos*, en RDPro., 1945, p. 226; RAMOS, F., *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1980, p. 865. Sobre la aislada postura de DE LA PLAZA véase la nota 10.

² HERCE, V., *La proliferación de tipos procedimentales civiles en primera instancia*, RDPro., 1965, III, pp. 119-121, recoge una serie de opiniones en ese sentido. Recientemente MONTERO, J., *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento civil en su centenario*, Madrid, 1982, pp. 59-61.

³ PROTO PISANI, A., *Appunti preliminari sui rapporti tra diritto sostanziale e processo*, en *Diritto e Giurisprudenza*, 1978-1, pp. 1-7 (de la separata); también en *L'efficacia del processo civile in Italia*, aportación inédita de este autor a las jornadas de «Commemoración del centenario de la Ley de Enjuiciamiento civil», celebradas en Barcelona del 17 al 29 de abril de 1981.

⁴ FAIRÉN, V., *El juicio ordinario, los plenarios rápidos y los sumarios*, en *Estudios de Derecho procesal*, Madrid, 1955, pp. 376-377, citando a YÁÑEZ PARLADORIO, que, entre los juicios sumarios *ratione urgentia necessitatis*, se refería al de alimentos. Un apunte sobre la práctica anterior a la LEC de 1855 en MANRESA, J. M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, VI, Madrid, 1905, p. 71. Sobre la solución de la LEC de 1855 -concesión en procedimiento de jurisdicción voluntaria sin admitir oposición-, GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid, 1857, pp. 216-217.

⁵ LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho de Familia*, II, Barcelona, 1978, pp. 226-227.

⁶ LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, *Derecho*, II, cit., pp. 209-212; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. ALBALADEJO), III-2, Madrid, 1978, pp. 15-16.

La necesidad de que la obligación de alimentos cumpla cuanto antes su específica función, evitando que se prolongue en el tiempo un (relativo) sacrificio de necesidades primordiales, justifica que, para obtener condena a su cumplimiento, se establezca un proceso rápido y, en la medida que en aras de la rapidez deban restringirse las posibilidades de alegación y prueba, sumario⁷.

Efectivamente, la doctrina española, aunque disconforme con la actual diversidad de formas procedimentales, no ha desconocido la necesidad de un tratamiento especial en el caso de los alimentos. Las propuestas se han orientado bien en favor de la creación de un proceso sumario, al que se reconducirían, junto con el proceso de alimentos provisionales, otros caracterizados por la necesidad de resolución urgente⁸, o bien en el sentido de que puedan concederse los alimentos como medida cautelar del proceso ordinario que tenga por objeto la pretensión de condena a alimentos⁹.

Esta última orientación suscita sólo algunas dudas teóricas. Por la dependencia de esta concesión provisional de alimentos de otro proceso, aparece su similitud con las medidas cautelares¹⁰. Pero por su eficacia de conducir a la satisfacción (provisional) del derecho y no sólo al aseguramiento de la sentencia, su naturaleza cautelar podría negarse desde una postura teórica ampliamente adoptada por nuestra doctrina¹¹. Lo importante es, sin embargo, constatar que responde también a la necesidad de una tutela jurisdiccional adecuada del derecho a alimentos¹².

⁷ Sobre esta razón de ser del proceso especial y sumario: GUASP, *Derecho*, II, cit., p. 526; HERCE, *Cuestiones procesales*, cit., p. 229; PIÑAR, B., *La prestación alimenticia en nuestro derecho civil*, en RGLJ, 1955, pp. 27-28; LACRUZ-SANCHO, *Derecho*, II, cit., p. 239.

⁸ Así GUASP, *Derecho*, II, p. 526; FAIRÉN, *El proceso ordinario*, en *Estudios*, pp. 383-384.

⁹ FAIRÉN, V., *Sugerencias sobre el «Anteproyecto de Bases para el Código procesal civil» de 1966*, Valencia, 1966, pp. 59-61; resumen del informe de la Facultad de Derecho de Zaragoza sobre el mismo Anteproyecto, en *Cuadernos informativos* del Gabinete de estudios de organización y procedimiento de la Administración de Justicia (Ministerio de Justicia. Secretaría general técnica), 3 c), mayo 1967, p. 266.

¹⁰ CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, pp. 38-41. Efectivamente FAIRÉN ve un proceso cautelar en los alimentos provisionales concedidos al amparo de los arts. 1890 y 1916 LEC, véase *Sugerencias*, cit., p. 59; y claramente también HERCE, *Derecho*, II, cit., pp. 13-16; *Cuestiones procesales*, cit., pp. 228-229. Sin embargo, no es aceptable la postura de DE LA PLAZA, M., *Derecho procesal civil español*, II, Madrid, 1955, pp. 59-60, sobre la naturaleza cautelar del proceso de alimentos provisionales según su actual regulación, por faltar su dependencia de un proceso principal.

¹¹ CARRERAS, J., *Las medidas cautelares del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento civil*, en *Estudios de Derecho procesal* (con M. FENECH), Barcelona, 1962, pp. 567-572; SERRA, M., *Teoría general de las medidas cautelares*, en *Las medidas cautelares en el proceso civil* (con RAMOS, F.), Barcelona, 1974, pp. 11-47; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares*, en *El sistema de medidas cautelares*, Pamplona, 1974, pp. 11-17; MONTERO, J., *El proceso laboral*, II, Barcelona, 1981, pp. 417-422. A esta concepción estricta creí, también, conveniente sujetarme en mi *Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal*, RGLJ, 1978-5, páginas 439-489.

¹² Una solución similar, aunque de mayor extensión, la constituyen en Derecho alemán las *Leistungsverfügungen* o *Befriedigungsverfügungen*, clase de *eintsweilige Verfügungen* conducente a la imposición provisional de una prestación. Sobre ellas JAUERNIG, O., *Zwangsvollstreckungs und Konkursrecht*, München, 1980, pp. 139-141; GRUNSKY, W., *Grundzüge des Zwangsvollstreckungs und Konkursrecht*, Tübingen, 1979, pp. 121-125. Manifestaciones de este tipo de tutela jurisdiccional serían en nuestro Derecho las asignaciones de alimentos como medida provisional acordada en otro proceso y la pensión provisional a las víctimas de hechos derivados del uso y circulación de vehículos de motor o personas a su cargo, prevista en el art. 785, 8.ª d) Lecrim.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PROCESO DE ALIMENTOS PROVISIONALES

El ámbito de aplicación del proceso de alimentos provisionales suscita problemas en una doble dirección. En primer término, como proceso especial que es, tiene limitada su aplicabilidad a una pretensión determinada con arreglo a criterios cualitativos. En este primer aspecto se trata, pues, de precisar cuál sea la pretensión que puede ser objeto de este proceso especial. En segundo lugar, se hallan esparcidos por nuestras leyes una serie de procedimientos para acordar alimentos con carácter no definitivo, por lo que es necesario resolver la cuestión de la aplicabilidad del proceso de alimentos provisionales en los supuestos de concurrencia con aquellos procedimientos.

A) Su aplicación en caso de pretensiones amparadas en derecho de alimentos «ex lege» en general

El proceso de alimentos provisionales es adecuado para las pretensiones que se amparen en el derecho de alimentos entre parientes, configurado en los artículos 142 a 152 C.C., salvo las cuestiones que pueden surgir respecto a la obligación de alimentos entre cónyuges y de los padres en favor de los hijos en algunos supuestos, que estudiaremos luego especialmente.

Sin embargo, la obligación de alimentos entre parientes no es la única obligación de alimentos de origen legal, sino que existen otras, que si bien son discutidas en cuanto a su naturaleza alimenticia por la doctrina, a causa de las notables diferencias con la obligación regulada en los artículos antes citados del C.C.¹³, reciben por parte de la ley el inequívoco *nomen iuris* de alimentos y respecto a los cuales, como inmediatamente veremos, el art. 1609, par. 2 LEC abre, en principio, la posibilidad de hacerlas valer en el proceso especial. Se trata de los supuestos siguientes: *a)* derecho a alimentos del concursado (art. 1314 LEC) y del quebrado¹⁴, durante la tramitación del concurso o la quiebra; *b)* derecho a alimentos del sujeto a tutela (art. 264-1º y 268 C.C.); *c)* derecho a alimentos de los cónyuges, en su caso del sobreviviente, y los hijos sobre la masa común de bienes de la sociedad de gananciales, entretanto se opera la liquidación y se realizan las adjudicaciones (art. 1408 C.C.); *d)* el correspondiente a herederos, cónyuge supérstite y legatarios -sobre los productos de la administración de caudal relicto, hasta que se realicen las adjudicaciones (art. 1100 LEC); y *e)* el derecho a alimentos de la viuda encinta a tenor del art. 964 C.C.

No por el art. 152 C.C. («Las disposiciones que preceden son aplicables a los demás casos en que por este Código... se tenga derecho a alimentos»), importante para el régimen jurídico-material de las obligaciones de alimentos distintas a la existente entre parientes, sino en virtud del art. 1609, par. 2 LEC, las pretensiones amparadas en aquellas normas sobre derecho de alimentos últimamente enumeradas, son admisibles, en principio, para su interposición en el proceso especial.

Efectivamente, el par. 2 del art. 1609 distingue, a efectos de la prueba documental en el supuesto de derecho a alimentos *ex lege*, entre los documentos que acrediten la relación de parentesco entre el demandante y el demandado» y los que acrediten «las circunstancias que den derecho a los alimentos». La relación alternativa con la que se formulan ambas proposiciones, revela que la segunda no se refiere a las circunstancias que han de concurrir adicionalmente con la relación de parentesco para que surja el derecho de alimentos (estado de necesidad, capacidad económica del obligado a prestarlos), lo cual se confirma porque respecto a éstas no se impone una justificación documental *a limine* (art. 1609, par. 3 LEC). Consecuentemente, ha de entenderse referido a circunstancias que constituyen presupuesto de un derecho a alimentos distinto a aquel

¹³ LACRUZ-SANCHO, *Derecho*, II, cit., pp. 240-241; BELTRÁN DE HEREDIA, en *Comentarios*, 111-2, cit., pp. 51-52.

¹⁴ Sobre los alimentos del quebrado, RAMÍREZ, J. A., *La quiebra*, III, Barcelona, 1959, pp. 425 ss.

que se funda en la relación de parentesco. La hipótesis interpretativa de limitar esos casos al supuesto -hoy desaparecido- de los alimentos restringidos en favor del hijo ilegítimo no natural (art. 129 C.C. en su antiguo contenido), fundada en la argumentación de que es el único supuesto de auténtico derecho a alimentos que no tiene como presupuesto una relación de parentesco¹⁵, debe rechazarse porque aunque ese supuesto se comprendiera, cuando estaba en vigor, en aquel inciso del par. 2 del art. 1609, el tenor literal de este último no se limitaba a él sino que admitía -y admite- otros casos de alimentos *ex lege*.

Sin embargo, esta primera conclusión a la que se llega interpretando el par. 2 del art. 1609 LEC ha de ser contrastada con otras normas del mismo cuerpo legal que establecen procedimientos distintos al especial de alimentos provisionales para el reconocimiento de alguno de los derechos de alimentos *ex lege* antes enumerados.

Respecto a los alimentos del concursado la LEC establece primero, la posibilidad de una asignación de alimentos por el juez y a instancia del concursado aunque sin señalar procedimiento, entretanto la junta de acreedores se pronuncia sobre los alimentos (artículo 1314): segundo, la asignación, reducción o negación de alimentos por acuerdo de la junta de acreedores (art. 1315); y tercero, la reclamación de alimentos (o la reducción de su cuantía o su negación) frente al acuerdo de la junta, que ha de seguir el procedimiento común de los incidentes (art. 1316). En punto a los alimentos del quebrado se plantea duda entre la aplicación de los preceptos acabados de citar o la del art. 1098 del Código de Comercio de 1829 que permite la asignación de alimentos a través de un procedimiento indeterminado que se sustancia con audiencia del Comisario y contra cuya resolución pueden los síndicos formular reclamaciones ante el juzgado, para las que tampoco se fija procedimiento¹⁶.

Para los supuestos citados antes bajo las letras *d*), *e*) (este último en virtud del art. 965 C.C.), y, en caso de disolución de la sociedad de gananciales por muerte de uno de los cónyuges, también el de la letra *e*), el art. 1100 LEC configura la concesión de alimentos como una actuación inserta en el juicio de testamentaría, aunque sin determinar el procedimiento que deba seguirse.

El problema con relación a estos casos es si el que tiene derecho a alimentos puede interponer su pretensión en forma admisible indistintamente en el concurso, quiebra o testamentaría o, fuera de ellos, en el proceso especial de alimentos provisionales. Ciertas afirmaciones equívocas sentadas por HERCE QUEMADA y RAMOS MÉNDEZ, no creo que puedan interpretarse como una solución afirmativa a ese problema¹⁷.

Frente a una respuesta positiva previenen inicialmente algunas consideraciones. La economía procesal resulta beneficiada si la solicitud de alimentos se plantea en el ámbito del juicio universal porque la prueba de alguno de los presupuestos que condicionan la concesión de alimentos y su cuantía (en el caso del concursado, la relación entre activo y pasivo -art. 1314 LEC-; en la testamentaria, la rentabilidad de los bienes -art. 1100 LEC-) se halla en los propios autos principales¹⁸. En segundo término, la influencia que el proceso principal tiene sobre la medida provisional de alimentos en punto a reducción de la cuantía o extinción de la última¹⁹, puede hacerse efectiva dentro de aquél sin ni siquiera

¹⁵ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho*, II (con HERCE), p. 124; LACRUZ-SANCHO, *Derecho*, II, pp. 107-109; DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, IV, Madrid, 1978, p. 357, todos ellos sobre el tema de la relación de parentesco del ilegítimo no natural.

¹⁶ RAMÍREZ, *La quiebra*, III, cit., pp. 439-444, 446-447.

¹⁷ Lo que dice HERCE en *Cuestiones procesales*, cit., p. 229, ha de interpretarse en el sentido de que quien no obtuvo alimentos como medida provisional en el proceso en el que ésta pudiera adoptarse, puede aún, concluido aquel proceso, reclamar alimentos provisionales en el proceso especial autónomo y, efectivamente esa es la doctrina de la sentencia -que él cita- del T.S. de 9 junio 1907 (J.C., T. 108, n.º 26). La afirmación de RAMOS, *Derecho*, cit., p. 865 «En cualquier caso, de no utilizarse estas expectativas procesales, siempre cabe acudir al juicio de alimentos provisionales»- es mucho más equívoca.

¹⁸ Véase STS 30 enero 1907, en FENECH, M., CARRERAS, J., *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, V, Madrid, 1959, p. 8282, y su comentario en nota 36 de este trabajo.

¹⁹ Sobre la cesación de la prestación alimenticia al quebrado, RAMÍREZ, *La quiebra*, III, pp. 447-450.

plantearse los problemas de la impugnación de los alimentos fijados en proceso autónomo de alimentos provisionales. Ahora bien, me parece que el tratamiento procesal de la exclusión del proceso de alimentos provisionales es distinto en el caso de concurso y quiebra, por un lado, y, por otro, en los restantes supuestos.

En el caso del concursado o del quebrado hay que tener en cuenta que la situación de hallarse privado de la administración del propio patrimonio y de la percepción de sus rendimientos -que es la que justifica esta modalidad especial de derecho de alimentos²⁰ sólo puede producirse a consecuencia del estado de concurso y quiebra, con la consecuencia de que el supuesto de aplicación del proceso de alimentos provisionales respecto al concursado o quebrado sólo podría darse en dependencia de aquellos estados. Pero como en la regulación del concurso y la quiebra se establece un procedimiento -más o menos determinado- con características diferenciadoras respecto al de alimentos provisionales, este último proceso se revela inaplicable en cualquier caso, por lo que su inadmisibilidad ha de explicarse teóricamente como falta del presupuesto procesal de adecuación del procedimiento²¹.

En los supuestos referidos en segundo lugar la solución, a mi juicio, ha de ser diferente. Para que un heredero o legatario se vea privado de la inmediata percepción del rendimiento de los bienes hereditarios que pudieran corresponderle y mediante la cual podría subvenir a su actual estado de necesidad, no es necesario que esté pendiente en juicio de testamentaría; basta, por ejemplo, que, hallándose la herencia en estado de indivisión, los frutos, rentas y productos de los bienes pasen a incrementar el caudal relicto sin que el conjunto de titulares de la comunidad hereditaria acuerden su distribución²²; respecto al legatario, basta con que los herederos o el albacea no le transmitan el derecho o cosa legada (o, en el supuesto del art. 882 C.C. no se la entreguen, art. 855 C.C.)²³. Mantener que en esos casos debe acudir al juicio de testamentaría con el único fin de hacer valer dentro de él el derecho de alimentos concedido por el art. 1100 LEC, aparte de ser una solución inviable cuando el testador hubiera prohibido al heredero o legatario acudir a ese juicio (art. 1039 LEC) o este último no lo fuera de parte alícuota (art. 1038-3.º *a sensu contrario*), supondría invertir los términos de la relación entre juicio de testamentaría y la concesión de alimentos como medida provisional que puede adoptarse en el seno de aquél: es esta última la que se halla en dependencia de la situación creada por el juicio de testamentaría (fundamentalmente: de la administración de la herencia que en él se establece) y no a la inversa. Además la situación que justifica la concesión de alimentos ya existe en el plano extraprocesal.

Estas consideraciones han conducido a la jurisprudencia a estimar que el derecho de alimentos *ex artículo* 1100 LEC, puede hacerse valer en el proceso de alimentos provisionales.

En la sentencia del T.S. de 9-10-1916 (C.J., T. 138, n.º 1) ya se consideraba que:

«La Sala sentenciadora al no decretar en el presente juicio los alimentos provisionales de los recurrentes, en atención a que el título de pedir, es el testamento del padre común de actores y demandado, en vez del legal del parentesco, ha infringido por errónea interpretación los arts. 1609 y 1610 de la LEC, en que se funda el segundo de los motivos del recurso, ya que el primero de los citados artículos para su recta aplicación, no distingue de causas de que puede derivarse la obligación de alimentar, ni expresa, ni implícitamente excluye los actos civiles «inter vivos» o «mortis causa», pues sólo preceptúa en su párrafo LO, que la persona que pide los alimentos se crea con derecho a ellos, y justifique cumplidamente el título en cuya virtud los reclama; y por referirse al párr. 2.º al caso más general, de que el derecho venga establecido por la ley en razón del parentesco, no puede entenderse en buenos principios de hermenéutica, como equivocadamente

²⁰ PIÑAR, *La prestación alimenticia*, cit., pp. 15-16.

²¹ Una referencia a ese presupuesto procesal en nuestro Derecho puede verse en GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La incompetencia de jurisdicción*, en *Estudios de Derecho Procesal*, Pamplona, 1974, pp. 189-191. En la jurisprudencia recibe tratamiento de presupuesto procesal en sentido propio, es decir, como rasgo más esencial, es apreciable de oficio.

²² DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *Sistema*, IV, cit., pp. 799-801.

