

# EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA TUTELA JURISDICCIONAL DEL DERECHO DE ALIMENTOS

Álvaro GUTIÉRREZ BERLINCHES\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El derecho romano*. III. *Desde el derecho romano a la codificación*. IV. *La reclamación de los alimentos en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855*. V. *La Ley de Bases de 21 de junio de 1880 para la reforma del enjuiciamiento civil*. VI. *Los procesos de alimentos en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*. VII. *Breve descripción de la tutela de los alimentos en la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente*.

## I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo analizamos como fueron tutelados los alimentos en los diferentes ordenamientos jurídicos que se sucedieron en la península desde el derecho romano hasta la época codificadora. De la investigación se concluye que el núcleo de la tutela de los alimentos está en dos cuestiones conocidas ya desde hace varios siglos: la exclusión de la discusión sobre el estado civil, que procede del derecho romano, y la tramitación ágil y sencilla que procede de las decretales del siglo XIV. Nuestro estudio se circunscribe, sobre todo, a los antecedentes más inmediatos de la tutela jurisdiccional del derecho de alimentos: los que encontramos en la Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y de 1881. Pese a ello, haremos también un breve recorrido por las diferentes etapas históricas y sistemas jurídicos vigentes en la Península Ibérica, para detenernos en aquellos puntos que nos parecen de interés por estar relacionados con la existencia de un tipo de tutela sumaria como forma básica de protección del derecho de alimentos.

\* Profesor ayudante de derecho procesal. Universidad Complutense de Madrid.

## II. EL DERECHO ROMANO

A pesar de que la familia romana difiere en muchos aspectos de lo que hoy se entiende por familia en nuestra sociedad, los romanos ya conocieron la institución de alimentos entre parientes, aunque con un carácter más reducido del que tiene en nuestro vigente ordenamiento jurídico.<sup>1</sup> Lo genuino o caracterizador de la familia romana es el sometimiento de todos sus miembros a la potestad del *pater familias*. Al menos en un primer momento del derecho romano esto era así, y por este motivo se ha dicho que el derecho privado romano era propiamente el derecho de los *pater familias*, pero no de los ciudadanos.<sup>2</sup> A esta idea contribuye la naturaleza del poder del *pater familias*, que era casi absoluto y se desplegaba sobre todos los miembros de la familia.

Como todas las instituciones sociales y jurídicas, la familia experimenta una notable evolución durante la vigencia del derecho romano; así, sería necesario diferenciar los caracteres que componen esta institución en las diferentes etapas del Imperio Romano: el periodo arcaico, el clásico y el posclásico.<sup>3</sup> Sin embargo, esta tarea supera el ámbito de nuestro trabajo, en el que nos proponemos dar unas pinceladas acerca del origen de la institución de alimentos entre parientes, así como de su protección en el curso de un proceso.

En un primer momento,<sup>4</sup> durante la época arcaica y gran parte del período clásico, la familia romana es una institución más social que jurídica, donde por encima de cualquier otro aspecto, destaca el poder casi absoluto del *pater familias* respecto de todos los miembros que integran su familia, y que le están sujetos o sometidos. La *manus* o *potestas*, era el conjunto de facultades y poderes que sobre su familia desplegaba el

1 La reducción viene referida tanto a los sujetos obligados a prestar los alimentos como a los conceptos incluidos dentro de la obligación.

2 Cfr. Iglesias, *Derecho romano: historia e instituciones*, 11a. ed., Barcelona, 1994, p. 466. También véase Bonfante (véase *Diritto Romano*, reimp., Varese, 1976, p. 26), afirma que *il diritto pubblico si svolge intorno alla civitas, al populus; il diritto privato, intorno alla familia*.

3 La división en periodos que hemos hecho del derecho romano no es la única que manejan los romanistas, pero quizá sí sea la más extendida. En cuanto al empleo del término *Imperio* no debe llevar a confusión el hecho de que lo usemos en un sentido amplio. Más precisamente, el derecho romano comprende tanto la monarquía (siglo VIII-siglo VI) como la República (siglo VI-27 a. C.) y el Imperio (27 a. C.-476 para Occidente y 1453 para Oriente). A su vez, dentro del Imperio suele distinguirse el Principado (27 a. C.-235) del Dominado (en Occidente abarca del año 235-476 y en Oriente 235-1453).

4 Las ideas expuestas sobre la familia romana y su evolución están tomadas de Iglesias (Cfr. *Derecho romano... cit.*, pp. 465-471).

*pater*. Estas facultades comprendían las que tenía sobre la esposa (*manus* en sentido estricto, o *potestas maritalis*), sobre los hijos procreados en justas nupcias (*patria potestas*), sobre las personas compradas por el padre a través de la *mancipatio* (*mancipium*) y sobre los esclavos (*dominica potestas*). Estos poderes sobre las personas a él sometidas comprendían el *ius vitae necisque*, el *ius exponendi*, el *ius vendendi*, y el *ius noxae dandi*.<sup>5</sup> En época tan temprana, las relaciones de parentesco que nacen de la generación juegan todavía un papel muy secundario.

En etapas posteriores del derecho romano fue variando el concepto de familia que hemos enunciado para acercarse más a lo que nosotros conocemos hoy por familia. Es el paso de la familia agnaticia a la familia cognaticia. A la vez fueron mitigándose las excepcionales facultades del *pater familias* especialmente a partir del siglo I d. C., por ejemplo, Trajano (98-117) obliga a emancipar al hijo maltratado por el padre; Constantino (307-337) hace reo de la pena de parricidio a quien matare al hijo; o Justiniano (527-565) limita la venta del hijo a casos de extrema necesidad y suprime la *noxae deditio*. Como ha señalado la doctrina, “la patria potestad comienza como un poder despótico concebido en provecho del que la ejerce, y termina considerándose como una autoridad tuitiva, destinada a beneficiar con su protección a los sometidos a ella; mas la transformación es lenta”.<sup>6</sup>

En este contexto histórico y social, y con esta concepción de la autoridad del *pater familias*, entendemos que la protección a la familia no fuera la misma —ni tan intensa— que en nuestros días, y así, en cuanto al origen del deber de alimentar a los parientes, no aparece configurado como tal hasta después de comenzar la era cristiana. Conocemos, porque el *Digesto* se refiere a él, la existencia de un rescripto<sup>7</sup> de Antonino Pío

5 El primero es el derecho sobre la vida y muerte de los hijos —por supuesto, también sobre los esclavos—. Mediante el *ius exponendi* podía el *pater familias* abandonar a su hijo en el momento de nacer, lo que sucedía con alguna frecuencia, especialmente cuando los hijos nacían con taras y el padre no quería reconocerlo como suyo. El *ius vendendi* facultaba al padre para vender a sus hijos; se acudía a este remedio sobre todo en casos de necesidad económica, y se establecía la posibilidad de volver a recuperar al hijo pagando de nuevo su precio con el límite de tres ventas, pues después de la tercera el hijo quedaba fuera de la potestad del padre. Por último, el *ius noxae dandi* consistía en la entrega del hijo que había cometido un delito a la víctima para satisfacer así los daños.

6 Véase Arias Ramos y Arias Bonet, *Derecho romano II. Obligaciones. Familia. Sucesiones*, 18a. ed., Madrid, 1991, p. 740.

7 El rescripto, como los edictos y decretos, es una de las fuentes del derecho romano, de las denominadas *constitutiones principum*. Coinciden los romanistas en calificar el rescripto como la respuesta

(138-161) en el que se obliga a los parientes a darse alimentos recíprocamente.<sup>8</sup> La obligación comprendía a los consanguíneos legítimos en línea directa ascendente o descendente. Hasta varios siglos después, en época de Justiniano, la obligación no se hace extensiva a los cónyuges.<sup>9</sup>

Corresponde ahora estudiar de manera somera cuál era el procedimiento existente en Roma para tutelar el derecho del alimentista para recibir los alimentos de los parientes obligados. Poco sabemos de esto, pues son escasas las referencias que la doctrina romanista dedica a la institución de alimentos y a su tutela.

Sostiene Kaser, y parece que es algo aceptado por la doctrina, que el procedimiento para conocer de las reclamaciones de alimentos era el de la extraordinaria cognitio.<sup>10</sup> Este procedimiento se inicia a partir del prin-

por escrito (*responsum scripto*), y para un caso concreto, que daba el emperador a una consulta, exposición o petición solicitada por un magistrado o un ciudadano Cfr. García Garrido, "Rescripta", *Diccionario de jurisprudencia romana*, Madrid, 1990; y Adele Nicoletti, "Constitutiones Principum", *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, 1957.

8 Cfr. Ulpiano, *Libro secundo de officio consulis*; D. 25, 3, 5; en este mismo número del *Digesto* se mencionan otros rescriptos en materia de alimentos del emperador Marco Aurelio (161-180), sobrino y sucesor de Antonino Pío.

Hemos encontrado algún dato contradictorio que adelanta la existencia del deber de alimentos al tiempo de César Augusto, en el comienzo de era cristiana (la referencia es de Kaser, *Das Römische Privatrecht*, traducido al castellano por Cruz Teijeiro Santa, *Derecho privado romano*, Barcelona, 1968, p. 69). No obstante, el mismo Kaser proporciona más adelante la posibilidad de que su origen esté en el gobierno de Antonino Pío (véase *op. cit.*, p. 284). Más bien, sucede que el primer dato indubitado con el que contamos para fijar o fechar la existencia de la obligación de alimentos entre parientes es un *rescripto* de Antonino Pío y, si bien la institución podría haber existido con anterioridad al siglo II d. C., no es claro que hubiera acción para reclamar el derecho. En cualquier caso, parece que la introducción paulatina de esta institución en el derecho romano guarda una estrecha relación con el cambio operado en la familia y su transformación de antigua organización agnaticia en la moderna familia, basada en los vínculos de la sangre.

9 Respecto de la línea colateral, su inclusión en el Código Civil de 1889 fue muy criticada (Cfr. Padial Albás, *La obligación de alimentos entre parientes*, Barcelona, 1997, p. 16; es interesante la cita que recoge del propio García de Goyena fundamentando su oposición), pues contaba con pocos antecedentes en nuestro derecho patrio. Tan solo aparece mencionada en la Ley Primera del título VIII del libro III del Fuero Real, que establecía que el hermano diera alimentos *a su hermano pobre e impedido para el trabajo*, y en el artículo 77 de la Ley de Matrimonio Civil de 1870. Sin embargo, y en sentido diferente, señala Manresa que la extensión a los colaterales encuentra su germen en el derecho romano (Cfr. Manresa y Navarro y Reus y García, *Ley de enjuiciamiento civil, comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación*, Madrid, 1861, t. V, p. 38), esto lo corrobora Lavaggi para quien su existencia es clara para hermanos y hermanas, y dudosa o problemática la extensión a la línea colateral más allá del segundo grado, (Cfr. "Alimenti", *Enciclopedia del Diritto*, Varese, vol. II, 1958, p. 20).

10 Cfr. Kaser, *op. cit.* p. 284. También Villarino afirma que el deber de prestar alimentos no se implanta hasta la época imperial, fuera del sistema jurídico tradicional y en el marco de la *extraordinaria cognitio* de los cónsules. Véase "El fundamento del derecho de alimentos y la competencia objetiva y

cipado, y nace como consecuencia de la concentración de poderes en manos del príncipe. El procedimiento se desarrollaba directamente ante él, o bien ante un funcionario en quien el príncipe delegaba —generalmente, el cónsul—<sup>11</sup>. Sin embargo, respecto de la competencia de los cónsules para conocer de las reclamaciones de alimentos, no sabemos si responde a una explícita atribución, o más bien es por la vía de hecho por la que conocen, al tener atribuida los cónsules la competencia para conocer sobre el comportamiento de los hijos y esclavos en relación con el *pater*.<sup>12</sup>

La aparición de la *extraordinaria cognitio* en el siglo II d C. y consolidada a partir del III, supone un cambio sustancial respecto de la ordinaria *cognitio* de la época clásica.<sup>13</sup> El cambio al que nos referimos deriva de la “estatalización del proceso, que se sitúa en la órbita del derecho público”;<sup>14</sup> ahora es el príncipe, investido de *imperium*, quien conoce sin necesidad de que las partes decidan someterse voluntariamente y mediante la *litis contestatio* a la decisión de un tercero, que es *iudex* porque las partes lo han decidido. Una muestra, referida al juicio de ali-

funcional”, *Estudios de derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, Pamplona, vol. VI, 1969, p. 657.

