

Capítulo segundo

Los alimentos

Contrariando el orden del Código, hemos decidido insertar el estudio del régimen de las obligaciones alimentarias en un punto intermedio entre los deberes y derechos entre padres e hijos y la patria potestad, que aunque cobijan a otros sujetos diferentes a padres e hijos, es la relación paterno filial la que origina preferentemente esta clase de obligaciones, en todo caso, la figura de los alimentos hace parte de la explicación de los deberes de auxilio y socorro debido a los progenitores y el deber de crianza para con los hijos o entre los cónyuges, ya que son la herramienta directa para hacerlos efectivos. Esto se acomoda además con mi criterio pedagógico, porque marca la distancia necesaria entre los deberes paterno-filiales y la patria potestad propiamente dicha y evita que nos olvidemos de que en nuestro Código los deberes paterno-filiales y la patria potestad son dos instituciones autónomas.

347. La obligación alimentaria –concepto y naturaleza

La solidaridad entre los sujetos a quienes unen esos lazos afectivos que establecen los seres humanos con los miembros del grupo primario en el que se desenvuelven, presupone que en situaciones de desamparo, los que tienen más se encargarán de aquellos que carecen de lo necesario. Aunque pudiéramos decir con los romanos que esa protección mutua es un mandato de la naturaleza, y por eso el Derecho podría dejar al instinto obrar libremente, el legislador encontró que en una buena cantidad de ocasiones esos comportamientos solidarios no se daban espontáneamente, dando lugar a situaciones en las que la indolencia de algunos llegaba a niveles de inhumanidad, quebrantando los más elementales valores de la especie.

Si aun en las circunstancias más extremas y donde no hay otra salida es chocante el sacrificio de los allegados, con mayor razón cuando ese sacrificio no se justifica porque hay alguno que está en posibilidad de atender al necesitado

y esto dio origen a la consagración de una acción a favor de aquellos desvalidos que no recibían lo suficiente de los parientes pudientes que por vocación natural tenían que proporcionárselo, y poco a poco se fue estructurando un tipo de obligación directamente impuesta por la ley –los alimentos. Al imponer la ley directamente a los padres la obligación de proporcionar a sus hijos lo necesario para una subsistencia acorde con su situación económica y social y correlativamente ordenar a los hijos velar por el bienestar de los padres, el legislador dio un vuelco al sistema jurídico haciendo surgir obligaciones para los asociados por su imperio, pasando a ser la ley una fuente directa de obligaciones [Art. 1494 C. C.].

Como se trata de obligaciones impuestas directamente por la ley, los alimentos se han limitado al mínimo que considera pertinente, pero en unas legislaciones cobija algunos individuos y en otras no. Los franceses, por ejemplo, incluyen en la lista de beneficiarios a los afines en primer grado, aunque limitado a cargo de los yernos y nueras en favor de los suegros [Art. 206 C. C. Fr.]; en Argentina se extiende a todos los parientes afines en el primer grado [Art. 368 C. C. Ar.]; entre nosotros, solo entran consanguíneos (en línea recta y hasta el segundo grado colateral, que en Francia no está establecido para estos últimos) y el cónyuge, pero incluimos además a los donatarios a quienes se ha hecho una donación cuantiosa.

Independiente de la opinión de cada uno, podemos encontrar que el legislador se ha quedado corto y que no contempla algunos casos que bien podrían asimilarse a aquellos que se encuentran consagrados, como sería proporcionar alimentos a ese tercero, pariente o no, que ha sido acogido voluntariamente en el hogar mientras se mantiene esa situación y la de ese acogido a favor de quienes lo acogieron, cuando la ancianidad o invalidez de los últimos les impida proporcionarse sus alimentos (solidaridad familiar); pero en nuestro Derecho debemos someternos a la taxativa enunciación legal. En el Código de Bello, y a diferencia de otros sistemas, el pago de alimentos a esas personas no incluidas en la relación legal se toma como un acto voluntario de desprendimiento o donación y no como obligación natural, porque entre nosotros las obligaciones naturales son taxativas.

348. Sujetos obligados

Se denomina genéricamente alimentos a una obligación que impone la ley a cierta persona –**el alimentante**– de contribuir a favor de otro –**el alimentario**– con los medios necesarios para su subsistencia y, eventualmente, para su bienestar. Tanto acreedor como deudor están debidamente determinados, lo que permite conocer con quién se tiene la obligación y a quién le corresponde atenderla, cuando existen varios obligados con una persona dada.