²³ DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *Sistema*, IV, cit., pp. 617-619, 622-623.

entiende el Tribunal sentenciador, que los alimentos legales son los únicos que han de concederse provisionalmente, porque este párr. 2.º se limita a exigir que con la demanda se presenten los documentos que acrediten la relación familiar y para el mismo, como para los demás casos, entre los cuales se encuentra el del pleito, de los alimentos dejados por testamento, rige el párr. 1.º y principal del art. 1609, que preceptúa para todos los que se consideren con derecho a alimentos, el uso a su voluntad del procedimiento del título XVIII, libro II de la LEC».

En el caso contemplado por la S.T.S. 7 julio 1948 (*Aranzadi*, 1948, marg. 974) el actor había visto rechazada su demanda de juicio voluntario de testamentaria y, pendiente un declarativo ordinario sobre impugnación de las operaciones particionales, acude en reclamación de alimentos al proceso de alimentos provisionales, siendo igualmente rechazada su demanda por no pedir los alimentos en juicio de testamentaria. El T.S. estimó el recurso con esta motivación:

«CONSIDERANDO: Que el artículo 1609 de la Ley Procesal no limita, como supone el Tribunal «a quo», el procedimiento establecido en el título a que pertenece para la reclamación de alimentos provisionales al caso de que los litigantes sean parientes, pues en su párrafo primero, definidor del ámbito de aplicación de dicho procedimiento, se refiere con carácter general y sin restricción alguna a los que se crean con derecho a pedir alimentos provisionales, y en cuanto al párrafo segundo del mismo artículo su lectura convence de que para el supuesto de que el título se fundare en un derecho concedido por la Ley, distingue claramente dos casos separados por la partícula disyuntiva «o», uno el de la existencia de relación de parentesco y otro en que, por no existir ésta, se requiere acreditar otras circunstancias distintas que den derecho a los alimentos.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida invoca como fundamento de su fallo la doctrina reflejada en sentencia de esta Sala de 30 de enero de 1907, suponiendo que en ella se afirma que el procedimiento de dicho título diez y ocho es únicamente aplicable a la concesión de alimentos entre parientes, pero tal interpretación se aparta del texto de la invocada resolución judicial, la cual, si bien expresa, en efecto, que el procedimiento de dicho título diez y ocho es aplicable a la concesión de alimentos entre parientes, no dice que sea única o exclusivamente aplicable a tal caso, limitándose a afirmar que cuando la demanda se deduce conforme a tal título es necesario justificar ciertos extremos cuya probanza no se requiere dentro del juicio de testamentaria porque en ésta ya constan los elementos que el Juez necesita para señalar la cuantía de los alimentos, todo ello aparte de tener en cuenta que una sola sentencia de este Tribunal no forma jurisprudencia»²⁴.

La S.T.S. 26 enero 1961 (*Aranzadi*, 1961, marg. 289) estimaba también el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia que consideró inadecuado el proceso de alimentos provisionales:

«La sentencia recurrida basa su fallo denegatorio de la concesión de alimentos provisionales al recurrente, en dos consideraciones esenciales, la inadecuación del procedimiento elegido por el demandante y la no concurrencia de los presupuestos procesales para su otorgamiento; argumentado en cuanto al primer extremo que tratándose, como se trata, de la petición de pensión alimenticia por parte de un heredero con cargo a la masa de la herencia, debió instarse el juicio de testamentaria para dentro de él hacer uso del derecho que le concede el artículo 1100 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que resulta equivocado el procedimiento señalado en los artículos 1609 y siguientes de la misma Ley, elegido por el actor; y como quiera que el artículo 153 del Código Civil ordena que las disposiciones que regulan la prestación de alimentos entre parientes son aplicables a los demás casos en que por Ley, por testamento o por pacto se tenga derecho a ellos y que conforme al 1430 del mismo Cuerpo legal, de la masa común de bienes se darán alimentos al cónyuge supérstite y a sus hijos mientras se haga la liquidación de la herencia y hasta que se les entregue su haber hereditario, es evidente que siendo el demandante hijo de los causantes de las herencias y accionando al amparo del precepto últimamente invocado, no se precisa la incoación del juicio universal de testamentaria -prohibido en los testamentos, por otra parte- y es adecuado el procedimiento que se ha seguido de los artículos 1609 Y siguientes, ya citados».

²⁴ En la S.T.S. 30 enero 1907 no se dice que el proceso de alimentos provisionales sea inadmisibile, sino que la pretensión ha de ser desestimada en cuanto al fondo si en él no se prueban algunas circunstancias condicionantes del derecho de alimentos que, sin embargo, en el juicio de testamentaria resultarían de los propios autos.

De todo esto hay que extraer, en primer lugar, la consecuencia de que, aunque esté pendiente la testamentaria, no cabe excluir el proceso de alimentos provisionales (siempre respecto a los casos especiales de derecho de alimentos que estamos considerando) por falta del presupuesto procesal de procedimiento adecuado, porque un procedimiento es adecuado o no simplemente en atención a que su objeto sea el que la ley ha fijado como de admisible tratamiento en él y no en función de la pendencia de otro proceso con el cual el antes citado tuviera alguna relación.

Para excluir la tramitación del proceso de alimentos provisionales de modo autónomo en caso de pendencia del juicio de testamentaria, hay que acudir a la excepción de litispendencia o a la solicitud de acumulación al juicio universal (art. 161-4.^a en relación con el 1003-4.^o). Para el éxito de la primera, deberán concurrir las identidades necesarias entre la pretensión de alimentos interpuesta en el ámbito del juicio de testamentaria y la formulada autónomamente en el proceso de alimentos provisionales. En cuanto a la acumulación, que podrá instarse si la pretensión no se hubiera interpuesto en la testamentaria, hay que tener en cuenta que su efecto no es el que se siga el mismo proceso de alimentos provisionales en los autos de la testamentaria, sino el de que se acomode la solicitud de alimentos y su tramitación a lo dispuesto para la concesión de alimentos en el juicio universal (art. 187, 2 LEC)²⁵.

Respecto a la persona sujeta a tutela hay que distinguir el derecho de alimentos que le corresponde sobre su propio patrimonio -que era el único al que nos referimos como especial antes bajo la letra b)- y su derecho a alimentos entre parientes: los problemas de admisibilidad del proceso de alimentos provisionales se pueden plantear exclusivamente en cuanto al primero.

A la necesidad de reclamar judicialmente los alimentos del sujeto a tutela puede abocarse, básicamente, en dos situaciones: porque el tutor, órgano de administración y de ejecución de los acuerdos del Consejo de Familia (véase, concretamente respecto a los alimentos, art. 268 en relación con 264-1.^o C.C.), no cumpla la obligación de alimentos de acuerdo con las directrices del Consejo de Familia; por desacuerdo con la fijación de la pensión por el Consejo de Familia según lo dispuesto en el art. 268 C.C.

En el primero de los supuestos, si bien el Consejo de Familia puede acordar la remoción del tutor en base al art. 238-4.^o (arts. 239, 240 C.C.) y proveer -en el ínterin del proceso que pueda iniciarse a instancia de aquél- directamente a los cuidados de la tutela (artículo 243) resolviendo de ese modo la situación de desasistencia del sometido a tutela, no hay obstáculo, dados los términos del par. 2 del art. 1609 LEC, para que el protutor (art. 236-2.^o C.C.) inste proceso de alimentos provisionales frente al tutor, lo cual es además conveniente desde un punto de vista práctico cuando el ejercicio de las facultades antes citadas del Consejo de Familia no alcance una efectividad de hecho inmediata.

En el segundo supuesto habría que aplicar el procedimiento adecuado en general para todas las impugnaciones contra acuerdos del Consejo de Familia que es, según el T.S. el procedimiento incidental común²⁶. Esta conclusión es, sin embargo, apresurada. Piénsese que el proceso que tiene por objeto la impugnación de acuerdos del Consejo de Familia es un proceso especial por razón de su objeto limitado, pero plenario y que excluye, en consecuencia, respecto a su específico objeto, la admisibilidad del proceso ordinario que corresponda por la cuantía. Ahora bien, si la pretensión de condena a alimentos es admisible tanto en el proceso (sumario) de alimentos provisionales, cuanto en proceso plenario (que normalmente es el ordinario según la cuantía), no hay razón alguna para excluir la primera vía a causa de que el proceso plenario previsto sea especial. Continúa siendo, además, cierto que en el proceso de alimentos provisionales puede obtenerse una más rápida satisfacción, no sólo por la mayor brevedad de su procedimiento en comparación con el incidental, sino también porque en este último la sentencia no es provisionalmente ejecutiva (art. 758, par. 2 LEC). Por ello, estimo que la impugnación del

²⁵ GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, I, Madrid, 1943, p. 582.

²⁶ GUASP, J., *Derecho*, II, cit., p. 524; LACRUZ-SANCHO, *Derecho*, II, cit., p. 307.

acuerdo del Consejo de Familia al que se refiere el art. 268 C.C. es admisible en el proceso de alimentos provisionales.

B) En especial, respecto a las pretensiones justificadas en el derecho de alimentos entre cónyuges

Aunque en el art. 143-1.º C.C. se configura como una obligación entre los cónyuges la de prestarse alimentos, esta obligación sólo nace con sustantividad propia cuando se quiebra la convivencia conyugal y se producen los restantes presupuestos que condicionan la obligación alimenticia entre parientes. Cuando subsiste con normalidad la comunidad conyugal de vida, el contenido estricto de la obligación de alimentos queda embebido en el contenido de los deberes de convivencia y mutua ayuda y socorro (art. 67, 68 C.C.)²⁷.

Para determinar la admisibilidad del proceso de alimentos provisionales que tenga por objeto una pretensión de alimentos entre cónyuges, es conveniente distinguir tres situaciones comúnmente cualificadas por la ruptura de la convivencia conyugal: la separación de hecho, la separación como medida provisional durante la pendencia de los procesos de nulidad, separación y divorcio y la separación subsiguiente a la sentencia estimatoria en cualquiera de los procesos antes citados.

En el primer caso no se suscita problema alguno sobre la admisibilidad del proceso de alimentos provisionales, aunque sí en cambio sobre determinadas circunstancias de Derecho material influyentes en la estimación de la pretensión²⁸.

Dentro del tercer caso hay que distinguir según la sentencia estimatoria sea de nulidad, de divorcio o de separación.

La primera hipótesis (sentencia de nulidad) se plantea únicamente porque algún autor mantuvo, al amparo del antiguo art. 69 del Código Civil, que el cónyuge de buena fe aunque fuera declarado nulo el matrimonio conservaba su derecho de alimentos frente al otro cónyuge²⁹. La opinión contraria mantenida por parte de la doctrina³⁰ y aceptada por la jurisprudencia (S.T.S. 9 febrero 1954), consideramos que se halla corroborada por la nueva redacción del art. 79 C.C. que claramente limita la conservación de efectos en favor del cónyuge de buena fe después de la declaración de nulidad de matrimonio a los efectos ya producidos. Siendo ello así, el proceso de alimentos provisionales en este supuesto será inadmisibile, aunque no tanto por inadecuación para enjuiciar la pretensión interpuesta, sino por falta de prueba documental *a límite* de la relación de parentesco³¹.

Si la separación es consecuencia de sentencia de divorcio el problema se resuelve de modo similar al anterior. El divorcio produce la disolución del matrimonio (art. 85 C.C.) y con ello la extinción de la relación de parentesco, lo cual, aparte de provocar la desestimación de la pretensión de alimentos por falta de uno de sus presupuestos de Derecho material³², ha de producir la inadmisión de la demanda a *limine* por falta de prueba documental de la relación de parentesco. Hay que advertir también que es inadmisibile pretender la fijación de la pensión regulada en el art. 97 C.C. o la condena a su pago en el proceso de alimentos provisionales: aparte de los argumentos que podrían aducirse para el caso normal de que la pensión se haya fijado en la sentencia de divorcio (cosa juzgada; falta de interés en accionar por disponerse de título ejecutivo), en cualquier caso puede afirmarse que faltaría el presupuesto procesal de adecuación del procedimiento porque ese derecho a pensión no es esencialmente un derecho a alimentos y no tiene ni siquiera *nomen iuris* de tal. Esto último vale también respecto a la pretensión

²⁷ BELTRÁN DE HEREDIA, en *Comentarios*, III-2, cit., pp. 7-9.

²⁸ Sobre lo último, LACRUZ-SANCHO, *Derecho*, II, cit., pp. 217-218; ZANÓN MASDEU, L., *La separación matrimonial de hecho*, Barcelona, 1974, pp. 39-54.

²⁹ ROYO MARTÍNEZ, citado por LACRUZ-SANCHO, *Derecho*, II, cit., p. 216.

³⁰ PIÑAR, *La prestación alimenticia...*, cit., pp. 30-31, con referencias bibliográficas.

³¹ Véase *infra*, apartado 4 de este trabajo.

³² BELTRÁN DE HEREDIA, en *Comentarios*, III-2, cit., pp. 30-31.

de variación de la pensión, porque según la disposición adicional sexta, número 8 de la Ley de 7 de julio de 1981, el procedimiento adecuado para aquélla es el mismo que se siguió para su concesión inicial, es decir, el incidental común o el regulado (con notoria confusión) en la disposición adicional citada.

Se plantean problemas más complejos cuando la falta de convivencia es consecuencia de una sentencia de separación, o se produce una vez iniciados o con vistas a iniciar proceso de nulidad, separación o divorcio. Estos problemas derivan de una cuestión previa de Derecho material que, por razones de falta de especialización y de novedad de la normativa que la suscita -que impide disponer de orientaciones doctrinales y jurisprudenciales suficientemente aquilatadas- me limitaré sólo a esbozar.

El art. 103-3.^a C.C., que establece uno de los contenidos de las medidas provisionales que aquí nos interesa, ya no habla como el antiguo art. 68-5.^o C.C. del señalamiento de alimentos «a la mujer y, en su caso, al marido», sino de «fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio». Por otro lado, el art. 91 C.C. establece como uno de los pronunciamientos de las sentencias de nulidad, separación y divorcio, el de «determinar conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con... las cargas del matrimonio». Una primera perplejidad que suscita este precepto es la de cómo puede hablarse de cargas de matrimonio en los supuestos de nulidad o divorcio: cualquiera sea el alcance que a éstas quiera darse, esta obligación carece, a mi juicio, de toda sustantividad en estos supuestos, en cuanto sobre la obligación de mantenimiento de los hijos ha de haber pronunciamiento específico (arts. 91, 93) y si se piensa en las cargas ya existentes sobre los bienes gananciales, se trata de una cuestión inmersa en la liquidación de la sociedad, objeto también de consideración separada en el propio art. 91. En el supuesto de separación se concibe más fácilmente una permanencia de las cargas de la familia, aunque un interrogante podría abrirse sobre si se comprenden en ellas la satisfacción de las necesidades de los propios cónyuges, que podría pensarse que han de quedar cubiertas bien por sus propios ingresos o bien por la pensión a la que se refiere el art. 97.

Bajo la vigencia de la anterior normativa criticaba DÍEZ PICAZO el antes citado art. 68-5.^a C.C. por entender que el problema que pretendía resolver no debía haberse planteado en el terreno del derecho a alimentos, sino en el de la contribución de ambos cónyuges a las cargas familiares, como consecuencia de la cual uno de ellos podría venir obligado a satisfacer una cantidad, pero no a título de alimentos, que «sólo existirá cuando por carecer totalmente de recursos se encuentre cualquiera de los cónyuges en la necesidad de reclamarlos»³³. Le seguía en esa tesis RAMOS MÉNDEZ, en cuya opinión «resulta también que las previsiones de esta norma pueden coexistir con un verdadero derecho a alimentos por parte de alguno de los cónyuges o de cualquiera de los hijos»³⁴.

Aunque estoy de acuerdo, en principio, con esa postura, entiendo que el hecho de que entre las cargas de la familia figuren como mínimo la satisfacción de alimentos³⁵, puede hacer difícil en algunos supuestos distinguir esta obligación de la de contribuir al levantamiento de aquéllas. En general, sin embargo, podrán diferenciarse ambas obligaciones: primero, por las prestaciones que constituyen su objeto, que son más amplias en la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio que en la obligación de alimentos³⁶; segundo, y con mayor seguridad, por los presupuestos que originan su respectivo nacimiento, pues la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio puede existir aunque uno de los cónyuges no se halle en la situación de no poder procurarse los bienes que ha de proporcionar la prestación alimenticia. Es también posible que el deber

³³ DÍEZ PICAZO, L., *La situación jurídica del matrimonio separado*, RD Notarial, 1961, pp. 61-62.

³⁴ RAMOS MÉNDEZ, F., *Medidas provisionales en relación con las personas*, en *Las medidas cautelares...* (con SERRA), cit., pp. 183-184.

³⁵ LACRUZ-SANCHO, *Derecho*, I, cit., p. 142. DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *Sistema*, IV, cit., p. 213.

³⁶ DÍEZ PICAZO-GULLÓN, ob. y lug. cit. en nota anterior.

de contribuir a las cargas del matrimonio se extinga con la separación cuando no habiendo hijos, los cónyuges disfruten individualmente de una posición económica similar, lo cual no extinguirá, sin embargo, su recíproco derecho a alimentos que será exigible si, por cualquier causa, incurre uno de ellos en estado de necesidad.

Partiendo de estas consideraciones, en el plano procesal pueden extraerse las consecuencias siguientes.

La pretensión de condena al pago de alimentos, en unos supuestos por el contenido de la condena pedida, y, siempre, por los hechos que la fundamentan, constituye un objeto procesal distinto a aquel que ha sido (o puede ser) resuelto en el auto de medidas provisionales o en la sentencia de separación matrimonial como obligación de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio.

Si se acude al proceso de alimentos provisionales por un cónyuge frente a otro, durante la pendencia del proceso de nulidad, separación o divorcio o después de dictada sentencia de separación y la pretensión que en aquel proceso se interpone puede ser calificada, atendida la petición y los hechos en que se funda, como de condena a alimentos, no podrá producirse inadmisión por inadecuación de procedimiento. Tampoco podrá inadmitirse, porque los objetos son diferentes, por litispendencia o cosa juzgada. En fin, tampoco puede acumularse porque no son juicios de la misma clase (art. 163 LEC).

Cuando la pretensión interpuesta en el proceso de alimentos provisionales, a pesar del *nomen iuris* afirmado por el actor, aparezca amparada en la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio, aquel proceso es inadecuado tanto para resolver sobre la primera fijación de la referida contribución (D.A. 4.^a, par. 2, Ley 7 julio 1981, en cuanto a la medida provisional del art. 103-3.º; para la que ha de fijarse en sentencia de separación ha de seguirse el proceso correspondiente), como sobre sus posteriores modificaciones (Disposición adicional 4.^a, par. 2 cit.; disposición adicional 6.ª -8 de la misma ley). El proceso de alimentos provisionales es inadecuado también cuando la pretensión justificada en la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio, se interponga sin ninguna relación con un proceso pendiente de nulidad, separación o divorcio ' como prevé el art. 1318, par. 2 C.C., pues, de acuerdo con la disposición transitoria 10.^a de la Ley de 13 mayo de 1981, para resolver las controversias surgidas en las relaciones patrimoniales de los cónyuges habrán de aplicarse las normas de la jurisdicción voluntaria «cuando por su propia naturaleza exijan una resolución urgente», debiendo entenderse que a falta de urgencia es adecuado el proceso ordinario que corresponda por la cuantía.

