

Capítulo 5

De los Alimentos

Noción y fundamentación

Es uno de los efectos del parentesco y de que se cumpla con este deber depende la supervivencia de muchas personas que tenga una dependencia económica con el núcleo familiar. Por esto, el incumplimiento de este deber puede ser causa de violencia intrafamiliar, lo que hace que este tema adquiera una gran importancia tanto en el campo social como en el jurídico; de ahí que la obligación de cumplir con los alimentos esté regulada legalmente e incluso establecida como un delito: el de “inasistencia alimentaria”.

En sentido estricto, el tema tiene que ver con los principios de la solidaridad y la protección de la vida. Si bien es cierto que, es el Estado el llamado a procurar un estado de cosas que permita a los ciudadanos encontrar un trabajo digno, y en caso de perder el empleo, posibilitar un subsidio temporal que le permita al trabajador despedido sufragar los costos de supervivencia para sí mismo y su familia mientras comienza nuevamente a tener ingresos. De igual manera, si el trabajo de los colombianos fuera un trabajo formal, donde en conjunto con su empleador cotizaran una pensión para la vejez, no existirían adultos mayores pasando penurias por la falta de ingresos y de un sistema de salud que les brinde una verdadera cobertura en su vejez.

Pero en Colombia, que es un Estado con poca previsión hacia estas situaciones, al no tener en cuenta las cifras del trabajo informal y dejar sin reglamentar un subsidio de desempleo, desplaza y centra en la familia la obligación legal de sufragar los gastos de sostenimiento de alguno de sus miembros que se encuentre desamparado, sin trabajo y por consiguiente, con la necesidad manifiesta de que alguien le ayude a su propia subsistencia.

La asistencia que se debe otorgar por la prestación de “alimentos”, tiene un ámbito de comprensión más extenso que el concepto que se utiliza por el común de la gente. En sentido jurídico abarca todo lo que una persona, sea mayor o menor de edad, requiere para su sustento: manutención, asistencia médica, educación o instrucción del menor, habitación, vestido, recreación y formación integral. Comprende además la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto que, si bien es cierto que son disposiciones expresas del anterior Código del Menor en su artículo 133, siguen hoy en plena vigencia.

Características de los alimentos

- a. Es un derecho inembargable por los acreedores; en consecuencia, no es oponible a ninguna deuda como compensación.
- b. Es vitalicio, excepto para los hijos que lleguen a la mayoría de edad y estén habilitados para trabajar. Sin embargo, en caso de incapacidad, vuelve a nacer el derecho. También pierde el derecho quien teniendo vínculo de parentesco incurre en injuria atroz hacia el alimentante; por ejemplo, por haberle causado lesiones personales o haber cometido calumnia o actos contra el patrimonio, como el abuso de confianza o el hurto.
- c. Es recíproco, porque el alimentante de hoy puede ser el alimentario de mañana o viceversa. Los hijos deben velar por sus padres cuando éstos lo requieran.
- d. Es una prestación *intuitu personae*. Por consiguiente, es intransferible por causa de muerte o por acto entre vivos. No admite transacción. Al respecto, ver los artículos 422, 424 y 426 CC.

- e. Es coercitivo, permite que sea un derecho exigible ante la jurisdicción.
- f. Es imprescriptible, ya que no se extingue por no hacer uso de él durante cierto tiempo. Si se dan los requisitos, pueden demandarse en cualquier momento.

Sin embargo, una vez obtenida la sentencia que determina una obligación expresa, clara y exigible para el cumplimiento de la cuota, o un acuerdo alimentario señalado en audiencia de conciliación o en documento privado suscrito por las partes, la obligación debe hacerse exigible, pues de no ser así, el obligado a la pensión de alimentos, puede proponer la excepción de prescripción de las mesadas adeudadas con tres años de antelación a la demanda que presente el beneficiario de la pensión, así se trate de alimentos de menores de edad. Los alimentos son para exigirlos y utilizarlos en sufragar los gastos cotidianos de la persona que los necesita, así sean niños, niñas o adolescentes. No son un ahorro para solicitarse al antojo del beneficiario, puesto que seguramente serán utilizados en fines suntuarios o al menos diferentes a su carácter alimentario. En suma, la obligación alimentaria prescribe como cualquier otro crédito de dinero, en tres años, pues goza de las mismas características.

Clases de alimentos

El artículo 413 CC, los divide en congruos y necesarios.

- a. Congruos, son los alimentos que le permiten al alimentado subsistir de un modo acorde con su posición social.
- b. Necesarios, son aquellos que le dan los medios indispensables para sostenerse.
Doctrinariamente, encontramos otra clasificación de alimentos:
- c. Provisionales: los asignados por el Juez mientras se ventila el juicio correspondiente.
- d. Definitivos: los señalados en sentencia judicial.
- e. Voluntarios: los que emanan del acuerdo de las partes o de la voluntad del testador o del donante.
- f. Legales: los exigidos por ley.

A quienes se les debe alimentos

El artículo 411 CC, enumera las personas amparadas para recibir alimentos: el o la cónyuge, los descendientes legítimos, los ascendientes legítimos, el o la cónyuge inocente en proceso de divorcio o de separación de cuerpos, los hijos extramatrimoniales y sus descendientes, los padres naturales, los hijos adoptivos, los padres adoptantes, los hermanos legítimos, y el donante de una suma cuantiosa, si no la hubiere rescindido o revocado.

La lectura que hoy debe hacerse del artículo 411, a la luz de la interpretación de las sentencias de la Corte constitucional ya analizadas en el capítulo referente al parentesco en donde se asimilan totalmente el parentesco extramatrimonial al legítimo, salvo en los hermanos, es la siguiente:

Se debe alimentos:

- a. Al cónyuge o al compañero o compañera permanente, siempre que su relación haya durado más de dos años, en los términos establecidos en la Ley 54 de 1990.
- b. A los descendientes: hijos y nietos, sean legítimos, extramatrimoniales o adoptivos, hasta su mayoría de edad. Este límite se prolonga cuando no tengan la capacidad física o mental para trabajar o no hayan logrado establecerse económicamente por la falta de una profesión u oficio. Si los padres le procuraron profesión u oficio, ya es discrecional del Juez hasta dónde le prolonga la manutención.
- c. A los ascendientes: padres y abuelos, sea legítimos, extramatrimoniales o adoptantes.
- d. Al cónyuge divorciado o separado de cuerpos sin su culpa y a cargo del cónyuge culpable.
- e. A los hermanos: legítimos, adoptivos y medios o de simple conjunción legítima. No cubre los extramatrimoniales, ni de éstos para aquellos.
- f. al donante de una donación cuantiosa, cuando le hace falta lo necesario para subsistir, le es posible solicitar al beneficiario de la donación alimentos congruos.

Acción penal

Como es un deber emanando de la ley, no se hace necesario que exista una sentencia o resolución judicial para que se tipifique el delito de inasistencia alimentaria, consagrado en el artículo 233 del CP, configurándose el delito por el solo incumplimiento de la obligación alimentaria. Se requiere únicamente la comprobación de la relación o vínculo que existe entre el obligado a suministrarlo o alimentante y quien tiene derecho a recibirlo o alimentario⁴³.

Si existe una resolución o sentencia judicial mediante la cual se impone el deber alimentario fijando su cuantía y el deudor no la ha cumplido, además de la acción ejecutiva en su contra, si dicho incumplimiento es injustificado, se configura el delito de fraude a resolución judicial consagrado en el artículo 454 CP⁴⁴ (Art. 184 CP: “El que por cualquier medio, se sustraiga al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial, incurrirá en arresto de seis meses a cuatro años y multa...”).