El artículo 411 del Código Civil hace el listado refiriéndose a los acreedores de alimentos, que son:

Se deben alimentos:

1. *Al cónyuge (o compañero permanente).*
2. *A los descendientes.*
3. *A los ascendientes.*
4. *A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpos sin su culpa.* [Redacción del Art. 23, L. 1/76.]
5. *A los hijos naturales, su posteridad y a los nietos naturales.* [Redacción del Art. 31, L. 75/68.]
6. *A los ascendientes naturales.* [Redacción del Art. 31, L. 75/68.]
7. *A los hijos adoptivos.*
8. *A los padres adoptantes.*
9. *A los hermanos legítimos.*
10. *Al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada.* [Art. 411 C. C. Los textos en letra normal se consideran insubsistentes, Sent. C-156/03 Cort. Const. Se ha suprimido la mención a parientes legítimos de los Nos. 2.º y 3.º Sent. C-105/94 Cort. Const.]

El cónyuge es acreedor de alimentos. En una situación familiar ordinaria en la que se cumplan los deberes maritales de “lecho, techo y mesa”, no tiene por qué existir obligación de alimentos, pues las necesidades básicas quedan satisfechas en el giro habitual de la vida familiar, y por eso es deber de los cónyuges ... *subvenir las ordinarias necesidades domésticas, en proporción a sus facultades* [Inc. 2.º Art. 179 C. C.], y si durante la convivencia se presentara

el hecho de que uno de los cónyuges pudientes negara al otro lo necesario, quedaríamos frente un comportamiento socialmente patológico, que tendría que abordarse primero como causal de divorcio o de separación de cuerpos por abandono intolerable de los deberes maritales. Esta norma está prevista más bien para cuando hay abandono del hogar o separación de hecho, caso en el que sí se puede vislumbrar la necesidad de reclamar los alimentos.

La Corte Constitucional [Sent. C-1033/02] incluyó en este numeral a los compañeros permanentes (extendida a la pareja homosexual por Sentencia C-789/08, como lo vaticinamos en nuestra anterior edición). Esta decisión que, si bien no tiene ningún cuestionamiento en su propiedad social, desde el punto de vista práctico es inaplicable, porque al ser la unión marital una situación de hecho revocable unilateralmente, una vez se produzca la reclamación por alimentos, el demandado puede dar por terminada la unión marital, suprimiendo así el título que confería al demandante su legitimación en la causa e impidiendo que la pretensión prospere. Para el régimen alimentario dentro del matrimonio poníamos de presente lo anormal de que dos personas que convivan se nieguen alimentos y que, de suceder, habría un incumplimiento tan grave que era mejor tener como fracturado el vínculo, pero tratándose de matrimonio, la unión jurídica subsistirá hasta su disolución en legal forma; si ahora extendemos el mismo raciocinio a la unión de hecho, nos encontramos con que esa separación pone fin de inmediato a la unión, los compañeros dejan de serlo eliminando la fuente jurídica que habilita para reclamar los alimentos.

La doctrina en otros países ha tomado los alimentos entre compañeros permanentes como una obligación natural y por ende con derecho de retención del pago voluntario;¹⁷ algo que tiene más lógica que consagrar la obligación civil, como lo hace nuestra Corte, por la incertidumbre del título de compañero permanente, al depender de la voluntad del deudor (no llega a ser condición *si voluero*, pero se aproxima bastante).

El numeral segundo se refiere a los descendientes. La norma calificaba a esos descendientes señalando como acreedores de los alimentos solamente

¹⁷ BOSSERT Gustavo y ZANNONI Eduardo, *Manual de derecho de familia*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1991, num. 489, pp. 439-440.

a los legítimos. Hoy, luego de que la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-105 de 1994 (ponente Jorge Arango Mejía), suprimió ese calificativo, pasaron a ser acreedores de alimentos todos los descendientes consanguíneos y sin duda adoptivos, cualquiera que sea su origen, por aquel principio que informa que donde la ley no distingue no le es dado al intérprete hacerlo.

En tercer lugar están todos los ascendientes, también con carácter genérico, porque la misma sentencia suprimió el adjetivo “legítimos”.

