

HACIA UNA PROPUESTA DE REFORMA NORMATIVA Y HACIA UNA PROPUESTA DE MANEJO PROCEDIMENTAL EN EL TEMA DE LOS ALIMENTOS

GUILLERMO MONTOYA PÉREZ

Ponencia presentada en el "Encuentro Iberoamericano sobre Derecho de Familia Comparado"



0. INTRODUCCIÓN

Nadie discute la importancia de la institución denominada "Alimentos" en el campo del Derecho de Familia. Son los alimentos, si se quiere el tema fundamental en las relaciones económicas de carácter paterno-filial. No obstante la importancia y lo fundamental del tema, el tratamiento normativo y operacional no es el que más corresponda a una eficaz y justa aplicación de los principios jurídicos.

1. DE UNA REFORMA NECESARIA

Clama la ponencia, en primer lugar, por una cruzada en pro de reformar la Ley de instancias para señalar que toda pretensión alimentaria sea procesada en doble instancia.

El mandato sabio del artículo 31 de la Constitución Política de Colombia no puede aplicarse porque dentro de la absurda excepción que hace la misma Carta nada puede alegarse. ¹

Por desgracia y so pretexto de una ágil y pronta justicia, el Legislador Colombiano vino a señalar que los procesos de alimentos se tramitan por la vía del proceso verbal sumario o por la vía de los procesos ejecutivos de Mínima Cuantía y con ello cerró las puertas al sabio recurso de alzada; por esta razón el fallador de primera instancia se convierte en amo y señor del proceso cuyas decisiones son inapelables.

Pretender aquí una demostración de las bondades propias de la doble instancia, es tarea ajena y extraña pero basta con pedir una sola reflexión sobre uno solo de los casos que por las manos de todos ustedes ha pasado para entender que, por regla general, la insatisfacción frente a un fallo se reduce cuando se agota la doble instancia.

¹ Artículo 31 de la Constitución Política de Colombia: "Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada salvo las excepciones que consagra la ley.

El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.

La necesidad de esta reforma normativa está también presente frente a la agobiante pluralidad de criterios en los operadores jurídicos que convierten la reclamación de los derechos en aberrantes juegos de azar. La doble instancia, a más de la razonable función de control, tiene también la loable función de unificar criterios que permitan señalar posibles soluciones similares para todos los justiciables.

El criterio de celeridad que se señala como fundamento de la única instancia no se cumple y sabido es que en Colombia todos los procesos, en razón del tiempo, conservan una misma constante cual es la lentitud. Pero aceptando el argumento, en vía de discusión, se piensa que la celeridad debe ceder ante la utilidad de la segunda instancia. A efectos de evitar la congestión judicial, que será el contraargumento a la propuesta, sin olvidar que aquella ya está presente en la primera instancia, debe acudir al mecanismo de la mediación administrativa o extrajudicial obligatoria ante funcionarios, lógicamente extrajudiciales y no judiciales como equivocadamente lo acaba de consagrar la Ley 446.

Una leve solución a los problemas de única instancia, surge ahora en Colombia con el contenido de la Sentencia C 269, de 3 de junio de 1998, donde la Corte Constitucional señaló que también los procesos de única instancia pueden revisarse a través del recurso extraordinario de revisión.

La reforma propuesta deberá consistir no sólo en el aspecto de la doble instancia sino también en un completo y detallado estatuto de la relación jurídica alimentaria que recoja los conceptos de solución a los múltiples problemas que se vienen presentando en el manejo de ella. De todos esos problemas, la ponencia toma Cinco (5) para señalar en qué consiste el inconveniente, cómo se viene manejando y cómo debería manejarse. Mientras se da la reforma legal anhelada, la Ponencia convoca para que por vía de la interpretación o por la vía de simple aplicación de las Instituciones vigentes en Colombia se solucionen los problemas que van a referirse.