Elementos de la prestación alimentaria

Tres requisitos son necesarios para que la prestación alimentaria pueda exigirse:

1. El vínculo que une al alimentario con el alimentante.
2. La necesidad económica del alimentario.
3. La capacidad del alimentante.

43 Art. 233 CP.- “Inasistencia alimentaria.- El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente, incurrirá en prisión de 16 a 54 meses y multa de 13.33 a 30 SMLMV. Parágrafo.- Para efectos del presente artículo, se tendrá por compañero y compañera permanente al hombre y la mujer que forman parte de la Unión Marital de Hecho durante un lapso no inferior a dos años en los términos de la Ley 54 de 1990.”

44 Art. 454 CP.- “Fraude a resolución judicial o administrativa de policía.- El que por cualquier medio se sustraiga al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial o administrativa de policía, incurrirá en prisión de 1 a 4 años y multa de 5 a 50 SMLMV.”

El vínculo que une al alimentario con el alimentante

Tres son los vínculos que causa la obligación alimentaria: la unión matrimonial o la unión marital de hecho; el parentesco de consanguinidad o de adopción; y el de la donación cuantiosa. Entonces, se puede afirmar que por regla general, la obligación alimentaria surge del vínculo familiar que une al alimentante con el alimentario y por excepción, se deben alimentos al donante que ha caído en estado de necesidad, con fundamento en el principio de la solidaridad. Consideramos pertinente profundizar en cada uno de los vínculos que son la causa de la obligación alimentaria.

Por razón del matrimonio o de la unión marital de hecho

- a. Los cónyuges o compañeros tienen entre sí un deber de “socorro y ayuda mutua” como uno de los efectos personales del matrimonio, y de la unión marital de hecho que se constituya según los términos de la Ley 54 de 1990 modificada por la L.979/2005. Este deber comprende las prestaciones económicas indispensables para la sustentación de la vida y para las relaciones que supone y exige la comunidad de vida de la pareja. En el estado ideal, es decir, en el de la vida en común que cuenta con la mutua comprensión y auxilio, la solidaridad que origina los alimentos es una necesidad sentida e inmediata.
- b. El cónyuge culpable (Art. 411-4). En este caso, el deber sólo recae en el *cónyuge*, excluyéndose al compañero, toda vez que la causal expresamente establece que se deben alimentos: “4. A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpos sin su culpa”.

Dentro de las causales de divorcio, establecidas en el Art. 154 CC, hay unas que se llaman de “divorcio sanción”, por existir culpa en su ocurrencia y se pueden enunciar de la siguiente manera: Las relaciones sexuales extramatrimoniales; el grave e injustificado incumplimiento de las obligaciones de cónyuge o de progenitor; los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra; la embriaguez habitual; el uso habitual y compulsivo de alucinógenos o estupefacientes, y la conducta

tendiente a corromper o pervertir al otro cónyuge o a un descendiente o a la persona que esté bajo su cuidado o conviva bajo el mismo techo.

Según el mismo artículo 154 CC, pueden tomarse como casos de no culpabilidad la enfermedad o anomalía grave e incurable física o psíquica, aunque excepcionalmente esta causal pueda convertirse en causal de divorcio-sanción cuando el cónyuge adquiere la enfermedad incumpliendo sus deberes, por ejemplo, al adquirir una enfermedad venérea incurable. En estos casos, el cónyuge culpable pierde su derecho de alimentos y conserva su deber de prestador.

Conviene preguntar: ¿en qué situación queda el cónyuge (o ex-cónyuge) divorciado si se vuelve a casar? ¿Quedará sin obligación el cónyuge culpable por conseguir el beneficiario un nuevo cónyuge? La obligación de prestar alimentos, cuando en el mismo renglón de personas obligadas existen varias, es simplemente conjunta, a prorrata de la capacidad de cada una. Así se tiene que si el cónyuge por el nuevo matrimonio tiene respaldo económico, deberá el ex-cónyuge en la medida de su capacidad, contribuir proporcionalmente a la subsistencia congrua y modesta de su cónyuge. Consideramos que se puede llegar incluso a extinguir tal obligación, cuando la capacidad económica del ex-cónyuge sea notoriamente inferior a la del cónyuge actual y el monto de sus ingresos escasamente alcance para velar por su propio sustento. Cuando se trata de “cónyuges separados legalmente de cuerpos”, en principio se aplica lo dicho anteriormente para los casos en que la separación contenciosa, esto es, la originada en una de las causales sanción, que también tienen aplicación en los casos de separación judicial de cuerpos.

Ahora cabe preguntar. ¿Qué pasa si tanto en el divorcio como en la separación contenciosa, ambos cónyuges son culpables? Hay que concluir que ninguno de los dos tiene derecho a alimentos recíprocos. De igual manera, cuando se presenta la separación o el divorcio de mutuo acuerdo, es válido el pacto sobre la prestación alimentaria, sea para que uno de los cónyuges le conceda alimentos al otro o que la pareja decida establecer que no existe obligación alimentaria dada la capacidad económica de cada uno. Pero en estos casos, consideramos que la prestación alimentaria deja de tener el carácter de obligación legal para convertirse en una obligación de carácter voluntario.

Sobre la “solidaridad” que acompaña a la pareja que estuvo o ha estado casada, existe la posición doctrinal y jurisprudencial que permite que en cualquier tiempo se puedan demandar los alimentos por ese vínculo matrimonial que alguna vez los unió. Consideramos que este criterio no es hoy valedero. Si el vínculo matrimonial se rompe por el divorcio, sin que haya una manifiesta culpabilidad de alguno de los cónyuges, de igual manera se debe romper con los efectos personales que lo acompañan, entre ellos la obligación alimentaria. Hoy se corre el peligro de considerar que hay ex-cónyuges desvalidos que requieran especial protección, cuando estamos frente a ex-cónyuges holgazanes que no quieren velar por su propio sustento, pues lo propio es que cada uno, sea hombre o mujer, luchen por conseguir los medios de velar por su propia subsistencia. En caso de la nulidad del matrimonio, cesan todos los derechos y obligaciones recíprocos que resultan del contrato de matrimonio (Art.148 CC); pero si hubo mala fe en alguno de los contrayentes, tendrá éste obligación de indemnizar al otro los perjuicios que le haya ocasionado, estimados bajo juramento, pero no se establece la obligación alimentaria, puesto que el matrimonio nulo, por principio, no produce efectos civiles, según lo señala el artículo140 del CC. De lo anterior se concluye que quien fue cónyuge en un matrimonio declarado nulo, carece de derecho alimentario. Sin embargo, debe tenerse en cuenta en artículo 442-4 CC, en donde durante el proceso de anulación se deben los cónyuges alimentos entre sí; esto porque, al fin y al cabo, el matrimonio se presume válido y produce todos sus efectos hasta que sea declarado nulo en la sentencia del Juez.

Por razón del parentesco

Vale la pena precisar, primero que todo, que con relación al parentesco, la prestación alimentaria se tiene respecto de los vinculados por el parentesco de consanguinidad y el civil surgido de la adopción. Por consiguiente, no hay prestación alimentaria para los afines.