Estas normas no ponen límite a los grados de los ascendientes y descendientes a quienes se debe alimentos, pero siguiendo las pautas sentadas por el artículo 252 del Código Civil, les corresponde a los de grado más próximo brindarse el apoyo mutuo, y solamente en la medida en que falten los más cercanos, nacerá la obligación para los más lejanos.

Es acreedor de alimentos, según el numeral 4.º del artículo 411 del Código Civil, en la redacción que le dio el artículo 23 de la Ley 1.ª de 1976, el cónyuge divorciado o separado de cuerpos sin su culpa. Es de anotar que la ley aquí, como en otros puntos, da al sujeto divorciado el tratamiento de cónyuge, lo que era lógico cuando el divorcio no disolvía el vínculo matrimonial, pero al establecerse el divorcio vincular, quienes están divorciados han dejado de ser cónyuges.

Por otra parte, se exige que quien pretenda reclamar alimentos basado en esta causal sea inocente, entendiendo que no fue condenado como responsable de la ruptura, en el juicio que dio origen al divorcio o a la separación por haber incurrido en comportamientos reprochables.¹⁸ Por analogía y siguiendo el artículo 162 del Código Civil [Art. 12, L. 1.ª/76], tenemos que las causales de divorcio (y separación) de que tratan los numerales 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º y 7.º del artículo 154 del Código Civil cuando son declaradas en juicio dan lugar a culpabilidad, recordando que la Corte Constitucional estableció que solo pueden reclamarse esos alimentos si la demanda se intenta dentro del año siguiente a la época en que el cónyuge inocente se enteró de las faltas a que se refieren los

¹⁸ Al cónyuge no culpable divorciado se le deben alimentos, pero no tiene derecho a participar en la sucesión de su ex cónyuge por mandato del párrafo del artículo 162 del Código Civil.

numerales 1° y 7° o dentro de los dos años siguientes los hechos en las demás causales [Sent. C-985/10]. En un divorcio o a separación de mutuo acuerdo no hay derecho a reclamar alimentos, porque no hay culpable ni inocente, lo que deja sin protección a aquel cónyuge que llegó a un acuerdo de divorcio simplemente porque ya no podía aguantar los desafueros que cometía su pareja, tanto, que prefirió salir rápido del problema.

Al ocuparse de este numeral 4.° del artículo 411 del Código Civil, que fue acusado de inconstitucionalidad junto con el numeral 1.° por no incluir a los compañeros permanentes, la Corte se inhibió de estudiarlo bajo la consideración de que, al no existir divorcio o separación de cuerpos en la unión marital de hecho –y por ende tampoco forma de determinar jurídicamente la culpabilidad en la ruptura– no era posible tomar una decisión en esta materia [Sent. C-1033/02]. Argumentos de una apabullante lógica, pero que ponen la decisión de la Corte en una sin salida, porque si el compañero permanente demanda alimentos con base en el numeral 1.°, el demandado que no quiera pagar, excepcionará alegando la terminación de la relación para eximirse de la obligación y no hay cómo demandar con título de “ex compañero permanente” porque no hubo separación debida a una causal de culpabilidad.

En lo tocante con los números 5.° y 6.° del artículo 411 del Código Civil [Art. 31, L 75/68], que se refieren a los descendientes naturales y los ascendientes naturales, tenemos que decir que la Corte Constitucional ha debido, por simple integración, declarar la inexecutable de estos numerales¹⁹ que habían quedado tácitamente inaplicables, al ser eliminado el condicionamiento de “legítimos” en los numerales 2.° y 3.° del mismo artículo 411 del Código Civil. De igual manera la Corte, en su momento, pasó por alto que ahora el parentesco civil se asimila en todo al parentesco consanguíneo –matrimonial, por más veras– de modo que los parientes adoptivos en línea recta están incluidos en los numerales

¹⁹ En la sentencia C-105 de 1994, se indicaba, al abordar la acusación contra los numerales 2.° y 3.° del artículo 411 del Código Civil: “*Es contrario al principio de igualdad el limitar el derecho a los alimentos legales a los **descendientes legítimos**, a los **ascendientes legítimos**, y a la **posteridad legítima** de los hijos naturales. Lo que está de acuerdo con la Constitución, es reconocer el derecho a los **ascendientes** y **descendientes de cualquier clase que sean**” (destacados originales).*

2.º y 3.º del artículo 411 del Código Civil, sino que hay más ascendientes y descendientes por parentesco civil que los de primer grado de los que hablaban los numerales 7.º y 8.º [No 2.º Art. 64 C.I. A.].