11 Puede consultarse la obra de Álvarez Suárez, *Instituciones de derecho romano II, derecho procesal civil*, Madrid, 1975, pp. 121 y ss. Es el trabajo que hemos seguido, principalmente, y del que hemos tomado algunas de las ideas que aquí se exponen. Al hilo de este procedimiento, escribe el autor citado: “Augusto va dotando de sanción jurídica a algunas instituciones que con anterioridad sólo se apoyaban en imperativos morales, como por ejemplo los fideicomisos, la prestación de alimentos entre parientes, la reclamación de honorarios profesionales; y para hacer efectivas procesalmente las reclamaciones basadas en estos institutos ahora protegidos jurídicamente, se utilizó este procedimiento de cognición oficial, ventilado todo él en una sola etapa ante el mismo Príncipe, o ante un funcionario oficial, delegado de él.” Véase *op. cit.*, p. 122.

12 Cfr. Palazzolo, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C.*, Milán, 1974, p. 256 y siguientes. Este autor defiende la vía de los hechos como criterio de atribución de la competencia al cónsul y se basa en que Ulpiano usa el verbo *solent* para referirse al conocimiento del cónsul. En el mismo sentido puede verse Aldo dell’Oro, quien sostiene que la *competenza a decidere della materia, disciplinata a poco a poco da varie costituzioni imperiali, spettò extra ordinem ai consoli... è però molto più probabile che i consoli abbiano iniziato ad occuparsi della materia come conseguenza della loro competenza in tema di emancipazione e di manomissione*, Véase *Libri de Officio nella Giurisprudenza Romana*, Milán, 1960, p. 49; también D’Ors lo estima así. Cfr. *Derecho privado romano*, Pamplona, 1991, p. 167.

13 Sobre los caracteres y diferencias entre la *cognitio extra ordinem* y el *ordo iudiciorum privatorum*, cfr. Murga Gener, *Derecho romano clásico II. El proceso*, 3a. ed., Zaragoza, 1989, pp. 49-60. Este autor también aporta algunos datos sobre el origen de la *cognitio extra ordinem*, que puede situarse en época anterior a Diocleciano. Este modo de proceder acabará imponiéndose al procedimiento formulario, hasta hacerlo desaparecer. Murga Gener, *op. cit.*, pp. 367 y ss.

14 Véase Daza Martínez y Rodríguez Ennes, *Instituciones de derecho privado romano*, Madrid, 1997, p. 154.

mentos, de que el sometimiento a la decisión del juez es real y no fruto de la *litiscontestatio*, la encontramos en *Digesto* 25, 3, 5, 10, donde se establece que “si alguno de estos se negare a dar alimentos, se señalarán los alimentos con arreglo a sus facultades; pero si no se prestasen, se le obligará a dar cumplimiento a la sentencia tomándole prendas y vendiéndolas”.<sup>15</sup> Quizá sea éste el antecedente de la ejecución provisional *ope legis* de las sentencias en materia de alimentos, que recogen tanto las *Partidas*, como la Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881.<sup>16</sup>

El procedimiento conforme al que se tramitaban estas peticiones tenía carácter sumario,<sup>17</sup> aunque el sentido con el que se emplea en el *Digesto* es un tipo de sinónimo *abreviado o simplificado*. Estos procedimientos responden, principalmente, al propósito de lograr una mayor rapidez en la resolución de las controversias y, para ello, se reducen los medios de prueba o se prescinde de algunos trámites o se acortan los plazos. Entre estos procedimientos se incluye la acción para pedir alimentos, junto a otras como la relativa a la reclamación de honorarios profesionales, o las que originaban los procedimientos interdictales, de fideicomiso y de tutela.<sup>18</sup>

15 La traducción es de García del Corral, véase *Cuerpo del derecho civil romano*, Barcelona, 1892, t. II, 1a. parte, p. 217; consultado por nosotros en la edición facsímil preparada por la editorial Lex Nova, Valladolid, 1988. El texto original latino señala: *si quis ex his alere detrectet, pro modo facultatum alimenta constituentur: quod si non praestentur, pignoribus captis et distractis cogetur sententiae satisfacere*.

16 *El juzgador de aquel lugar le debe apremiar prendándolo ó dotra guisa, de manera que lo cumpla asi como sobredicho es*. Véase Ley 2, Título 19, Partida Cuarta. Y el artículo 1217 de la LEC de 1855 decía: “si no lo verificare, se procederá al embargo y venta de bienes bastantes a cubrir su importe en la forma y por los trámites prevenidos para el procedimiento de apremio después del juicio ejecutivo. Lo mismo se hará con las demás mensualidades que vayan devengándose. Por último, el artículo 1616 de la LEC de 1881, señalaba: si el que fuera condenado al pago de los alimentos, no hiciere efectiva la pensión el día en que deba pagarla según la sentencia, se procederá a su exacción por los trámites establecidos para el procedimiento de apremio después del juicio ejecutivo. Lo mismo se practicará con las mensualidades que vayan venciendo” (advertimos, desde ahora, que citaremos en cursiva diversos textos en castellano cuando las normas ortográficas que emplearon quienes las escribieron se aparten de las normas ortográficas de hoy). Por otra parte, esta especialidad no ha sido mantenida en la LEC vigente, por haberse generalizado la ejecución provisional sin fianza de las sentencias estimatorias; novedad que supone un gran acierto y un paso decidido en la protección del crédito.

17 Iglesias, *op. cit.* p. 202.

18 Puede verse el estudio monográfico que Biondo Biondi dedica a la materia: “Summatim cognoscere”, *Bullettino dell'istituto di Diritto romano*, Roma, año XXX, 1921, pp. 220 y ss. En este trabajo, además de unas consideraciones generales sobre el origen de esta forma desviada de proceder (desviada porque nace al amparo de la cognitio *extra ordinem*, fuera del *ordo*), el autor se detiene con detalle en la tutela interdictal; si bien existen referencias colaterales a otros procedimientos sumarios, como el de alimentos.

En diversos lugares del *Digesto* hemos encontrado algunas previsiones referidas expresamente a la tutela jurisdiccional de la obligación alimenticia. En síntesis, se prevé que los jueces puedan pronunciarse sobre el derecho a percibir los alimentos con independencia de que el parentesco haya quedado plenamente acreditado. Es más, en caso de que se discuta el estado civil —la condición de hijo o padre—, el juez debe pronunciarse sobre este punto de manera sumaria o “superficial”, sobre la base de indicios o apariencias: *si vel parens neget filium idcircoque alere se non debere contendat, vel filius neget parentem, summatim iudices oportet super ea re cognoscere: si constiterit filium vel parentem esse, tunc ali iubebunt: ceterum si non constiterit, nec decernent alimenta*<sup>19</sup> (Ulpiano, Libro secundo de officio consulis; D. 25, 3, 5, 8).

No es necesaria la prueba plena del parentesco,<sup>20</sup> aun en el caso de que sea negado por el alimentante, porque el juicio de alimentos no prejuzga la verdad de la filiación que podrá debatirse después en un juicio posterior, como se señala en dos lugares del *Digesto*: aunque los jueces hubieran sentenciado que se tiene derecho a los alimentos, la sentencia no es de que sea hijo, sino de que debe recibir alimentos.<sup>21</sup> Es decir, no existe ningún obstáculo para atacar —en un proceso posterior— la implícita atribución de paternidad en que se ha fundado la decisión de otorgar los alimentos. Esta previsión se traslada desde el derecho romano a

19 “Si el padre negase que aquél sea su hijo, y por lo mismo sostuviere que no debe alimentarlo, o si el hijo negara que aquel fuese su padre, conviene que los jueces conozcan sumariamente de este asunto; y si constare que aquel era su hijo o su padre, entonces mandarán que se le den alimentos, pero si no constare, no decretarán los alimentos”, traducción de García del Corral, véase *Cuerpo del derecho civil...*, cit., pp. 216 y 217.

20 A esta prueba se refiere Biondo Biondi al explicar que quien hubiera sucumbido en la sede sumaria podrá proporcionar más adelante la prueba plena del mismo asunto Cfr. “Cognitio Summaria”, *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, 1957, p. 436; y “Summatim cognoscere”, *op. cit.*, p. 244. La prueba relativa a determinar si se es hijo o no de quien se afirma ser, será una prueba sumaria, pero prueba, al fin y al cabo, puesto que alguna actividad probatoria debía exigirse cuando se afirma que, para el caso de que no se pruebe, no se decreten los alimentos. Cfr. *Digesto* 25, 3, 5, 8. Del mismo modo, Martínez Gijón sostiene que “cabe, con apoyo en varios textos del *Digesto*, que el Juez acepte una prueba semiplena para deducir de ella dicho *status*. Una tal decisión judicial no prejuzga la verdad de los hechos, no se transforma en cosa juzgada, no crea estado, por lo que éste podrá discutirse en un juicio ordinario”. Véase “Alimentos en favor de los descendientes en el derecho histórico aragonés”, *Anuario de historia del derecho español*, Madrid, 1984, t. LIV, p. 320.

21 Cfr. Ulpiano, *Libro quarto ad legem Iuliam et Papianam*; D. 1, 6, 10: *si iudex nutriri vel ali oportere pronuntiaverit, dicendum est de veritate quaerendum, filius sit an non: neque enim alimentorum causa veritati facit praeiudicium*. Y también, en términos muy similares: Ulpiano, *Libro secundo de officio consulis*; D. 25, 3, 5, 9: *meminisse autem oportet, etsi pronuntiaverint ali oportere, attamen eam rem praeiudicium non facere veritati: nec enim hoc pronuntiat filium esse, sed ali debere: et ita divus Marcus rescripsit*.

la Ley 7 del Título 19 de la Partida Cuarta, con la fórmula —en salvo finca su derecho a qualquier de las partes para probar si es su hijo o no—.

En los textos del *Digesto* citados nos encontramos con la caracterización de un proceso en el que el juez conoce de la causa de manera sumaria (*summatim iudices oportet super ea re cognoscere*), entendido este término como sinónimo de *brevemente*, y cuya sentencia no prejuzga la verdad de los hechos enjuiciados y tenidos como ciertos en ese proceso,<sup>22</sup> pues cabe que en un proceso posterior se modifique lo decidido, de manera incidental o prejudicial —si se es hijo o no, o padre— en la primera sentencia. En los procesos sumarios, como el de alimentos, se parte de la existencia de un hecho que no admite discusión, el parentesco, aun a pesar de que la certeza positiva o negativa de ese hecho condicione el otorgamiento de la tutela solicitada. Es decir, acreditada indiciariamente la relación de parentesco, podrán concederse los alimentos sin perjuicio de que en otro proceso sean después denegados por haber acreditado el alimentante que no es pariente del alimentista. El juicio de alimentos se configura así, porque la materia objeto de tutela requiere una pronta satisfacción. Consideramos, en definitiva, que la urgencia en otorgar la tutela es el artífice de que se busque solución a la larga duración de la cognición ordinaria.

Como conclusión, se puede afirmar que, al menos desde el siglo II de la era cristiana, existió la obligación de alimentos entre parientes. Además, se otorgó acción para reclamar los alimentos por el procedimiento de la *cognitio extra ordinem*, con simplificación o reducción de las formalidades procesales que excluía un debate pleno sobre el estado civil de las partes y con una “ejecución provisional” privilegiada. Es decir, el desarrollo del derecho romano respecto de los alimentos, tanto en el plano sustantivo como en el procesal, es avanzado. Con pocas precisiones y sin apenas cambios de relevancia, el diseño romano se trasladó a las *Partidas*, manteniéndose, casi inalterado, hasta la LEC de 1855.

22 Por esta solución se decanta Biondo Biondi, quien afirma: *Anche qui la sentenza del giudice, emanata in base ad una summaria cognitio, non è definitiva: dal momento che essa non pregiudica la questione de statu e d'altra parte l'obbligo degli alimenti suppone sempre la qualità di liber o di parens nella persona dell'obligato, è evidente che il giudizio sugli alimenti potrà esse rinnovato in conformità alla decisione de statu*. Véase “Summatim...”, *op. cit.*, p. 244.

### III. DESDE EL DERECHO ROMANO A LA CODIFICACIÓN

En el periodo que abarca el tiempo comprendido entre la gran obra compiladora de Justiniano, el *Corpus Iuris Civilis* (565),<sup>23</sup> y la aparición de las *Partidas* o Código de las Siete Partidas (1265), no es fácil seguir el rastro a una institución como la que estudiamos y, menos aún, a su reclamación en el curso de un proceso. La dificultad radica en la propia historia por la que atraviesa la Península que, sacudida por sucesivas invasiones, asiste a la formación de sus diferentes reinos, con la dispersión y fragmentación de las fuentes del derecho que estos hechos acarrearán.