Se deben ver, en primer término, los alimentos en relación a los ascendientes y descendientes, ya no sólo los legítimos, sino también los extramatrimoniales y adoptivos, según lo dicho en el capítulo del

parentesco y en el nuevo análisis que cabe hacerle al artículo 411 CC. Otro aspecto a resaltar respecto de la obligación alimentaria que se le debe a los descendientes, es que ésta surge por el solo hecho de establecer el vínculo paterno filial que une a los progenitores con sus hijos desde la concepción, cesando cuando el hijo se hace mayor y está capacitado para proveerse su propio sustento, esto es, cuando a pesar de ser mayor de 18 años, continúa realizando estudios técnicos o universitarios para lograr su total independencia económica.

Sin embargo, esta obligación alimentaria para con el hijo mayor de edad cesa si éste no aprovecha en forma eficiente la ayuda alimentaria del padre para proveerse una profesión, arte u oficio, puesto que si el hijo abandona los estudios o pierde los cursos de capacitación o estudios superiores por bajo rendimiento o por llevar una vida relajada y apartada del estudio, no es posible seguir obligando a sus padres a seguirlo manteniendo, ya que hay que tener en cuenta que habiendo alcanzado la mayoría de edad, no es posible obligarlo a que estudie o se capacite, teniendo en cuenta que ya no está sujeto a la potestad parental de sus progenitores.

En caso de que el hijo vuelva a estar bajo una necesidad de pedir alimentos a sus progenitores, independiente de que esté sometido o no a la potestad parental, puede reclamarlos. Se puede afirmar, entonces, que el deber de alimentos para con los hijos surge de la relación misma de parentesco, no de la situación de encontrarse sometidos a patria potestad. Si son menores de edad, su situación está regulada por el Código de la Infancia y la Adolescencia. Pero si el hijo es mayor de edad, son las normas del Código Civil las que vienen a regular esta situación concreta, así como la de toda persona mayor de edad, cuando está en la necesidad de reclamar alimentos.

Se debe agregar respecto de los ascendientes, que éstos mantienen su derecho a exigirle alimentos a sus descendientes desde el momento que la requieran hasta su fallecimiento por la reciprocidad que caracteriza la prestación alimentaria, tal y como se señaló anteriormente. Adicionalmente, en caso de que el descendiente no cumpla con esta obligación, tendrá como sanciones el de la indignidad y el desheredamiento, las cuales tienen como efecto, el excluir al descendiente, dentro del sexto grado inclusive, de la herencia del ascendiente porque

necesitando alimentos no lo socorrió teniendo medios para hacerlo. La diferencia entre una y otra figura se verá en el capítulo referente a la herencia o sucesión. Pero basta con decir, que en el caso del desheredamiento además de probarse la causal mediante proceso judicial, en vida del padre o ascendiente, también requiere que en el testamento se manifieste la voluntad de desheredarlo (Art. 1267 CC). En cambio la causal de indignidad proviene directamente de la ley y por consiguiente, podrá ser promovida ante el juez por los otros herederos con el ánimo de excluir de la herencia al hijo o descendiente que incumplió con sus deberes de socorro y ayuda.

Ahora bien, al tenor del artículo 1036 la indignidad en los casos del artículo 1025, privaría al hijo de su derecho de alimentos; a su vez, los padres que abandonan legal y moralmente a sus menores hijos, pueden ser declarados indignos de heredarlos (CSJ, Sala Civil, Sentencia 30/98, Exp. 4832. MP Jorge Antonio Castillo Rugeles). Y aunque no se diga expresamente en la jurisprudencia, se podría asimilar el artículo 1036 a los padres que han abandonado a sus hijos moral y materialmente y no los han socorrido teniendo bienes para hacerlo, pudiendo ser privados de todo derecho a alimentos, esto es, tanto los congruos como los necesarios. Por último, vale la pena reseñar la Sentencia de la Corte Constitucional T-467, de julio 28/15, con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio, con la cual se establece un precedente en materia de la pensión de sobreviviente, al disponer que la obligación alimentaria no se extingue con la muerte del alimentante ni con la cesación de efectos civiles del matrimonio o el divorcio. La sentencia, de la que no se conoce más allá que el comunicado de prensa, aclara que este deber puede ser trasladado a su compañero permanente o nuevo cónyuge que sea reconocido como beneficiario de la pensión, si la obligación de la alimentaria está a cargo de la pensión de la que gozaba el alimentante en vida. A juicio de la Corte constitucional, el principio de solidaridad irradia toda la institución de alimentos, por lo que subsiste a cargo del patrimonio del alimentante fallecido. Por no haber sido publicado el texto completo de la sentencia, no es posible hacer mayores comentarios sobre la misma.

Es posible prever que la sentencia guarde relación con las normas del Código Civil que establecen como una asignación forzosa “los

alimentos que se deben por ley a ciertas personas” (Art. 1226 CC) y el artículo 1227 CC donde se determina que “Los alimentos que el difunto ha debido por ley a ciertas personas, gravan la masa hereditaria, menos cuando el testador haya impuesto esa obligación a uno o más partícipes de la sucesión.” Al respecto hay que tener en cuenta la Sentencia de la Sala de Casación Civil del 30 de octubre de 1945, hoy totalmente vigente, donde se establece que la clase de alimentos que gravan la herencia son los forzosos y no los voluntarios. Por forzosos se entienden “aquellos a cuyo pago ha sido condenado el causante en el juicio especial de alimentos”, siendo alimentos voluntarios los que surgen de disposiciones testamentarias. Por eso no se comparte en su totalidad el criterio del Dr. Pedro Lafont Pianetta, (2000), donde se entienden como asignaciones forzosas todos aquellos casos en que se concrete inequívocamente la obligación alimentaria, incluyendo los que se concreten de mutuo acuerdo entre los cónyuges en beneficio propio”, puesto que al tratarse de una obligación que surge voluntariamente y no producto de una sanción legal, no tiene por qué tenerse como alimentos forzosos que deban gravar la herencia.

En cuanto a los hermanos legítimos, hemos dicho que en este tema se mantiene la distinción entre hermano legítimo y hermano extramatrimonial, tal y como estaba redactado en el artículo 411 original, puesto que la Corte Constitucional mantuvo la discriminación al interpretarlo. Así las cosas, sólo se debe alimentos al hermano legítimo. Y en este caso, la prestación existe bajo las siguientes características o condiciones:

Se deben tan sólo los alimentos necesarios, no los congruos.

Se pierde para los varones cuando estos cumplan la mayoría de edad pero puede revivirse la obligación en el caso de impedimento corporal o mental que inhabilite para subsistir del propio trabajo (Art.422 CC). En este punto exige una discusión doctrinal. Para Valencia Zea (1997) y Gustavo Gómez Velásquez (1973), las hermanas legítimas también pierden este derecho al llegar a la mayoría de edad, por la igualdad jurídica de los sexos establecida en el Decreto 2820 de 1974. Pero para el Dr. Gustavo León Jaramillo (1991), el mencionado decreto hace una igualdad jurídica de los sexos en cuanto a sus derechos y

no en sus NO derechos, por lo que no resulta viable quitarle a la mujer esta discriminación que en su favor hace la norma y agrega el Dr. León Jaramillo:

...en la equiparación de los derechos de los hombres y de las mujeres, el Decreto respectivo indicó específicamente cuáles derechos igualaba, de tal manera que en los códigos, no sólo en el Civil, hay supuestos en los cuales el varón tiene mejor derecho que la mujer y viceversa, sin que sea dable equipararlos por razón de la existencia del Decreto 2820 de 1974. Este cuerpo legislativo en ninguna parte dice, como norma general, que los derechos de los hombres son los mismos que tienen las mujeres o al contrario.