En realidad, después de la Sentencia C-105 de 1994 todos los descendientes y todos los ascendientes son acreedores de alimentos congruos, y ello llevó a que la Corte Constitucional, aprovechando una demanda en la que se le solicitaba decidir la inconstitucionalidad de la diferenciación entre alimentos congruos y necesarios, aclarara:

Es obvio que este artículo debe interpretarse de acuerdo con el inciso 6 del artículo 42 de la Constitución, que reconoció la igualdad de derechos y obligaciones entre los hijos legítimos, extramatrimoniales o adoptivos, tal y como esta corte ya lo precisó en anteriores oportunidades (...) En consecuencia, tal como fue mencionado por el interviniente, en la actualidad los numerales 5º (sobre descendientes naturales) y 7º (sobre hijos adoptivos) del artículo 411 del estatuto civil se encuentran ahora incluidos dentro del 2º, que establece alimentos para todos los descendientes. Por su parte, los numerales 6º (sobre ascendientes naturales) y 8º (sobre padres adoptantes) se entienden incluidos dentro del numeral 3º, que otorga alimentos a todos los ascendientes. Esto significa que actualmente están derogadas, para efectos de los alimentos, las distinciones entre legítimo, natural y adoptivo, pues todos los ascendientes o descendientes se encuentran en condiciones de igualdad para efectos del derecho de alimentos.

[Sent. C-156/03 Cort. Const.]

En el noveno lugar van los hermanos. Aquí la Corte Constitucional se pronunció expresamente dejando vigente el término “legítimos” que había venido proscribiendo (en consonancia con su propio concepto debía al menos haber cambiado el término legítimo por matrimonial). Como la sentencia hizo tránsito a cosa juzgada, el legislador tendrá que hacer las correcciones pertinentes. Es bueno notar que no se hacen restricciones sobre el parentesco de los hermanos, luego se le debe alimentos a los hermanos carnales o de “doble

conjunción” y a los “hermanos medios” o de simple conjunción, siempre que sean legítimos (matrimoniales).

En algún aparte de la Sentencia C-105 de 1994 se lee: *Téngase en cuenta que los hermanos extramatrimoniales que únicamente son hijos del mismo padre, es posible que ni siquiera se conozcan entre sí, y no serían parte de la misma familia.*

Ese planteamiento tiene un aire de sofisma, ya que en un país como el nuestro, que todavía tiene amplios niveles de pobreza y escasa cultura, o con gente que considera inaceptable el matrimonio, o simplemente se han separado de hecho de un matrimonio legalmente contraído y han celebrado matrimonios ineficaces por la subsistencia del vínculo anterior, no es raro que las familias sean matriarcales en su más pura concepción, siendo el varón apenas un elemento temporal en la familia y procreador accidental de uno o más hijos, que luego será sustituido por otro, en la misma condición. Los hermanos en estas familias, si bien para todos los efectos legales son naturales (extramatrimoniales), tienen entre ellos los mismos vínculos personales que cualesquiera otros hermanos matrimoniales. Nada justifica entonces que cuando muera la madre, el hermano pudiente (que ha vivido toda su vida junto con los demás) se niegue a asumir la carga alimentaria, de la misma manera que lo haría un “medio” hermano matrimonial en la misma situación. *Contrario sensu*, muchos hermanos legítimos, hijos de matrimonios sucesivos, por viudez o por simple divorcio de los padres, que jamás han establecido vínculos familiares entre ellos, tienen los mismos resquemores y enfrentamientos que se suscitan entre los hijos de la familia constituida legalmente y los hijos de la familia paralela establecida por un padre díscolo; sin embargo, tales hermanos se deben alimentos entre ellos de acuerdo con la ley, porque no tienen el carácter de naturales.