C) En especial, respecto a los alimentos de hijos menores

La aplicación del proceso de alimentos provisionales en este caso, impone considerar, en primer término, su relación con las medidas provisionales respecto a los hijos del art. 1880-4.º y concordantes de la LEC. Como una más de estas últimas medidas puede el juez fijar una pensión alimenticia al menor, sin dar audiencia al obligado, en un procedimiento que la doctrina considera de jurisdicción voluntaria.

Una duda interpretativa de interés es si la asignación de alimentos en el procedimiento citado sólo puede realizarse coetánea y cumulativamente con la adopción de las restantes medidas de protección del menor -tesis que se fundaría en la mención del art. 1916, par. 1: «En el mismo auto en que se decreta la custodia de una persona... el juez le señalará para alimentos provisionales... »- o si puede seguirse siempre que se trate de asignación inicial de alimentos en relación con estas medidas -postura que estaría justificada en que, según el art. 1916, par. 2, la necesidad de formular en el proceso de alimentos provisionales la pretensión de alimentos sólo existe «una vez adoptadas dichas medidas», entre las que se incluye la asignación inicial de alimentos-. Aunque la asignación de alimentos ha de ser en todo caso complementaria a la medida de custodia -porque ésta implica la imposibilidad de recibirlos en el hogar familiar— entiendo que si no se acuerdan y el auto se convierte en definitivo, no puede ser modificado para conceder los alimentos en el expediente de jurisdicción voluntaria.

No es, por el contrario, dudosa, la interpretación que debe darse al par. 2 del art. 1916: «Las pretensiones que puedan formularse una vez adoptadas estas medidas, y mientras las mismas subsistan, referentes a los alimentos provisionales, se sustanciarán en la forma prevenida en el título XVIII, libro II de esta Ley», es decir, en el proceso de alimentos provisionales. A mi juicio este precepto autoriza que pueda obtenerse en el proceso de alimentos provisionales una modificación de los señalados en el expediente de jurisdicción voluntaria, aunque no concurra ningún cambio en las circunstancias que influyen en el nacimiento y subsistencia del derecho a alimentos o en la cuantía de la pensión, porque, a diferencia del art. 1617 LEC, no remite al juicio plenario de alimentos definitivos. Esta última norma sólo será aplicable una vez dictada sentencia en el proceso de alimentos provisionales. Sin embargo, a pesar de la letra de la ley que habla -genéricamente de pretensiones referentes a los alimentos, el obligado a prestar alimentos no puede acudir al proceso de alimentos provisionales pidiendo la cesación de los acordados en el procedimiento de jurisdicción voluntaria o la reducción de la pensión, porque este precepto sólo es adecuado para la pretensión de alimentos respecto a la cual sólo el alimentista está legitimado³⁷.

En las medidas provisionales que se adoptan durante la pendencia de los procesos matrimoniales y en las sentencias de separación, pero también en las de divorcio y nulidad³⁸, se resuelve sobre el mantenimiento de los hijos. La distinción antes apuntada entre la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas familiares —que comprenden el sostenimiento de los hijos— y la obligación de prestar alimentos^{38 bis}, podría reproponerse aquí para extraer las mismas consecuencias entonces enunciadas. Sin embargo, al hablar el art. 93 C.C. de que «el juez, en todo caso (en las sentencias de nulidad, separación y divorcio), determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos» de los hijos, oscurece el planteamiento que antes realizábamos. Todavía esto no sería determinante de que tuviéramos que mantener respecto a la reclamación de alimentos por los hijos una postura diferente a la antes afirmada respecto a la de los cónyuges -durante la pendencia de las medidas provisionales y después de la sentencia de separación porque: *a*) si el art. 93 se interpreta en relación con el art. 91, como parece lógico porque éste enuncia las resoluciones que ha de adoptar el juez en la sentencia, que son desarrolladas en los artículos siguientes -«determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes»-, resulta que los llamados alimentos de los hijos quedan comprendidos en la mención del art. 93 de las cargas del matrimonio; *b*) igualmente en las medidas provisionales previstas en el art. 103, el mantenimiento de los hijos queda comprendido en el concepto de contribución a las cargas del matrimonio; y *c*) su inclusión en ese mismo concepto se apoya también en que la modificación de las aportaciones al mantenimiento de los hijos depende de que «se alteren sustancialmente las circunstancias» que presidieron su fijación (art. 91 *in fine* C.C.), mientras que la auténtica prestación alimenticia se caracteriza por una mayor ductilidad en su adecuación a las necesidades (art. 147 C.C.).

Hay que destacar por fin, antes de concluir este apartado, el nuevo precepto del art. 128, par. 2 C.C.: «Reclamada judicialmente la filiación, el juez podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado». En el caso contemplado por este precepto, si se acudiera al proceso de alimentos provisionales la demanda sería rechazada *a limine* por faltar la prueba documental de la relación de parentesco. Bajo la anterior legislación esto se convertía en un obstáculo insoslayable para obtener, en los supuestos en que no estuviera determinada la filiación, la condena a alimentos con la rapidez característica del proceso especial. Este nuevo precepto resuelve el problema aunque no permitiendo la

³⁷ MANRESA, *Comentarios*, VI, cit., p. 68; GUASP, *Derecho*, II, cit., p. 527.

³⁸ Subsistente, a pesar de las sentencias de divorcio y nulidad, la relación de parentesco paterno-filial, no pueden quedar excluidos por aquéllas, ninguno de los efectos que tienen en esa relación uno de sus presupuestos.

^{38 bis} LACRUZ-SANCHO, *Derecho*, II, cit., pp. 207-209.

obtención de alimentos en el proceso especial, sino mediante una medida provisional dependiente del proceso de reclamación de la filiación. A mi juicio esto no ha de olvidarse a la hora de precisar la naturaleza y función de la aportación documental prevista en el art. 1609, par. 2 LEC.

D) Pretensiones amparadas en un derecho a alimentos de origen negocial

Según el art. 153 del C.C. el derecho de alimentos puede tener su origen en la ley o en el negocio jurídico, tanto *inter vivos* como *mortis causa* (legado de alimentos: art. 879 C.C.). En principio, este diferente origen de la obligación no supone ninguna limitación a la interposición de la pretensión en el proceso especial, porque de la comparación del par. 1 («el título en cuya virtud los pide» -los alimentos-) con el par. 2 («Si el título se fundare en un derecho otorgado por la ley») del art. 1609 LEC, se deduce que son admisibles tanto las pretensiones justificadas en un derecho *ex lege*, como en uno de creación negocial.

El problema reside solamente en la calificación jurídico-material de la obligación negocialmente establecida como propiamente alimenticia o no. Y esta cuestión previa, a resolver con criterios de Derecho material, no es desde luego pacífica. Basta advertir en cuanto al legado de alimentos, que así como TRAVIESAS reconoce como una modalidad del mismo el legado de cantidad determinada «a título de alimentos»³⁹, para DÍAZ CRUZ el auténtico legado de alimentos se caracteriza porque la exigibilidad del mismo depende del estado de necesidad del legatario y porque su cuantía se determina en función de la necesidad del legatario y del caudal hereditario y es variable con ellos⁴⁰. En el plano contractual se plantean también problemas de distinción con la renta vitalicia⁴¹: aun sin pretenderse una total asimilación a la obligación de alimentos entre parientes⁴², se consideran como indicios acreditativos de una deuda alimenticia que las partes hayan querido, respectivamente, proporcionar y recibir los medios de asistencia precisos para remediar una necesidad y que este derecho de asistencia sea susceptible de gradación según las necesidades⁴³, mientras que la concreción de la prestación en una cantidad fija e invariable desnaturaliza la deuda alimenticia⁴⁴.

Por lo que se refiere a las consecuencias procesales de la resolución de ese problema, estimo que sí que pueden sentarse dos conclusiones seguras.

En primer término, que el proceso especial es adecuado para pretensiones amparadas en un derecho a alimentos aun de origen negocial, pero ello no puede suponer que el *nomen iuris* dado por las partes a la obligación constituida vincule al juez a los efectos de valorar la adecuación del procedimiento. La jurisprudencia ha declarado reiteradamente —y lo decimos en palabras de la S.T.S. 24 mayo 1972 (*Aranzadi*, 1972, marg. 1481)— que «los contratos son lo que son y no lo que digan las partes contratantes, indicando con ello que tienen una realidad y consiguiente alcance jurídico tal como existen de hecho, al margen de las calificaciones que los intervinientes les hayan atribuido». Pues bien, si esto puede mantenerse a los efectos de determinar el régimen jurídico-privado de la relación establecida, en el que tan preponderante papel juega la autonomía de la voluntad, con mayor razón habrá de mantenerse la necesidad de un análisis de la naturaleza del negocio por el órgano jurisdiccional, cuando de él dependan consecuencias de orden público tales como la competencia objetiva y la adecuación del procedimiento.

³⁹ TRAVIESAS, M. M., *Legados*, RDP, 1931, pp. 140-142.

⁴⁰ DÍAZ CRUZ, M., *Los legados*, Madrid, 1951, pp. 330-345.

⁴¹ DORAL, J. A., *Pactos en materia de alimentos*, ADC, 1971, pp. 332-333.

⁴² LACRUZ-SANCHO, *Derecho*, II, cit., p. 240.

⁴³ DORAL, *Pactos*, cit., pp. 344-345.

⁴⁴ DORAL, *Pactos*, cit., pp. 388-389.

En segundo lugar, el haber hallado la justificación de este proceso especial, con sus características de rapidez y sumariedad en la urgencia que exige la tutela jurisdiccional del derecho de alimentos, por su propia naturaleza, no autoriza a extender el ámbito de las pretensiones para las que aquel proceso es adecuado más allá de aquellos que se amparen en la existencia de una propia obligación de alimentos. Asegurar los medios de subsistencia puede ser el motivo de un negocio jurídico que no aparezca técnicamente estructurado como una convención o concesión unilateral de alimentos⁴⁵, y una prestación a la que se tenga derecho en virtud de un contrato no de alimentos (p. ej., la salarial derivada del contrato de trabajo) puede ser en concreto necesaria para que una persona pueda atender a su subsistencia, sin embargo nada de esto permite, al faltar la naturaleza jurídica alimenticia de la obligación, interponer las pretensiones que se amparen en aquellos negocios en el proceso especial de alimentos provisionales. En este sentido, este último es un instrumento más limitado, con un ámbito de aplicación más estrictamente tipificado, que el que suponen en Derecho alemán las *eintsweiligen Leistungsverfügungen*, que pueden acordarse cuando la prestación se necesite urgentemente para atender al propio mantenimiento vital⁴⁶.

E) La reclamación de pensiones alimenticias atrasadas en el proceso especial

Un último problema sobre el ámbito de aplicación del proceso de alimentos provisionales: ¿es adecuado para las pretensiones de condena por pensiones alimenticias atrasadas?

A mi juicio esta cuestión ha de recibir una respuesta negativa por las razones siguientes:

En primer término, porque considerando la razón de ser el proceso especial de alimentos provisionales -proveer con la celeridad conveniente a la satisfacción de necesidades urgentes de una persona---, respecto a la reclamación judicial de pensiones alimenticias atrasadas no está especialmente justificada una vía procedimental rápida, porque en cuanto a la necesidad pasada -que hubiera debido cubrirse con las pensiones que no se pagaron- ha desaparecido toda urgencia en satisfacerla⁴⁷.

Por otro lado, la posible existencia de pensiones devengadas y no pagadas o las defensas que el demandado pudiera hacer valer frente a su reclamación, no figuran como temas cuya alegación y prueba sea admisible a este proceso (arts. 1609, 1611 y 1615 LEC).

En tercer lugar, al regularse los efectos ejecutivos de la sentencia en el art. 1616 se contemplan exclusivamente las pensiones que se devenguen en el futuro.

Constituyen excepción a todo lo dicho las pensiones que venzan desde el momento de interposición de la demanda, sobre las cuales la sentencia debe pronunciarse según S.T.S. 21 junio 1935 (*Aranzadi*, 1935, marg. 1517). En el caso de que esas pensiones hubieran sido satisfechas durante el procedimiento y hubiera oportunidad procesal de alegar ese hecho extintivo, ha de hacerse así para que en la sentencia se reduzca correlativamente el alcance de la condena.

⁴⁵ BELTRÁN DE HEREDIA, en *Comentarios*, III-2, cit., pp. 12-13

⁴⁶ GRUNSKY, *Grundzüge*, cit., pp. 121-122

⁴⁷ Podría hablarse de una manifestación procesal del antiguo aforismo «in praeteritum non vivitur», con el solo alcance de excluir el procedimiento urgente para reclamar pensiones atrasadas, pero no la exigibilidad jurídico-material de las mismas, que es lo que constituye el sentido habitual de esa máxima, véase PIÑAR, *La prestación alimenticia*, cit., p. 34; BELTRÁN DE HEREDIA, en *Comentarios*, III-2, p. 45; LACRUZ-SANCHO, *Derecho*, II, cit., pp. 225-227.

2. PLURALIDAD DE OBLIGADOS A PRESTAR ALIMENTOS: ¿ACUMULACIÓN OBJETIVO-SUBJETIVA DE PRETENSIONES O PROCESO ÚNICO CON PLURALIDAD DE PARTES?

La cuestión de índole procesal en los supuestos de pluralidad de obligados a prestar alimentos es la de si nos hallamos -o nos podemos hallar bajo ciertos presupuestos- ante un proceso único con pluralidad de partes o si, diferentemente, existe una pluralidad de pretensiones respecto a las que se encuentran individualmente legitimados cada uno de los obligados y cuya acumulación es admisible.

El supuesto de pluralidad de obligados a prestar alimentos puede producirse de dos modos: en primer lugar, sin duda alguna, cuando en uno de los grados del orden de prelación establecido en el art. 144 C.C. se hallen varias personas; en segundo lugar, aunque con desacuerdos no expresamente contrastados entre los civilistas, cuando los obligados de grado preferente según el orden de prelación del art. 144, no pueden cubrir, habida cuenta de su caudal, las necesidades del alimentista, de modo que la pensión alimenticia deba completarse a cargo de los obligados de ulterior rango, según la opinión que estimo más plausible⁴⁸.

Cualquiera que sea la solución que deba darse a la segunda modalidad de pluralidad de obligados, es indudable tanto respecto a ésta, como respecto a la primera modalidad, que la obligación tiene carácter mancomunado o parciario⁴⁹. Como indican DÍEZ PICAZO-GULLÓN, hay «obligaciones diversas de manera que cada una de ellas podrá sufrir sus propias vicisitudes»⁵⁰. Efectivamente según el par. 1 del art. 145 C.C., «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». Cada uno de los obligados cumple haciendo efectiva la parte de la pensión que le corresponde y su obligación puede extinguirse, sin que ello suceda con la de los restantes obligados, por las causas de los artículos 150 y 152-2.º y 4.º.

Desde el punto de vista procesal ello significa que cada uno de los obligados está individualmente legitimado respecto a la correspondiente pretensión interpuesta por el actor, cuantitativamente limitada a la participación que a él le corresponda en el total importe de la pensión alimenticia. De momento no hay razón para considerar inadmisibles las pretensiones interpuestas en procesos diferentes contra los distintos obligados, sin perjuicio de la antedicha limitación cuantitativa que constituirá tema de fondo en cada uno de los procesos.

Ahora bien, la fijación de la parte de pensión que corresponde abonar a cada obligado y la condena a su pago, aunque se realice en procesos separados, impone tomar en consideración circunstancias comunes a todos los obligados o individuales de cada uno de ellos pero influyentes en la posición de los demás. En primer lugar, obviamente, el estado de necesidad del alimentista y el grado del mismo, que es el presupuesto del nacimiento de la obligación de alimentos de todos y la medida, también común, de la

⁴⁸ PUIG PEÑA, F., *Alimentos*, en NEJ Seix, II, Barcelona, 1950, p. 593, nota 54, entiende que el caso de que el primeramente obligado solo pueda cumplir parte de la prestación, la reclamación al siguiente sólo se hará por el resto; mientras que para LACRUZ-SANCHO, *Derecho*, II, cit., p. 230, el complemento de pensión a cargo del posterior obligado no se limita a completar la parte de pensión que el primer obligado no puede satisfacer y que fue fijada atendiendo a las necesidades del alimentista y a la situación económica del primer obligado, si no que para fijar el complemento se ha de tener en cuenta «el importe que recibiría si los alimentos se calculasen conforme al caudal del segundo deudor». Con la tesis de LACRUZ-SANCHO podría perfectamente darse el caso de que, por su importancia material, la aportación del segundo obligado apareciera no como complemento sino como el componente principal de la pensión, lo cual no se compagina con el espíritu del art. 144 C.C. y tiene hoy más difícil apoyo desde que la referencia a la posición social de la familia como módulo de los alimentos ha desaparecido del art. 142 C.C.

⁴⁹ PUIG PEÑA, *Alimentos*, cit., p. 584; LACRUZ-SANCHO, *Derecho*, II, cit., p. 223; BELTRÁN DE HEREDIA, en *Comentarios*, III-2, cit., p. 40. Sobre la terminología de obligaciones parciarias, DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1979, p. 416.

⁵⁰ DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *Derecho*, IV, p. 59.

prestación en la que aquélla se concreta. En segundo término, influyen en la determinación de la cuota de la pensión que corresponde a cada obligado, una serie de apreciaciones sobre la posición de los restantes, a saber: si respecto a alguno de los obligados no subsiste la obligación por las causas del art. 152, 2.º y 4.º⁵¹ C.C., puede incrementarse la participación en la pensión de los restantes obligados; el monto de los caudales de todos los obligados, en función del cual se fija la pensión (art. 146 C.C.) cuyo importe ha de repartirse; y, por fin la valoración del caudal de cada uno de los obligados de la que se deriva el índice de participación en el pago de la pensión (art. 145, par. 1 C.C.).

A la vista de esto último, es el caso de preguntarse si entre la pluralidad de obligados a prestar alimentos no subsiste un litisconsorcio pasivo necesario que imponga la demanda conjunta frente a todos ellos y la inadmisibilidad de la resolución de fondo a falta de la misma. Una solución positiva podría hallar apoyo en cierta jurisprudencia sobre el litisconsorcio necesario que, a juicio de la doctrina⁵², amplía necesariamente el campo de aplicación de esa institución. No cabe duda, por ejemplo, atendiendo a alguna doctrina jurisprudencial sistematizada y criticada por SERRA, que debería haber litisconsorcio necesario porque, cuando sea demandado uno solo de los obligados, éste habrá de formular —según lo dicho antes— alegaciones referidas a la posición de los otros obligados y las referidas a su propia posición tendrán una repercusión lógica sobre la de los restantes⁵³. Por otro lado, si se piensa en el fundamento en ocasiones aducido por la jurisprudencia para imponer el litisconsorcio necesario de evitar la contradicción o desarmonía de los fallos⁵⁴, existiría en estos supuestos litisconsorcio, porque el depender la fijación de la parte de la pensión que a cada obligado corresponde de circunstancias comunes o de la mutua influencia de circunstancias individuales, la apreciación de las mismas en procesos separados puede dar lugar a aquellas consecuencias que, al parecer del T.S., el litisconsorcio tiene la función de evitar.

Pero nada de lo dicho constituye la específica justificación del litisconsorcio necesario, pues para evitar la contradicción o la desarmonía entre sentencias, que es posible siempre que entre una pluralidad de pretensiones exista conexión -como sucede en este caso-, existen otros instrumentos procesales (la acumulación)⁵⁵ previstos en atención a una situación que, precisamente, en el caso de litisconsorcio no debe darse, cual es la posibilidad jurídica de pronunciamiento en procesos separados sobre las varias pretensiones⁵⁶.