Con las invasiones bárbaras de principios del siglo V se difumina la vigencia del derecho romano, debido a la aparición de normas propias elaboradas por los visigodos. Este es el caso del *Liber Iudiciorum* (654), obra de Recesvinto que, aunque influido por el derecho romano, aporta novedades propias del derecho consuetudinario germánico. La influencia y difusión del *Liber Iudiciorum* fue notable y se mantuvo hasta la independencia de Castilla respecto de León, en el siglo IX; si bien, incluso hasta el siglo XII continuaron aplicándose diversas leyes particulares. No obstante, no hemos encontrado en su Libro II (*De negotiis causarum*) ninguna previsión sobre la tutela del derecho de alimentos, algo que contrasta con las variadas menciones del *Digesto* a los alimentos y su tutela. La explicación a esta desigualdad puede residir en la escasa conexión entre los textos justinianeos y los visigóticos.

Tres siglos después, en el 711, son los árabes quienes invaden casi en su totalidad la Península, desbaratando también cualquier proyecto de unidad jurídica. La Reconquista iniciada en el siglo VIII, trae consigo aún más dispersión normativa, pues los reyes y señores feudales van otorgando *Fueros* a los territorios que reconquistan. Muchas veces, estos fueros contenían privilegios para los habitantes de los territorios donde eran otorgados, con el fin de facilitar la repoblación de vastas extensiones de terreno que habían quedado desocupadas al retroceder los invasores.<sup>24</sup>

23 Se toma esta fecha de referencia porque marca la conclusión de esta ambiciosa obra que, sin embargo, comienza en el 528-529 con las *Constituciones*, a las que siguen el *Digesto* y las *Instituciones* en el 533, y finaliza con las *Novelas* compiladas entre el 534 y el 565.

24 Cfr. Pérez-Prendes y Muñoz de Arraco, *Historia del derecho español*, Madrid, 1999, vol. II, Madrid, 1999, pp. 674 y ss., donde se aborda el origen y evolución del derecho privilegiado municipal, así como las clases de fueros, su contenido y las distintas *familias* de fueros. Por su parte, Montero Aroca señala que “en el desarrollo histórico de los fueros pueden distinguirse dos épocas; inicialmente el fuero es breve y contiene los privilegios dados por el rey o el señor feudal a los habitantes de un

Además, la Reconquista fue larga en el tiempo, se extiende casi por ocho siglos, y no fue un proceso lineal: hubo avances y retrocesos, territorios ganados y nuevamente perdidos. Las circunstancias históricas antes mencionadas, con el añadido de que la costumbre era una de las principales fuentes del derecho, explican la dificultad de rastrear una institución —como la de alimentos— en los numerosos fueros que existieron a lo largo y ancho de los reinos constituidos durante la Edad Media en España. Además, los esfuerzos serían vanamente recompensados, pues no era cometido de los fueros ni modificar una institución como la de alimentos entre parientes, ni determinar los cauces procedimentales por los que debía pretenderse la satisfacción del derecho del alimentista.<sup>25</sup>

Por las dificultades mencionadas y, sobre todo, porque existe un completo tratamiento de Martínez Gijón sobre la obligación de alimentos en los fueros municipales, nos limitamos aquí a remitirnos a los trabajos del autor citado.<sup>26</sup> A partir del siglo XIII se produce un desarrollo del derecho otorgado por el rey, que va mitigando la vigencia de los fueros municipales. En este contexto se sitúan las *Partidas* (atribuidas a Alfonso X el Sabio), que suponen un intento de clarificar y unificar el derecho vigente en el reino de Castilla. Ya antes se habían sucedido otros intentos por parte de Fernando III, a través del *Fuero Juzgo*, y del propio Alfonso X, mediante el *Fuero Real*. Estos textos tenían un marcado carácter compilador y en poco se separaban del derecho romano recibido, en parte, por el *Liber Iudiciorum* seis siglos antes (de hecho el *Fuero Juzgo* no pasa de ser una versión del *Liber* en lengua romance).

municipio; ya en el siglo XIII el fuero adquiere extensión y pretende, primero, recoger el derecho existente en la villa o ciudad y, después, convertirse en la única norma reguladora”. Véase “Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855. La consolidación del proceso común”, *Ensayos de derecho procesal*, Barcelona, 1996, p. 170.

25 Sobre el carácter incompleto de los fueros municipales y la necesidad de acudir a las costumbres del lugar, e incluso al arbitrio judicial, para colmar las lagunas, *Cfr.* Tomás y Valiente, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, 1990, pp. 145-149.

26 Nos referimos a los siguientes trabajos de Martínez Gijón: “Alimentos en favor de los ascendientes en el derecho medieval de Navarra”, *Anuario de historia del derecho español*, Madrid, 1980, tomo L, pp. 207-222; “Los alimentos en favor de los ascendientes en el derecho histórico aragonés”, *op. cit.*, pp. 295-322; y “Alimentos en favor de los ascendientes en el derecho de Castilla y León”, *HID*, Sevilla, 1981, núm. 8, pp. 171-194. En estos tres artículos hemos encontrado referencias a distintos fueros de diferentes reinos, desde el siglo X hasta el siglo XIV. Así, por ejemplo, en el primero: al Fuero de Daroca, de Jaca, General de Navarra, y de Viguera y Val de Funes; en el segundo: al Fuero de Huesca, de Alfambra y de Molina de Aragón; y en el tercero: al Fuero de Soria, de Zamora, de Cuenca o de Brihuega.

La unificación jurídica no se conseguirá hasta varios siglos más tarde, a comienzos del XVIII, con los *Decretos de Nueva Planta* de Felipe V,<sup>27</sup> pero es indudable que, a pesar de que no fueron publicadas inicialmente como leyes, las *Partidas* supusieron, por su rápida difusión y gran acogida, el inicio del camino que concluiría con la unificación del derecho de los distintos reinos de España. Prueba de su notable influjo está en que, casi un siglo después, el *Ordenamiento de Cortes de Alcalá* (1348) consagró como derecho supletorio el recopilado en las *Partidas*, superando su inicial valor como texto de referencia y consulta, y situándose en el tercer lugar del orden de prelación de fuentes, con preferencia sobre la aplicación de los fueros municipales.<sup>28</sup> En lo que a nosotros interesa —los antecedentes de la tutela procesal de los alimentos— en las *Partidas* encontramos diversos textos de interés. Ya se recoge en nuestro derecho patrio la posibilidad de que, en determinados procesos y con motivo de la urgencia en otorgar la tutela, el juez ante quien se sustancian esta clase de pleitos dicte una sentencia después de haber conocido de una manera rápida y sencilla. Así, la ley 7a. del título 22 de la Partida Tercera, se encabeza de la siguiente manera: *Quáles pleytos pueden librar los judgadores por sentencia llanamente, maguer non sepan por raiz la verdat dellos*.<sup>29</sup> También en la Partida Tercera se permite solicitar la tutela del juez en días feriados (en lo que hoy conocemos como días inhábiles) para casos específicos, entre los que se incluyen los alimentos entre parientes; así, la Ley 35a. del Título 2o. se entretiene en establecer “quáles cosas pueden seer demandadas en estos días que desuso mostramos”.

Mucho más interesante es la ley 7a. del título 19 de la Partida Cuarta,<sup>30</sup> que formula de nuevo la previsión del *Digesto* de conocer sumariamente

27 Con diversos *Decretos* de principios de siglo, Felipe V suprimió los fueros de casi todos los reinos de España (Cataluña, Valencia, Aragón y Mallorca), imponiendo de manera paulatina el derecho y las Instituciones de Castilla, salvo en Navarra y en las provincias vascas. En rigor, no puede decirse que con Felipe V se llegará a la total unificación jurídica; esta no se produce hasta principios del siglo XIX, y aún así, continuarán perviviendo los derechos civiles forales.

28 Cfr. Sánchez-Arcilla Bernal, *Historia del derecho I. Instituciones político-administrativas*, Madrid, 1995, pp. 387-390. Para el autor citado “el reconocimiento legal de «Partidas» supuso el triunfo definitivo del “*ius commune*” sobre el derecho tradicional municipal y, en consecuencia, un considerable avance en el proceso hacia la unificación jurídica sobre la base del derecho romano justiniano en los territorios de Castilla”. Véase *op. cit.*, p. 389. También, casi como curiosidad, la SAP de Ávila de 24 de abril de 2002 [AC 2002\1303], en el curso de un proceso sobre la vigencia de la acción de jactancia, se pronuncia sobre el valor como fuente de las *Partidas*.

29 Todas las citas que hacemos de las *Partidas* están tomadas de la edición preparada por la Real Academia de la Historia en 1807.

30 Reproducimos seguidamente una parte de esta ley: *razonándose alguno por fijo de otri, et*

sobre el parentesco, sentando la base de lo que fue el juicio sumario de alimentos provisionales. Señala esta ley que si alguno reclamase alimentos contra su padre y éste negara que es hijo suyo, el juez conocerá de esta cuestión brevemente, y si de algún indicio o señal dedujera que es su hijo, mandará al padre que lo críe y mantenga, sin perjuicio de que, una vez queden cubiertas las necesidades del alimentista, se promueva otro juicio distinto en el que se ventile la cuestión de si es o no hijo de aquél a quien reclamó los alimentos. De alguna manera se está reconociendo un carácter provisional a la tutela otorgada al alimentista, pues, por razón de la urgencia, se prefiere que se le otorguen los alimentos aun sin un grado de certeza razonable de que los solicita fundadamente, a que quede desamparado durante el largo tiempo que podría transcurrir de sustanciarse todo un proceso tendente a establecer la filiación no reconocida por el alimentante. Ahora bien, queda abierta la puerta a que en un juicio posterior se discuta acerca de la paternidad controvertida, ya que este punto no tuvo acceso al proceso de alimentos.

De lo expuesto hasta ahora inferimos que tanto el derecho romano como nuestro derecho patrio hasta las *Partidas*, concibieron la tutela de los alimentos y de otros procesos que se han llamado sumarios con un alcance diferente al que cristalizó en la LEC de 1881. Realmente se permitía otro proceso posterior, de ahí la provisionalidad de la tutela, pero con un objeto diferente del que tuvo el primero.<sup>31</sup> A nuestro juicio, los procesos sumarios no permitían otro plenario posterior sobre la misma cuestión, sino otro proceso posterior sobre el único presupuesto del que depende la concesión de alimentos y del que no se ha podido debatir plenamente: el parentesco. Y el fundamento de la aportación inicial del título en que se fundan los alimentos, que se contiene en el artículo 1609 LEC de

demandandol quel criase et le proveyese de lo quel era menester, podria acaescer que este atal que negarie que non era su fijo porque nol criase. Et por ende quando tal dubda acaesciese, el juez de aquel logar de su oficio debe saber llanamente et sin alongamiento, non guardando la forma del juicio que debe seer guardada en los otros pleytos, si es su fijo de aquel por cuyo se razona ó non... Et si fallare por algunas señales que es su fijo, debe mandar al otro quel crie et le provea: et maguer el juez mande proveer á este atal asi como sobredicho es, en salvo finca su derecho a qualquier de las partes para probar si es su fijo ó non.

31 Por ejemplo, en el sumario de alimentos podía discutirse después sobre la filiación de la que se ha partido para fijar los alimentos o en un sumario que tutela la posesión podría discutirse después sobre la propiedad. Pero esto dista mucho de lo que estableció el artículo 1617 de la LEC de 1881, que obedece, como luego veremos, a la Base 18 de la Ley de Bases de 21 de junio de 1880 para la reforma del enjuiciamiento civil: el artículo 1617 de la LEC de 1881 permitía el ulterior proceso de alimentos sin condicionamiento ninguno.

1881 y en el artículo 266.2o. LEC vigente, obedece, precisamente, a que el debate sobre esta cuestión no es pleno, porque la materia sobre la que versa el proceso es urgente. Es decir, los procesos sumarios suponen, en primer lugar, menos formalidades por la urgencia de la tutela, y en segundo lugar, una tutela definitiva pero condicionada a la discusión —en otro proceso posterior— de la relación jurídica base del primer proceso; que es, justamente, la que no ha tenido cabida en el proceso sumario.