Además, quienes piensan que los hijos de la “amante” no tienen por qué recibir beneficios que tienen los de la “legítima” están equivocados si se aprecia la situación anterior de cada uno. Supongamos un padre que tiene hijos de matrimonio y extramatrimoniales: cuando el padre común vivía, los hijos matrimoniales recibieron, además del afecto paterno, todas las ventajas de una situación económica solvente que, por cierto, pudo conducir a mejorar las posibilidades de ingresos posteriores; mientras que el hijo extramatrimonial se

ha tenido que conformar con esa escasa ayuda, muchas veces forzada, que da el padre. Si al morir el padre, ese hermano extramatrimonial queda desvalido, nada más justo que el hermano matrimonial comparta ahora algo de las ventajas con las que lo ha dotado la vida, por un puro azar de la naturaleza. La Corte olvidó incluso notar que, como la ley opera en ambos sentidos, si el hijo de la *otra* se vuelve rico y el matrimonial viniere a menos, este último podría reclamar alimentos. Estos argumentos hacen ver lo primitivo e injusto de valorar individuos por lo accidental –sexo, color de piel, religión, origen nacional, origen familiar, etc., y olvidar que los hombres deben juzgarse solo por lo esencial.

En último lugar entre los obligados a proporcionar alimentos aparece el beneficiario de una donación cuantiosa, el cual debe alimentos al donante. Esta figura excepcional mira a ese tipo de donaciones de cierta magnitud que hace alguien para favorecer a otro y que ocasionan un detrimento patrimonial de tal magnitud –tomando en cuenta, claro, la fuerza del patrimonio del donante– que el beneficiario prácticamente se queda con el patrimonio del donante, como cuando una persona anticipa la sucesión a favor de alguien.²⁰

Hay tratadistas que insisten que en estos casos debe existir una relación directa entre la donación y la insolvencia del donante, de modo que si la donación se hizo en una buena cuantía, pero el donante conservaba bienes suficientes para mantenerse y luego, por cualquier azar, pierde ese patrimonio, no habría lugar al pago de los alimentos, por no haber sido la donación la causa directa de la pauperización del donante.

349. Otro acreedor de alimentos

El Código Civil tiene aún vigente esta norma:

La madre tendrá derecho para que de los bienes que han de corresponder al póstumo, si nace vivo y en el tiempo debido, se le asigne lo necesario

²⁰ Esta causal fue introducida siguiendo la opinión de juristas españoles que lo veían como una sana obligación natural y que Bello no solo acogió, sino que la extendió a los que habían sido muertos civiles (ex sacerdotes) que podían reclamar alimentos al que recibió herencias que le correspondían al “muerto” civil. CHACÓN Jacinto, *Exposición razonada y estudio comparativo del código civil chileno*, Imprenta del Mercurio, Valparaíso, 1881, p. 256.

para su subsistencia y para el parto; y aunque el hijo no nazca vivo, o resulte no haber habido preñez, no será obligada a restituir lo que se le hubiere asignado; a menos de probarse que ha procedido de mala fe, pretendiéndose embarazada, o que el hijo es ilegítimo. [Art. 233 C. C.]

Si al hijo póstumo le han de corresponder bienes, la madre tiene derecho a que de esos bienes se le pague lo necesario para su subsistencia y para atender los gastos del parto, cuando ella carezca de lo suficiente, una medida que bien puede considerarse una forma de reclamar alimentos de su propio hijo apenas engendrado. La contingencia de la muerte del hijo o de la ausencia de embarazo corre de cuenta de los potenciales herederos, a menos que la madre haya procedido de mala fe.

La ley habla del hijo póstumo matrimonial, pero si nos atenemos a las disposiciones constitucionales sobre igualdad de los hijos y en especial al desarrollo que en estas materias ha hecho la Corte Constitucional tenemos que llegar a la conclusión de que el derecho de la madre tendrá cabida para su hijo extramatrimonial reconocido por el padre antes de morir y también el que haya sido concebido por la pareja en unión marital de hecho ya declarada, o en cualquier otro caso en el que al nascituro le correspondan bienes y su madre carezca de ellos.