Sólo porque esto último queda excluido en caso de litisconsorcio necesario, desaparece como consecuencia la posibilidad de contradicción de fallos, pero éste no es ni el fin ni el fundamento de aquél. El litisconsorcio necesario radica, más profundamente, en la estructura jurídico-material de algunas relaciones jurídicas que tienen como titulares activos y/o pasivos a una pluralidad de personas⁵⁷, estructura que debe transponerse al plano procesal cuando dichas relaciones sean deducidas en juicio, porque si no es así la sentencia que se obtenga por o frente a no todos los legitimados será inútil, no producirá

⁵¹ Para PUIG PEÑA, *Alimentos*, cit., p. 599, que deban suplir otros obligados la parte de la prestación que deja de ser debida en virtud del art. 152-4.º C.C., es dudoso.

⁵² Una postura crítica frente a la aplicación del litisconsorcio necesario en algunos supuestos por el T.S., puede hallarse en SERRA, M., *Concepto y regulación positiva del litisconsorcio*, en RD Pro Iberoam., 1971, pp. 591 ss.; CORTÉS, V., *El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en RD Pro Iberoam., 1976, pp. 388 ss.

⁵³ SERRA, *Concepto y regulación positiva*, cit., p. 593.

⁵⁴ CORTÉS, *El litisconsorcio necesario*, cit., pp. 394-396; DÁVILA MILLÁN, E., *Litisconsorcio necesario. Concepto y tratamiento procesal*, Barcelona, 1975, páginas 54-56.

⁵⁵ REDENTI, E., *Il giudizio civile con pluralità di parti*, reimpresión, Milano, 1960, pp. 5-6, 8-9.

⁵⁶ CHIOVENDA, G., *Sobre el litisconsorcio necesario*, en *Ensayos de Derecho procesal civil*, III, Buenos Aires, 1949 (trad. SENTÍS MELENDO), pp. 303-304.

⁵⁷ REDENTI, *Il giudizio civile*, cit., p. XIV de la *prefazione* a la reimpresión antes citada; SERRA, *Concepto y regulación positiva*, cit., p. 585; CORTÉS, *El litisconsorcio necesario*, cit., pp. 380 ss.; DÁVILA, *Litisconsorcio necesario*, cit., páginas 52-54.

los efectos que pretendían obtenerse a través de la misma, sean estos constitutivos -único caso admitido por CHIOVENDA⁵⁸- o sean declarativos o de condena --como admiten otros autores⁵⁹.

Dado el carácter parciario de la obligación de alimentos en caso de pluralidad de obligados, ninguna de las características del litisconsorcio necesario puede producirse: correlativamente a la pluralidad de obligaciones existen otras tantas pretensiones, cuyos objetos están constituidos por peticiones de condena cuantitativamente limitadas a una parte de la pensión.

Consecuentemente, a la interposición por separado de cada una de esas pretensiones no podrá oponerse la falta del presupuesto procesal de litisconsorcio necesario, aunque al resolver sobre el fondo no se podrá —por regla general— condenar a la totalidad de la prestación que constituye objeto de la obligación de alimentos, sino sólo a la parte que corresponda al demandado. La apreciación en la motivación de la sentencia de circunstancias comunes al demandado y a los obligados no demandados o de circunstancias propias de éstos que influyan en la determinación de la obligación de aquél, no afecta a los que no han sido demandados, no sólo porque la cosa juzgada no se extiende a los mismos (art. 1252 C.C.), sino también porque esa apreciación -que no es la base de pronunciamiento ninguno respecto a los no demandados- en cuanto tal no queda cubierta por la cosa juzgada⁶⁰.

Si el alimentista demanda a todos los obligados existirá una acumulación objetivo-subjetiva de pretensiones de carácter inicial o, según otra terminología, un litisconsorcio voluntario, cuya admisibilidad se ampara en el art. 156 LEC⁶¹. En el supuesto propiamente dicho de pluralidad de obligados la acumulación de pretensiones será simple, porque se pedirá la condena de cada demandado por su cuota. En caso de duda sobre la aplicación concreta del orden de prelación del art. 144 del C.C., el alimentista no precisa demandar en sucesivos procedimientos a los que puedan estar obligados⁶² y por otro lado demandar sin más a los obligados en un grado posterior presenta el riesgo de desestimación de la demanda por no probarse la insuficiencia de recursos económicos de los preferentemente obligados; de ahí que sea conveniente la acumulación objetivo-subjetiva de pretensiones con el carácter de eventual, pidiendo la condena del obligado u obligados de grado posterior, para el caso de que no fuera estimada respecto a los obligados preferentes⁶³.

De haberse iniciado separadamente varios procesos de alimentos provisionales, cualquiera de las partes puede pedir su acumulación, en base al art. 161-5.^a en relación con el 162-4.^a LEC.

No obstante todo lo dicho, el párrafo 2 del art. 145 C.C. dispone que «en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, podrá el juez obligar a una sola de ellas (se refiere a las personas obligadas a prestar alimentos) a que los preste provisionalmente, sin perjuicio de su derecho a reclamar de los demás obligados la parte que les corresponda».

Antes de analizar las consecuencias procesales de este precepto, conviene considerar brevemente su incidencia sobre la configuración jurídico-material de la obligación alimenticia. En primer término puede advertirse que el precepto supone una excepción al carácter parciario de la obligación de alimentos en el caso de pluralidad de

⁵⁸ CHIOVENDA, *Sobre el litisconsorcio*, cit., pp. 305-307, 308-312.

⁵⁹ REDENTI, *Il giudizio civile*, cit., pp. XXII-XXIII y nota 270 en las páginas 256-257, CORTÉS, *El litisconsorcio necesario*, cit., p. 380; DÁVILA, *Litisconsorcio necesario*, pp. 56-60; COSTANTINO, G., *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Napoli, 1979, pp. 467 ss.

⁶⁰ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho*, I (con HERCE), cit., pp. 442-443.

⁶¹ MONTERO, J., *Acumulaciones de procesos y proceso único con pluralidad de partes*, en R Arg D Pro., 1972, pp. 405-406.

⁶² PUIG PEÑA, *Alimentos*, cit., pp. 592-593. Véanse también las sentencias recogidas por FENECH, M., CARRERAS, J., en *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, 1959, pp. 8271-8276.

⁶³ MONTERO, J., *Acumulación de procesos*, cit., pp. 407-408.

obligados. La efectividad de esa excepción depende de la apreciación discrecional por el juez de dos factores: «caso de urgente necesidad» y «circunstancias especiales». El sentido del primero de estos requisitos es, a mi juicio, fácilmente determinable: la prestación alimenticia que ha de obtenerse con el concurso de todos los obligados ha de ser, atendido su objeto y cuantía, necesaria en concreto para la satisfacción de necesidades vitales —lo que no siempre sucede⁶⁴—, no siendo suficiente la urgencia *ex re ipsa* que caracteriza al derecho de alimentos a los efectos de dotarle de tutela jurisdiccional urgente, porque si así fuera la mención de este requisito en el art. 145, par. 2, sería innecesaria. El sentido del segundo requisito ha de precisarse atendiendo a la *ratio* del precepto: si con él se pretende evitarle al alimentista demoras en la percepción de la totalidad de la prestación, resulta que las «circunstancias especiales» cuya apreciación determinará la aplicación del precepto habrán de consistir en un temporal impedimento de que la actividad ejecutiva pueda desarrollarse sobre el patrimonio de uno de los obligados o en la previsión de su complejidad o del retraso en la obtención de resultados prácticos⁶⁵.

Ahora bien, y en segundo lugar, aun dándose esos requisitos la obligación no se convierte en solidaria⁶⁶, porque el alimentista no puede exigir la totalidad de la prestación de cualquier deudor, dirigiendo la demanda solo frente a él o dirigiéndola por el todo contra cada uno simultáneamente (art. 1144 C.C.), sino que sólo uno (o algunos) de los deudores puede ser condenado al pago de la pensión total previa apreciación de las anteriores circunstancias y de otro requisito al que en seguida haremos mención. Lo contrario supondría permitir el absurdo de que la demanda se pudiera dirigir precisamente frente al deudor cuya situación genera las «especiales circunstancias» en función de las cuales se establece este precepto. Pero hay otra razón que elimina la libertad de elección de deudor por el alimentista: la obligación de pago de la pensión total no puede imponerse a aquel obligado que, si bien puede satisfacer la parte que le corresponda de la pensión, no pueda por su situación económica suplir la falta de los restantes deudores, porque si ese estado produciría la extinción de su deuda alimenticia propia (art. 152-1.º C.C.), con mayor razón ha de impedir que se imponga el pago de la prestación correspondiente a los demás deudores⁶⁷.

Partiendo de lo dicho, es evidente que no cabe postular automáticamente para este supuesto, el tratamiento procesal que parte de nuestra doctrina estima adecuado a las obligaciones solidarias⁶⁸. Estimo, en cambio, que sí que pueden extraerse las consecuencias siguientes.

No está pasivamente legitimado respecto a la pretensión de condena al pago de la totalidad de la pensión cualquiera de los obligados, ni en cualquier caso. La estimación de una pretensión así formulada frente a una de los obligados dependerá de la concurrencia de los tres requisitos más arriba indicados. A falta de ello no dudo, sin embargo, que pueda condenársele a la parte de pensión que le corresponda.

La estimación de la pretensión no implicará que la sentencia extienda su eficacia ejecutiva a los restantes deudores no demandados. Se ha llegado a afirmar por SERRA que la extensión a los deudores solidarios de los efectos de la sentencia lograda frente a uno de ellos, comprende también la eficacia ejecutiva de la misma cuando es de condena⁶⁹. Esta posibilidad habría que rechazarla porque la ejecución no puede dirigirse más que contra la persona que aparezca pasivamente legitimada según el título

⁶⁴ LACRUZ-SANCHO, *Derecho*, II, cit., p. 231.

⁶⁵ LACRUZ-SANCHO, *Derecho*, II, cit., p. 223; BELTRÁN DE HEREDIA, en *Comentarios*, III-2, cit., p. 40; PUIG PEÑA, *Alimentos*, cit., p. 585.

⁶⁶ LACRUZ-SANCHO, *Derecho*, II, cit., p. 215.

⁶⁷ LACRUZ-SANCHO, *Derecho*, II, cit., nota 15 de la p. 215.

⁶⁸ FAIRÉN, V., *Sobre el litisconsorcio en el proceso civil*, en *Estudios*, cit., pp. 143-144; SERRA, M., *Intervención de terceros en el proceso*, en *Estudios*, cit., pp. 229-230; el mismo, *Concepto y regulación positiva del litisconsorcio*, en *RD Pro. Iberoam.*, 1971, pp. 599-601; MONTERO, J., *La intervención adhesiva simple*, Barcelona, 1972, pp. 19-20; CORTÉS, V., *El litisconsorcio necesario*, cit., página 409.

⁶⁹ SERRA, *Intervención de terceros*, en *Estudios*, cit., p. 243.

ejecutivo⁷⁰. En nuestro caso sería doblemente inadmisibile, por la razón anterior y porque, al no tratarse de una propia obligación solidaria, la condena de uno por el todo nunca puede suponer la de todos por el todo, ya que se exige la específica constatación de los requisitos que condicionan la condena de un solo deudor al pago de la totalidad de la pensión.

Diferente ha de ser, también, la conclusión en punto a la extensión de la cosa juzgada a los deudores no demandados. En nuestra doctrina existen opiniones discrepantes sobre este tema en su planteamiento respecto a las obligaciones solidarias⁷¹. Pero tampoco en esa problemática se inserta exactamente el supuesto que consideramos. En primer término, porque propiamente no existe cosa juzgada al poder proponerse por cualquiera de los interesados el mismo objeto del proceso de alimentos provisionales en un proceso ordinario (de alimentos definitivos). La única consecuencia de la tesis de que la sentencia afecta a los obligados no demandados, podría ser la de que el alimentista que ha visto desestimada su pretensión, total o parcialmente, no pudiera interponerla frente a un obligado antes no demandado en un nuevo proceso de alimentos provisionales, debiendo acudir al proceso ordinario. No obstante -y en segundo lugar considero que ni siquiera puede producirse esa consecuencia, porque, a diferencia de lo que se dice que ocurre con las obligaciones solidarias, en este supuesto no se resuelve sobre la relación unitaria de cada uno de los obligados en el proceso frente a uno solo de ellos⁷², sino, por razones especiales, sobre la atribución de la obligación íntegra a uno de los obligados, sin pronunciamiento acerca de si eso mismo o sólo la condena a la parte de pensión que le corresponda según sus posibilidades económicas, puede imponerse a cualquiera de los restantes obligados.

Aparte de lo dicho, hay que referirse a otros dos aspectos procesales de ese precepto. En primer término, a mi juicio, sólo cabe obtener condena de uno de los obligados a la totalidad de la pensión en el proceso de alimentos provisionales. A esta conclusión se llega no por el fácil argumento literal que brinda la propia disposición, sino porque la alegación de la «urgente necesidad» que ha de hacer el alimentista para fundar la pretensión resultaría contradicha por su propia conducta procesal de acudir al proceso ordinario, que por su duración, no sirve para atender a una situación de urgencia. De no seguirse esta tesis —es decir, de admitirse que pueda condenarse a un obligado por la totalidad, en el proceso ordinario sobre alimentos— habrá que entender que la cosa juzgada no impide al condenado al pago de toda la pensión, no sólo reclamar su parte a los restantes obligados (lo que es obvio), sino también accionar frente al alimentista para obtener la reducción de la pensión que se halla prestando a la que le corresponda prestar en concurrencia con los demás obligados, fundando su pretensión en la desaparición de las «circunstancias especiales» que motivaron su condena al pago de la totalidad⁷³.

La segunda cuestión es la de si planteada inicialmente la demanda frente a la totalidad de obligados, acumulando las pretensiones de condena frente a cada uno por la parte de pensión que le corresponda, puede entrar en juego, con posterioridad, lo dispuesto en el art. 145, par. 2. Una posibilidad sería la transformación de la demanda, es decir, modificarla en el momento de la exposición inicial del demandante en el juicio verbal (art. 1611 en relac. con 1656 y 1644 LEC) en el sentido de aumentar el *petitum* frente a uno de los obligados hasta completar el total de la pensión, desistiendo de las pretensiones interpuestas frente a los restantes o manteniéndolas' sólo para el caso de que

⁷⁰ CARRERAS, J., *El embargo de bienes*, Barcelona, 1957, pp. 67-68.

⁷¹ Véanse, a favor de dicha extensión, FAIRÉN, SERRA y MONTERO en las obras citadas en la nota 80. También DÍEZ PICAZO, *Fundamentos*, I, cit., páginas 431-432. En favor de esa tesis concurre el art. 1252, par. 3 C.C. Pero no todos los autores concuerdan en esa interpretación del precepto; así, véanse, en contra, GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho*, I, cit., pp. 449-452; CORTÉS, *El litisconsorcio necesario*, cit., p. 394, nota 57.

⁷² FAIRÉN, *Sobre el litisconsorcio*, en *Estudios*, cit., pp. 143-144.

⁷³ Esta problemática se engarza en la de los límites temporales de la cosa juzgada, sobre la que, véase, GUASP, J., *Los límites temporales de la cosa juzgada*, en ADC, 1948, pp. 435 y ss.

se desestime la pretensión de condena a la totalidad en ese momento propuesta frente a uno solo. Esta posibilidad debe rechazarse. Aunque a la demanda del art. 1609 sigue un juicio verbal, la relación entre ella y el contenido admisible de las alegaciones y peticiones de la par-te actora en su exposición inicial dentro de la vista, no se puede concebir del mismo modo a como se establece entre la demanda del art. 720 LEC y el juicio verbal en sentido estricto, porque aquella demanda, a diferencia de la del art. 720, es una demanda sustanciada, que contiene la interposición de la pretensión⁷⁴, cuya posibilidad de transformación depende de una norma permisiva que en este caso no existe. Aunque se admitiera su transformación, habría de ser siempre con el alcance limitado que se deduce del art. 548, par. 2 y del art. 52 del Decreto 21 noviembre 1952, sin permitir la interposición de una pretensión nueva ni el aumento de la cantidad a la que se pidió condena⁷⁵.

Igualmente debe negarse que el art. 145, par. 2 se aplique en sede de ejecución, a la vista, por ejemplo, de las dificultades que ofrece su desarrollo en uno de los patrimonios de los obligados. La razón es aquí que el título de ejecución, en nuestro caso la sentencia de condena de todos los obligados por la parte de la pensión que a cada uno corresponde, no ampararía la actividad ejecutiva frente a uno solo de los obligados por la totalidad de la pensión, siendo nulos los actos ejecutivos que se realizarán, con posibilidad, incluso de hacer valer su ineficacia mediante el recurso del art. 1695 LEC.

Una tercera posibilidad derivaría de considerarse que el art. 145, par. 2 C.C. confiere al juez una potestad de pronunciarse *ex officio* sobre ese punto. Desde luego el precepto no es absolutamente inequívoco en ese sentido, porque otra significación plausible de sus términos literales es la de que la concentración de la deuda en uno de los obligados depende de la apreciación discrecional del juzgador⁷⁶, sin que nada quede resuelto sobre la necesidad o no de petición de parte para que dicha facultad discrecional se ejercite. Una argumentación favorable a esta posibilidad habría de construirse a partir de las indudables excepciones a algunas consecuencias del principio dispositivo en materia de alimentos, como son la exclusión de la renuncia (art. 151 C.C.) y de la transacción judicial (art. 1814 C.C.), pero habría que tener en cuenta que aunque el alimentista no pida resolución conforme al art. 145, par. 2 C.C., el contenido de su derecho frente a cada uno de los obligados permanece intangible.

4. SOBRE LA APORTACIÓN DOCUMENTAL PREVISTA EN EL ART. 1609 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

El art. 1609 LEC dispone: «El que se crea con derecho a pedir alimentos provisionales, presentará con la demanda los documentos que justifica cumplidamente el título en cuya virtud los pide. Si el título se fundare en un derecho otorgado por la Ley, se presentarán los documentos que acrediten la relación de parentesco, o las circunstancias que den derecho a los alimentos, ofreciendo completar la justificación con testigos, si fuese necesario». Sirven de complemento a esta disposición la del art. 1610 («El Juez no admitirá la demanda si no se acompañaren los documentos expresados en el artículo anterior») y el último inciso del art. 1611 («se admitirán las pruebas que aquéllas propongan relativas a los extremos expresados en el art. 1609. que no resultan justificados por los documentos acompañados a la demanda»).

Estas normas sobre la aportación documental inicial en el proceso de alimentos provisionales reciben interpretaciones dispares por parte de nuestra doctrina, que conducen a diferentes conclusiones sobre la naturaleza de los documentos a aportar y sobre las consecuencias de su aportación o de la falta de la misma.

⁷⁴ GUASP, *Derecho*, I, cit., pp. 528-529.

⁷⁵ GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, II, 1, 1.ª parte, Madrid, 1945, pp. 340-341.

⁷⁶ En este sentido, PUIG PEÑA, *Alimentos*, cit., p. 592; LACRUZ-SANCHO, *Derecho*, II, cit., p. 223.