2. PRIMER PROBLEMA. DETERMINACIÓN DE LA CUOTA ALIMENTARIA

El Código Civil Colombiano señala en el artículo 423 lo siguiente:

“El Juez reglará la forma y cuantía en que hayan de prestarse los alimentos, y podrá disponer que se conviertan en los intereses de un capital que se consigne a este efecto en una Caja de Ahorros o en otro establecimiento análogo, y se restituya al alimentante o a sus herederos luego que cese la obligación....”

Por su parte el Código del menor establece en el artículo 133, lo siguiente:

“Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, formación integral y educación o instrucción del menor. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto.”

Hoy nadie discute que la obligación alimentaria comprende la satisfacción de las llamadas necesidades primarias del hombre: alimentación, vestuario, vivienda, salud, educación y recreación.

Cuando se tenga que precisar el valor de la cuota alimentaria, se tendrá que averiguar, en primer lugar, el valor de todos y cada uno de los items relacionados respecto del necesitado. En segundo lugar se tendrá que mirar la capacidad económica del obligado u obligados y la capacidad del reclamante.

Sin una explicación lógica, se ha impuesto una manera injusta de fijar la cuota alimentaria y consiste, esta forma, en señalar como cuota un porcentaje de los ingresos del obligado. A cada momento se profieren decisiones judiciales donde se señala que la cuota alimentaria es el 30% o más del salario que devenga el obligado.

En ocasiones se establece una cifra caprichosa o referida también al patrimonio o a los ingresos del obligado sin tener en cuenta el real valor de la necesidad alimentaria.

Las prácticas señaladas se han convertido en fuente de enriquecimiento torticero, casi nunca del facultado y casi siempre de terceros que offician de representantes de aquel.

La lógica impone que para fijar una cuota alimentaria hay que establecer el valor exacto de cada ítem para llegar al precio total de la obligación; obtenido ese resultado debe analizarse la capacidad económica tanto del reclamante como del obligado. Probada la necesidad del derecho habiente, es necesario determinar si el obligado puede asumir la totalidad, parte o nada de ese valor; y es necesario señalar si hay pluralidad de sujetos potencialmente obligados para distribuir el valor de los alimentos.

Para algunos doctrinantes la confusión y la mala práctica surgen de la lectura equivocada del artículo 153 del Código del Menor, norma que establece:

“ Sin perjuicio de las garantías de cumplimiento de cualquier clase que convengan las partes o establezcan las leyes, el juez tomará las

siguientes medidas durante el proceso o en la sentencia, tendientes a asegurar la oportuna satisfacción de la obligación alimentaria:

1º. Cuando el obligado a suministrar alimentos fuere asalariado, el juez podrá ordenar al respectivo pagador o al patrono descontar y consignar a órdenes del juzgado, hasta el cincuenta por ciento (50%) de lo que legalmente compone el salario mensual del demandado, y hasta el mismo porcentaje de sus prestaciones sociales, luego de las deducciones de ley...”

No parece cierta la afirmación que hace la doctrina en el sentido de considerar que el texto normativo transcrito permita avalar la práctica viciosa que aquí se critica; en verdad, la práctica viciosa viene operando en Colombia desde mucho tiempo antes de la vigencia del Código del Menor. La norma transcrita sólo tiene aplicación en el trámite de un proceso ejecutivo por alimentos que es el que admite la práctica de medidas cautelares; el hecho de que la norma hable de porcentajes sólo significa que el salario y demás prestaciones sociales tiene un tope inembargable; cosa distinta es que se pretenda llevar esta regulación porcentual del embargo como parámetro para regular el monto de la obligación alimentaria.

Todo lo dicho significa que la cuota alimentaria no puede estar referida en términos porcentuales; la cuota alimentaria tiene que establecerse en una cifra monetaria precisa y de esa manera se evitan los inconvenientes señalados. A esta conclusión se llega al leer con detenimiento las normas que consagran la institución en Colombia.