Ahora bien, desde la expedición de Código del Menor y actualmente en el de la Infancia y la Adolescencia: *“La mujer gravida podrá reclamar alimentos a favor del hijo que está por nacer, respecto del padre legítimo o del extramatrimonial que haya reconocido la paternidad”* [No. 1.º Art. 111 C. I. A.], cuando ella misma no sea acreedora de alimentos. Se los reclama del padre de la criatura que ella lleva en su vientre, en una forma de pago de alimentos “por interpuesta persona”, ya que es notorio que lo que pretende la ley es proteger la vida y bienestar de la criatura, que con el nacimiento pasa a ser el directa acreedora de la prestación. Esta norma complementa el transcrito artículo 233 del Código Civil, pero la restricción de reclamarlos al padre de la criatura y no a todos los obligados con el nascituro puede ser algo injusta, cuando el padre es insolvente (un muchacho estudiante) pero los padres de este son pudientes.

En estos casos, si no se trata de hijos matrimoniales, o de los de pareja en unión marital de hecho declarada, será necesario reconocimiento expreso que haga el padre de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.º de la Ley 75 de 1968, ya por iniciativa propia del padre o en la diligencia en que se discutan los alimentos, porque como se indicó no está prevista la declaración judicial de paternidad antes del nacimiento.

350. Requisitos de la obligación

Para la existencia de la obligación alimentaria, además del vínculo que hemos venido comentando, es necesario que se cumplan otros dos requisitos esenciales: la necesidad del alimentario y la capacidad del alimentante.

Necesidad: en primer lugar, es requisito que al alimentario le hagan falta esos alimentos por carecer actualmente de ellos y siempre que sea una carencia justificada y no simple falta de interés para procurárselos, porque la prestación de alimentos tiene por finalidad favorecer necesitados y no promover la vagancia; pero no llega hasta el punto de excluir íntegramente al culpable de su propia indigencia; de modo que si una persona derrochó su capital y se encuentra en imposibilidad actual de procurarse los recursos por estar lisiado o enfermo, será acreedor de alimentos.

Reconocer que un menor o alguien que padezca de una deficiencia física o psicológica no está en capacidad de proporcionarse los alimentos no tiene ningún problema, tampoco existe mayor dificultad en aceptar que las personas ancianas y desvalidas de que trata el artículo 251 del Código Civil son *per se* acreedoras, pero hay otras situaciones que bien ameritan profundizar un poco, porque el mundo ha cambiado bastante desde cuando se redactaron estas normas.

Si uno se fija bien, mientras la mayoría de edad jurídica ha venido disminuyendo con el curso de los años, las necesidades en materia de educación, por el contrario, han venido incrementándose de manera correlativa, hasta un nivel que hoy una persona que ya haya cumplido los dieciocho años y sea plenamente apto para realizar sus propios negocios, a duras penas se encuentra cursando los últimos grados de su educación media, lo cual poco o nada le sirve para defenderse por su propia cuenta, y a pesar de ser calificado legalmente como

apto para desempeñarse en la vida jurídica, en la práctica es un necesitado más. La jurisprudencia de las cortes ha considerado que las personas que no han concluido sus estudios todavía tienen derecho a alimentos, siempre que la disponibilidad del deudor lo permita. En la Sentencia C-875 de 2003, la Corte Constitucional hace un recuento del desarrollo jurisprudencial en materia de alimentos a los mayores (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

El inciso 2.º del artículo 422 del Código Civil dispone que a quienes se les deba alimentos necesarios no se les debe proporcionar alimentos a partir de la mayoría de edad (este artículo que hablaba exclusivamente de los varones y se refería a la mayoría de edad a los veintiún años, debe entenderse referido a todos por las disposiciones generales de igualdad de sexos y además reducido a dieciocho años). La citada norma deja claro que el acreedor de alimentos congruos sí tiene derecho a que se le proporcionen más allá de los dieciocho años, pero siempre claro está dependiendo de la capacidad del deudor y la necesidad del acreedor.

También hay que detenerse en esos casos en los que, a pesar de la aptitud real para procurarse lo necesario para la subsistencia, los individuos no lo pueden hacer porque el mercado laboral y la situación económica impiden que una persona pueda vincularse a algún trabajo remunerativo y si no tienen acceso a un sistema de protección social –seguro de desempleo o pensión–, estará en igualdad de condición que un inválido. En estos casos, quien tenga la tarea de imponer la obligación deberá actuar con tacto o, de lo contrario, terminará promoviendo el desinterés del sujeto por conseguir su propio sustento.

La Ley 1306 de 2009, que regula lo relativo a la protección jurídica de las personas con discapacidad mental, establece que no por el hecho de estar el interdicto trabajando y recibir salario, pierde el derecho a recibir alimentos, a menos que la remuneración supere los cinco salarios mínimos legales mensuales, ya que se estima que ese valor es suficiente para atender sus necesidades básicas y las de su propio hogar [Par. Art. 13].