Para PRIETO-CASTRO, esas normas no constituyen una limitación probatoria, sino que simplemente persiguen el acreditamiento de la legitimación, para lograr una mayor celeridad en el procedimiento y evitar procesos inútiles por falta de dicha legitimación⁷⁷. FAIRÉN acepta expresamente esa tesis⁷⁸. También DE MIGUEL parece acogerse a ella, en cuanto reconoce que «la justificación del título podrá completarse con la prueba testifical», siempre que con la demanda se haya ofrecido el acreditamiento documental de aquél⁷⁹. Analizando esta tesis puede decirse: 1.º) Que la aportación documental ex artículo 1609 no es propiamente la prueba documental de algunos extremos del *thema probandi* de este proceso, sino meramente un acreditamiento, justificación o prueba semiplena, instrumentada documentalmente, de aquellos extremos, destinada sólo a influir en la admisión de la demanda⁸⁰; 2.º) Que en el momento de la vista es admisible cualquier medio de prueba destinado a probar esos mismos extremos; y 3.º) Que si el medio de prueba que se proponga es la documental, no podrá inadmitirse por haber precluido el trámite de su presentación, pues el art. 1609 y concordantes no sólo no suponen una limitación de medios de prueba, sino ni siquiera una regulación análoga al art. 504 en relación con el 506 LEC, rigiendo aquí, en punto a la admisión de la documental, lo dispuesto en el art. 1611 y en los artículos a los que éste se remite (arts. 1656 y 1644, part. 2 *in fine*).

GUASP mantiene una tesis diferente, aunque de modo implícito. En efecto, dice este autor que la demanda del proceso de alimentos provisionales «tiene que contener la pretensión procesal, o sea, la reclamación de fondo que el demandante quiere que se satisfaga. Así se deduce de la norma fundamental de la LEC, que obliga a acompañar a la demanda los documentos que justifiquen la reclamación. En efecto, el art. 1609 dice que el que se crea con derecho a pedir alimentos provisionales ha de presentar, con la demanda, los documentos que justifiquen cumplidamente el título en cuya virtud los pide»⁸¹. Me parece correcto entender que en esta argumentación de GUASP se halla implícita la tesis de que la aportación documental prevista en el art. 1609 es una especificación de la que dispone el art. 504 LEC, no por lo que se refiere a las consecuencias de la falta de presentación (que tiene, en el juicio de alimentos, el tratamiento previsto en el art. 1610), sino en lo que hace a la calidad de los documentos a presentar: el art. 1609 se referiría a la necesidad de aportación inicial de las pruebas documentales más decisivas, de los documentos en los que la parte funde su derecho⁸². Las diferencias de esta tesis respecto a la anterior serían las siguientes: 1.º) La calidad de los documentos, que no son aquí cualesquiera de los que puedan deducirse algunos extremos, sino aquellos que contienen esos mismos extremos⁸³; 2.º) Firme la providencia de admisión de la demanda, aunque los documentos que se hubieran presentado no fueran de la calidad antes indicada, deberán no ser admitidos si se presentan después, salvo que concurra alguna de las causas del artículo 506 LEC; y 3.º) Lo dicho en 2 no será obstáculo a la admisibilidad de otros medios de prueba que tengan por objeto la de los mismos extremos que pudieron ser probados con los documentos fundamentales inadmitidos por presentación extemporánea.

⁷⁷ PRIETO-CASTRO, *Derecho*, II, cit., p. 138.

⁷⁸ FAIRÉN, V., *La demanda en el proceso civil español*, en *Estudios*, cit., p. 458.

⁷⁹ DE MIGUEL ALONSO, C., *Juicio de alimentos provisionales*, en NEJES, T. XIV, Barcelona, 1971, p. 42.

⁸⁰ PRIETO-CASTRO, *Derecho*, I, cit., p. 455. Más ampliamente y con abundantes referencias bibliográficas, SENTÍS MELENDO, *Naturaleza de la prueba*, en *La prueba*, Buenos Aires, 1978, pp. 84 ss.

⁸¹ GUASP, *Derecho*, II, pp. 528-529.

⁸² En general sobre ese tema, GUASP, J., *La presentación de documentos en los juicios de mayor y menor cuantía*, en *RDPro.*, 1945, pp. 59 ss.; DE LA OLIVA, A., *La presentación de documentos*, en *RD Pro Iberoam.*, 1970, pp. 875 ss.

⁸³ Sobre la determinación de los documentos afectados por el art. 504 LEC, DE LA OLIVA, *La presentación*, cit., p. 881.

Produce cierta perplejidad, sin embargo, que la falta de presentación inicial de los documentos fundamentales tenga, en el proceso de alimentos provisionales, la drástica consecuencia de la inadmisión de la demanda (art. 1610) y no, como en el supuesto del art. 504 LEC, la mera inadmisión de los documentos presentados extemporáneamente, con la consecuencia de que el actor aun podrá (y tendrá) que absolver la carga de la prueba valiéndose de medios probablemente menos eficaces. Pero, lo que más extraña es que ese efecto de la no presentación inicial no pueda llevarse a sus últimas consecuencias en el caso de que la demanda haya sido admitida indebidamente porque los documentos no tenían la calidad necesaria y la providencia ha quedado firme: entonces tiene el actor la posibilidad de usar otros medios de prueba y, en ciertos casos, los propios documentos fundamentales. Entiendo que lo primero queda más satisfactoriamente explicado y lo segundo más justamente resuelto si se entiende que lo que el art. 1609 viene a establecer es que la prueba documental es el único medio de prueba admisible respecto a ciertos extremos del fundamento de la pretensión, además de ser necesario presentarla con la demanda⁸⁴. Se entiende, entonces, bien que la falta de aportación deba dar lugar a inadmisión *a limine* de la demanda, porque aunque fuera admitida nunca podría estimarse la pretensión mediante ella interpuesta al fallar *ex necesse* la prueba de parte de su fundamento. Y tampoco podrá obtener el actor una injustificada ventaja de la errónea admisión de la demanda, porque, al ser inadmisibile respecto a ciertos extremos cualquier prueba que no sea la documental, su pretensión será desestimada por falta de prueba de parte de su fundamento. Sin embargo, -todo hay que decirlo- en ese último caso y aun dentro de la tesis que apuntamos, sigue abierta la posibilidad de que la documental se admita si concurre alguna causa del art. 506.

Alguno de los argumentos que pueden apoyar —o contradecir— cada una de estas tesis han quedado ya apuntados. Veamos otros.

En primer término, la exigencia del par. 1 del art. 1609 de que los documentos justifiquen *cumplidamente* el título en cuya virtud se piden los alimentos, parece abiertamente contraria a la suficiencia de un elemento probatorio documental de poca «intensidad» y funda un argumento en contra de la primera tesis.

Esta misma tesis, sin embargo, podría hallar un argumento favorable en la mención del par. 2 del mismo artículo de la «posibilidad de completar la justificación con testigos, si fuese necesario». Pero habría que tener en cuenta: 1.º) Que esa posibilidad de complementación de la justificación documental del título, no se refiere a cualquiera de los que confieren derecho a alimentos, sino sólo a los alimentos *ex lege*; y 2.º) Que incluso en ese más reducido campo, no es seguro que la posibilidad de complementación exista respecto a la prueba de cualquiera de los presupuestos del derecho a alimentos, porque perfectamente puede entenderse no referida a la relación de parentesco y limitada a las otras «circunstancias», como entiende, por ejemplo, MANRESA⁸⁵.

La disposición del art. 1611, *in fine*, sobre la admisión de «las pruebas que aquéllas (las partes) propongan relativas a los extremos expresados en el art. 1609, que no resulten justificados por los documentos acompañados a la demanda», tampoco tiene una interpretación unívoca. Admite una interpretación favorable a la primera tesis, si se entiende que permite paliar la insuficiencia de los medios probatorios acompañados a la demanda. Pero también puede tener un significado favorable a las otras posturas, si se entiende no como permisivo de la admisibilidad de otros medios de prueba relativos al mismo *thema probandi*, sino de la admisibilidad de los medios de prueba referidos a extremos distintos de aquellos cuya prueba habrá de resultar sólo de los documentos inicialmente aportados.

⁸⁴ Como advierte GUASP, *La presentación*, cit., p. 73, nota 1, el art. 504 se refiere a todas las demandas, «no sólo a las... que se producen en los procesos de cognición (juicio declarativos) ordinarios», excepcionándose sólo los juicios verbales en sentido estricto por el art. 523 LEC. Sobre que, en este sentido, la demanda del juicio de alimentos no puede considerarse demanda de juicio verbal, véase nota 86.

⁸⁵ MANRESA, *Comentarios*, VI, cit., p. 75.

En fin, me parece correcto estimar que el art. 1609 establece una limitación de los medios de prueba para la justificación del título en que se funda el derecho a alimentos, siendo admisible para ello sólo la prueba documental.

Por lo que se refiere a los alimentos de origen negocial (contractual o testamentario), esta limitación resulta claramente de dos argumentos antes aludidos: los documentos habrán de justificar cumplidamente el título y la posibilidad de completar la justificación con testigos expresamente se limita a los alimentos *ex lege*. El documento que recoja el contrato o la correspondiente disposición testamentaria es el único que permitirá la admisión de la demanda y servirá para la prueba de esos hechos. Que a falta de los referidos documentos no pueda obtenerse condena -y ni siquiera la admisión de la demanda- en este proceso especial, no significa ni negación del derecho a alimentos, ni exigencia de que se sujete a determinadas formalidades su constitución por vía negocial, sino la necesidad de hacerlo valer en proceso ordinario. Por otro lado no resulta extraño que el acceso a modalidades de tutela jurisdiccional de carácter sumario, se limite a los casos en que se disponga de una prueba documental del derecho correspondiente⁸⁶.

En cuanto a los alimentos *ex lege*, hay que distinguir la relación de parentesco de las restantes «circunstancias». La primera ha de ser documentalmente probada y, en concreto, mediante certificaciones de los asientos del Registro Civil. Ello no sólo por la letra del art. 1609, par. 2 LEC, sino también porque según el art. 327 C.C., «las actas del Registro serán la prueba del estado civil, la cual sólo podrá ser suplida en el caso de que no hayan existido aquéllas o hubiesen desaparecido los libros, o cuando ante los Tribunales se suscite contienda»⁸⁷.

Para que fueran admisibles otros medios de prueba sería, pues, necesario -dejando a un lado los supuestos que no requieren intervención jurisdiccional- que se hubiera suscitado contienda sobre el estado civil, bien por existir éste y no estar inscrito o bien porque la inscripción no se corresponda con la realidad, y sobre ella habría de pronunciarse el órgano jurisdiccional.

De entrada puede decirse que un pronunciamiento sobre esa cuestión en el proceso de alimentos provisionales no alcanzaba valor de cosa juzgada, por lo menos porque el procedimiento no es el adecuado para enjuiciar una cuestión de estado⁸⁸. Sin embargo, esta objeción no impediría que el tema del estado civil se planteara, discutiera y resolviera, prescindiendo de las inscripciones registrales y aun en contradicción con ellas, con el limitado efecto de declaración antecedente al pronunciamiento principal sobre el derecho a alimentos, es decir *incidenter tantum*⁸⁹, siendo admisibles a estos efectos cualesquiera medios de prueba.

Tampoco esta última posibilidad me parece satisfactoria, aunque no creo poder ofrecer una argumentación acabada para excluirla. Diré solamente: 1.º Que la exclusión de la misma está avalada por alguna jurisprudencia, como la contenida en las Ss.T.S. de 29 noviembre 1886 (*J.C.*, T. 60, n.º 188), 18 febrero 1980 (*J.C.*, T. 67, n.º 45), 20 octubre 1954 (*Aranzadi*, 1954, marg. 2859) y 22 marzo 1956 (*Aranzadi*, 1956, marg. 1524); 2.º Que de admitirse la discusión -la prueba con cualquier medio- y la resolución *incidenter tantum* sobre la cuestión de estado civil en cualquier proceso en que sea relevante, se pondría en entredicho la función del Registro como medio que ofrece la intervención del Estado de un «modo fácil y claro de conocer las situaciones de estado civil, con la seguridad suficiente para la vida jurídica normal»⁹⁰, aparte de que sería contrario a lo

⁸⁶ FAIRÉN, *El juicio ordinario...*, en *Estudios*, cit., p. 378; GUASP, *Derecho*, II, p. 12; CALAMANDREI, P., *El procedimiento monitorio*, Buenos Aires, 1946 (trad. SENTÍS MELENDO), pp. 29-30.

⁸⁷ Sobre que las actas del Registro no son sólo medio de prueba, sino título de legitimación del estado civil, DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, II, Madrid, 1952, pp. 79-81.

⁸⁸ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho*, I, cit., pp. 443.

⁸⁹ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho*, I, cit., pp. 385-386; PRIETO-CASTRO, *Derecho*, II, cit., pp. 200-201.

⁹⁰ DE CASTRO, *Derecho*, II, cit., p. 80.

dispuesto en el art. 4 de la Ley de Registro Civil que exige que la cuestión prejudicial sobre la inexactitud de un asiento del Registro se resuelva con efectos de cosa juzgada; y 3.º) La posibilidad introducida por el nuevo art. 128, par. 2 C.C., de que el juez acuerde el pago de alimentos provisionales por el demandado una vez admitida la demanda de reclamación del estado de filiación, parece igualmente avalar nuestra tesis, pues la innovación legislativa sería innecesaria si, en el supuesto contemplado por ese precepto, hubiera podido obtenerse condena en el proceso de alimentos provisionales.

5. ¿IMPLICA LA REMISIÓN DEL ARTÍCULO 1611 LEC OTRA LIMITACIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA?

Aparte de lo dicho, apunta GUASP la posibilidad de que, como consecuencia de la remisión del art. 1611 a las normas reguladoras *del* juicio verbal en el interdicto de retener o recobrar y de éstas (art. 1656 LEC) al artículo 1644 y siguiente, exista en el juicio de alimentos provisionales otra limitación de medios de prueba⁹¹. Efectivamente, el art. 1644 dispone que «propondrán las partes las pruebas que les convengan, las que podrán ser de posiciones, documentos y testigos». De deber aplicarse efectivamente esta norma en el proceso de alimentos provisionales, nos hallaríamos ante una limitación de medios de prueba muy diferente a la que acabamos de estudiar: no se trataría de una exclusión de medios de prueba relativa a determinados extremos del *thema probandi*, sino de una exclusión absoluta, en este proceso, de las pruebas pericial y de reconocimiento judicial -dejando aparte la dudosa posibilidad práctica de la última en este proceso.

HERCE rechaza que la referida remisión pueda tener como consecuencia la limitación probatoria, con dos argumentos de diferente valor⁹². No es del todo convincente la razón de que la «remisión se contrae exclusivamente *a la forma* de celebración del juicio verbal», porque del texto del art. 1611 no se deduce esta limitada remisión a lo procedimental sino, más ampliamente, «a las disposiciones previstas para el (juicio verbal) que ha de tener lugar en el interdicto de retener o de recobrar», entre las que perfectamente podrían hallarse las que estatuyan la limitación probatoria, si *en el interdicto de retener o recobrar rige alguna disposición de ese tipo*. Más valor ha de concederse al argumento de que el propio artículo 1611, que regula la admisión de pruebas, no establece ninguna limitación, de tal modo que ésta no podrá deducirse de la remisión, pues ésta ha de entenderse con el alcance de completar lo no regulado en las normas que remiten.

Pero existe, a mi juicio, un argumento decisivo para rechazar esta limitación probatoria. No hay que pasar por alto el matiz de que el art. 1611 remite, primero, al art. 1656 y sólo a través de éste, a los artículos 1644 y 1645. Cabe pensar que ese en cierto modo tortuoso modo de efectuar la remisión, no lo ha adoptado el legislador *iocandi causa*, sino porque el art. 1656 dispone algo diferente a los arts. 1644-1645 que ha de valer para el proceso de alimentos provisionales, sin perjuicio de que tanto este último como el propio interdicto de retener o de recobrar, completen en lo restante la normativa de su juicio verbal con la remisión a los artículos 1644-1645.

Si se comparan el art. 1656 con los 1644-1645, aparecen dos diferencias: la disposición de que se llevará a efecto el juicio verbal aunque no concurra el demandado -que contiene el art. 1656 pero no el 1644- y la limitación de los medios de prueba que establece el art. 1644 frente a lo dispuesto en el art. 1656, par. 2, que es una limitación no de los medios de prueba sino del objeto de la misma. Yo creo, pues, que el sentido de que el art. 1611 efectúe la remisión a las normas del juicio verbal del interdicto de retener o de recobrar, aunque éstas acaban por remitir a las del interdicto de adquirir, puede hallarse en la exclusión inequívoca en el proceso de alimentos provisionales de la limitación de medios de prueba del artículo 1644 LEC.

⁹¹ GUASP, *Derecho*, II, cit., p. 530.

⁹² HERCE QUEMADA, *Derecho*, II, cit., p. 11.

6. LA SENTENCIA DE CONDENA EN ESTE PROCESO: UN SUPUESTO DE TUTELA JURISDICCIONAL MEDIANTE CONDENA A PRESTACIÓN FUTURA

A) La sentencia de condena en el proceso de alimentos provisionales representa el supuesto más claro y generalmente reconocido de condena de futuro en nuestro ordenamiento⁹³.

Es, efectivamente, fácil identificar en ella una condena de futuro por la expresa configuración legislativa de la eficacia ejecutiva de la sentencia: según el art. 1616 LEC, «Si el que fuere condenado al pago de los alimentos no hiciere efectiva la pensión el día en que debe pagarla según la sentencia, se procederá a su exacción por los trámites establecidos por el procedimiento de apremio después del juicio ejecutivo. Lo mismo se practicará con las mensualidades que vayan venciendo». Aparecen aquí las dos características esenciales de la tutela jurisdiccional mediante condena de futuro⁹⁴: que su otorgamiento no depende del estado de insatisfacción del derecho a prestación, pues en cuanto aplazado no puede quedar insatisfecho hasta que el plazo venza; que la sentencia no declara meramente el derecho, sino que, al estar dotada de eficacia ejecutiva, es una sentencia de condena.

El precepto se refiere sólo a una de las modalidades de cumplimiento de la obligación de alimentos: la que tiene por objeto una prestación pecuniaria que debe realizarse periódicamente por meses anticipados (arts. 148, y 149, inciso primero C.C.). Con referencia a ésta, el precepto no sólo no limita la eficacia ejecutiva de la sentencia a las pensiones que en ella se hayan podido considerar como vencidas y no satisfechas, sino que ni siquiera contempla ese aspecto, destinándose todo él a establecer que la sentencia tendrá efectos ejecutivos respecto a las pensiones alimenticias que se devenguen en meses sucesivos. Se trata, por tanto, de una condena que no se funda en la constatación de la llegada del término en el que la prestación ha de cumplirse ni, por tanto, en la del incumplimiento de la misma.

Ahora bien, como luego se argumentará más ampliamente, sólo puede dictarse sentencia de condena si se ha dado el supuesto de hecho que actualiza el derecho a alimentos, por ejemplo, en el caso de alimentos entre parientes, el vínculo de parentesco entre el obligado a darlos y el alimentista, la posibilidad económica del primero y el estado de necesidad del segundo. Se trae esto a colación con el único fin de aclarar que, en virtud de ese necesario presupuesto de la condena, ésta no deja de ser una condena de futuro para convertirse en una condena ordinaria. A pesar de su innegable relación, una cosa es el derecho de alimentos comprendido en su totalidad y otra distinta el derecho a la concreta pensión alimenticia, cuya exigibilidad depende de la llegada del día en el que la pensión ha de hacerse efectiva periódicamente.