Consideramos correcta la postura del Dr. León Jaramillo y tendría que ser la Corte Constitucional la que por el “derecho a la igualdad” establezca que los hermanos legítimos varones no pierden el derecho a los alimentos al llegar a la mayoría de edad.

Por razón de donación cuantiosa

Dice expresamente el Art. 411-10 que se deben alimentos “al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada”. Aunque de poca frecuencia en la práctica, esta fundamentación de la prestación alimentaria tiene muy buenas razones para haber sido establecida. Se ha dicho que la causa inicial de la obligación alimentaria es el parentesco, pero que como causa remota que sirve de fundamento a la prestación, está el de la solidaridad. Esa solidaridad se ve representada muy bien en este caso, ya que se debe tener gratitud hacia la persona que le hace una donación y por consiguiente le ayuda a solventar en este momento una necesidad económica. En caso de que el donante se vea en la indigencia, le corresponde al donatario auxiliarlo económicamente.

Resulta un poco complicado establecer que se trate de una donación “cuantiosa”, pudiéndose tomar como criterio el que la donación requiera o no insinuación, es decir, que es cuantiosa la donación que supere los cincuenta salarios mínimos mensuales vigentes.

El donatario compelido para el suministro de alimentos no podría excepcionar a su favor el “beneficio de inventario” y manifestar que sólo debe alimentos hasta la cuantía de lo que recibió en donación. Tenemos entonces que si el donatario tiene una buena capacidad económica debe proveer al donante de alimentos congruos, de acuerdo a su rango social y al del donante, así supere dicho pago de alimentos el monto de lo que recibió en donación. Además, la obligación se debe al alimentario-donante durante toda la vida y mientras subsistan las circunstancias que ocasionaron la solicitud de alimentos.

Baste agregar que, siendo la gratitud un deber jurídico y no un simple deber moral, el donante puede revocar la donación por causa de ingratitud del donatario. También exige la norma que no se haya rescindido la donación, es decir, que no se haya anulado por una nulidad relativa. Por último, si el donatario no tiene capacidad económica, no estará obligado a proporcionarle alimentos a su donante y tampoco incurrirá en ingratitud, tal y como se verá respecto de los demás elementos que integran la prestación alimentaria.

La necesidad económica del alimentario

El espíritu del legislador al establecer la obligación alimentaria es el de “socorrer al menesteroso”. Por tanto, el artículo 420 del CC, manifiesta: “Los alimentos congruos o necesarios no se deben sino en la parte en que los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen para subsistir de un modo correspondiente a su posición social o para sustentar la vida”, agregándose que “en la tasación de los alimentos se deberán tomar siempre en consideración las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas” (Art. 419 CC), esto como una correlativa exigencia al otro elemento de la prestación. Estos son los dos aspectos a desarrollar en este numeral y en el siguiente.

Existe un principio de elaboración doctrinal según el cual los alimentos no se deben cuando exista la posibilidad de trabajar. Pero también es cierto que para establecer si el alimentario tiene o no la posibilidad de trabajar deben tenerse en cuenta toda las circunstancias que rodean la prestación alimentaria. Si estamos frente a una persona que está impedida totalmente para realizar una labor productiva desde

el punto de vista físico o intelectual, no existe discusión alguna de que se trata de una persona con derecho a exigir la obligación alimentaria, siempre que carezca de medios propios de fortuna. Pero puede ocurrir que se tenga la *capacidad para trabajar* desde un punto de vista teórico, pero que desde un punto de vista *práctico* a esa persona ya no se le dé la posibilidad de obtener ningún trabajo. Tal sería el caso de la esposa que, si bien es cierto que tiene un título universitario que la acredita como profesional, desde hace más de 30 años se dedicó al hogar y a criar y educar a sus hijos. Si el divorcio le sobreviene teniendo más de cincuenta años, mal podría decirse que tiene la capacidad para proveerse a su propio sustento por ser una profesional. Esta es la interpretación judicial para el caso del menor de edad que si bien es cierto que puede llegar a la mayoría de edad, puede no tener la aptitud para valerse económicamente por sí mismo. En consecuencia, se puede concluir que se deben alimentos a quien pudiendo trabajar no puede desarrollar su aptitud por la carencia de oportunidades para desenvolverse en la actividad en la cual está capacitado.

El elemento de capacidad económica del alimentario sigue siendo tan subjetivo, que puede darse el derecho a pedir alimentos congruos a quien no obstante estar trabajando, no devengue lo suficiente como para vivir de acuerdo a su rango social. En este caso, el faltante que existe entre lo que se gana y lo que tendría que ganar debe ser cubierto por el alimentario. Consideramos que en este caso al juez le corresponde determinar en qué medida se deben los alimentos, ya que ellos no deben fomentar la holgazanería, ni deben exceder el monto de una modesta subsistencia. Pero no podemos desconocer la subjetividad o imprecisión del concepto, ya que lo *necesario* o lo *congruo* queda al libre criterio del juzgador.

La capacidad del alimentante

Como se enunciaba anteriormente, este requisito se establece en el Art. 419 CC. La prestación alimentaria tiene por objeto suplir la necesidad vital o al menos la complementaria cuando el alimentario carece parcial o totalmente de medios de subsistencia. Sin embargo, no sólo es su necesidad la determinante, ya que ningún alimentante está obligado a cumplir con lo imposible y si el alimentante a duras penas

se puede proveer su propio sustento, mal podría exigírsele que cumpliera con una cuota extra a la de los ingresos del alimentario para que pudiera éste darse una vida digna en contra de la misma vida digna que debe tener el alimentante. Se debe advertir, entonces, que no puede obligarse al alimentante a dar lo que no tiene o a obligarlo más allá de sus fuerzas, puesto que se vendrían a deteriorar sus propios medios de subsistencia.

Aspectos procedimentales de la obligación alimentaria

Forma de imposición de los alimentos

De acuerdo con el artículo 423 CC, los alimentos se pueden cuantificar de dos maneras:

- a. Por acuerdo acerca de la cuantía. Este acuerdo puede provenir de la manifestación que hagan las partes dentro del proceso contencioso o el acuerdo del proceso de divorcio por mutuo acuerdo, caso en el cual va a conllevar la aprobación judicial en el texto de la sentencia. Igual validez va a tener el acuerdo alimentario que se plasme en la escritura pública de liquidación de sociedad conyugal o en los acuerdos o conciliaciones que ante los organismos administrativos competentes, se logren en esta materia.
- b. Por disposición del Juez. Cuando el deber alimentario es forzoso, se determina, en principio, por señalamiento judicial. En este caso, el Juez debe establecer la forma y cuantía en que hayan de prestarse los alimentos. Podrá entonces el Juez imponerlos en dinero o en especie, de acuerdo con las circunstancias, pero también debe atender al acuerdo o sugerencias que hagan alimentante y alimentario. Esta forma de señalamiento también se aplica para los alimentos de los niños, niñas y adolescentes.

Medidas especiales para el cumplimiento de la obligación alimentaria para el caso de alimentos de niños, niñas y adolescentes.

Procediéndose en este acápite a tratar aspectos específicos de la prestación alimentaria a los infantes y adolescentes, es necesario invocar el Art. 217⁴⁵ del CIA, donde deja vigente el Código del Menor los artículos relativos al juicio especial de alimentos. Por esta razón, se evidenciará que en materia de alimentos de los niños, niñas y adolescentes se citan algunas disposiciones vigentes del Código del Menor. Con esta aclaración seguimos con el tema específico de los alimentos a los hijos menores o impedidos.