Capacidad: en otro aspecto, para que nazca la obligación de alimentos es necesario que el alimentante cuente con los medios disponibles para atender estas obligaciones, por virtud del principio aquel de que “nadie está obligado a lo imposible”. La imposibilidad en derecho es habitualmente objetiva, de modo

que quien apenas tenga lo necesario para atenderse a sí mismo no está obligado a pagar los alimentos, pero no hay que ser radical, porque la disponibilidad económica está ligada a la propia situación económica de la familia, de modo que una persona de escasos recursos, en estricto sentido tiene con qué pagar los alimentos siempre que ello no signifique el sacrificio de su propia subsistencia.

Respecto de los alimentos adeudados a menores, el Código de la Infancia y Adolescencia establece una presunción –legal– de ingresos en los siguientes términos:

(...) Si no tiene la prueba sobre la solvencia económica 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. [Fine, Inc. 1.º Art. 129 C. I. A.]

Aunque tiene toda la lógica pensar que si el alimentante aún subsiste es porque tiene con qué, esta presunción no es más que optimismo del legislador, porque habitualmente cae en el vacío a la hora de ejecutar las obligaciones, al no conocerse bienes sobre los cuales hacer efectivo el cumplimiento de la obligación (a menos que se quiera imponer la sanción penal que, aunque no coopere a la solución de las necesidades materiales, algo de satisfacción moral da al acreedor y a la sociedad).

Además, la capacidad para suministrar alimentos se enfrenta en muchas ocasiones con el problema del número de alimentarios y la necesidad de tomar una decisión sobre cuánto derecho tiene cada acreedor de alimentos cuando la disponibilidad no es suficiente. Un padre, poco constante, tiene cinco hijos (dos con una señora, dos con otra y uno con la actual) y gana apenas un salario mínimo. Salta la pregunta: ¿cuánto debe destinar a cada uno? En la distribución no hay una solución posible. Si paga todos los alimentos a unos y deja a otros sin alimentos, ataca el interés de los que no fueron seleccionados. Pero si se apega a la justicia distributiva plena, no satisface a nadie. ¿Quién decide y cómo se sabe si acierta?

No nos engañemos, en un caso como el planteado nadie podría acertar, pero la ley deja la decisión, en principio, al obligado y, en evento de conflicto, al juez civil o de familia, a través del proceso de regulación alimentaria, como lo hizo la Corte Constitucional en Sentencia T-492 de 2003 (supongo que presentando excusas al juez que recibió ese carbón en ascuas).

351. Determinación del alimentante

Cuando hay varios potenciales alimentantes, el acreedor de alimentos no está en posibilidad de escoger al que se le antoje, sino que la ley establece un orden para seleccionarlo así:

El que para pedir alimentos reúna varios títulos de los expresados en el artículo 411, sólo podrá hacer uso de uno de ellos, observando el siguiente orden de preferencia:

En primer lugar, el que tenga según el inciso 10.

En segundo, el que tenga según los incisos 1° y 4°.

En tercero, el que tenga según los incisos 2° y 5°.

En cuarto, el que tenga según los incisos 3° y 6°.

En quinto, el que tenga según los incisos 7° y 8°.

El del inciso 9° no tendrá lugar sino a falta de todos los otros.

Entre varios ascendientes o descendientes debe recurrirse a los de próximo grado.

Sólo en el caso de insuficiencia del título preferente podrá recurrirse a otro. [Art. 416 C. C.]

La selección del alimentante se explica por sí sola. Si una persona ha regalado su patrimonio, pues lo razonable es que el beneficiario “pague con la misma moneda”, pero si no ha habido tal donación, la proximidad familiar es la que determina el orden.

Nuestra ley no regula expresamente cómo se maneja el asunto cuando son varios los individuos que se encuentran en la situación de alimentante, (v. gr., varios abuelos o hijos), pero consideramos que eso faculta al acreedor de los

alimentos para dirigir la acción contra cualquiera, a su elección, y que el demandado no podrá excepcionar alegando que también otros están obligados al pago de la obligación (aunque podrá exigir la integración de un litisconsorcio). Si paga, tendrá derecho a repetir contra los codeudores por la parte que le corresponda,²¹ pero no tendrá esa acción si ha sido condenado a pagar todo, a pesar de que los demás potenciales alimentarios tengan recursos suficientes, porque ha pagado su propia obligación.