En los distintos ordenamientos de los siglos XIV y XV no se encuentran novedades de importancia respecto de las *Partidas*. Solo en la ley 10 de las de Toro (1505) aparece una cuestión muy colateral, como es el derecho de los hijos ilegítimos a recibir alimentos de sus padres, pero salvo esto, nada sobre el procedimiento para su reclamación. Y casi lo mismo se puede decir de las demás fuentes de los siglos posteriores. En casi todas ellas se contienen referencias al derecho sustantivo que regula la obligación de alimentos entre parientes, pero éstas no se separan mucho de la regulación que se hace en las *Partidas* en normas muy dispersas,<sup>32</sup> que a su vez son herederas, en gran medida, de las normas contenidas en el *Digesto* (cfr. D. 25, 3, 5). Sin embargo, en cuanto al procedimiento, seguimos anclados en el mandato de conocer *llanamente et sin alongamiento, non guardando la forma del juicio*, que vimos en las *Partidas*.<sup>33</sup> Así, por ejemplo, y referido a la Corona de Aragón, nos dice Martínez Gijón que:

desde un principio se destaca en las fuentes la obligación del juez de actuar con rapidez, y el inmediato carácter ejecutivo de la sentencia... En 1390 se establece en las Cortes de Monzón la sustanciación de los pleitos de alimentos de acuerdo con un procedimiento sumario semejante al previsto por el derecho canónico para determinados supuestos y al que es de uso en los litigios que pertenecen al derecho marítimo y mercantil.<sup>34</sup>

32 Algunas de estas normas que afectaban a cuestiones relativas a los alimentos son: en la Partida III, las leyes 2a., 5a., y 35a., del título 2o., y la ley 7a. del título 22. En la Partida IV, la ley 7a. del título 2o.; las leyes 7a., 31 y 32 del título 11; las leyes 2a., 3a., 4a., 5a., 6a. y 7a. del título 19; y las leyes 3a. y 4a. del título 20. En la Partida V, la ley 6a. del título 1o.; las leyes 35, 36 y 37 del título 12, y la ley 35 del título 14.

33 Cláusulas como ésta tienen su origen en la protección dispensada al incipiente derecho mercantil en los estatutos de diversas ciudades italianas, como Génova o Pisa. Posteriormente, en los siglos XIII y XIV, —cristaliza con diferentes denominaciones— en varias decretales, entre las que destaca la *Saepe Contingit*, del Papa Clemente V.

34 Este autor entiende que, ya en el derecho medieval de Castilla, el proceso de alimentos era sumario, pues la resolución recaída no impedía acudir a otro proceso posteriormente; y así, señala respecto del juicio de alimentos que “nos encontramos ante un juicio sumario, que lo es no sólo en relación con el

La *Nueva Recopilación* (1567) es fruto de diversos intentos de los reyes católicos de refundir el derecho de Castilla. Estos esfuerzos no se culminan hasta varios años después, bajo el impulso de Felipe II. La Nueva Recopilación tuvo una notable importancia entre los siglos XVI y XVIII, si bien no hemos encontrado entre sus nueve libros —ni en el Suplemento de Autos Acordados del Consejo— ninguna disposición relativa a la tutela de la obligación de alimentos. Poco han cambiado las cosas desde el inicio de la obligación de alimentos entre parientes, que existe, al menos, desde el siglo segundo de nuestra era.<sup>35</sup>

procedimiento, sino también con las pruebas mismas, puesto que la ley de referencia admitirá las semiplenas, las presunciones o los indicios dudándose sobre si basta con sólo una de esas pruebas o es preciso que concurren varias, siendo más frecuente la opinión que se inclina por la segunda alternativa, favorecida por el texto legal que habla de señales de las que habrá de deducirse el vínculo familiar que une a las partes litigantes. A éstas queda reconocida la posibilidad de plantear un juicio ordinario, con pruebas plenas, la impugnación de la filiación o de la paternidad o de la ascendencia, decayendo, de sentenciarse en favor de la impugnación, la obligación de alimentos derivada de juicio sumario”, véase Martínez Gijón, “Alimentos en favor de los ascendientes en el derecho de Castilla y León”, *op. cit.*, pp. 194 y 319. En realidad, en el derecho medieval, ya sea el de Castilla o el de Aragón, apenas hay cambios, es decir, la tutela de alimentos de los siglos XIV-XV no es más sumaria que la tutela de alimentos del derecho romano. En el fondo, es la misma previsión que contenía el derecho romano relativa a que la cuestión de estado, de si era o no hijo o padre quien los reclamaba, podía ser planteada de nuevo en otro proceso, pues sobre esa cuestión se decidía sumariamente con rapidez.

35 Reproducimos una extensa cita del *Teatro de la Legislación Universal de España e Indias*, porque compendia lo que, a finales del XVIII era esta institución. Estas mismas palabras podían haber sido escritas en el siglo XIII, que en nada nos hubieran sorprendido: “Los primeros alimentos debidos a los hijos por todo el tiempo de su infancia hasta que hayan llegado a una edad, en que habiendo adquirido mayores fuerzas, parezcan ya capaces de otros más recios, corresponden privativamente a las madres, como la naturaleza misma enseña, proveyéndolas abundantemente, por lo más regular de los medios y facultades necesarias para este efecto quasi desde el instante de sus partos. Después de aquella tierna y delicada edad, corresponde a los padres, y en defecto de estos a las madres, la obligación de suministrar a sus hijos alimentos proporcionados a su calidad y facultades: beneficio que deben no solo a los hijos legítimos, sino también a los ilegítimos o naturales, y del que solo los incestuosos pueden quedar excluidos recayendo en los abuelos y demás ascendientes de la línea paterna y a falta de ellos en los de la materna, toda la obligación de los padres y de las madres, ó ya por muerte, ó ya por imposibilidad de éstos, a quienes verdaderamente suceden en sus derechos y obligaciones sobre los individuos de sus propias familias, y cesando desde luego la misma obligación así para con unos, como para con otros, quando los hijos cometan contra ellos cualquiera especie de ingratitud, que justamente los haga merecer esta pena, o quando lleguen a adquirir medios y facultades suficientes para mantenerse por si mismos, sin socorro ni auxilio alguno de sus padres. Como no corresponde a las madres, según se ha dicho, la obligación de dar alimentos a sus hijos después de aquella edad, mientras vivan y tengan facultades para suministrárselos sus padres; se infiere claramente, que si viviendo éstos y no pudiéndoselos dar, se los suministraren sin embargo las madres, podrán siempre que quieran reclamarlos, quedándolas por tanto, la acción negotiorum gestor para repetir las impensas causadas en los mismos alimentos, á no ser que se los hayan suministrado con ánimo e intención de donárselos”. Véase Pérez y López, “Alimentos”, *Teatro de la Legislación Universal de España e Indias*, Madrid, t. III, 1792.

Nos trasladamos así a la *Novísima Recopilación* (1805), que reproduce muchas de las normas contenidas ya en la Nueva, manteniendo leyes superfluas que habían perdido vigencia. Apenas hemos encontrado dos leyes de interés en materia de alimentos: las dos de finales del siglo XVIII, una de derecho sustantivo y la otra de derecho procesal. En primer lugar, la ley 9a. del título 2o. del libro 10, establece que los menores de veinticinco años necesitan del consentimiento de los padres para contraer matrimonio y que la omisión de este requisito conllevará la pérdida del derecho a pedir dotes o legítimas y del derecho a suceder, con exclusión del derecho de alimentos, que sí conservan. Esta norma procede de una pragmática de 23 de marzo de 1776, y tiene una importancia más bien escasa en lo que a la tutela jurisdiccional de la obligación de alimentos se refiere. En segundo lugar, y de mayor interés en este trabajo, la ley 20 del título 1o., del libro 2o., en la que se establecen dos cuestiones que afectan al proceso. De una parte, impide que la jurisdicción eclesiástica conozca de los alimentos cuando en un proceso matrimonial, sustanciado ante esta jurisdicción, así se pretenda; y de otra parte, reitera el mandato a los jueces civiles de conocer de estas causas breve y sumariamente.<sup>36</sup>

Como conclusión, y conscientes del riesgo que conlleva cualquier simplificación, puede afirmarse que las normas sobre los alimentos y su tutela contenidas en el derecho romano justiniano se trasladan sin muchos cambios a las *Partidas* y, de éstas, pasan a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855.<sup>37</sup> Hasta la época de la Codificación, las normas de derecho sustantivo sobre alimentos entre parientes no son muchas, y las normas procesales referidas a la tutela jurisdiccional de esta obligación son todavía menos. Durante todos estos siglos, la tutela de los alimentos descansa en tres puntos que provienen, todos ellos, del derecho romano justiniano. Primero, las demandas se tramitan mediante un procedimiento simplificado, más rápido que el ordinario.<sup>38</sup> Segundo, la discusión de un hecho

36 La ley citada procede de una Real Cédula de Carlos III, de 22 de marzo de 1787, y declara “que los jueces eclesiásticos solo deben entender en las causas de divorcio, sin mezclarse con pretexto alguno en las temporales y profanas sobre alimentos, *litis expensas* ó restitución de dotes como propias y privativas de los magistrados seculares á quienes incumbe la formación de sus respectivos procesos, y á este fin resolvió igualmente, que ofreciéndose semejantes asuntos temporales durante las causas eclesiásticas, se abstengan los Prelados y sus Provisores de su conocimiento, y las remitan sin detención á las Justicias reales, que las substancien breve y sumariamente según su naturaleza”.

37 Tomás y Valiente considera que la Comisión encargada de redactar la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 tuvo como modelo las leyes de las *Partidas*. Cfr. *Manual de historia... cit.*, p. 530.

38 De los tres puntos que mencionamos éste es, quizá, el que más transformación sufre a lo largo

base de la relación jurídica —el parentesco entre alimentante y alimentista— queda excluido del debate contradictorio y pleno, reservándose su discusión a un proceso posterior en el que podrá revocarse la inicial concesión de los alimentos basada sólo en una apariencia del parentesco. Y tercero, se prevé un sistema de ejecución provisional, o inmediata, ventajoso para quien obtuvo la condena al pago de alimentos.

Antes de la LEC de 1855 la reclamación de alimentos era considerada como tutela sumaria porque así lo recogía la Ley 7a., del Título 22 de la Partida Tercera.<sup>39</sup> Ahora bien, salvo esto, apenas pueden encontrarse especialidades procedimentales en la tutela de los alimentos; propiamente no existía un procedimiento especial. Habrá que esperar a la LEC de 1855 para que, por vez primera, se configure un procedimiento autónomo de alimentos. En esto se diferencia la tutela de los alimentos de otras también sumarias pero que sí contaban, antes de la entrada en vigor de la LEC de 1855, con normas procesales y procedimentales específicas, como sucedía con las demandas interdictales y las de retracto.

#### IV. LA RECLAMACIÓN DE LOS ALIMENTOS EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 1855

##### 1. *Introducción*

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855 es el antecedente inmediato de la regulación procesal que estuvo en vigor durante más de un siglo: la LEC de 1881. Muchas de las normas especiales sobre tutela de los alimentos que se recogieron en la LEC de 1855 fueron trasladadas después a la LEC de 1881;<sup>40</sup> si bien, casi todas aquellas normas

de los siglos. En el derecho romano la celeridad se expresaba reconduciendo la reclamación de los alimentos a los trámites de la *cognitio extra ordinem*; en las *Partidas* se contiene la fórmula de que se sustancien “breve y sumariamente”; y en la decretal de Clemente V, la *Saepe Contingit*, se ordena que se tramiten estas y otras causas “llanamente”, “sin ruido ni figura de juicio”; además de que se regula de manera orgánica este modo de proceder. Realmente, estas cláusulas y otras parecidas, se acuñaron en el seno del incipiente derecho marítimo y mercantil de diversas ciudades del norte de Italia en los siglos XII-XIII, pero a través de las decretales, y en esto reside el éxito de la *Saepe Contingit*, se generalizaron a diversas materias, dando lugar al nacimiento de lo que luego se llamarían los juicios plenarios rápidos.

39 Cfr. García de Goyena y Aguirre, *Febrero, o librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los Códigos Civil, Criminal y Administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente*, Madrid, t. VII, 1842, pp. 87 y 88.

40 Afirma Gómez de la Serna que “la ley de 13 de mayo de 1855 fue el punto de partida para los

han desaparecido en la LEC vigente, de 7 de enero de 2000. La LEC de 1855 fue elaborada por una Comisión conforme a las bases contenidas en la Ley de Bases para el ordenamiento y compilación de las leyes y reglas del enjuiciamiento civil, de 13 de mayo de 1855, a la que precedió un proyecto para la reforma de los procedimientos en los juicios civiles, de 31 de enero del mismo año.