Esta diferencia queda, a mi juicio, demostrada por el diverso tratamiento que, desde el punto de vista del Derecho privado, merecen uno y otro derecho: a) El derecho a alimentos puede nacer sin que sea exigible simultáneamente la primera pensión, pues, según el art. 148, par. 1 C.C., «la obligación de dar alimentos será exigible desde que los

⁹³ PRIETO-CASTRO, L., *La condena a prestación*, en *Trabajos y orientaciones...*, cit., p. 118; RODRÍGUEZ VALCARCE, F., *La acción de condena a prestación futura*, en RDPPro., 1948, pp. 91-92. Es uno de los elementos utilizados para la elaboración de una doctrina general de la condena de futuro en nuestro ordenamiento, que realizó la S.T.S. (Social) 19 noviembre 1954 (Aranzadi, 1954, marg. 2594). Constituye, además, un supuesto tradicional de esta modalidad de tutela jurisdiccional: MOOS, E., *Die Klage auf künftige Leistung*, Stuttgart, 1902, pp. 12-14.

⁹⁴ Sobre la condena de futuro, aparte de los autores y obras citadas en la nota anterior, véanse: HELLWIG, K., *Anspruch und Klagrecht*, Leipzig, 1910, pp. 368-398 y SCHMIDT R., *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1906, pp. 698-700, 714-718, representando las dos posturas iniciales de la doctrina alemana sobre los parágrafos 257-259 ZPO, que introdujeron una regulación completa de esta modalidad de tutela jurisdiccional. Para la doctrina alemana actual, ROSEMBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, München, 1977, pp. 481-483. Una exposición completa de su problemática legal, jurisprudencial y doctrinal en Derecho italiano, la ofrece PAOLINI, R., *Note sulla condanna in futuro*, Riv. trim. Dir. proc. civ., 1976, pp. 530-570.

necesitare para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda»; el inciso final de este precepto, salvo que se entienda que respecto a la obligación de alimentos *ex lege* la resolución judicial tiene carácter constitutivo⁹⁵ necesario⁹⁶, admite una interpretación que superaría sus términos literales, concretamente la de entender que lo que el precepto exige es que medie una reclamación aunque sea extrajudicial; pero, cualquiera sea la interpretación que se adopte, es claro que impone un presupuesto adicional para que sea exigible la «primera» pensión alimenticia; b) Puede extinguirse el derecho a alimentos por las causas del artículo 152 C.C., sin que ello suponga extinción de la obligación de pagar las pensiones alimenticias ya devengadas y en su momento no satisfechas por el obligado⁹⁷; c) Si bien el derecho a alimentos es imprescriptible, el derecho a la pensión alimenticia mensual prescribe a los cinco años desde que fue exigible (art. 1966-1.ª C.C.)⁹⁸; d) Las pensiones alimenticias devengadas durante el juicio de concurso han de abonarse con cargo a la masa gozando de la preferencia que les concede el art. 1924, 2.º, letra G) C.C., pero el concursado podrá obtener la extinción de la obligación de alimentos u oponerse a que se le imponga por no concurrir en él el requisito de la capacidad económica.

B) Importa determinar ahora cuáles son los presupuestos de esta condena de futuro.

a) El primero puede determinarse atendiendo a la vinculación de esta modalidad de tutela jurisdiccional con el proceso de alimentos en el que pueda fundarse una pretensión cuya interposición sea admisible en este proceso especial. Acerca de ello nada vamos a decir ahora porque este tema lo hemos tratado ampliamente en el apartado 2 de este trabajo.

b) Otro presupuesto es que concurren en la actualidad las circunstancias de hecho que originan el nacimiento del derecho a alimentos considerado en su totalidad y la correlativa obligación en una persona determinada. Estas circunstancias pueden variar según las diversas modalidades del derecho a alimentos⁹⁹. Fijándonos en la más importante obligación alimenticia *ex lege*, la que se da entre parientes, estas circunstancias son el estado de necesidad del alimentista, entendido como imposibilidad de obtener con los propios medios los bienes o servicios enumerados en el art. 142 C.C., y que la persona a quien corresponda el estado de alimentos, según el orden del art. 144 C.C., disfrute de una posición económica que le permita subvenir a la satisfacción de dichas necesidades. Al amparo del art. 1616 y preceptos concordantes, no puede obtenerse condena por un derecho a alimentos futuro, bien sea porque no existe actualmente el estado de necesidad, aunque concurren circunstancias que hagan previsible que se llegue a él, o bien sea porque se pide la condena de alguien que en la actualidad no está obligado a prestarlos, para el caso de que cese la obligación del que actualmente los debe.

⁹⁵ Sobre el carácter constitutivo de la sentencia en cuanto determina o especifica la cuantía de los alimentos, GUASP, *Derecho*, II, cit., pp. 525-526. Para PRIETO-CASTRO, *Acciones y sentencias constitutivas*, en *Trabajos y orientaciones*, cit., p. 131, «mejor que un caso de acción constitutiva, lo es de norma flexible en acción de condena».

⁹⁶ Si bien los términos del art. 1 C.C. inducen a pensar en la necesidad de un pronunciamiento jurisdiccional para que los alimentos sean debidos en una determinada cuantía, la doctrina civilista entiende que es posible la fijación convencional de la pensión: DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *Sistema*, IV, cit., p. 61; DORAL, *Pactos*, cit., pp. 415-416. Respecto a lo que indica sobre el tema BELTRÁN DE HEREDIA, en *Comentarios*, III-2, cit., pp. 44-45, yo diría que la cuestión no es tanto si los alimentos prestados voluntariamente son irrepetibles, sino si respecto a los alimentos fijados extrajudicialmente y no pagados se tiene acción de condena, con independencia de la vía procedimental en que haya de ejercitarse.

⁹⁷ Si bien en el supuesto de la S.T.S. 30 octubre 1974 (Aranzadi, 1974, marg. 4045) la obligación de seguir pagando alimentos en el futuro se mantenía, se advierte que, respecto a las pensiones atrasadas, la «condena se justifica como cantidad adeudada por el marido y que debe abonar a la esposa».

⁹⁸ DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, I, Madrid, 1978, p. 509.

⁹⁹ Para otros supuestos distintos del considerado en el texto, véanse las indicaciones de PIÑAR, *La prestación alimenticia*, cit., pp. 16-17, y la S.T.S. 26 enero 1961 (Aranzadi, 1961, marg. 289).

Esta conclusión se funda, en primer término, en que el art. 1616 LEC sólo prevé la constatación posterior a la sentencia de los vencimientos de las sucesivas pensiones. En segundo lugar, en la referencia del art. 1609, par. 1 LEC a que el demandante se ha de creer con derecho a alimentos en el momento de presentar la demanda. En tercer lugar, porque la alegación y prueba se han de referir, según los arts. 1611 y 1609, par. 3 LEC, a las circunstancias presentes: «...importe aproximado del caudal, rentas, sueldos o pensiones que *disfrute* el que *deba* dar los alimentos y las necesidades del que haya de recibirlos». En fin, porque el art. 148, par. 1 C.C., presupone que los efectos de la sentencia podrán retrotraerse a las pensiones que venzan «desde la fecha en que se interponga la demanda».

Otra cosa es la posibilidad de que, procediendo la condena según las actuales circunstancias, pueda atenderse en la sentencia a previsibles eventos futuros que influyan en una variación del importe de la pensión (art. 147 C.C.), bien por suponer un cambio (incremento o reducción) en las necesidades del alimentista o en los medios económicos del obligado a prestar alimentos o bien porque, como consecuencia de la inflación, la pensión sufre una progresiva reducción de su poder adquisitivo¹⁰⁰. Atendiendo a ello podrá fijarse una pensión de cuantía diferente o un índice de estabilización, que deberían ser efectivos cuando se produjeran las nuevas circunstancias o a partir de una determinada fecha.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 13 de mayo de 1972 (RGD, 1973, pp. 128-129), rechazaba la anterior posibilidad, por lo que se refiere a la toma en consideración de la reducción de los medios del obligado a prestar alimentos: en el caso concreto el demandado había pretendido que se fijara una pensión de cuantía más reducida para el momento en que se produjera su jubilación. LACRUZ BERDEJO entiende que nada se opone a que el juez, al fijar el importe de la pensión, lo someta a un índice de estabilización a fin de adaptarlo a las variaciones del coste de la vida¹⁰¹. Expresamente se dispone en el art. 93 del C.C. respecto a la resolución sobre los alimentos de los hijos en sentencias de nulidad, separación y divorcio que «El juez en

¹⁰⁰ La S.T.S. 14 febrero 1976 (Aranzadi, 1976, marg. 617) capta perfectamente que la procedencia del aumento de la pensión por la elevación del coste de la vida no puede fundarse en los términos literales del art. 147 C.C., porque propiamente no existe un aumento de las necesidades del alimentista, sino que para satisfacer las mismas necesidades se requiere mayor gasto, y establece la correcta doctrina de que: «CONSIDERANDO: Que, la devaluación del poder adquisitivo de la moneda, como consecuencia de la inflación del coste de la vida, sobrevenida desde el año 1962 al 1973, no puede menos de ser incluida entre las causas que deben tenerse en cuenta por los Tribunales para producir la elevación de las pensiones a que se refiere el artículo 147 del C. Civ., porque, al indicarse en éste que tal hecho dependerá del «aumento que sufran las necesidades del alimentista», no es posible interpretar la frase entrecomillada en un sentido literal y estricto, sino también en relación con sus antecedentes históricos y legislativos y realidad del tiempo en que el precepto ha de ser aplicado, con atención especial a su espíritu y finalidad, según expresamente se hace constar en el art. 3.º, núm. 1 de dicho Cuerpo legal, tal como quedó redactado por D. de 31 mayo 1974, al desarrollar la Base segunda, núm. 1 de la Ley de 17 marzo 1973, y siendo ello así es evidente que, al consistir la deuda alimenticia en lo que sea indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, de la persona que deba percibirla, en atención al rango y posición social de la familia -art. 142, párr. 1.º, y SS. de 5 diciembre 1911, 15 diciembre 1942-, la *ratio legis* del art. 147 no se cumpliría de no actualizarse el quantum de la pensión en armonía con la erosión que el dinero hubiera sufrido, puesto que de otra forma, se obligaría al alimentista a disminuir, reducir o dejar de atender alguna de ellas, rebajando su condición social, sobre todo cuando la materia objeto de este estudio no debe ser interpretada restringidamente -S. de 2 diciembre 1970-». Sin embargo, su restante argumentación en torno a «las medidas que tanto el legislador, como la jurisprudencia de esta Sala, han ido arbitrando para evitar las consecuencias que la depreciación monetaria pueda ocasionar al acreedor en determinados negocios de tracto sucesivo o ejecución diferida» la considero fuera de lugar porque, como advierte DORAL, *Pactos*, cit., p. 388, «esta variabilidad nada tiene que ver con la revisabilidad por alteración de circunstancias en el campo contractual», sino que se explica porque en materia de alimentos «la necesidad sirve de medida al crédito, por eso la determinación de su alcance está en constante función de la necesidad».

¹⁰¹ LACRUZ-SANCHO, *Derecho*, II, cit., p. 232. Siguiéndole, BELTRÁN DE HEREDIA, en *Comentarios*, III-2, cit., p. 42.

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

Una norma general que permita lo antes indicado en toda sentencia de condena a alimentos, puede derivarse del nuevo párrafo 3 del art. 148 C.C.: «El juez, a instancia del alimentista o del Ministerio Fiscal, ordenará con urgencia las medidas cautelares oportunas para asegurar los anticipos que haga una Entidad pública a otra persona o proveer a las futuras necesidades». Este precepto podría interpretarse en primer lugar, en el sentido de que deben adoptarse medidas cautelares que aseguren la ejecución de las sentencias no sólo en cuanto a las pensiones devengadas y no satisfechas hasta que aquella se haya dictado, sino también respecto a las pensiones que se devenguen en meses sucesivos que son, desde luego, las destinadas a satisfacer las «futuras necesidades».

Según esta interpretación el nuevo precepto habría dispuesto algo similar a lo que, de modo más expreso, establece el art 1891 LEC respecto al aseguramiento de una anualidad de pensiones alimenticias asignadas a las medidas provisionales de separación¹⁰².

Otra interpretación que sin excluir los resultados de la anterior, resolvería positivamente la cuestión que hemos planteado, consiste en entender comprendidas en los términos «futuras necesidades» no sólo las necesidades presentes en cuanto previsiblemente continuarán subsistiendo en el tiempo venidero (siendo, consecuentemente necesidades también futuras), sino también las necesidades propiamente futuras, es decir, aquellas que pueden surgir en el porvenir. Esta interpretación, que no creo que pueda ser tachada de forzar el sentido de los términos reseñados, permitiría afirmar que lo dispuesto en el párrafo 3 del art. 148 C.C. presupone que el juez puede fijar, junto a una pensión de cuantía más elevada o un índice de estabilización que permita fijarla en relación con la pensión primitiva, proveyendo de ese modo al menos aquellas «necesidades futuras» que puedan preverse con cierta seguridad y respecto a las que puedan valorarse anticipadamente la cantidad de dinero que exigirá su satisfacción.

La cuestión es, ahora, si, así como la sentencia tiene eficacia ejecutiva respecto a la pensión en -su cuantía primitiva, la tendrá también respecto a la pensión de cuantía actualizada, lógicamente a partir del momento en que esta última deba empezar a abonarse según lo declarado en la sentencia. En favor de una respuesta positiva se puede aducir un argumento importante: la posibilidad de establecer en la sentencia la actualización de la pensión carecería de especial utilidad si el aumento debiera reclamarse en un nuevo proceso declarativo (de condena), sencillamente porque el alimentista ya tenía indudablemente abierta esta última vía en caso de incremento de sus necesidades¹⁰³. Efectivamente, por un lado el art. 147 C.C. -sin olvidar la interpretación del mismo por la S.T.S. 14 febrero 1976, por lo que se refiere a la influencia del aumento del coste de la vida¹⁰⁴- le reconoce el derecho al aumento de la pensión proporcionalmente al que sufran sus necesidades; por otro, como expondremos en el apartado 6, para obtener ese aumento no es necesario acudir al proceso ordinario sino que es admisible el proceso especial.

¹⁰² Desde luego, aunque sólo fuera ése el alcance del nuevo precepto, la innovación sería importante. Respecto a esa posibilidad en el anterior estado legislativo, puede verse la S.T.S. 26 enero 1951 (Aranzadi, 1951, marg. 243), aunque el rechazo de la pretensión de la recurrente se debe más bien a no ser admisible al amparo del art. 1965.

¹⁰³ A mi juicio conservaría el efecto de hacer exigible la pensión actualizada desde el momento en que debió procederse a la actualización, aunque, de no interponerse la demanda en ese momento, las pensiones actualizadas pudieran convertirse en pensiones atrasadas, con la consecuencia de no poder pedirse condena respecto a ellas en el proceso de alimentos provisionales. A falta de haberse establecido la actualización, la nueva pensión sólo podría imponerse desde la interposición de la demanda.

¹⁰⁴ Véase supra, nota 112.

Ciertamente, todo esto puede plantear problemas en sede de ejecución que no están legislativamente resueltos. Pero, en punto a ello, habría que distinguir según la pensión actualizada se declare debida desde que se produzca la necesidad prevista por la sentencia (p. ej.: cuando el alimentista comience sus estudios universitarios) o simplemente desde una determinada fecha (p. ej.: a partir de la fecha de cada año de pensión sufrirá el incremento que resulte de aplicar los índices oficiales del nivel medio de vida o de precios al consumo). El segundo caso se encuadra sin dificultad en lo previsto para ejecución de la sentencia de alimentos provisionales por el art. 1616 LEC.

C) ¿Habrá de concurrir para que se dicte esta condena de futuro, además de las anteriores, algún presupuesto especialmente indicativo de la necesidad de esta modalidad de tutela jurisdiccional?¹⁰⁵.

Este hipotético presupuesto adicional podría tener alguna de estas dos formulaciones. Primera: podría ser necesaria la falta de pago de alguna pensión, el pago u ofrecimiento de una pensión de cuantía inferior a la que correspondería por aplicación de los criterios del art. 146 C.C. o la elección inadmisibles de prestar los alimentos recibiendo en casa al alimentista, para que, aparte de la condena ordinaria por las pensiones vencidas, debiera dictarse condena de futuro respecto a las pensiones sucesivas. Segunda: podría requerirse no sólo alguno de los supuestos de incumplimiento acabados de citar, sino también que según apreciación discrecional del juez, ello hiciera previsible una reiteración del incumplimiento en el futuro.

Nada de esto puede mantenerse. La argumentación para negarlo descansa en ambos casos, en que el proceso de alimentos provisionales es inadecuado para la reclamación de pensiones atrasadas, como hemos expuesto antes en el apartado 2, E).

En base a ello, puede rechazarse la primera formulación de presupuesto. Ninguna de las referidas modalidades de incumplimiento puede entrar en el proceso de alimentos provisionales como condición de una condena ordinaria que se pida acumuladamente con la condena de futuro y cuya estimación sea presupuesto (suficiente pero necesario) para la estimación de la segunda. No siendo admisible la acumulación, aquellas circunstancias sólo serían relevantes como presupuesto de la condena por las pensiones futuras y de ese presupuesto no existe ni rastro en la Ley. Además, el cumplimiento extraprocesal de la obligación alimenticia por el demandado, vendría a ser una defensa suya consistente no en oponerse al derecho del actor, ni en negar la obligación a su cuantía -pues se supone que todo ello lo reconoce y lo cumple- sino en alegar la falta de «otro» presupuesto para que se dé la condena (de futuro) pedida, lo cual no es admisible por la limitación de alegaciones que fija el art. 1616. Otra cosa es que no habiendo existido ningún incumplimiento extraprocesal y allanándose el demandado, las costas deberían serle impuestas al actor¹⁰⁶.

La segunda formulación del presupuesto puede ser negada con mayor razón. Si el exacto cumplimiento extraprocesal de la obligación de alimentos no excluye la condena por las pensiones que se devenguen en el futuro, menos aún podría afirmarse que existiendo un cumplimiento inexacto, aquella condena puede negarse porque el juez

¹⁰⁵ Sobre la configuración del presupuesto de la «necesidad de tutela jurídica» o el «interés de obrar» en la acción de condena a prestación futura, véase: HELLWIG, *Anspruch*, cit., pp. 371-372, 385-388; MOOS, *Die Klage*, cit., páginas 53-64; ROSEMBERG-SCHWAF, *Zivilprozessrecht*, cit., pp. 481-482; GRUNSKY, *Grundlagen des Verfahrensrecht*, Bielefeld, 1974, pp. 368-370. En Derecho italiano, CHIOVENDA, G., *Instituciones de Derecho procesal*, I, Madrid, 1936 (trad. G. ORBANEJA), pp. 210-211; ROGNONI, V., *La condanna in futuro*, Milano, 1958, pp. 121 ss.; críticamente, ALLORIO, E., *¿Necesidad de tutela jurídica?*, en *Problemas de Derecho procesal*, II, Buenos Aires, 1963 (trad. SENTÍS MELENDO), pp. 280-283; LANFRANCHI, L., *Note sull'interesse al agire*, Riv. trim. Dir. proc. civ., 1972, pp. 1140-1143.