3. SEGUNDO PROBLEMA. CUOTA PROVISIONAL DE ALIMENTOS.

Si bien es cierto que la Ley Colombiana autoriza el señalamiento de cuota provisional de alimentos, para su fijación tienen que cumplirse los pasos anotados en el acápite 2 supra. La práctica viciosa consiste en pedir, sin razón ni fundamento, una cifra exorbitante; los operadores judiciales o aceptan tal pedimento o señalan la cuota rebajando la pedida en un porcentaje mínimo lo que hace que la cuota provisional siga con la nota de ser exagerada.

Lo grave de esta situación no se contrae sólo a la violación de las pautas lógico jurídicas para su fijación; lo más grave ocurre cuando al señalarse la cuota definitiva ésta resulta menor a la provisional. ¿Puede reclamarse el exceso pagado? La mayoría, tanto de la Jurisprudencia como de la Doctrina, está por la negativa dejando consagrado un caso más de enriquecimiento torticero, porque hay que tener en cuenta que la obligación alimentaria no puede ser fuente de enriquecimiento.

En el caso resaltado deben aplicarse los artículos 417 y 418 del Código Civil que ordenan:

ARTÍCULO 417: *“Mientras se ventila la obligación de prestar alimentos, podrá el juez o prefecto ordenar que se den provisionalmente desde que en la secuela del juicio se le ofrezca fundamento plausible; sin perjuicio de la restitución, si la persona a quien se demanda obtiene sentencia absolutoria.*

Cesa este derecho a la restitución, contra el que, de buena fe y con algún fundamento plausible haya intentado la demanda.”

ARTÍCULO 418: *“En el caso de dolo para obtener alimentos, serán obligados solidariamente a la restitución y a la indemnización de perjuicios todos los que han participado en el dolo”.*

De no admitirse la aplicación analógica de la norma transcrita puede buscarse la misma solución, en razón de la justicia y la equidad, con la aplicación de los principios que regulan la institución llamada enriquecimiento sin causa.

4. TERCER PROBLEMA. ¿CÓMO SE HA DE PAGAR LA CUOTA ALIMENTARIA?

La Ley permite el pago en dinero y el pago en especie y hasta ahí no hay problema alguno; éste surge cuando judicialmente se ordena el pago de la cuota ante el Despacho con miras a que el demandante o su representante proceda a cubrir las necesidades. En las más de las veces el representante del facultado no cancela los valores de los ítems alimentarios creándose una situación de hecho bien conflictiva; vale un ejemplo: El señor **X** ha depositado el valor total de la cuota alimentaria \$ 1'000.000; el dinero lo ha retirado la señora **Y** representante del menor **Z** que es el alimentario. La señora no cancela lo correspondiente a la mesada en el colegio **A**, entidad que requiere al señor **X** para el pago. El señor **X** vuelve y paga. ¿Puede reclamar a la representante lo pagado de más?

Todo el problema se resuelve en el caso propuesto y en los otros muchos que puedan surgir, admitiendo y ordenando que el pago se haga directamente por el obligado y de ser posible lo haga en especie para evitar toda esa gama de problemas. Sólo sería pertinente el pago mediante consignación cuando se probare un reiterado o retardado incumplimiento. Otra manera de solucionar los muchos problemas es determinando que los dineros propios de la obligación alimentaria no pueden ser recibidos, en el caso de los padres, por uno de ellos en representación de los hijos porque como lo ha pregonado el Dr.

Jorge Parra Benítez cada vez que el hijo de familia tenga que litigar contra quien ejerza la patria potestad “siempre” se le designará un curador para la litis - (art. 38 del Decreto 2820 de 1974).²

5. CUARTO PROBLEMA. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA DE ALIMENTOS.

En sede del proceso ejecutivo por alimentos la situación es pacífica porque en ellos caben las medidas cautelares por el claro mandato del inciso primero del artículo 513 del Código de Procedimiento Civil que establece:

“ Desde que se presente la demanda ejecutiva podrá el demandante pedir el embargo y secuestro de bienes del demandado...”