La reclamación de alimentos con carácter provisional está incluida dentro de los actos de *jurisdicción voluntaria*, y regulada en los artículos 1207 y siguientes. Si mediante un expediente de jurisdicción de esta clase no se lograra la satisfacción de los alimentos, podrá acudirse a la jurisdicción contenciosa. Acudirán también a la jurisdicción contenciosa, alimentante o alimentista, cuando no estén satisfechos con la resolución obtenida en la voluntaria; por ejemplo, por estimarlos insuficientes el alimentista o excesivos el alimentante. Sin embargo, no se establece en la jurisdicción contenciosa ninguna especialidad que sea de aplicación; quiere esto decir que todas las normas específicas sobre el cauce procesal para la reclamación de alimentos están contenidas en los artículos 1207 y siguientes, en sede de jurisdicción voluntaria. En definitiva, los alimentos conocidos como provisionales son los que se otorgan a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, mientras que los llamados definitivos son propios de la jurisdicción contenciosa. Por qué se incluyó el juicio de alimentos entre los actos de jurisdicción voluntaria es, de alguna manera, un misterio; no tenemos una respuesta sólida que nos satisfaga. Puede aventurarse que se pensaba en la mayor rapidez de la tramitación de los expedientes de la jurisdicción de esta clase, pues se prescindía de formalidades. Para comprender la naturaleza de la jurisdicción voluntaria es significativo el concepto que de la misma nos da uno de los mejores comentaristas de la LEC de 1855. Afirma De Vicente y Caravantes que se entiende por jurisdicción voluntaria

la que ejerce el juez en actos o en asuntos que, o por su naturaleza o por el estado en que se hallan, no admiten contradicción de parte, emanando su parte intrínseca de los mismos interesados, que acuden ante la autoridad judicial,

redactores de la de enjuiciamiento civil... las Cortes Constituyentes estuvieron lejos de querer cambios radicales, impremeditados y violentos en nuestras leyes seculares... la comisión tuvo por punto de partida lo tradicional, lo español, lo consignado en nuestro foro, y procuró purificarlo en el crisol de nuestra ciencia". Véase *Motivos de las variaciones principales que ha producido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1857, p. VIII.

la cual se limita a dar fuerza y valor legal a aquellos actos, por medio de su intervención o de sus providencias, procediendo sin las formalidades esenciales de los juicios.<sup>41</sup>

Indudablemente la entrada en vigor de la LEC de 1855 supuso un avance respecto de la etapa anterior. Solo por haber recopilado en una norma la multitud de disposiciones que estaban vigentes (sobre cuestiones procedimentales en materia de alimentos) merece un elogio.<sup>42</sup> Pero es que, además, dotó de unidad a un proceso que antes no existía como tal, y que los jueces de la época no sabían con claridad por qué trámites sustanciar. Las siguientes palabras de Hernández de la Rúa son indicativas del desorden normativo e inseguridad inmediatamente anteriores a la LEC de 1855. Dice el comentarista:

...respecto al procedimiento, no puede desconocerse el gran beneficio que ocasiona la Ley recopilándole, porque las anteriores, lejos de establecer reglas claras y terminantes, espresivas de los trámites y formas de la sustanciación, ni siquiera declararon si las reclamaciones de alimentos procedían de jurisdicción voluntaria o contenciosa; así es que las prácticas en los juzgados eran discordes, los jurisconsultos se separaban también en sus reclamaciones; y de aquí que confundiendo las cuestiones alimenticias en cuanto se referían al mantenimiento instantáneo de los que se creían con derecho á pedirlos, con los que demandaban la acción para probarlos, unas veces se decidían sumarísimamente las solicitudes de alimentos, otras se ventilaban en juicio sumario, y otras por último se sustanciaban en juicio ordinario... Reconociendo la Ley de enjuiciamiento que cuando se trata de una necesidad instantánea y de momento, debe ante todo proveerse á ella, con independencia de la cuestión de derecho que pueda suscitarse, ha declarado que la determinación de los alimentos provisionales, se reputa de jurisdicción voluntaria.<sup>43</sup>

De la cita se desprende que las normas vigentes hasta la LEC de 1855 (referidas a la reclamación de alimentos) no eran precisas. La dispersión normativa originaba que, con frecuencia, los jueces resolvieran conforme

41 Véase *Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la La Nueva Ley de Enjuiciamiento: con sus correspondientes formularios*, Madrid, 1858, t. IV, p. 323.

42 Basta con examinar las normas de las *Partidas* citadas en nota anterior para comprobar el grado de dispersión normativa.

43 Véase *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1856, t. V, pp. 15 y 16.

a su buen criterio; dando lugar a soluciones dispares respecto del procedimiento adecuado.

## *2. Normas comunes a los actos de jurisdicción voluntaria*

La LEC de 1855 dedica a la jurisdicción voluntaria el Libro IV por completo. Dentro de este Libro, sus Títulos I y II afectan a la materia que estudiamos. El primero está referido a las disposiciones generales sobre los actos de jurisdicción voluntaria, y el segundo a los alimentos provisionales. En el Título Primero se establecen las normas comunes para los actos de jurisdicción voluntaria de los que no hace mención expresa la LEC. Las reglas de aplicación para estos actos, contenidas en el artículo 1208, son variadas y responden a la dificultad de acomodar todos los actos posibles de esta clase a un único procedimiento.

Así, se establece que todas las actuaciones relativas a ellos se practicarán en los juzgados de Primera Instancia y ante escribano; serán hábiles para ellas todos los días y horas del año; se admitirán cualesquiera documentos que se presentaren, sin necesidad de citación ni de ninguna otra solemnidad; si a la solicitud promovida se hiciere oposición por alguno que tenga personalidad para formularla, se hará contencioso el expediente; el juez podrá variar o modificar las providencias que dictare,<sup>44</sup> sin sujeción estricta a los términos y formas establecidas respecto de las que deban su origen a la jurisdicción contenciosa; y otras varias acerca del régimen de recursos, la audiencia de los interesados, etcétera.

Debido a la diversa naturaleza de los actos de jurisdicción voluntaria, se establecen dichas reglas, para los casos no previstos, como si de un régimen general se tratara. Junto a esta regulación, nos encontramos también con normas específicas para los actos o expedientes expresamente regulados, como es el de los alimentos provisionales. Sin embargo, la intención del legislador es que estas reglas no solo operen como régimen subsidiario para los expedientes no expresamente regulados, y por esto en el artículo 1209 se hace extensiva su aplicación a aquellos otros actos que sí se regulan.<sup>45</sup> De todos modos, no es fácil acomodar la totalidad

44 Quizá pueda encontrarse en esta característica de la jurisdicción voluntaria un parecido o conexión con la tutela sumaria en la medida en que los juicios sumarios no excluyen juicios posteriores en los que se modifique lo primeramente decidido, pues la resolución que pone término al juicio sumario carece de fuerza de cosa juzgada.

45 La única excepción a la aplicabilidad de estas reglas a todos los actos de jurisdicción voluntaria es la regla 7a., que ordena hacer contencioso el expediente cuando hubiere oposición.

de estas reglas a cualesquiera actos de jurisdicción voluntaria, puesto que algunos de los expresamente regulados contienen disposiciones opuestas a las que se dan con carácter general. Por eso los comentaristas de la época entendieron que, a pesar de la dicción literal del artículo 1209, tales reglas constituían un régimen subsidiario de aplicación a los actos de jurisdicción voluntaria expresamente regulados en la LEC de 1855, cuya regulación específica se aplicaba con preferencia a la general.<sup>46</sup>

### 3. Normas para la reclamación de los alimentos

Respecto de la regulación propia de la reclamación de alimentos provisionales, puede decirse que es similar a la que encontramos en la LEC de 1881 referida al juicio sumario de alimentos. Está contenida en los artículos 1210 y siguientes de la LEC de 1855, y las pautas básicas que sigue son las que a continuación describimos.

Exige el artículo 1210 que quien tenga derecho a pedir los alimentos provisionales lo haga por escrito, acredite cumplidamente el título en cuya virtud los pide, y justifique aproximadamente el caudal del que deba darlos. No es necesario comparecer con letrado ni procurador,<sup>47</sup> y la demanda debe presentarse ante el juzgado de Primera Instancia. Una vez que el título queda acreditado y el caudal justificado, el juez dictará, sin citación de quien deba prestarlos, resolución que conceda o deniegue los alimentos. En el primero de los casos establecerá también el importe,<sup>48</sup>

46 Cfr. Manresa y Navarro, Reus y García, *Ley de Enjuiciamiento Civil, comentada...*, cit., p. 17; y Hernández de la Rúa, *Comentarios...*, cit., p. 5.

47 El artículo 13 excluye el carácter preceptivo de abogado y procurador (que es la regla general) para los actos de jurisdicción voluntaria.

48 Del hecho de que el juez deba fijar en la resolución estimatoria la cuantía en la que han de prestarse conforme al caudal de quien los da, deducen Manresa y Reus que mediante este procedimiento sólo podrán sustanciarse las reclamaciones que tengan su origen en la Ley, pues respecto de las demás (contrato, legado) el importe de los alimentos vendrá fijado en el título, o en todo caso, no será de aplicación para establecerlo, el caudal de quien los entrega. Expresamente dicen los autores: “téngase presente, que cuando por contrato ó en testamento se haya fijado la cuota alimenticia y los plazos y forma de pagarla, no podrán tener lugar estos procedimientos, puesto que, estando ya establecida la cuota, no cabe hacer designación de alimentos provisionales. En tales casos, siguiendo la práctica antigua, deberá hacerse uso de la vía ejecutiva, si el documento la trae preparada, y si no, de la ordinaria. Que las disposiciones de que tratamos no se refieren á ellos, lo evidencia el artículo 1210, por el hecho de exigir como requisito indispensable la justificación del caudal del que deba dar los alimentos”. Véase *op. cit.*, pp. 43 y 44. Los autores citados sostienen la admisibilidad de este procedimiento cuando en el contrato o testamento no se haya fijado la cuantía, pero no para los casos en que sí venga establecida. En similares términos, Escriche afirma que “las contestaciones que se suscitan sobre los alimentos que se deben precisamente por disposición testamentaria

y para el caso de que el alimentante apelara, el recurso no suspenderá la eficacia de la resolución. En el segundo, procederá la apelación en ambos efectos ante la Audiencia. Como sabemos, de la resolución que los deniegue ningún efecto suspensivo se deducirá de la apelación. Si dictada sentencia estimatoria el alimentante no hiciere efectivo el abono de la primera mensualidad, se procederá al embargo de sus bienes siguiéndose los trámites del juicio ejecutivo; este procedimiento también será de aplicación a las restantes mensualidades que vayan venciendo. Así, en este expediente no es posible ninguna discusión ni sobre el derecho a percibir los alimentos, ni sobre su cuantía, pues no existe audiencia al demandado.

Realmente, el régimen era muy desfavorable para el alimentante, pues además de no tener más oposición que la apelación, se le exigía abonar inmediatamente los alimentos declarados en el expediente de jurisdicción voluntaria. Detrás de la dureza de la Ley con el alimentante late la idea, presente también en la LEC de 1881, de que el derecho del alimentista debe ser tutelado de manera provisional o indiciaria sobre la base de su estado de necesidad, reservando la discusión de diversos extremos (como si es pariente o no) a otro pleito futuro. Al respecto, Gómez de la Serna señala que: “tal vez parecerá demasiado dura la ley con relación a los que tienen que satisfacer alimentos; pero la Comisión creyó que era infinitamente peor retardar los alimentos al que con justicia los pedía, y precipitarlo tal vez en la miseria, en la desesperación y en el crimen”.<sup>49</sup>

Si alimentista o alimentante no estuvieren de acuerdo con la resolución se les permite, además de la apelación, acudir *posteriormente* a la jurisdicción contenciosa y sustanciar un segundo juicio de alimentos por los trámites del proceso ordinario que corresponda.<sup>50</sup> En definitiva, la opo-

ó por contrato, se ventilan en juicio ordinario, pudiéndose apelar del fallo en ambos efectos; y las de los que se deben por ley ó equidad, se tratan en juicio sumario por considerarse asunto de urgencia, sin que de la sentencia se admita apelación en cuanto al efecto suspensivo”. Véase “Juicio de alimentos”, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1875, t. III.

49 Véase *Motivos de las principales... cit.*, p. 217. En el mismo sentido, *cfr.* Gómez de la Serna y Montalbán, *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*, 3a. ed., Madrid, 1861, t. II, p. 526.

50 Como señala Escriche “en estos expedientes no se permite ninguna discusión, ni sobre el derecho á percibir alimentos, ni sobre su entidad, debiendo sustanciarse cualesquiera reclamaciones que acerca de lo uno o de lo otro se hicieren en juicio ordinario, por lo que las providencias que en aquellos expedientes se dictan tienen el carácter de interinas, sin que produzcan excepción de cosa juzgada en el pleito que les subsiga, y por lo tanto, sin que las providencias denegatorias de alimentos provisionales puedan apreciarse como definitivas, porque no hacen imposible la continuación del juicio, puesto que puede seguirse por la vía ordinaria para obtener alimentos permanentes”. Véase “Juicio de alimentos”, *Diccionario razonado... cit.*

sición del alimentante (sustanciada mediante apelación) en el expediente de jurisdicción voluntaria no impide que se dicte y ejecute la sentencia de alimentos provisionales. La excepción a la regla de la conversión del expediente en contencioso tiene por finalidad, a nuestro juicio, evitar que se dilate la resolución provisional de los alimentos, y por tanto, el disfrute de los alimentos.