El artículo 130 del CIA establece que sin perjuicio de las garantías de cumplimiento de cualquier clase que convengan las partes o establezcan las leyes, el Juez podrá tomar medidas adicionales para asegurar la satisfacción oportuna de la obligación alimentaria. Estas medidas consisten en el descuento automático de hasta el 50% del salario mensual que devengue el demandado y hasta el mismo porcentaje de sus prestaciones sociales, luego de las deducciones de ley. También podrá tomar medidas cautelares sobre la propiedad que tenga el demandado en bienes muebles o inmuebles o sobre derechos patrimoniales de cualquier naturaleza, o sobre las rentas que dichos bienes produzcan hasta un 50% de las mismas.

El artículo 397 CGP, en su numeral 1º, que debe ser aplicado en concordancia con el artículo 129 CIA, dispone que desde la presentación de la demanda el juez ordenará que se den alimentos provisionales, siempre que el demandante acompañe prueba siquiera sumaria de la capacidad económica del demandado. Adicionalmente, establece como requisito que para la fijación de alimentos provisionales por un valor superior a un (1) SMLMV, también deberá estar acreditada la cuantía de las necesidades del alimentario. Agrega la norma en su numeral 3º que puede el juez, aún de oficio, decretar las pruebas necesarias para

45 Art. 217 CIA.- Derogatoria. El presente código deroga el Decreto 2737 de 1989 o Código del Menor a excepción de los artículos 320 a 325* y los relativos al juicio especial de alimentos los cuales quedan vigentes, también deroga las demás disposiciones que le sean contrarias. *derogados por el literal c), Art. 626, L.1564/2012 -CGP-.

establecer la capacidad económica del demandado y las necesidades del demandante, si las partes no las hubieres aportado.

En la sentencia se puede establecer que los alimentos se paguen y aseguren mediante la constitución de un capital cuya renta los satisfaga, en cuyo caso y ante la renuencia del demandado o alimentante de poner a disposición del Juez el bien que podría satisfacer dicha renta, podría a solicitud del demandante decretar el embargo, secuestro, avalúo y remate de bienes al deudor con el fin de obtener el capital fijado. Debe tenerse en cuenta que cuando el artículo en mención establece la ejecución o remate de bienes para constituir un capital que produzca a su vez una renta que permita cubrir la cuota alimentaria. En este caso, es importante anotar que se establece la posibilidad de rematar los bienes, NO para cubrir las cuotas atrasadas, sino para garantizar el pago de las futuras.

Sin embargo también se da la posibilidad en el mismo artículo 397 CGP, que una vez ejecutoriada la sentencia, el demandado pueda obtener el levantamiento de las medidas cautelares que hubieren sido practicadas, si presta garantía suficiente del pago de alimentos por los próximos dos años. De tal manera, que el demandante corre el riesgo de que su cuota alimentaria quede garantizada solo dos años más, ante la posibilidad de que el obligado a su pago decida insolventarse de forma permanente.

En materia de alimentos, es muy difícil precaver todas las situaciones que se pueden originar por las desavenencias entre las dos partes. La posibilidad de garantizar los alimentos a través de una renta que produzca un determinado capital, es bastante oneroso e incluso riesgoso desde el punto de vista económico para el deudor o alimentante. No sólo la cuota alimentaria puede modificarse al variarse las circunstancias que la originaron, sino que el hecho de rematarle sus bienes con miras a obtener dicho capital puede acarrear la ruina o un severo descalabro en los negocios del alimentante, con el consiguiente perjuicio para el alimentario. Pero por otro aspecto, el permitirle al demandado levantar el embargo de los bienes que garantizan la prestación del alimentario mediante la consignación de un dinero que cubra el pago de los alimentos de los próximos dos años, siendo éste menor de edad, es sobreponer el interés del deudor al interés superior del menor, que debería tener la garantía de algún bien inmueble que

por su cuantía le permita tener asegurada su mesada alimentaria, hasta que adquiera la capacidad para sostenerse de manera autónoma.

Las cauciones o garantías para el pago de cuotas atrasadas, para el caso de alimentos de niños, niñas y adolescentes.

Dice el artículo 129 del actual código de la Infancia y la Adolescencia:

Quando se tenga información de que el obligado a suministrar alimentos ha incurrido en mora de pagar la cuota alimentaria por más de un mes, el juez que conozca o haya conocido del proceso de alimentos o el que adelante el ejecutivo dará aviso al Departamento Administrativo de Seguridad ordenando impedirle la salida hasta tanto preste garantía suficiente del cumplimiento de la obligación alimentaria y será reportado a las centrales de riesgo.

Es posible considerar que esta norma mejoró la situación de los progenitores sujetos de una demanda de alimentos, ya que el Código del Menor, vigente con anterioridad, contemplaba la medida en caso de que el progenitor demandante lo pidiera en la demanda y así evitar que el alimentante se ausentara del país sin caucionar o respaldar los alimentos futuros a favor de sus hijos menores. Este artículo colocaba al demandando en una difícil situación, ya que el respaldo de esos alimentos futuros no se puede garantizar de otra manera que con un capital que produzca una renta y así asegurar los alimentos, lo cual puede conllevar un empobrecimiento y descapitalización del alimentante, que puede dejarlo totalmente improductivo. Por otro aspecto, se le podía impedir a una persona la búsqueda de un mejor futuro en el exterior que le podría conllevar una mejor situación económica para sus hijos, por la simple presunción de que una vez hubiere salido del país abandonarían sus deberes de padre desde el punto de vista económico y afectivo.

Variaciones que puede sufrir la prestación. Pérdida del derecho

El Código General del Proceso, prevé el proceso verbal sumario, artículo 390-2, para la fijación, aumento, disminución y exoneración de

alimentos definitivos, cuando no hubieren sido señalados judicialmente. Lo anterior significa entonces que la prestación alimentaria puede modificarse, para ser aumentada, disminuida o incluso para exonerar al deudor de la misma, de acuerdo a la modificación que tengan las circunstancias de capacidad del alimentante o de necesidad del alimentario, pero siempre a solicitud del interesado en cada caso. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que de aparecer nuevamente las exigencias o requisitos que configuran la obligación alimentaria, surge de nuevo el derecho del alimentario a solicitar nuevamente o la revisión de la cuota o su nuevo señalamiento, porque la obligación o deber del alimentante siempre se mantendrá en el tiempo.

Según al artículo 414 CC, los alimentos *congruos* se convierten en *necesarios*, “En los casos en que el alimentario se haya hecho culpable de injuria grave contra la persona que le debe alimentos”

También se pierde el derecho en el caso de injuria atroz. A este respecto, dicen el inciso 3° y el 4° del Art. 414 del C.C:

En caso de injuria atroz cesará enteramente la obligación de prestar alimentos. Para los efectos de este artículo, constituyen injuria atroz los delitos graves y aquellos delitos leves que entrañen ataque a la persona del que debe alimentos. Constituyen injuria grave los demás delitos leves contra cualquiera de los derechos individuales de la misma persona que debe alimentos.