¹⁰⁶ Sobre el parágrafo 258 ZPO, relativo a la condena de futuro por prestaciones periódicas, véanse los autores y obras citados en nota anterior.

Sólo quedaría excluida la condena de futuro al pago de pensión alimenticia, si el demandado hiciera valer su opción de prestar los alimentos recibiendo en su casa al alimentista (art. 149, inciso 2 C.C.) y no hubiera razón que excluyera la atendibilidad de la misma.

discrecionalmente considere que los «episodios» de incumplimiento no revelan la probabilidad de que se reiteren respecto a las pensiones futuras. Habría que reconocer, si este presupuesto existiera, que en el proceso de alimentos provisionales podría condenarse, en todo caso, al pago de las pensiones devengadas durante el proceso y cuyo pago no se hubiera alegado y probado; pues bien, la posibilidad de esta limitación de la condena, que constituiría una especialidad lo suficientemente notable como para que la ley la contemplara, no aparece en modo alguno en el art. 1616 LEC, según el cual si la sentencia es de condena lo es siempre respecto a las pensiones futuras.

7. EL PROCESO DE ALIMENTOS PROVISIONALES Y EL «JUICIO PLENARIO DE ALIMENTOS DEFINITIVOS»

El artículo 1617 LEC dispone: «cualquiera que sea la sentencia firme que recaiga en estos juicios, no producirá excepción de cosa juzgada. Siempre quedará a salvo el derecho de las partes para promover el juicio plenario de alimentos definitivos, ventilando en él, por los trámites del declarativo que corresponda, tanto el derecho de percibirlos cuanto la obligación de darlos y su cuantía; sin perjuicio de seguir abonando mientras tanto la suma señalada provisionalmente».

La problemática de la relación entre el proceso de alimentos provisionales y el proceso ordinario sobre el derecho a alimentos es mucho más compleja de lo que esta disposición enuncia, como inmediatamente veremos.

A) Sobre el carácter sumario del proceso de alimentos provisionales. Planteamiento de algunas dudas

A pesar de la calificación de sumario que la doctrina unánimemente aplica a este proceso atendiendo a lo que dispone el art. 1617 LEC y que, en definitiva, hay que suscribir, surgen algunas dudas en relación con la misma, unas de índole inicialmente teórica y otras de carácter inmediatamente práctico.

Las primeras se refieren a cuál sea el concepto de sumariedad adecuado a este proceso, habida cuenta de su normativa positiva, y derivan de la falta de unidad en la configuración de algunos elementos de aquel concepto.

Efectivamente en el concepto de ~sumariedad mantenido por nuestra doctrina subsisten algunas diferencias que, salvo una expresa aclaración no siempre formulada, no parece que puedan explicarse como una falta de precisión en la expresión del pensamiento, sino que inciden en el propio concepto y en la aplicación que se hace del mismo.

La sumariedad se caracteriza inicialmente por todos los autores como una restricción del conocimiento judicial. Esta restricción puede derivar de limitaciones en los medios de ataque y defensa admisibles, de que no sean admisibles cualesquiera medios de prueba, siendo la prueba documental la preponderante entre los medios de prueba admisibles, y, en fin, de «una limitación en cuanto al objeto» del proceso —como indica PRIETO-CASTRO—, el cual se ciñe a «una parte del litigio -la que hizo «crisis-, aquella que se puede componer más fácilmente mediante la prueba rápida» -al decir de FAIRÉN-¹⁰⁷.

Esta limitación de la cognición judicial tiene como consecuencias que no se produzca la cosa juzgada material, por lo menos con el alcance y virtualidad con el que la origina un proceso ordinario, y que, por eso, sea admisible un proceso ordinario posterior.

¹⁰⁷ FAIRÉN, V., *Juicio ordinario, plenarios rápidos, sumario y sumarísimo*, en *Temas*, II, cit., pp. 826-827, 829; PRIETO-CASTRO, *Derecho*, II, cit., p. 2; GUASP, *Derecho*, II, p. 12; HERCE QUEMADA, *Derecho*, II (con ORBANEJA), cit., p. 1; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho*, cit., p. 749.

Es en la concepción de estas dos últimas características de la sumariedad (cosa juzgada material y extensión del proceso ordinario posterior) donde la diversidad de posturas doctrinales resulta teórica y prácticamente más importante.

Para GUASP¹⁰⁸ y para HERCE¹⁰⁹, la sentencia carece simplemente de autoridad de cosa juzgada material, explicitando el primer autor que en el proceso plenario posterior se pueden dirimir, con más conocimiento de causa, definitivamente las cuestiones litigiosas. Esta tesis presupone que sumario y plenario tienen el mismo objeto, pero que el pronunciamiento sobre ese objeto en el plenario no queda excluido, porque el sumario no produce sobre él cosa juzgada. Además, la admisibilidad de medios de ataque y defensa en el plenario no queda limitada a los que no pudieron utilizarse o no se utilizaron en el sumario, pudiendo hacerse valer de nuevo los entonces propuestos.

Según PRIETO-CASTRO, «la cosa juzgada que se produce es, fundamentalmente, la formal y que la cosa juzgada material que pudiera originarse es sólo parcial», lo que hay que interpretar en el sentido de que sólo los medios de ataque y defensa que no se permita emplear y los objetos que no sea posible proponer podrán ser utilizados en el proceso plenario posterior¹¹⁰. Similar parece ser la postura de FAIRÉN¹¹¹. Pero si la cosa juzgada material no cubre los medios de ataque y defensa sino el objeto del proceso¹¹², más que de cosa juzgada parcial podría hablarse de preclusión de los medios de ataque y defensa admisibles en el proceso sumario.

Por fin, RAMOS manifiesta que «en estos juicios sumarios más que ausencia de cosa juzgada existe un problema de límites objetivos de la misma. El ámbito de dichos juicios es reducido y por lo tanto la cosa juzgada no puede extenderse más que a lo que ha sido objeto de juicio. Lógicamente el juicio posterior no versa sobre el mismo objeto que el juicio sumario»¹¹³. La falta de identidad entre el objeto del proceso sumario y el del plenario la mantiene GÓMEZ ORBANEJA de una forma más matizada, sin extenderla a todos los supuestos, recurriendo para ilustrarla al caso particularmente claro de la tutela posesoria en comparación con el juicio petitorio¹¹⁴.

¿A qué características de las hasta aquí descritas responde el proceso de alimentos provisionales para que sea calificado de sumario?

En primer término, y de modo indiscutible, a la admisibilidad de un proceso ordinario posterior según lo dispuesto en el art. 1617. Esta sería la nota esencial de la sumariedad¹¹⁵, pudiendo variar las restantes características según cada uno de los procesos, los cuales resultan, sin embargo, agrupados en virtud de aquella nota común.

Sólo por la limitación probatoria que afecta al actor y que le constriñe a utilizar únicamente la prueba documental respecto a ciertos aspectos del fundamento o de su pretensión, se hallaría justificada aquella posibilidad del proceso ordinario posterior. A él podría acudir cuando, por falta de esa prueba documental, la demanda hubiera sido rechazada a *limine* o desestimada en la sentencia por falta de prueba de parte de los hechos que fundan la pretensión.

Pero, aparte de eso, ¿subsiste en este proceso una específica limitación de los medios de ataque y defensa? Aunque el art. 1613, par. 1 LEC prescriba la posible conducta defensiva del demandado¹¹⁶, ciñéndola a la oposición al derecho que hace valer el actor, a la negación de la propia obligación y a la oposición a la cuantía en la que el

¹⁰⁸ GUASP, ob. y lug. cit. en nota 119.

¹⁰⁹ HERCE QUEMADA, ob. y lug. cit., en nota 119.

¹¹⁰ PRIETO-CASTRO, ob. y lug. cit. en nota 119.

¹¹¹ FAIRÉN, *Juicio ordinario*, en *Temas*, II, cit., p. 827.

¹¹² GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho*, I (con HERCE), cit., pp. 442-443.

¹¹³ RAMOS, ob. y lug. cit. en nota 119.

¹¹⁴ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho*, I (con HERCE), cit., pp. 437-438.

¹¹⁵ FAIRÉN, *Juicio ordinario*, en *Temas*, II, cit., p. 833, advierte que aun existiendo una limitación de medios de prueba, el proceso no puede calificarse con seguridad de sumario si no se prevé la posibilidad de promover un ordinario posterior.

¹¹⁶ PRIETO-CASTRO, *Derecho*, II, cit., p. 139.

actor fija los alimentos reclamados, no creo que pueda mantenerse que esto suponga una limitación de los medios de defensa. Efectivamente, esa conducta defensiva, que la LEC en este proceso se preocupa por reglar, aparece concebida con una amplitud tal que es dudoso que no pueda debatirse todo lo que influye en la existencia del derecho de alimentos y en la cuantía de los mismos; hasta tal punto es así que, cuando en el art. 1617 se refiere al proceso ordinario posterior respecto al cual no se plantean estos problemas de límites, fija el tema de discusión de forma totalmente paralela al art. 1613, par. 1: «ventilando en él,...., tanto el derecho a percibirlos (los alimentos), como la obligación de darlos y su cuantía». Otra cosa es que *solamente* pueda debatirse eso, es decir, que sea inadmisibile la acumulación de un objeto procesal distinto al indicado, cualquiera que sea su forma y cualquiera sea la parte que la intente. Pero esto último, como ha indicado FAIRÉN para otro supuesto¹¹⁷, no implica sumariedad.

A la vista de esto, llama la atención que el acceso al proceso ordinario posterior no se limite al demandante que no ha visto estimada su pretensión en el sumario por falta de la necesaria prueba documental, sino que se permita a cualquiera de las partes, incluso, aunque no hayan cambiado las circunstancias, al actor cuya pretensión no ha sido estimada en toda la cantidad por él fijada. Puede aventurarse como hipótesis explicativa de esto, la siguiente¹¹⁸: que la propia configuración del procedimiento con su característica de rapidez, implica de hecho un límite a la amplitud del debate y de la cognición judicial, al menos en términos comparativos con la extensión que aquéllas podrían alcanzar de seguirse el proceso ordinario correspondiente por la cuantía, siendo ésta la razón de que se permita acudir, con posterioridad, a este último. El supuesto que estudiamos no sería el único ejemplo para el que la anterior explicación sería válida: piénsese también en el proceso sumario de impugnación de acuerdos de la junta de propietarios por gravemente perjudiciales a algunos condóminos (art- 16-3.ª Ley Propiedad Horizontal) y en el proceso (remitido a los trámites -pero no a la naturaleza- de la jurisdicción voluntaria) para resolver las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad y en las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, cuando por su naturaleza exijan resolución urgente (D.T. 10.ª L. 11/1981, de 13 de mayo). En ambos casos no hay disposiciones específicas limitativas de los medios de ataque y defensa, ni de las pruebas¹¹⁹ y, sin embargo, cabe acudir a un proceso ordinario posterior.

En fin, hay que preguntarse cuál de las antes tres referidas tesis explica mejor la extensión del proceso ordinario sobre el derecho de alimentos, es decir, el objeto del mismo y los medios de ataque y defensa en él admisibles.

DE MIGUEL ha indicado expresamente que la sentencia de alimentos provisionales es «una sentencia de condena con reserva, caracterizada por PRIETO-CASTRO, por dictarse en determinados juicios donde la defensa del demandado y, por tanto, el conocimiento del juez se limitan por la naturaleza del mismo, pero dejan libre el derecho de aquél a ejercitar posteriormente las defensas que la limitación de juicio elegido no permite»¹²⁰. De igual modo opina PRIETO-CASTRO al asimilar la problemática de la sentencia de alimentos provisionales a la interpretación jurisprudencial del art. 1479 LEC, en punto a las defensas que pueden hacerse valer en el proceso ordinario posterior al ejecutivo¹²¹.

¹¹⁷ FAIRÉN, V., *La naturaleza del juicio de desahucio de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855*, en *Temas*, I, cit., p. 128.

¹¹⁸ Esta hipótesis podría conducir al replanteamiento de la clara distinción entre proceso sumario y proceso plenario rápido mantenida por el profesor FAIRÉN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, cit., pp. 53-56.

¹¹⁹ Así, expresamente, para el supuesto de propiedad horizontal, TOME PAULE, J., *Régimen procesal de la propiedad horizontal*, R Iberoam D Pro., 1965-1, pp. 86-87.

¹²⁰ DE MIGUEL, *Juicio de alimentos provisionales*, cit., pp. 42-43.

¹²¹ PRIETO-CASTRO, *Derecho*, I, cit., p. 568.

Esta tesis carece de fundamento porque, como antes se ha dicho, no existe en el proceso de alimentos provisionales una limitación de medios de ataque y defensa, de tal modo que al poder hacer valer cada una de las partes todos los que existan en su favor hasta el momento de la preclusión de las alegaciones en el proceso sumario, no es necesario reservarles ninguno de ellos para el proceso plenario posterior. Si a pesar de ello se siguiera la interpretación criticada, quedaría simplemente excluido el proceso ordinario posterior o limitado al supuesto de que el actor careciera de la prueba documental necesaria, lo que contradice abiertamente lo dispuesto en art. 1617 («Siempre quedará a salvo el derecho de las partes para promover el juicio plenario de alimentos definitivos...»). Por otro lado, desconozco la existencia de una jurisprudencia que haya patrocinado una interpretación del artículo 1617 similar a la mantenida por alguna corriente jurisprudencial respecto al art. 1479 LEC¹²².

Que el proceso ordinario sobre el derecho de alimentos tenga un objeto distinto al proceso sumario lo estimo igualmente rechazable. Desde luego, el proceso ordinario posterior puede tener, además del objeto consistente en la pretensión procesal relativa al derecho a alimentos, otros objetos no admisibles en el proceso sumario —pienso fundamentalmente en la posibilidad de instar un pronunciamiento sobre la relación de parentesco—, pero por lo que se refiere estrictamente al derecho de alimentos, el objeto de uno y otro proceso no tiene por qué ser distinto, ni la posibilidad de acudir al proceso ordinario depende en modo alguno de que esa diferencia exista. No existe diferencia de objeto porque para que en el proceso ordinario posterior pueda resolverse sobre la existencia del derecho a alimentos (negándola o afirmándola), no es necesario que las partes afirmen ningún cambio en los hechos condicionantes de aquello, cambio que justificaría la tesis de que el objeto del segundo proceso (el plenario) se halla fuera de los límites objetivos o de los límites temporales de la cosa juzgada que habría producido el proceso de alimentos provisionales. Sólo cuando la cosa juzgada se ha formado, por haber recaído pronunciamiento en proceso plenario, se requiere evidenciar ese cambio de circunstancias para obtener una nueva resolución. De aceptarse la tesis criticada ninguna diferencia habría entre el valor de la sentencia dictada en el proceso sumario y el de la dictada en el plenario, porque también ésta se halla expuesta a modificación en las condiciones antes referidas¹²³.

Consecuentemente, a mi juicio, la tesis de la no producción de cosa juzgada material por la sentencia de alimentos provisionales es la más ajustada a su regulación positiva. Implica ello que en el proceso ordinario posterior puede resolverse sobre el mismo objeto del proceso sumario, en atención incluso a los mismos medios de ataque y defensa que fueron utilizados en aquél.

Sin embargo —y ésta es la cuestión de más inmediato interés práctico anunciada al principio de este apartado— la jurisprudencia del T.S. ha mantenido reiteradamente que la sentencia dictada en el proceso plenario posterior carece de efectos retroactivos respecto a la dictada en el proceso de alimentos provisionales, tanto en cuanto a las consecuencias del reconocimiento o negación del derecho de alimentos que en el sumario fue negado o reconocido respectivamente, como en cuanto a las variaciones en más o en menos de la cuantía de la pensión fijada en el sumario¹²⁴.

Esta doctrina jurisprudencial no creo que pueda encontrar una explicación jurídica convincente.

La S.T.S. 7 febrero 1946 (*Aranzadi*, 1946, marg. 117) indica sin excesiva convicción, después de invocar la jurisprudencia reiterada, un argumento derivado del art. 148, par. 2 C.C.: «confirma (la citada doctrina), en cierto modo, el artículo 148 del

¹²² Sobre las diferentes orientaciones jurisprudenciales en la interpretación del art. 1479 LEC, SEIJAS IGLESIAS, R., *El juicio ejecutivo y el juicio declarativo posterior*, Madrid, 1977.

¹²³ GUASP, *Derecho*, II, pp. 532-533.

¹²⁴ FENECH-CARRERAS, *Doctrina procesal civil*, V, pp. 8323-8327.

Código Civil al ordenar que, cuando fallezca el alimentista, sus herederos no estarán obligados a devolver lo que aquél hubiese recibido anticipadamente».

Este precepto se refiere sólo al alcance jurídico-material de una de las causas de extinción de la obligación de alimentos, partiendo de considerar a esta última como efectivamente existente hasta el momento de la extinción, mientras que, en el caso que nos ocupa, la previsión de un plenario posterior sobre el mismo objeto (la obligación de alimentos), implica la posibilidad de negar, ahora con fuerza de cosa juzgada, la existencia de una obligación de alimentos que fue reconocida sin la eficacia vinculante que la cosa juzgada supone.

La S.T.S. 18 abril 1913¹²⁵ pretende extraer otro argumento del último inciso del art. 1617: «tampoco puede olvidarse que, en razón de la naturaleza especial de estas prestaciones, el mismo precepto impone en su último párrafo la obligación de seguir las entregando hasta su resolución en el juicio definitivo». Yo creo que el inciso final del art. 1617 es coherente con la norma de ejecución provisional establecida en el art. 1615 y significa que ni por el hecho de acudir el condenado a prestar alimentos al proceso ordinario, ni como consecuencia de una resolución favorable a su pretensión pero aun carente de firmeza, puede suspenderse la eficacia ejecutiva de la sentencia del proceso de alimentos provisionales. Ahora bien, no contradice esa norma el que, estimada -por sentencia firme- la pretensión del condenado en el proceso sumario, se condene al alimentista a restituir las pensiones indebidamente percibidas.

Por el contrario, es palmaria la colisión de esta doctrina jurisprudencial con el art. 1617 LEC, sobre todo cuando el Tribunal Supremo deduce, como consecuencia, que el proceso de alimentos provisionales no ha de entenderse comprendido en el art. 789 a los efectos de hacer inadmisibile el recurso de audiencia al rebelde y, por tanto, admite este medio de impugnación¹²⁶. Eso supone tanto como decir que después del proceso de alimentos provisionales no puede promoverse otro juicio sobre el mismo objeto, lo que contradice netamente la disposición del art. 1617. Basta atender a los arts. 1690-3.º y 1694-3.º LEC, para percatarse de lo infundado que resulta afirmar que el proceso de alimentos provisionales no se incluye en la excepción del art. 789: a los efectos de la admisibilidad del recurso de casación por infracción de ley contra la sentencia dictada en aquél, LEC la considera expresamente como una excepción a la regla general de inadmisibilidad en caso de sentencias dictadas en juicios en que, después de terminados, pueda promoverse otro sobre el mismo objeto.