#### 4. *La Ley de Bases de 21 de junio de 1880 para la reforma del enjuiciamiento civil*

La regulación de los alimentos provisionales que se hace en los artículos 1210 y siguientes de la LEC de 1855 es, en gran parte, la que luego se mantiene en 1881 en sede de juicio sumario —que es lo que de novedoso tiene dicha ley—, pues conservando la reclamación de alimentos como propia de la jurisdicción voluntaria y de la contenciosa, como ya hacía la anterior LEC, incluye un segundo procedimiento dentro de la reclamación contenciosa, que es el sumario, y que responde al mismo patrón con que se reguló en 1855 dentro de la jurisdicción voluntaria.

El motivo del cambio operado entre la legislación de 1855 y la de 1881 está en el mandato que se contiene en la Ley de Bases, de 21 de junio de 1880, para la reforma del enjuiciamiento civil, que en su artículo 1.18 dispone que se deberá “organizar en la segunda parte de la Ley los actos de jurisdicción voluntaria que se crean convenientes para completar esta materia, estableciendo respecto a los alimentos provisionales un procedimiento sencillo y breve en el que se oiga sumariamente al que haya de prestarlos”. Después de haber examinado los antecedentes de la tutela de alimentos en nuestro ordenamiento, nos preguntamos por qué en la LEC de 1855 se incluyó entre los actos de jurisdicción voluntaria cuando no tiene esta naturaleza;<sup>51</sup> y también, por qué en la LEC de 1881 se

51 Es ilustrativa la cita de Montero Aroca, para quien “sistemáticamente la LEC se basa en la distinción entre jurisdicción voluntaria y contenciosa, lo que ya de entrada es inadmisibles, atendido que en la voluntaria el juez o tribunal no actúan jurisdiccionalmente. No comprendemos cómo pudo decir Gómez de la Serna que esa distinción como base de la sistemática fue la que pareció más conveniente, más clara, más aceptable (Véase Gómez de la Serna, P., *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1857, p. XIV.) cuando se trata de uno de los temas más complejos del derecho procesal que, desde luego, los autores de la LEC no comprendieron plenamente... no comprendían la distinción porque en la parte de la contenciosa incluyeron la conciliación, el abintestato y las testamentarias, y en la de la voluntaria los alimentos provisionales o el depósito de personas”. Véase *La Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855... cit.*, p. 248.

creó un proceso sumario, manteniendo a la vez uno plenario y un expediente de jurisdicción voluntaria. No encontramos una respuesta que nos satisfaga, pero el cambio puede justificarse de alguna manera si se repara en dos cuestiones. De una parte, las categorías procesales y la distinción entre las diversas clases de juicios no estaban muy asentadas a finales del siglo XIX. De otra parte, la novedad introducida por la Ley de Bases no parece desacertada si se tienen en cuenta las similitudes entre jurisdicción voluntaria y tutela sumaria. Es decir, en la medida en que los expedientes de jurisdicción voluntaria no se hacen contenciosos porque haya oposición, y después del expediente se permite acudir a la jurisdicción contenciosa, puede sostenerse que estamos ante algo parecido a un proceso sumario bajo la *forma* de la jurisdicción voluntaria.

El cambio operado por la Ley de Bases se hace menos *extraño* si se parte del grado de desarrollo doctrinal de las instituciones procesales en aquella época. El caos conceptual en el que se movieron los procesalistas del siglo XIX afecta a nociones que hoy están asentadas entre nosotros, como son las de proceso civil frente a penal, proceso ordinario frente a especial, o proceso plenario frente a sumario.<sup>52</sup> De ahí que no deba sorprendernos la mezcla de categorías o la imprecisión en los conceptos, pues el desarrollo de los estudios sobre el “proceso” era todavía incipiente. Los prácticos y comentaristas de la época no sabían con certeza y menos nosotros a qué se refería la ley cuando ordenaba el enjuiciamiento sumario sobre una materia. Así, García de Goyena y Aguirre después de ofrecer un concepto de sumariedad impreciso, apostillan

aunque por los prácticos se sienta el principio general consistente en que en los juicios sumarios no es necesario guardar las solemnidades de los ordinarios, ni los mismos prácticos determinan el orden de proceder en aquellos, ni las leyes tampoco se han ocupado de establecer las reglas que han de guardarse.<sup>53</sup>

Del proceso sumario se venía afirmando que era rápido, sencillo, sin dilaciones; en definitiva, se barajaba lo que después algunos autores han denominado sumariedad en sentido *vulgar*, distinguiéndolo de un sentido

52 Cfr. Perez y López, “Juicio”, *Teatro de la legislación universal de España e Indias*, Madrid, t. XVIII, 1797; Escriche, “Juicio sumario”, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Madrid, t. III, 1875.

53 Véase *Febrero, o librería... cit.*, p. 87.

más *técnico* que es el de ausencia de cosa juzgada en la resolución que ponga término al proceso del que se predica la sumariedad. Nos parece que del artículo 1.18 de la Ley de Bases no tiene por qué desprenderse el mandato de crear un proceso sumario en sentido técnico. Más bien, pensamos que el propósito de la Ley de Bases era establecer un juicio sumario en su sentido más llano, como proceso ágil, con plazos más breves y simplificación en los trámites y prueba. Este último sentido es el que al término *sumariedad* habían venido dando nuestras leyes y los comentaristas de la época.

En definitiva, de la base 18 del artículo primero de la Ley de 21 de junio de 1880, sale a la luz un sistema dual, en lo que a la jurisdicción contenciosa se refiere, para la reclamación de alimentos. De un lado, la reclamación a través del juicio especial y sumario de alimentos provisionales; y de otra parte, el proceso plenario por los cauces que correspondan según la cuantía del juicio, para las reclamaciones de alimentos definitivos.

## VI. LOS PROCESOS DE ALIMENTOS EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 1881

### 1. *Proceso sumario y alimentos provisionales*

El proceso de alimentos provisionales, regulado en los artículos 1609 y siguientes de la LEC de 1881, era sumario. En esta apreciación coincidimos con, prácticamente, la totalidad de la doctrina<sup>54</sup> y de la jurisprudencia.<sup>55</sup> Este proceso permitía reclamar judicialmente los alimentos, fue-

54 Anotamos a continuación algunos autores que se han manifestado por considerar sumario dicho proceso: Tomé, Paule y Nosete, Almagro, *Instituciones de derecho procesal*, 1994, t. II, p. 185; Bellón Gómez, *Apuntes de procedimientos...* cit., p. 191; Cortés Domínguez y Sendra y Moreno Catena, Gimena, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1997, pp. 577 y 578; Oliva Santos de la y Fernández López, *Derecho procesal civil*, Madrid, t. IV, 1995, p. 319; Gómez Orbaneja y Herce Quemada, *Derecho procesal*, Madrid, t. I, 1951, p. 427; Herce Quemada, *Derecho procesal civil*, Madrid, t. II, 1976, p. 7; Gómez Colomer et al., *Derecho jurisdiccional II, Proceso civil*, Valencia, 1998, pp. 747 y ss.; Miguel y Alonso de, "Juicio de alimentos provisionales", *Nueva enciclopedia jurídica seix*, Barcelona, 1978, t. XIV, p. 40.

55 Entre la jurisprudencia pueden verse, sin ánimo de ser exhaustivo: las SSTS de 2 de marzo de 1967 [RJ 1967\1239], de 25 de abril de 1968 [RJ 1968\2533], y de 9 de octubre de 1981 [RJ 1981\3593]. También, en la jurisprudencia menor, la SAP de Orense de 8 de octubre de 1996 [AC 1996/1824]; la SAP de Granada de 29 de enero de 1992 [AC 1992/110]; y la SAP de Málaga de 13 de marzo de 1995 [AC 1995/815], donde se dice del juicio de alimentos provisionales que "se trata de un proceso especial (frente al ordinario) y sumario (por la limitación de los medios de ataque

ra cual fuese el título en que se fundaren, a través de un procedimiento sencillo que era, básicamente, el previsto para el juicio verbal.<sup>56</sup> A causa de que este proceso se configuró como sumario, el artículo 1617 permitía a las partes plantear la discusión de nuevo en otro proceso, a pesar de que aquel hubiera concluido ya con una resolución firme. Por este motivo, se acuñó la expresión *provisionales* para referirse a los alimentos que habían sido otorgados en el seno de un proceso de esta clase,<sup>57</sup> aunque, en numerosas ocasiones, los alimentos provisionales no eran impugnados y ningún proceso plenario sucedía en el tiempo al sumario, por lo que la situación de provisionalidad se mantenía indefinidamente.

El procedimiento adecuado para reclamar los alimentos provisionales era el descrito en los artículos 1609 y siguientes LEC de 1881, que remitían al juicio verbal previsto para los interdictos de retener o recobrar la posesión.<sup>58</sup>

El juicio de alimentos provisionales sirvió también de cauce procedimental, desde que se consolidó así por nuestra jurisprudencia hace ya muchos años, para las reclamaciones que tuvieran por objeto la modificación de la cuantía de los establecidos jurisdiccionalmente con anterioridad, es decir, fue el procedimiento adecuado por el que discurrieron

y defensa, limitación de la cognición judicial y pronunciamiento provisional), con una evidente finalidad cautelar ya que su designio no es otro que el de asegurar, creándola, una situación provisional en materia de alimentos, sin prejuzgar el resultado de un proceso ulterior de cognición en el que se resuelva definitivamente la cuestión. Y así ya lo contemplaban nuestras antiguas Leyes de Partidas que disponían que en los juicios sobre prestación de alimentos se procediera breve y sumariamente, y que las resoluciones judiciales debían cumplirse, desde luego, sin perjuicio de la vía ordinaria para decidirse definitivamente la cuestión”.

56 Que era el procedimiento válido para reclamar alimentos con independencia del título en que se funden se encarga de ponerlo de manifiesto la STS de 7 de julio de 1948 [RJ 1948\974], que establece: “el artículo 1609 de la Ley Procesal no limita, como supone el tribunal *a quo*, el procedimiento establecido en el título al 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”.

57 Es el mismo Título XVIII del Libro II el que acoge la expresión “de los alimentos provisionales”, que en la LEC vigente sólo se conserva en el artículo 768.2, aunque con un significado diverso, pues se refiere a alimentos que, como medida cautelar, puedan ser acordados durante la sustanciación de un proceso de filiación.

58 Véase artículo 1611 LEC de 1881.

procesos autónomos y distintos de aquél del que traían causa y que sirvieron para modificar resoluciones anteriores. Así, por ejemplo, la STS de 24 de marzo de 1956 [RJ 1956\1533] confirma la sentencia de instancia a la que el demandado se opuso y contra la que formalizó recurso de casación, porque entendía que “el juicio de alimentos provisionales debería servir sólo para conceder alimentos de primera intención, pero no para solicitar a su amparo variaciones en la cuantía de los concedidos”. La jurisprudencia corroboró la adecuación del juicio del artículo 1609 y siguientes LEC de 1881 para ventilar los procesos de modificación de resoluciones de alimentos anteriores.<sup>59</sup>

Se va incluso más allá, al admitirse también la modificación de resoluciones por los cauces del juicio sumario, incluso, cuando las resoluciones que tratan de atacarse han recaído en juicios distintos del de alimentos provisionales,<sup>60</sup> en la que se contempla el caso de un aumento de los alimentos declarados en proceso de separación matrimonial anterior). Quizá ya no tenga mucho sentido plantearse la conveniencia de que se hubieran restringido los trámites del verbal para la solicitud inicial de los alimentos y reservar al plenario posterior las modificaciones que pudieran solicitarse al amparo del artículo 147 CC. Pero pensamos que hubiera sido conveniente una mayor restricción a la hora de admitir demandas por los trámites del juicio sumario. El juicio sumario fue tan frecuente que se llegó a una situación en la que, prácticamente, no existieron juicios plenarios de alimentos definitivos. El juicio especial y sumario del artículo 1609 sirvió no solo para favorecer al alimentista, que es para lo que se creó, sino también para favorecer la litigiosidad, pues tanto alimentante como alimentista encontraban en sus trámites una manera rápida de obtener nuevas resoluciones con la esperanza de que pudieran serles favorables, o al menos más favorables de lo que lo eran las que habían obtenido antes.<sup>61</sup>

59 Esta jurisprudencia se mantiene en las SSTs de 14 de abril de 1962 [RJ 1962\1704], y de 30 de septiembre de 1978 [RJ 1978\2861], que contemplan casos similares en los que se acude al juicio sumario para declarar el aumento de la cuantía de los alimentos.

60 *Cfr.* STS de 16 de noviembre de 1978 [RJ 1978\3511].