Determinar lo que constituye injuria grave o injuria atroz no es una tarea fácil, siendo un concepto confuso, puesto que respecto de dicha noción no hay un perfil jurídico definido. Por esto, consideramos conveniente – la opinión --del profesor Gustavo Gómez Velásquez, (1973):

Son derechos individuales penalmente tutelados los de la integridad psicofísica (homicidio, lesiones personales, aborto, duelo), los de su libertad individual (secuestro, detención arbitraria, delitos contra la autonomía personal, violación de domicilio, violación de secretos y correspondencia, delitos contra la libertad del trabajo y de asociación, delitos contra el sentimiento religioso y el respeto a los difuntos), los de su integridad sexual (violencia carnal, estupro, abusos deshonestos, corrupción de menores, proxenetismo), los de su integridad moral (calumnia e injuria) y los de

su patrimonio económico (hurto, robo, extorsión, chantaje, estafa, abuso de confianza, defraudaciones).

Y sigue el autor en mención:

El concepto de ‘ataque a la persona del alimentante’ parece ser más restringido que aquel que se refiere a los derechos individuales... pues por ataque a la persona sólo podemos entender la conducta que conlleva una lesión psicofísica o un peligro de lesión a la integridad biológica o mental del sujeto pasivo, tal como el homicidio en sus distintas modalidades, las diversas clases de lesiones personales, el aborto o el secuestro.

El autor continúa su reflexión añadiendo si es posible que una lesión culposa pero de graves consecuencias es o no injuria atroz, o si es o no aplicable el numeral 2° del Art. 1025 que se refiere a la indignidad para suceder para “El que cometió atentado grave contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada” (Gómez Velásquez, 1973, p. 95). Como se dejó dicho al hablar de los alimentos a los descendientes y la obligación alimentaria correlativa a los ascendientes, no hay duda de que dicho comportamiento sí tipifica la sanción del artículo 414, con el argumento adicional de que en este caso se debe dar aplicación al artículo 1036 que dice “La incapacidad o indignidad no priva al heredero o legatario excluido de los alimentos que la ley le señale; pero en los casos del artículo 1025, no tendrá ningún derecho a alimentos”.

En este aspecto es importante insistir, que aplicando por analogía lo dispuesto por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia de Junio 30/98. Exp. 4832, MP Jorge Antonio Castillo Rúgeles), para el caso del progenitor que abandona moral y económicamente a sus hijos, se considera que han cometido injuria grave, caso en el cual se les debe privar de los alimentos congruos y dejarle los necesarios (Art. 414 Inc.1); pero se considera que comete injuria atroz, cuando teniendo los recursos no socorre a su hijo en las necesidades básicas, encontrándose ese hijo en estado de privación y destitución, entendiéndose por destitución, la pobreza absoluta o miseria, En este caso, se le debe privar de toda clase de alimentos.

El tema se presenta complejo no sólo en cuanto a la precisión que deben tener ambos concepto sino el alcance de la sanción. Por ejemplo, en el caso de injuria grave, establece la ley que si se deben alimentos congruos deben variarse a alimentos necesarios. Alimentos congruos se deben a todas las personas, excepción hecha de los hermanos legítimos. La pregunta en este punto sería si un hermano legítimo comete injuria grave, teniendo en cuenta que sólo se deben alimentos necesarios, ¿desaparece entonces la obligación de darle alimentos por la injuria cometida?

Cuando el acto constituye una injuria atroz, en el supuesto del artículo 1025 CC, se pierde todo derecho a exigir alimentos. La pregunta en este punto es, ¿la desaparición de la obligación alimentaria porque el alimentario cometió injuria atroz contra el alimentante traslada la asistencia hacia otro titular secundariamente obligado? Creemos que no y que el que ha cometido injuria atroz contra el primeramente obligado a darle alimentos le hace perder el derecho a exigir alimentos a cualquier otro familiar obligado a proporcionárselos.

No se debe olvidar que existen casos objetivos que se podrían clasificar como injuria atroz presunta, porque acarrea la pérdida del derecho a reclamar alimentos, como son los casos del cónyuge culpable en el caso de separación o de divorcio o del dolo en la maternidad disputada.

Cuando se trata de alimentos a favor de niños, niñas y adolescentes, se presume la necesidad alimentaria. La obligación alimentaria de los abuelos.

Esta premisa se obtiene de las siguientes normas:

- a. Art. 310, 125 del CC y 132 del CIA. En estas disposiciones se establece que los padres suspendidos o removidos de su patria potestad conservan el deber de alimentos para con su hijo aun el emancipado por cualquier medio de emancipación.

- b. Siempre habrá una presunción en favor del hijo, que busca que los padres respondan por sus obligaciones de tales y en especial de la obligación alimentaria. Así lo encontramos, a manera de ejemplo, en los siguientes casos: Artículo 224 del CC, cuando se presenta la impugnación de la legitimidad presunta; y en el supuesto en que se presente la nulidad de matrimonio, contemplado en el artículo 149 del CC. Así como en cuanto a los efectos del divorcio (Art.160 CC) y en la separación de cuerpos (Art. 166 CC).
- c. Según lo dispuesto por el artículo 268 CC, se supone que el hijo menor siempre tuvo necesidad de que sus padres velaran por la crianza y por sus gastos alimentarios en general.
- d. Determina el artículo 261 CC: “Si el hijo menor de edad, ausente de la casa de sus padres se halla en urgente necesidad en que no pueda ser asistido por éstos, se presumirá la autorización de los mismos para las suministros que se le hagan por cualquier persona en razón de alimentos, habida consideración de la capacidad económica de aquellos”.
- e. De acuerdo con el artículo 157 del CC “Si el marido y la mujer vivieren bajo estado de separación de bienes, deben contribuir a dichos gastos en proporción a sus facultades”. Se refiere el artículo a la crianza y educación de los hijos menores.
- f. El artículo 260 CC establece que “*la obligación de alimentar y educar al hijo que carece de bienes, pasa por la falta o insuficiencia de los padres, a los abuelos legítimos por una u otra línea conjuntamente*”. En cuanto a la obligación de los ascendientes, se debe tener en cuenta el Art.416 CC “Entre varios ascendientes o descendientes, debe recurrirse a los de próximo grado” y se reitera en el siguiente párrafo “solo en el caso de insuficiencia del título preferente podrá recurrirse al otro”. Es decir, que la obligación de los abuelos por una u otra línea conjuntamente, sólo surge a falta de ambos padres; obligación que también puede surgir en caso de que al progenitor que asume la manutención no le alcance su ingreso para cubrir las necesidades de sus hijos. No es correcto exigir que sólo los abuelos paternos cumplan con la cuota alimentaria que no cubre su hijo

insolvente, debiendo, tanto los abuelos paternos como los maternos, asumir de manera conjunta la parte que falte de la cuota alimentaria que no se alcance a cubrir. De no interpretarse así, – se estaría transgrediendo lo establecido en el artículo 416 y el orden de preferencia que por grados de parentesco establece el artículo 411 del CC., vulnerándose gravemente los derechos fundamentales del grupo de la tercera edad en la que pueden estar los abuelos del menor obligados a la prestación alimentaria. Esta obligación alimentaria que se presume siempre a favor del hijo y a cargo de sus ascendientes, debe tener en cuenta que “Si un hijo tuviere bienes, los gastos de su establecimiento y, en caso necesario, los de su crianza y educación, podrán sacarse de ellos, conservándose íntegros los capitales en cuanto sea posible” (Art.257 CC).

Conciliación provocada en el curso del proceso de alimentos cuando hay hijos menores.