Pero en los procesos de conocimiento por alimentos, la situación cambia: no hay norma en el Código civil, ni en el Código del Menor ni en el Código de Procedimiento Civil que consagre la posibilidad de tomar medidas precautelares; sin embargo a diario se profieren órdenes de embargos y secuestros dentro de los procesos de alimentos. Tal práctica es a todas luces ilegal y debería desaparecer. Igual consideración puede hacerse de otra práctica viciosa, consiste en señalar la cuota alimentaria y de inmediato proferir Medidas Cautelares de embargo y secuestro. Mientras el obligado no haya incumplido y mientras no se haya iniciado el correspondiente proceso de ejecución, no puede afectarse a quien viene cumpliendo o a quien no se le ha constituido en mora.

6. QUINTO PROBLEMA. DE LA CAPACIDAD ECONÓMICA DE LOS SUJETOS VINCULADOS A LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA.

La capacidad económica del alimentario es determinante para la fijación de la cuota porque si su capacidad económica le permite atender sus necesidades no puede demandar de nadie la pensión (Artículo 419 del Código Civil Colombiano).³ Por el contrario, si la capacidad económica no le permite satisfacer las necesidades, puede el alimentario demandar para la fijación y pago

² Artículo 38, Decreto 2820 de 1974.: Siempre que el hijo tenga que litigar contra quien ejerce la patria potestad, se le dará un curador para la litis, el cual será preferentemente un abogado defensor de familia cuando exista en el respectivo municipio, y si obrare como actor será necesaria la autorización del juez.

³ “Art. 419 del Código Civil. En la tasación de los alimentos se deberán tener siempre en consideración las facultades del deudor y las circunstancias domésticas”.

de la cuota alimentaria teniendo en cuenta la posición social (Alimentos Congruos) o sólo lo necesario para sobrevivir (alimentos necesarios), conforme lo señalan los artículos 413 y 414 del Código Civil que establecen:

ARTÍCULO 413: “ *Los alimentos se dividen en congruos o necesarios.*

Congruos son los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social.

Necesarios los que le dan lo que basta para sustentar la vida.

Los alimentos, sean congruos o necesarios, comprenden la obligación de proporcionar al alimentario, menor de 21 años, la enseñanza primaria y la de alguna profesión u oficio” ⁴

ARTÍCULO 414: “ *Se deben alimentos congruos a las personas designadas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 10 del artículo 411, menos en los casos en que la ley los limite expresamente a lo necesario para la subsistencia; y generalmente, en los casos en que el alimentario se haya hecho culpable de injuria grave contra la persona que le debía alimentos...*”

La capacidad económica del alimentante será determinada no sólo por sus ingresos sino también por el patrimonio conforme lo señala el artículo 155 del Código Menor. ⁵ En la práctica se viene presentando una situación peculiar relacionada con la capacidad económica de los obligados; para concretarla vaya un ejemplo: al romperse la unidad familiar primaria (hombre-mujer) por cualquier motivo, viene a discutirse el monto de la pensión alimentaria respecto de los hijos comunes y uno de los padres (casi siempre la mujer) afirma carecer de ingresos pese a su capacidad para laborar. Esta afirmación no puede constituirse en causa eximente de responsabilidad; debe tenerse en cuenta el patrimonio de quien afirma, teniendo capacidad laboral que no recibe ingresos; y en última instancia se debe, por lo menos, presumir que devenga un salario mínimo

Se deja así agotada la ponencia sobre algunos de los problemas que se presentan en el tema de los alimentos.

⁴ Debe entenderse menor de 18 años conforme lo establecido en la Ley 27 de 1977.

⁵ Artículo 155. “ Cuando no fuere posible acreditar el monto de los ingresos del alimentante, el Juez podrá establecerlo tomando en cuenta su patrimonio, posición social, costumbres y en general todos los antecedentes y circunstancias que sirvan para evaluar su capacidad económica. En todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal.”