61 Carece de sentido la discusión de la cuestión, porque en la nueva LEC ha desaparecido el proceso sumario de alimentos, y las demandas de modificación deberán tramitarse, en la generalidad de los casos, por los cauces previstos para el proceso en el que se solicitan los alimentos.

## 2. Presentación de la demanda y citación para la vista

El juicio comenzaba con la presentación de la demanda, a la que debían acompañar los documentos que, en este momento, se aportaban en cualquier clase de juicio.<sup>62</sup> La demanda debía presentarse en la forma ordinaria y no sucinta, aunque siguiera los trámites del verbal. Además de las normas generales sobre presentación de documentos en el proceso civil, el artículo 1609 establecía una serie de precisiones en cuanto a la aportación inicial de documentos que venían a modificar las normas generales.

Establecía el citado precepto que, en primer lugar, la demanda debía acompañarse de los documentos conducentes a acreditar inicialmente la existencia bien de los presupuestos que hacen nacer la obligación, si ésta fuera legal; bien de la obligación misma, si fuera convencional.<sup>63</sup> Esta previsión es similar, en cierto sentido, a la que se contenía en materia de filiación, referida a la exigencia de un principio de prueba por escrito, tendente a evitar procesos infundados en los que el demandante carece manifiestamente de interés que justifique la puesta en marcha del proceso. Sin embargo, para otros autores constituía una limitación de los medios de prueba admisibles, por quedar reducidos a la prueba documental demostrativa de los hechos en que se funda el nacimiento de la obligación de alimentos.<sup>64</sup> En segundo lugar, el demandante debía también, en el momento de presentación de la demanda, ofrecer una aproximación de cuáles eran sus necesidades y cuál la capacidad económica del demandado, sin perjuicio de que, a lo largo del juicio, tanto las necesidades como la capacidad de uno y otro, pudieran quedar definitivamente fijadas después de la

62 Nos referimos a los documentos de los artículos 503 y siguientes de la LEC de 1881.

63 Literalmente, el artículo 1609 de la LEC de 1881 establecía: “el que se crea con derecho a pedir alimentos provisionales, presentará con la demanda los documentos que justifiquen 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 entre demandante y demandado, o las circunstancias que den derecho a los alimentos, ofreciendo completar la justificación con testigos, si fuese necesario...”. No hay previsión expresa de qué documentos deben presentarse si la obligación naciera de pacto o contrato, pero como sí existe la previsión genérica de justificación del título, entendemos que el *principio de prueba* ha de venir referido a la existencia de la obligación misma. Por otra parte, cuando de acreditar el parentesco se trata, es frecuente hacerlo a través de las certificaciones literales de nacimiento que, al amparo del artículo 30 del Reglamento del Registro Civil expiden gratuitamente los propios registros civiles.

64 Para Ortells Ramos, “lo que el artículo 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” Véase “Problemas del proceso de alimentos provisionales”, *Justicia* 82, p. 41.

fase de prueba.<sup>65</sup> En tercer lugar, el artículo 1609 reproducía la norma general relativa a adjuntar las copias pertinentes de la demanda y de los documentos presentados junto con ella, algo innecesario, pues debía darse por seguro aunque nada se hubiera dicho en ese artículo.

El tratamiento procesal de la aportación inicial de documentos era diferente del previsto con carácter general. La no presentación de los documentos mencionados más arriba llevaba consigo la inadmisión de la demanda, ya que expresamente se preveía (véase artículo 1610) el control de oficio de este extremo por parte del juez. Lo diferente del juicio de alimentos provisionales era la previsión expresa de inadmisión de la demanda para el caso de que no se acompañasen los documentos sobre el fondo del asunto, concretamente los documentos que justifican el título en que se fundan los alimentos. El régimen era diferente porque, en la generalidad de los casos, se producía la preclusión por extemporáneos si se aportaban con posterioridad.<sup>66</sup>

La legitimación activa correspondía solo al alimentista, pues el artículo 1609 comenzaba diciendo “el que se crea con derecho”; expresión que venía a negar de manera implícita la legitimación activa al alimentante. Sin embargo, dicha norma solo era de aplicación al primer proceso que promovieran las partes, pues la jurisprudencia vino admitiendo la legitimación activa del alimentante, cuando pretendía un nuevo proceso de modificación del anterior.<sup>67</sup> Presentada la demanda con los documentos enunciados, el juez dictaba providencia teniendo por presentada y admitida la demanda, de ésta y de los documentos se daba traslado al demandado, quien, junto con esta notificación, recibía a la vez la citación para la vista.

65 Respecto de los medios de prueba sobre extremos diferentes del título en que se funda la obligación, no existía ninguna limitación en cuanto a los admitidos: podían serlo cualesquiera. Así, y aunque no sea objeto de pronunciamiento expreso por el Tribunal Supremo, de la STS de 9 de diciembre de 1909 se desprende que bien podía admitirse en el juicio de alimentos provisionales prueba testifical. Véase *Jurisprudencia civil*, Madrid, t. 116, 1911, p. 606. Y de la STS de 30 de abril de 1968 resulta que, en el juicio de alimentos provisionales del que trae causa, se admitió prueba testifical, documental, confesión y reconocimiento judicial.

66 También la LEC vigente establece la inadmisión de la demanda para el caso de que no se aporte con ella el título en que se fundan los alimentos reclamados. Véase artículo 266.

67 Son muchas las sentencias que lo admitieron, entre las más recientes, las SSAP de Madrid de 28 de febrero de 2000 [AC 2000\3139]; de Baleares de 1o. de julio de 1999 [AC 1999\7882]; y de Salamanca de 7 de julio de 1998 [AC 1998\6956].

### 3. Celebración de la vista y oposición del demandado

La principal finalidad de la vista —que debía celebrarse en un plazo no superior a diez días ni inferior a cinco desde la presentación de la demanda— era realizar los actos de prueba necesarios y dar al demandado la opción de que se opusiera o alegase lo que considerase oportuno para su defensa. Hasta este momento, el demandado no había tenido ocasión de ser oído, pues el artículo 1613 LEC establecía que la oposición que formule el demandado será *en el acto del juicio, y no en otra forma*, con lo que se excluía la contestación de la demanda. La declaración de rebeldía del demandado operaba en este proceso de modo más riguroso que en el proceso ordinario, porque, para el caso de que no compareciera al acto del juicio, no era necesario el intento de notificación por edictos. Estaba prevista una rebeldía *automática*, si es que el demandado no comparecía al juicio, sin ninguna otra citación.

La vista era la primera ocasión en que el demandado podía ser oído. En cuanto a las normas que regían la celebración de la vista, el artículo 1611 LEC se remitía a lo previsto para el interdicto de retener o recobrar,<sup>68</sup> el cual, a su vez, remitía a las normas previstas para el interdicto de adquirir, en los artículos 1644 y 1645 también de la LEC de 1881. Sin ánimo de entrar en detalles, hay algunas cuestiones en relación con este punto que se plantearon con cierta insistencia en la doctrina.

La primera de ellas era si la remisión a los interdictos incluía una limitación en los medios de prueba, puesto que, para los interdictos quedaban reducidos a *posiciones, documentos y testigos*.<sup>69</sup> Nosotros entendemos que no era así, y por eso, en el juicio de alimentos provisionales no existía limitación en los medios de prueba de que disponían las partes. La remisión se limitaba al desarrollo de la vista, pero no a los medios de prueba; y así, era admisible, por ejemplo, la solicitud de prueba pericial.<sup>70</sup>

En segundo lugar, se planteó la posible infracción del principio de igualdad, porque el demandante disponía de dos ocasiones para decir lo

68 Véase artículo 1656.

69 Véase artículo 1644.

70 En este sentido Oliva Santos de la, y *cfr.* Fernández López, *Derecho procesal civil*, Madrid, t. IV, 1997, pp. 322 y 323; pueden verse también las SSTs de 9 de diciembre de 1909 y de 30 de abril de 1968 (véase *infra*, nota anterior), de las que se desprende la admisibilidad de otros medios de prueba diferentes.

que a su derecho conviniera, mientras que el demandado sólo disponía de una. Ciertamente era así, porque el demandante alegaba en la demanda (a la que únicamente podía oponerse el demandado en la vista), y de nuevo, podía intervenir en la vista. Sin embargo, no pensamos que pueda afirmarse la inconstitucionalidad del proceso por este hecho aislado, aun a pesar de reconocer cierta *desigualdad* en las posiciones de las partes.<sup>71</sup>

Por último, y respecto de la oposición del demandado, pensamos que no estaba limitada por ningún factor distinto de los que se derivaban del específico objeto del proceso, unido a la urgencia en la obtención de los alimentos.<sup>72</sup> Así se desprendía de la redacción del artículo 1613 LEC, pues su tenor literal era: “el demandado podrá oponerse al derecho a los alimentos, alegado por el demandante, o negar la obligación, ya de prestarlos, ya de hacerlo en la cuantía que aquél pida”. Estos términos son muy similares a los utilizados pocos preceptos después<sup>73</sup>, para referirse a las cuestiones que podían ser nuevamente deducidas en el juicio plenario posterior. En definitiva, si la oposición podía referirse tanto a la existencia de la obligación misma como a la cuantía, no se nos ocurre cómo dicha oposición iba a estar limitada por algo distinto al propio objeto del proceso, que era el de los alimentos debidos, y no otro.<sup>74</sup> De ahí que pongamos *en tela de juicio* la sumariedad del juicio de alimentos provisionales. Ciertamente, no se admitía la discusión del estado civil, pero, no tanto por ser sumario el proceso y estar limitadas las alegaciones, sino por la existencia de normas imperativas sobre adecuación procedimental. Estas normas, sobre procedimiento adecuado, exigían y siguen exigiendo que la impugnación de la filiación que el Registro Civil

71 De hecho, sucede algo similar en el juicio de alimentos de la LEC vigente, que por su propia dinámica procedimental —común a todos los juicios verbales— permite cierto margen de *sorpres*a para ambas partes, como señala Aragonese Martínez, véase *Los procesos declarativos ordinarios*, Madrid, 2000, p. 122.

72 No fue un punto pacífico en la doctrina, porque para algunos autores la sumariedad del juicio de alimentos provisionales radicaba en que los medios de oposición del demandado eran limitados. *Cfr.* por ejemplo Sendra, Gimeno *et al.*, *Procesos civiles especiales*, Valencia, 1995, p. 61.

73 Véase artículo 1617 LEC: El artículo 1617 de la LEC de 1881, señalaba que después del juicio sumario de alimentos las partes podían iniciar, en cualquier caso, otro juicio de alimentos definitivos “ventilando en él, por los trámites del declarativo que corresponda, tanto el derecho de percibirlos, como la obligación de darlos y su cuantía”.

74 Consideramos que en el antiguo juicio sumario de alimentos no existía limitación a la alegación y prueba de los hechos; que la discusión del estado civil quedara excluida del juicio de alimentos no obedece al carácter sumario del juicio y prueba de ello es que también está vedada la discusión sobre este extremo en el vigente juicio de alimentos, que es plenario.

acredita (no se olvide que con la demanda debía presentarse el título en que se fundasen los alimentos: el parentesco) se sustancie en un juicio especial de filiación.

#### 4. *Sentencia, recursos y ejecución provisional*

La sentencia estimatoria era declarativa y, de entre éstas, de las llamadas de condena, porque después de declarar el derecho del alimentista a recibir los alimentos del alimentante, o se condenaba a éste último a que entregara una cantidad de dinero periódicamente, o se le condenaba a que recibiera en su casa al alimentista, haciéndose cargo de su manutención.<sup>75</sup>

Contra la sentencia que ponía fin a la primera instancia cabía recurso de apelación.<sup>76</sup> Aunque la LEC se entretuviera en aclarar los distintos efectos que producía la interposición de la apelación, según hubiera sido o no estimatoria la sentencia, dicha aclaración estaba de más respecto de la sentencia desestimatoria, porque de ésta, ningún efecto suspensivo podía derivarse y, a la vez, de cualquiera que fuese la sentencia obtenida, sí podía predicarse en todo caso el efecto devolutivo, consustancial al recurso de apelación.

Mayor interés tenían la especificaciones previstas en los artículos 1615 y 1616 para la sentencia estimatoria, pues se exceptuaba el régimen general del artículo 384, en lo que a la ejecución provisional se refería. El régimen general era la admisión de las apelaciones en ambos efectos; sin embargo, frente a la sentencia impugnada recaída en juicio sumario de alimentos, podía despacharse ejecución inmediatamente y sin necesidad de prestar caución.<sup>77</sup> Además, del juego entre los artículos citados resultaba una ejecución provisional francamente ventajosa para el alimentista, porque lo ejecutado provisionalmente devenía definitivo con independencia de que la resolución fuera después revocada, por desestima-

<sup>75</sup> Cfr. Artículo 78 de la Ley de Matrimonio Civil de 1870, que ya recoge la facultad de optar al acogimiento en el domicilio cuando el alimentante no tuviere medios bastantes con que atender al alimentista.