Según el artículo 136 del Código del Menor, puede existir una conciliación provocada por cualquiera de los padres, parientes del menor guardador o persona que lo tenga bajo su cuidado ante el defensor de familia, jueces o comisarios de familia, o centros de conciliación autorizados por ley, o inspectores de los corregimientos de la residencia del menor, en la cual se determina la cuota alimentaria, debiéndose señalar detalladamente el lugar y la forma de cumplimiento, como también las personas a quienes debe hacerse el pago, descuentos salariales, garantía y cualquier otro aspecto que contribuya a precisar la prestación. Dicha acta de conciliación y el auto que la aprueba, prestarán mérito ejecutivo que será el fundamento para proponer un juicio ejecutivo mediante el trámite verbal sumario consagrado en el artículo 435 del C.P.C.

En cuanto a esta norma, se deben precisar las siguientes consecuencias:

- a. El señalamiento de la cuantía alimentaria es de carácter “definitivo”, es decir, se trata de alimentos definitivos no provisionales.
- b. La conciliación puede ser provocada de oficio por cualquier funcionario o conciliador de las entidades mencionadas.

- c. Los que pueden ser citados a responder por los alimentos del menor no necesariamente tienen que ser los padres. Pueden ser citados cualquiera de los órdenes señalados en el artículo 411 CC, es decir, ascendientes o hermanos del menor, quienes deben comparecer a las diligencias judiciales o administrativas con el fin de exonerarse de la responsabilidad aportando la prueba de la capacidad económica de los padres.
- d. Al tenor del Art. 137 del Código del Menor, la renuencia de la persona a comparecer como obligada a los alimentos y que desatienda la citación a la respectiva audiencia, será sancionada con una imposición provisional de alimentos a criterio del funcionario, aun cuando no haya prueba de la capacidad del alimentante. Igual cosa ocurrirá si fracasa la conciliación. En este caso, del Art. 137 surge la pregunta sobre si los alimentos provisionales que se señalan y que automáticamente suponen un subsiguiente proceso de alimentos ante la jurisdicción, vinculan al juez del proceso quien debe asumirlos, o éste puede modificar dichos alimentos provisionales mientras se señalan como definitivos en la respectiva sentencia. Consideramos que si el demandado demuestra al contestar la demanda que el señalamiento de alimentos es desproporcionado a sus ingresos, debe ser oído modificándose el señalamiento provisional mientras se abre el debate probatorio y se dicta la decisión definitiva.

Modificación de la cuota

El Código General del Proceso, en su Art. 390, establece el proceso verbal sumario para la fijación, aumento, disminución y exoneración de alimentos definitivos.

El Derecho de Alimentos y su aplicación en el tiempo. La prescripción de la acción para exigir la prestación si no se reclama en tiempo.

En este aspecto, debemos analizar dos situaciones distintas:

- a. Como ya lo vimos y desde el punto de vista del derecho sustancial, los alimentos se deben durante toda la vida del alimentario, siempre y cuando subsistan las causas y los elementos que constituyen la obligación alimentaria: necesidad del alimentario, capacidad económica del alimentante y el vínculo familiar o la condición de donante del peticionario.
- b. Desde el punto de vista procesal, se tiene que los alimentos se adeudan desde el momento en que las partes lo convengan de mutuo acuerdo en un documento público o en el acta de conciliación ante funcionario competente, o desde el momento en que se señalen por el juez, sea con carácter de provisionales en el auto admisorio de la demanda o en la sentencia de manera definitiva. Lo anterior permite concluir que la prestación alimentaria no se adeuda con anterioridad a que se pacte una suma mediante un acuerdo o que se determinen por el Juez. Es decir que los alimentos se deben a partir de que sean señalados por acuerdo de las partes o por decisión judicial. La ley supone que el alimentario no tenía necesidad de que se le otorgara el auxilio alimentario sino hasta cuando demandó alimentos.
- c. Continuando con el aspecto procesal y como ya se aclaró al mencionarse las características de la prestación alimentaria, desde el momento en que se la convenga en sentencia, acta de conciliación o documento privado, se debe hacer exigible puesto que debe ser utilizada para el fin que justifica su existencia, contribuir a los gastos de sostenimiento del beneficiario, sea o no mayor de edad. Si no se exige, la prestación prescribirá como cualquier otro crédito y por consiguiente, el deudor de la prestación puede proponer la excepción de prescripción sobre las

mesadas adeudadas con tres años de anterioridad a la fecha en que se hagan exigibles.

- d. Por otro aspecto, no se debe ignorar lo que el artículo 268 CC dispone, “Si el hijo abandonado por sus padres hubiere sido alimentado y criado por otra persona, y quisieren sus padres sacarle del poder de ella, deberán pagarle los costos de su crianza y educación tasados por el juez”. Es pues una sanción para los progenitores que abandonaron a su hijo y que fue prohiado por un tercero, sea un familiar, como sus abuelos o un tío, caso en el cual no podrá ser *reclamado* ante la justicia, mientras no haya cancelado esta deuda alimentaria. Cuantas veces la hija cabeza de familia deja a sus hijos en manos de la abuela y cada vez que quiere se los quita, vuelve y se los deja, sin que el funcionario de Bienestar Familiar le exija que antes de llevarlos consigo le cancele a la abuela los gastos en que ha incurrido en la crianza y educación de sus nietos.

Fijación de alimentos provisionales. La capacidad económica del alimentante

La necesidad manifiesta de los niños, niñas y adolescentes a percibir alimentos hace una notoria diferencia con los alimentos que se adeudan a las personas relacionadas a partir del inciso segundo del Art. 411 del C.C., por cuanto que, tratándose de personas mayores es posible que la discusión central de la demanda y la contestación sea la procedencia o no de la obligación alimentaria. Cuando se trata de hijos menores de edad, esta discusión no se plantea porque la necesidad alimentaria aparece manifiesta, sin que esta afirmación implique que no se puedan señalar en los procesos de alimentos de personas mayores. En el caso de niñas, niños y adolescentes, se hace imperioso el señalamiento de alimentos provisionales en el auto admisorio de la demanda siendo necesario al tenor del artículo 129 CIA., aportar prueba siquiera sumaria de la capacidad económica del demandado para así facilitar el señalamiento de alimentos provisionales desde el auto admisorio de la demanda.

Sin embargo, como lo veíamos más arriba cuando se transcribió el inciso primero del artículo 129 CIA, el juez podrá entrar a suponer la capacidad económica del alimentante tomando en cuenta su patrimonio, costumbres y posición social, pudiéndose presumir que al menos devenga el salario mínimo legal.

Ahora bien, el Código del Menor establecía para los efectos de fijar los alimentos definitivos en la sentencia, que el Juez o el defensor de familia podían solicitar al respectivo pagador o empleador certificación de los ingresos del demandado, y a la DIAN copia de la última declaración de renta, pruebas oficiosas que siguen siendo pertinentes para determinar la capacidad económica del alimentante, en caso de que a la parte actora no le haya sido posible establecerla.

Ofrecimiento de alimentos

Puede existir ofrecimiento verbal o escrito de fijación de alimentos por parte del obligado a proveerlos. En este caso, por no existir expresamente un trámite para surtir este ofrecimiento, se ha interpretado por la jurisprudencia de los juzgados de familia que se le otorga el trámite del proceso verbal sumario. Si el ofrecimiento es aceptado por la otra parte, esto es la persona que haya comparecido en representación del menor, procederá la fijación de la cuota definitiva de alimentos, como si se tratara del señalamiento de cuota del artículo 136 del Código del Menor. Si la oferta es rechazada, se hace la fijación prudencial de los alimentos, los cuales quedarán con el carácter de provisionales, dándosele igual tratamiento que a los supuestos del artículo 137, según lo dispone el artículo 138 del Código del Menor.