Desde luego la contradicción de esta doctrina jurisprudencial con el art. 1617 LEC no es total, porque no atribuye a la sentencia de alimentos provisionales una inmutabilidad indefinida, sólo atacable cuando se opere en la realidad un cambio en las circunstancias condicionantes de la resolución. Se limita a proclamar que la declaración efectuada en aquella sentencia, con las consecuencias de condena en su caso, no es modificable en el proceso de alimentos definitivos más que con efectos hacia el futuro. De ese modo, parece que la sentencia de alimentos provisionales produce una cosa juzgada material limitada al tiempo que media entre que fue dictada y el momento en que cualquiera de las partes decida acudir al proceso ordinario. Sin embargo, hablar de cosa juzgada con un límite temporal o de que en el proceso de alimentos definitivos «el objeto litigioso es distinto, al menos siempre en su límite temporal»¹²⁷ resulta por lo menos equívoco. Los límites temporales de la cosa juzgada, a pesar de la terminología, no se fijan exclusivamente atendiendo al factor temporal, sino a la evolución de una relación jurídica en el tiempo, en la cual pueden producirse nuevos acaecimientos que autoricen a obtener un nuevo

¹²⁵ FENECH-CARRERAS, *Doctrina procesal civil*, V, p. 8324.

¹²⁶ Véase nota 136.

¹²⁷ RAMOS, *Derecho*, cit., p. 868.

pronunciamiento jurisdiccional sobre la misma relación, sin que suponga contradecir la autoridad de cosa juzgada que ha subsistido hasta el momento del cambio¹²⁸.

Este límite de la cosa juzgada, que afecta muy característicamente a las sentencias de alimentos, por referirse a una relación jurídica duradera, nada tiene que ver con esa otra limitación temporal que resulta de la postura jurisprudencial criticada, porque para ésta es irrelevante un cambio de las circunstancias condicionantes de la obligación de alimentos o de la cuantía de la pensión.

Me parece que esta postura jurisprudencial sólo puede explicarse atendiendo a la consideración extrajudicial de que una condena a restituir las pensiones indebidamente percibidas o el exceso respecto a la pensión que se fije en el proceso de alimentos definitivos, no podría ser de hecho ejecutada a causa de la previsible insolvencia del condenado. En este sentido advierte JAUERNIG, tras referirse a la pretensión (material) de indemnización o de enriquecimiento en favor del que ha sufrido una *eintswelilige Leistungsverfügung* y ha sido absuelto después en el proceso principal, que aquella pretensión raramente puede hacerse efectiva, porque para obtener la medida provisional se requiere que el solicitante se halle en una muy difícil situación económica¹²⁹.

B) Pretensión de aumento de la pensión fijada en proceso de alimentos provisionales: ¿proceso de alimentos provisionales o proceso ordinario?

La obligación de alimentos que la sentencia declara existente, imponiendo al condenado la prestación de una pensión o la recepción en su casa del 'alimentista -si se ha producido esta opción y era atendible-, queda expuesta, después de la sentencia, a posibles causas de extinción (arts. 152 C.C.) y, de modo muy especial, al cambio de las circunstancias influyentes en la cuantía de la pensión alimenticia (art. 147 C.C.).

Como se ha expuesto antes en A), no es necesario que las partes hagan valer ninguno de los referidos cambios respecto a la situación contemplada en el proceso de alimentos provisionales, para obtener en un proceso ordinario posterior un pronunciamento diferente sobre lo que fue objeto del proceso especial. Esta posibilidad se abre simplemente porque el proceso de alimentos provisionales no ha producido cosa juzgada.

La cuestión que ahora nos planteamos es la de si producidas las modificaciones aptas para determinar un pronunciamento de alguna manera distinto al emanado en el proceso de alimentos provisionales, deben las partes hacerlas valer también sólo en un proceso ordinario o se les abre otro cauce procesal distinto. Esta segunda posibilidad será en todo caso diferente según se trate de alimentista que pretenda el aumento de la pensión fijada en el proceso de alimentos provisionales o del obligado a prestar alimentos que pretenda la extinción de su obligación o la reducción de la cuantía de la pensión. Nos referimos ahora al primero de estos casos.

A falta de cambio de las circunstancias alegadas o que pudieron alegarse en el proceso de alimentos provisionales, es inadmisibile un nuevo proceso de aquella naturaleza en el que se pretenda bien el reconocimiento de un derecho a alimentos que en el primero se negó, bien el aumento de la pensión en él fijada. La dificultad de explicar esto como manifestación del efecto excluyente de la cosa juzgada, porque el proceso de alimentos provisionales no la produce, ha conducido a la jurisprudencia a estimar que lo que impide una resolución en el supuesto indicado es la inadecuación del procedimiento seguido para obtenerla, el cual según el art. 1617 LEC ha de ser el ordinario y no el de alimentos provisionales¹³⁰.

¹²⁸ GUASP, J., *Los límites temporales de la cosa juzgada*, ADC, 1948, páginas 435 ss., especialmente p. 452.

¹²⁹ JAUERNIG, *Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht*, cit., p. 141.

¹³⁰ S.T.S. 5 octubre 1977 (Aranzadi, 1977, marg. 3642). S.T.S. 22- febrero 1884 (J.C., T. 54, 1884, no 71). Hace aplicación de lo indicado en el texto S.A.T. Cáceres, 19 mayo 1973 (RGD, 1974, p. 1160).

Presupuesto un cambio de circunstancias, producido con posterioridad al momento preclusivo de las alegaciones en el proceso de alimentos provisionales, hay que distinguir según el actor lo alegue para obtener el reconocimiento del derecho a alimentos que antes le fue negado o solo, partiendo de una sentencia estimatoria precedente, para obtener el aumento de la pensión que esta última le concedía.

En el primero de los casos no hay dificultades en reconocerle la posibilidad de acudir al proceso de alimentos provisionales, mientras que sí podría haberla en el segundo caso, porque los arts. 1609 y ss. LEC no contemplan expresamente como objeto de este proceso especial una pretensión que, fundada en un cambio de circunstancias (aumento de las necesidades del alimentista o de la fortuna del obligado), sólo tienda al aumento de la pensión alimenticia, sino que sólo se refieren a la pretensión dirigida a que se fije la prestación alimenticia en su integridad y a qué se condene a cumplirla.

Sin embargo, la jurisprudencia no ha seguido esta posible interpretación literal, sino que, en unas sentencias implícitamente¹³¹ y en la de 5 de octubre de 1977 de modo expreso, el Tribunal Supremo se ha inclinado por la admisibilidad de la interposición en proceso de alimentos provisionales de la pretensión de aumento de pensión fijada en proceso de alimentos provisionales anterior, siempre que la pretensión se funde en nuevas circunstancias determinantes de ese aumento.

Concretamente dice así la S.T.S. 5 octubre 1977 (*Aranzadi*, 1977, marg. 3642):

«CONSIDERANDO: Que el único motivo del recurso, al amparo del núm. 5.0 del art. 1692 de la Ley procesal civil, se alega la violación del art. 1252 del C. Civ., porque la sentencia de alimentos provisionales, que fue primeramente pronunciada entre las partes sólo pudo ser modificada, se dice, aún en el extremo referente a la cuantía de la pensión fijada en ella, mediante la interposición del juicio ordinario que autoriza el art. 1617 de la L.E.Civ. y que como así no se ha hecho, ha de estimarse firme la sentencia que en su día se dictó fijando la pensión en 1.500 pesetas mensuales, siendo improcedente su elevación a 6.000 pesetas como lo hace la sentencia recurrida.

CDO.: Que es desestimable el motivo por las siguientes razones: En primer lugar porque lo que realmente se alega en el recurso es la inadecuación del procedimiento, aunque confusamente se mencione en la contestación a la demanda, en la apelación e incluso en este recurso, a la excepción de la cosa juzgada, frase que también se recoge en ambas sentencias; siendo inidóneo, al efecto, tanto el precepto amparador que se invoca como la cita del art. 1252 que se dice violado: razón, por sí sola, que ha de conducir a la desestimación del recurso; y en segundo lugar, y, a mayor abundamiento, porque nada se opone, en nuestro ordenamiento jurídico, a que se pueda acudir, como ha ocurrido en el presente caso, a un nuevo proceso de alimentos provisionales, cuando la causa de la nueva acción ejercitada, es distinta 3~ de la fortuna del que hubiere de satisfacerlos, factores que cuando se alteran a través del transcurso del tiempo, han de poder concordarse, según la letra del art. 147 del C. Civ. y así lo ha reconocido la jurisprudencia de este Tribunal, en las sentencias entre otras de 21 marzo 1906 y en la más reciente de 14 febrero 1976».

Dados los términos en los que venía planteado el recurso (se denunciaba violación del art. 1252 C.C.), la motivación del T.S. es del todo adecuada para la desestimación de aquél. Sin embargo, al advertir el T.S. que el problema que realmente se planteaba era el de inadecuación del procedimiento y asumir la refutación que ésta se hubiera producido, propiamente no presenta una argumentación, pues la cuestión no radica en si se puede o no obtener aumento de la pensión en el caso contemplado por la sentencia -lo que es indudable-, sino en si para obtener ese aumento es adecuado el proceso de alimentos provisionales.

A mi juicio, para contrarrestar los resultados de la interpretación literal antes apuntada constituye un argumento básico el de la propia razón de ser del proceso de alimentos provisionales, tal como fue delineada en el apartado 1 de este trabajo.

¹³¹ (131) S.T.S. 14 abril 1962 (*Aranzadi*, 1962, marg. 1704); S.T.S. 16 noviembre 1978 (*Aranzadi*, 1978, marg. 4065). Puede verse, en sentido negativo, S.J. 1.ª I. Mieres, 21 marzo 1977 (RGD, 1977, pp. 261-262). En doctrina, positivamente, GUASP, *Los límites temporales*, cit., p. 472.

Efectivamente, proveer al alimentista de un medio de tutela rápido, se halla tan justificado cuando se trata de fijar alimentos por primera vez, como cuando se trata de aumentarlos para ajustarlos a las mayores necesidades del alimentista o a los mayores medios del obligado. Pudiera pensarse que el argumento no sirve cuando la causa del aumento es la segunda, pero habría que recordar frente a esto que en ningún caso la admisibilidad del proceso de alimentos provisionales depende de la apreciación en concreto de una situación de extrema necesidad del alimentista, sino que este proceso se justifica con todas sus características atendiendo en abstracto a la naturaleza de la obligación de alimentos.

C) Hechos extintivos o determinantes de una reducción de la pensión posteriores al proceso de alimentos provisionales: ¿oposición a la ejecución o proceso ordinario?

Los cambios producidos después del momento de preclusión de alegaciones en el proceso de alimentos pueden ser favorables a la postura del condenado a prestar alimentos, bien porque determinen la extinción de la obligación (arts. 150, 152 C.C.) o bien la reducción de la cuantía de la pensión por disminución de las necesidades del alimentista o de los medios de fortuna del obligado a dar alimentos (art. 147 C.C.).

No cabe pensar, en este caso, que la pretensión dirigida a que se declare extinguida la obligación o a que se fije una pensión de cuantía inferior, pueda ser interpuesta en proceso de alimentos provisionales, porque en este proceso sólo es admisible una pretensión de condena a alimentos y, en este sentido, sólo está abierto a quien demanda como alimentista¹³². Sin embargo, tampoco puede mantenerse sin más que el condenado a prestar alimentos sólo puede acudir, en los supuestos antes indicado, al proceso ordinario.

Nuestro Derecho no regula expresa y sistemáticamente la oposición a la ejecución por parte del ejecutado. Sin embargo, la doctrina, la práctica y la jurisprudencia han colmado esta laguna legal, aunque con ciertas inseguridades -sobre el procedimiento que ha de servirle de cauce a aquélla¹³³. La oposición a la ejecución procede, entre otros supuestos, cuando el título ejecutivo no se corresponda con la realidad jurídica extraprocesal, porque con posterioridad al momento preclusivo de las alegaciones en el proceso declarativo en el que aquél se ha formado, han ocurrido hechos que extinguen o modifican la situación jurídica material declarada en la sentencia¹³⁴. Parece, pues, que en el supuesto que consideramos, por el momento en que ocurren los hechos y por su incidencia sobre la obligación de alimentos, sería correcto pensar en que el condenado pueda formular oposición a la ejecución. No sería obstáculo para ello el que, normalmente, la oposición a la ejecución deba fundarse en hechos extintivos o excluyentes y no en la negación de hechos constitutivos¹³⁵, mientras que, a veces, en el supuesto que consideramos, se acudirá a esa última fundamentación (p. ej., desaparición o reducción de las necesidades del alimentista).

Cuando se formula aquella afirmación, se piensa en relaciones jurídicas que, constituidas en un determinado momento, surten sus efectos hasta que concurren hechos extintivos o excluyentes, mientras que la obligación de alimentos depende de una permanente concurrencia de sus hechos constitutivos, de tal modo que es posible negar que estos últimos se den a partir de un determinado momento, sin que ello implique negación de su existencia en el período de tiempo que consideró la sentencia.

¹³² GUASP, *Derecho*, II, cit., p. 527.

¹³³ PRIETO-CASTRO, *Derecho*, II, cit., pp. 347-348; MONTERO, *El proceso laboral*, II, Barcelona, 1981, pp. 377-379; RAMOS, *Derecho*, cit., pp. 963-964; FENECH, M., *Derecho procesal civil*, Madrid, 1980, p. 572; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *La tercería de dominio*, Madrid, 1980, pp. 190-245.

¹³⁴ FERNÁNDEZ, *La tercería*, cit., pp. 205-206.

¹³⁵ FERNÁNDEZ, *La tercería*, cit., pp. 207 y 208-214.

Creo, sin embargo, que en la práctica¹³⁶ la posibilidad de acudir a la oposición a la ejecución tendrá una aceptación matizada, según las cuales sean los nuevos hechos que alegue el ejecutado como fundamento de su oposición. Así me parece, no habrá dificultad en aceptarla si lo que se alega es la extinción -especialmente por pago, pero también por otras causas- del derecho a exigir la pensión correspondiente a un período determinado que el alimentista pretenda ejecutar, o la muerte del alimentista u obligado a prestar alimentos que determina la extinción de la obligación en su integridad, mientras que probablemente se entenderá sólo admisible la vía del declarativo ordinario cuando se haga valer la extinción de la obligación o la disminución de la pensión por variación de las circunstancias económicas de los sujetos de la relación.

No sería, a pesar de lo que acabamos de decir, ni útil para la aplicación de nuestro Derecho positivo, ni correcto, realizar una distinción entre los hechos que pueden fundar la oposición a la ejecución y los que han de fundar una pretensión a interponer en proceso ordinario, sobre las pautas que la doctrina alemana sigue para resolver un problema de su Derecho positivo que se corresponde con el que hemos enunciado, cual es el del respectivo ámbito de aplicación de la *Vollstreckungsgegenklage* y de la *Abänderungsklage* para hacer valer hechos posteriores influyentes en una condena a prestaciones periódicas¹³⁷. Esas pautas derivan de una tipificación más o menos precisa de cada uno de esos medios de tutela¹³⁸, que nuestro Derecho no nos proporciona al menos en materia de alimentos¹³⁹.

Aceptado, de acuerdo con lo dicho antes, que en nuestro Derecho cabe la oposición a la ejecución, no hay razón para limitar este medio de tutela respecto a la sentencia de condena del proceso de alimentos provisionales, sólo a determinados hechos posteriores que influyan en la extinción o disminución de la prestación, sencillamente porque no hay ningún precepto que determine que alguno de estos hechos posteriores deba hacerse valer

¹³⁶ En el supuesto contemplado por la S.A.T. La Coruña, 13 julio 1960 (RDG. 1961, p. 553) -extinción por causa 3.ª art. 152 C.C.- se siguió proceso ordinario. En el caso considerado por la S.J. 1.ª I. Navalmoral de la Mata, 22 septiembre 1956 (RGD, 1958, p. 101) y la S.T.S. 8 marzo 1961 (Aranzadi, 1961, marg. 943), que parece ser la sentencia del recurso de casación interpuesto en ese proceso, el actor pretendía la nulidad de las actuaciones ejecutivas de una sentencia de alimentos provisionales favorable a su esposa, porque había habido reconciliación del matrimonio después de esa sentencia. La nulidad fue rechazada en primera instancia, apelación y casación pero, no obstante, la sentencia de primera instancia estimó que procedía la reducción del embargo en la medida en que correspondiera al valor de las prestaciones específicas que el actor había realizado durante el período en el que se reinstauró la convivencia del matrimonio.

¹³⁷ SCHUMANN-LEIPOLD, en STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, II, Tübingen, 1972, pp. 1368-1369, ofrecen una exposición completa de las posturas doctrinales orientadas a diferenciar ambas acciones y una determinación plausible del ámbito de la *Abänderungsklage*, como medio para hacer valer las modificaciones de circunstancias de naturaleza económica incidentes en la relación jurídica sobre la que se ha resuelto.

¹³⁸ Respectivamente los párrafos 323 y 767 ZPO fijan los presupuestos de la *Vollstreckungsgegenklage* y de la *Abänderungsklage*, aunque, como indican SCHUMANN-LEIPOLD en ob. y lug. cit., el legislador «*dem Verhältnis beider Vorschriften keine Aufmerksamkeit gewidmet hat*», lo que origina dificultades para fijar su respectivo campo de aplicación.

¹³⁹ Sin embargo, respecto a la modificación del convenio -que es título ejecutivo: art. 90, par. 2 C.C.- o de la resolución judicial que determina las consecuencias de la separación o divorcio, habría base para un discurso similar al de la doctrina alemana referida en nota 149. El art. 90, par. 3 C.C. la permite «cuando se alteren sustancialmente las circunstancias» y remite para su tramitación al «mismo procedimiento seguido para su adopción» (D.A. 6.ª-8 L. 30/1981, de 7 de julio). Podría pensarse que, circunstancias cuya alteración no puede ser gradual —es decir, no pueden sufrir alteraciones no sustanciales y otras que sí lo sean—, sino que existen en el momento del primer convenio o resolución y después dejan puramente de existir (p. ej.: contraer nuevo matrimonio como causa extintiva del derecho a pensión ex artículo 97 C.C.) podrían hacerse valer en oposición a la ejecución; mientras que aquellas circunstancias susceptibles de sufrir modificaciones de variable intensidad (p. ej.: las 2.ª, 3.ª y 8.ª del art. 97 C.C., respecto al derecho a pensión en él establecido) deberían hacerse valer, afirmando su modificación sustancial, en el mismo procedimiento en el que se aprobó el convenio o se dictó la resolución sustituyéndolo.

de otro modo, como sucede en Derecho alemán con la delimitación del ámbito de la *Abänderungsklage*.

Ahora bien, no hay que pasar por alto que la oposición a la ejecución adolece en nuestro Derecho de la falta de una base legislativa firme, mientras que, concretamente en nuestro caso, la posibilidad de acudir a un proceso ordinario para hacer valer el efecto extintivo o modificativo de hechos posteriores, cuenta con el fácil e inmediato apoyo del art. 1617. Sólo por esta razón es previsible que en la práctica predomine esa segunda vía¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Obsérvese, sin embargo, que el art. 150 C.C. ofrece un fuerte apoyo literal a que la extinción de la obligación de alimentos por fallecimiento del obligado, no tenga que hacerse valer en un proceso ordinario.