<sup>76</sup> Véase artículo 1615.

<sup>77</sup> Actualmente, el ventajoso régimen de ejecución provisional que contenía el artículo 1616 de la LEC de 1881 carece de interés, porque la LEC 1/2000 ha generalizado para todas las materias un sistema de ejecución provisional menos gravoso para el solicitante que el de la LEC anterior. La principal ventaja del ejecutante de alimentos era que no debía prestar caución para obtener la ejecución provisional, y ahora ésta es una condición que ha desaparecido del régimen general.

ción de la pretensión o por reducción de la cuantía: ni una ni otra tenían efectos sobre lo ya ejecutado.

En realidad, se da la paradoja de que siendo el de alimentos un juicio sumario y, por tanto, la resolución de la controversia “provisional” —pues podía promoverse el plenario posterior—, la sentencia recaída en primera instancia en el juicio sumario de alimentos era objeto de una ejecución provisional *definitivamente adelantada*.<sup>78</sup>

### 5. *Proceso plenario posterior y alimentos definitivos*

Otro cauce procesal que permitía emplear la LEC era el que proporcionaba el juicio ordinario que correspondiese a la cuantía de los alimentos solicitados, generalmente el juicio de menor cuantía.<sup>79</sup> Este proceso (ya plenario) podía iniciarse hubiera o no existido previamente un proceso sumario. A los alimentos otorgados en esta clase de juicios se les denominaba *definitivos*, puesto que la sentencia que ponía término al proceso producía los efectos de la cosa juzgada material. Sin embargo, tampoco estos alimentos eran todo lo definitivos que cabría esperar, ya que el artículo 147 del CC,<sup>80</sup> permitía a las partes iniciar un nuevo proceso plenario que sustituyera la sentencia de alimentos definitivos por otra sentencia diferente, también de alimentos definitivos.<sup>81</sup>

78 La doctrina ya advirtió esta particularidad de la ejecución en materia de alimentos; de hecho la expresión «ejecución provisional definitivamente adelantada» es de Guasp Delgado y Aragonese Alonso; *cfr. Derecho procesal civil*, Madrid, t. II, 1998, p. 321. También Fernández López se refería a esta especialidad, diciendo que la revocación en segunda instancia solo tiene efectos *ex nunc*. Véase Oliva Santos de la, *Derecho procesal... cit.*, Madrid, 1995, t. III, p.154.

79 Casi en todo caso, los alimentos definitivos se reclamaban por los cauces del juicio de menor cuantía, pues las reglas de determinación de la cuantía establecidas en el artículo 489 LEC ordenaban multiplicar por doce y después por diez la cuantía mensual de la obligación periódica. Parece ineludible, por tanto, que la cuantía del litigio no estuviera comprendida entre la ochocientas mil pesetas y los ciento sesenta millones de pesetas; cuantías que marcaban los límites del juicio de menor cuantía como procedimiento adecuado.

80 El precepto no tiene que ver con la cláusula *rebus sic stantibus*. Atañe a una cuestión diferente: el cambio de objeto del proceso ulterior por modificación de la *causa petendí* que sirvió de fundamento en el primero y que excluye la función negativa de la cosa juzgada.

81 El tribunal que conozca del proceso plenario —si es que llegara a iniciarse— no estaría en absoluto vinculado o sujeto a lo decidido en el sumario. En el proceso plenario podría decidirse respecto del fondo del asunto de modo no solo distinto, aumentando o reduciendo la cuantía de los alimentos, sino contrario a lo decidido en el sumario, estimando la demanda frente a la anterior desestimación, pese a que los hechos, alegaciones y pruebas de ambos procesos fueran los mismos. En esto creemos que consiste la exclusión de los efectos de la cosa juzgada, puesto que si no fuera de esta manera, nada de excepcional tendría la tutela sumaria, salvo la especificidad de los objetos posibles de esta clase de tutela, y en esto coincidiría con cualquier proceso especial.

El panorama quedaba aún más oscurecido si añadimos que rara vez se acudía a los trámites del proceso ordinario porque las ventajas que ofrecía el juicio sumario eran patentes, especialmente en lo referido a la rapidez de la tutela otorgada. El deseo de las partes de beneficiarse del cauce procesal sumario llegó, con frecuencia, al hecho de que la propia modificación de sentencias recaídas en procesos sumarios se tramitó iniciando de nuevo un segundo proceso de la misma clase, alegando el cambio de las circunstancias, ya sea porque las necesidades del alimentista aumentaron o disminuyeron, ya porque la capacidad económica del alimentante sufrió variaciones.

Cuando no se ha presentado ninguna variación en las circunstancias no es admisible iniciar un segundo proceso sumario de alimentos. De hecho, alguna jurisprudencia ha apoyado la exclusión del sumario de alimentos posterior con idéntico objeto que el primero, como la SAP de Valencia de 27 de julio de 1998 [AC 1998/6097].<sup>82</sup> No obstante, en esta resolución se justifica la exclusión del segundo proceso sumario en la eficacia de cosa juzgada material. Conscientes de que es deseable la exclusión del ulterior proceso sumario con idéntico objeto que otro anterior, consideramos más oportuno justificar esta postura en la ausencia de interés legítimo en obtener la tutela solicitada. Como se ha señalado por la doctrina, en casos como el descrito podría acudirse a preceptos como el 11.2 LOPJ y 247 LEC —relativos al abuso de derecho, al fraude de ley y al respeto a las reglas de la buena fe procesal—, para excluir el segundo proceso sumario, mediante el rechazo fundado de la pretensión.<sup>83</sup>

Por otra parte, si se hubieran presentado variaciones —un cambio en las circunstancias que llevaron al tribunal a fijar la pensión en determinada cuantía—, ni siquiera el efecto de excluir un segundo proceso su-

82 En esta resolución se estima la excepción de cosa juzgada hecha valer por el demandado en el segundo proceso sumario, pero desestimada por el juez de instancia por errónea interpretación del artículo 1617 LEC de 1881. Ante el segundo proceso de alimentos provisionales, intentado pocas semanas después de fracasara el primero, la Audiencia sostiene que “un proceso sumario produce cosa juzgada en el sentido de que excluye otro proceso sumario posterior con el que se den las necesarias identidades, en consecuencia, existirá cosa juzgada mientras nuevas alegaciones fácticas no modifiquen la base de la sentencia sumaria, lo que aquí no ha ocurrido, baste para ello indicar que aquella se dictó el 26 de diciembre de 1996 y que la demanda que ahora nos ocupa se presentó el 11 de febrero de 1997, esto es, escasamente mes y medio después... debió la apelada, o bien continuar con la apelación interpuesta, o bien acudir al juicio plenario de alimentos definitivos, pero no reiterar sin más la misma pretensión”.

83 Cfr. Oliva Santos de la y Cubillo López, *Ley de Enjuiciamiento Civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas*, coord. Jiménez Conde, Madrid, 2002, pp. 361 y 362.

mario podría predicarse de la resolución con la que finaliza el primero, ya que estaríamos también ante un cambio en el objeto del proceso. Así lo ha manifestado nuestra jurisprudencia, como la STS de 5 de octubre de 1977 [RJ 1997\3642] que entiende que “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, dadas las variaciones de las necesidades del alimentista”.<sup>84</sup> Con mayor motivo aún, hubieran variado las circunstancias o no, podía acudirse a un proceso plenario después del sumario de alimentos, como lo reconocieron expresamente las SSTs de 9 de octubre de 1981 [RAJ 3593], y de 25 de abril de 1968 [RAJ 2533].<sup>85</sup>

En definitiva, las sentencias recaídas en el proceso sumario podían ser modificadas en otro proceso también sumario siempre que hubieran variado las circunstancias; y en un proceso plenario, hubiera o no variación. Por otra parte, las sentencias recaídas en procesos plenarios podían ser modificadas en otro proceso plenario posterior si habían variado las circunstancias. Por lo tanto, las resoluciones en materia de alimentos siempre tenían algo de *provisionales* con independencia del proceso en el que hubieran sido dictadas.<sup>86</sup> Este problema no trae causa del proceso, sea cual sea el que se escoja, sino de la propia naturaleza jurídica de la obligación de alimentos, que lleva a que se satisfaga, principalmente, mediante una condena a prestación periódica, que debe ser mantenida mientras no se alteren las circunstancias que la hicieron nacer.

84 Naturalmente, con la LEC vigente ya no tendrá sentido una jurisprudencia como ésta, que está pensando en el sistema dual de la anterior LEC. Puede verse el artículo de Bonet Correa comentando la sentencia citada: “La elevación de la cuantía de los alimentos provisionales: comentario a la STS de 5 de octubre de 1977”, *Anuario de derecho civil*, 1978, t. XXXI, pp. 869-874.

85 La primera de las sentencias señala que la resolución del sumario “no produce cosa juzgada como previene el artículo 1617 de la propia Ley y aun tratándose de alimentos definitivos lo acordado es susceptible de ulterior revisión”; y, en el mismo sentido, la segunda sentencia establece que el artículo 1617 de la LEC “en absoluto impide la apertura de un nuevo procedimiento sobre los mismos hechos”.

86 Oliva Santos de la, afirma que “es reseñable el fenómeno, relativamente frecuente en España, de incoar, tras un primer juicio de alimentos provisionales, no el de alimentos definitivos, sino otro u otros también de alimentos provisionales. No hay, pues, sino alimentos provisionales”. Véase *Sobre la cosa juzgada*, Madrid, 1991, p. 100.

## 6. *Otros procesos en los que se ventilaban alimentos sin ser ésta la cuestión principal del pleito*

Correspondería ahora realizar un estudio de otros procesos distintos de los ya examinados, donde podían establecerse alimentos. Nos referimos principalmente a los procesos matrimoniales y los de modificación de medidas acordadas en los procesos matrimoniales, de aquellos procesos que versan sobre el estado civil, como los de filiación, y procesos universales como la quiebra y concurso, que permitían establecer alimentos mientras se sustanciaba la quiebra o concurso (para el quebrado y concursado, respectivamente). Sin embargo, no vamos a detenernos en su estudio, porque excede con mucho los límites de nuestro trabajo.

## 7. *Breve descripción de la tutela de los alimentos en la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente*

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ha modificado de manera notable la tutela jurisdiccional de la obligación alimenticia. De una parte, porque ha transformado la generalidad de los procesos de declaración civiles, reduciendo su número, simplificando su estructura y potenciando la oralidad, intermediación y concentración de las actuaciones. De otra parte, y referido ya al proceso de alimentos, porque ha suprimido la dualidad entre juicio sumario y plenario, entre alimentos *provisionales* y *definitivos* que arrastrábamos desde hace más de un siglo.

Con justificadas razones, el legislador ha entendido que basta con un juicio plenario y rápido para resolver los *problemas* de alimentos: el juicio verbal al que remite el artículo 250.1.8º LEC. Dada la naturaleza de la obligación, sujeta a cambios en la cuantía —por la variación de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su determinación—, al juicio plenario de alimentos podrán seguirle cuantos juicios sean necesarios para adecuar el contenido de la obligación a las cambiantes circunstancias. No es que el vigente juicio de alimentos no tenga fuerza de cosa juzgada, es que esa fuerza no alcanza a las circunstancias acaecidas con posterioridad a la resolución que produce la cosa juzgada, mismas que podrían constituir la nueva causa de pedir ejercitada en un juicio posterior; sin que esto constituya una particularidad del enjuiciamiento de alimentos, sino una arraigada y pacífica regla general acerca de la extensión de los efectos de la cosa juzgada, plasmada ahora en el artículo 222.2 LEC.

Junto al proceso *tipo* de alimentos, en la LEC se conserva la posibilidad de solicitar el cumplimiento de esta obligación en procesos especiales sobre estado civil: procesos matrimoniales de nulidad, separación y divorcio; y procesos de filiación. En estos casos, la pretensión alimenticia irá unida, necesariamente, a la pretensión principal sobre estado civil; sólo estimada la principal, podrá el tribunal pronunciarse sobre la accesoria. Naturalmente, y a diferencia de juicio verbal de alimentos al que aludíamos en el párrafo anterior, en estos otros casos únicamente podrá solicitarse el cumplimiento de la obligación alimenticia que nazca directamente del parentesco, y no de un contrato o disposición testamentaria. Por último, y como novedad de la LEC vigente, se regula dentro de los procesos especiales y no dispositivos de su Libro IV, un proceso para que el progenitor pueda reclamar al otro los alimentos debidos a los hijos comunes menores de edad.<sup>87</sup>

87 Véase artículo 748.4o. LEC.