Cumplimiento de la obligación alimentaria como presupuesto para poder ser oído y ejercer la patria potestad

Dice el Art. 129 CIA: “mientras el deudor no cumpla o se allane a cumplir la obligación alimentaria que tenga respecto del niño, niña o adolescente, no será escuchado en la reclamación de su custodia y cuidado personal ni en ejercicio de otros derechos sobre él o ella”.

El anterior Código del Menor, en su artículo 150, decía que “mientras el deudor no cumpla con la obligación alimentaria no será oído en las reclamaciones que de sus derechos sobre el menor pretenda realizar, esto es, no podrá discutir sobre el ejercicio de la patria potestad, sobre el derecho a tener su custodia o cuidado o sobre el régimen de visitas”. Frente a esta situación del progenitor incumplido, dice el inciso final del mencionado artículo que el Juez dispondrá sobre la custodia y cuidado del menor en cuyo nombre se abrió el proceso, sin perjuicio de que se sigan otras acciones judiciales para establecer de manera definitiva la situación del menor, como sería el caso de un proceso para la pérdida o suspensión de la patria potestad por el abandono en que se encuentra el menor debido al incumplimiento de ese progenitor en sus obligaciones alimentarias. Somos del parecer que el artículo 150 del Código del Menor establecía de manera más explícita los derechos que pierde el padre que no atiende económicamente a su hijo, y por esto consideramos que continúa vigente el concepto que al respecto contiene la Sentencia de la Corte Constitucional C-11, de enero 23 de 2002, con ponencia del magistrado Álvaro Tafur Galvis.

...el legislador puede válidamente conminar, a quien pretende la custodia o el cuidado personal del menor o el ejercicio de otros derechos relacionados con el mismo, a demostrar que atiende las necesidades básicas de éste, o su congrua subsistencia, porque el ordenamiento tiene previstos diferentes procedimientos para determinar la manera de hacerlo que hacen de la exigencia un asunto sencillo y fácil de cumplir... A su vez, como quiera que quien demuestra que está dando cumplimiento a su deber de atender los requerimientos alimentarios del menor, si bien no puede ejercer sus derechos de acción y de contradicción en relación con el menor, puede subsanar fácilmente su omisión allanándose a cumplir con tales requerimientos, la exigencia en comento no hace inoperante ni trunca los mencionados derechos... Lo anterior no obsta para que la difícil situación del alimentante pueda ser evaluada, si éste así lo solicita. Lo que sucede es que no se compadecería con una necesidad vital, como viene a serlo para el menor la de recibir alimentos, que el responsable se sustraiga, sin más, de su cumplimiento, y que además se le permita ejercer sus derechos en relación con el menor, sin que medie la explicación que demanda tal conducta... Porque quien está obligado a

suministrar alimentos a un menor, y no puede seguir haciéndolo, o puede hacerlo, pero en menor grado, le corresponde acudir ante la justicia a dar las explicaciones del caso, con miras a que, de ser procedente, el juez traslade total o parcialmente la obligación, al inmediatamente obligado, sin solución de continuidad, y sin ninguna dilación (artículo 411, Código Civil).

La demanda ejecutiva de alimentos

Al tenor del artículo 129 CIA, la demanda ejecutiva de alimentos provisionales y definitivos se adelantará sobre el mismo expediente en que se conoce del proceso de alimentos, en cuaderno separado, por el trámite del proceso ejecutivo de única instancia. En dicho proceso, el demandado sólo podrá proponer como excepción la del pago de sus obligaciones, trámite que era señalado de manera más clara en el artículo 152 del anterior Código del Menor.

Cuando se trate de un escrito que contenga un arreglo privado entre las partes en el que se señale la obligación alimentaria, o si se trata de una conciliación extrajudicial de las partes, con la copia del acuerdo privado o del acta de conciliación se podrá adelantar el proceso ejecutivo ante el Juez de Familia, para el cobro de las cuotas vencidas y las que en lo sucesivo se causen.

Procedencia de las medidas cautelares en el proceso de alimentos

Según lo dispone el artículo 130 CIA, además de las garantías que pueda aportar al proceso el deudor de la obligación alimentaria, es posible que el juez asegure el cumplimiento de las obligaciones alimentarias con las siguientes medidas:

- a. Cuando el deudor fuera un asalariado, el Juez podrá ordenar al patrono o pagador que se consigne a órdenes del Juzgado hasta el 50% de su salario mensual, y hasta el mismo porcentaje de sus prestaciones sociales, luego de las deducciones de ley (esto es, el aporte a la seguridad social, la retención en la fuente y las cuotas sindicales obligatorias, si es del caso).

- b. El incumplimiento de la orden anterior, hace al empleador responsable solidariamente de las cantidades no descontadas, solidaridad que se hará efectiva mediante un incidente que se debe iniciar dentro del mismo expediente, en contra del patrono o empleador, y en el que se extenderá la orden de pago que cobija al alimentante.
- c. El embargo y secuestro de los bienes inmuebles o muebles o de otros derechos que sean propiedad del demandado, en cantidad suficiente para garantizar el pago de la obligación y hasta el 50% de los frutos que dichos bienes produzcan. Del embargo y secuestro y siguiendo las normas generales de la ley Civil, deben quedar excluidos los útiles o implementos de trabajo de la persona llamada a cumplir con la obligación alimentaria.

En caso de concurrencia de procesos de alimentos

Es posible que cuando se inicie un proceso de alimentos o una acción ejecutiva en contra del alimentante, ya sus bienes se encuentren embargados para el cumplimiento de una sentencia anterior de alimentos. En este caso, el Juez de oficio o a petición de parte deberá asumir el conocimiento de todos los procesos de alimentos que cursen en contra del mismo deudor, para el solo efecto de señalar la cuantía de las varias pensiones alimentarias, tomando en cuenta las condiciones del alimentante y las necesidades de los diferentes alimentarios (Art.131 CIA)

En este sentido, si hay concurrencia de alimentarios de distinto orden, como en el caso de concurrir ascendientes con hijos menores del obligado, consideramos que debe primar la obligación alimentaria de los menores, ya que en el caso de los ascendientes es posible que existan otros descendientes suyos para que compartan entre todos la obligación alimentaria de sus padres.

Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar alimentos

En sentencia T-1243 del 27 de noviembre de 2001, con ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil, se dice sobre este aspecto:

La Corte ha establecido de manera reiterada que la acción de tutela es en principio improcedente para el cobro de obligaciones alimentarias ya que, por su intermedio, se busca proteger un derecho de naturaleza prestacional-asistencial, además susceptible de protección a través de los mecanismos judiciales ordinarios... Sin embargo, con carácter excepcional, esta corporación ha admitido la protección del derecho de alimentos por vía de tutela, cuando su amenaza o vulneración genera un perjuicio irremediable con capacidad de comprometer un derecho fundamental como es la vida.

Así, esta corporación señaló que ‘...por ellos, en principio, no cabe la acción de tutela para obtener que quien debe alimentos cumpla con su obligación, pues la Constitución ha excluido el amparo cuando existen otros medios de defensa judicial. Caso diferente sería el de un perjuicio irremediable claramente probado, pues entonces cabría la tutela como mecanismo transitorio para proteger los derechos a la vida, a la salud y a la educación u otros que resultaren afectados por el incumplimiento.