Los alimentos pueden ser de cargo de incapaces jurídicos si se dan las condiciones que estamos observando, es decir, que el alimentante tenga recursos y correlativamente alguien de la lista los requiera. Cuando se trate de una persona con discapacidad mental grave interdicto, conocerá del proceso de alimentos el juez de familia y por eso el padre o el curador no podrán conciliar esta materia, ni podrá haber asunción voluntaria por el obligado [Art. 50 L. 1306/09].

352. La prestación de alimentos –alcance y contenido

Las personas obligadas a dar alimentos tienen que proporcionar al acreedor todo o aquella parte que haga falta para la subsistencia o el bienestar de la persona, según el caso, y por ello entran en el concepto de alimentos no solo la comida y bebida como tal, sino todos los elementos accesorios como el vestido, la vivienda, la salud, el deporte tanto de destreza física como de recreación y los complementarios de estos, como servicios públicos domiciliarios ordinarios, transporte, etc., aplicando por analogía la relación que trae el Código de la Infancia y la Adolescencia:

(...) Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o

²¹ En contra se pronuncian Champeau y Uribe y Fernando Vélez, quienes consideran que al no ser una obligación solidaria (no lo dice la ley) ni indivisible, queda dividida por disposición legal [Art. 1568 C. C.], pero si fuera así, un padre necesitado que tuviera cinco hijos y de diversa capacidad económica se vería en la necesidad de establecer los montos con los que cada uno debe contribuir y demandarlos a todos, lo que no tiene lógica. Es más, si demanda a uno de los hijos, el juez fijaría los alimentos en esa parte y quedarían sus necesidades básicas insatisfechas.

instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes (...) [Art. 24 C. I. A.]

En materia de educación, que la ley solo preveía para los menores, reiteremos que hoy se entiende como aquella habitual en el medio en el que se desenvuelve el alimentario y se prolonga según vimos hasta más allá de la minoría de edad cuando el alimentario se encuentra cursando los estudios superiores. También comprende esa atención, intermedia entre la salud y la educación –terapia– que requieren las personas con discapacidad incluso mayores de edad tal como lo indica el inciso 4.º del artículo 11 de la Ley 1306 de 2009.

La norma establece dos tipos de beneficiarios y por ende dos tipos de obligaciones:

Los alimentos se dividen en congruos y 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. [Art. 413 C. C.]

(...)

Se deben alimentos congruos a las personas designadas en los números 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. [Art. 414 C. C.]

Los alimentos congruos varían en su monto, dependiendo de la condición social del alimentario y serán en mayor cuantía para aquellos que tengan una posición social superior, y menor para otros que se desarrollen en un medio diferente, pero en uno y otro caso para una subsistencia modesta, es decir, no incluye lo superfluo.

El legislador procuraba con esta regla que aquellas personas integrantes del grupo familiar más estrecho se mantuvieran al mismo nivel económico que le correspondería si el sistema familiar estuviera funcionando correctamente y el

alimentante cumpliera con su deber (que fuera congruente); mientras que esos que no pertenecen al grupo, ya porque fueran ilegítimos o porque no fueran tan cercanos, solo recibirían lo suficiente para vivir.

Tenían derecho a alimentos congruos el cónyuge –incluso el excónyuge o el separado de cuerpos inculpable– los descendientes legítimos y los ascendientes legítimos. El donante de donación cuantiosa también es acreedor de alimentos congruos. Los alimentos necesarios se debían a los parientes naturales, a padres adoptantes e hijos adoptivos y a los hermanos legítimos.

Desde 1936 los alimentos a los parientes naturales (*ascendientes naturales, hijos naturales y su posteridad legítima*) eran congruos [Art. 25 L. 45/36], aunque a nadie se le ocurrió anotar ese importante hecho al mencionar el artículo 414 del Código Civil.²² Hoy, cuando todos los consanguíneos quedaron subsumidos en los numerales 2.º y 3.º del artículo 411 del Código Civil y que el Código de la Infancia y la Adolescencia extiende el parentesco civil en todos los grados y líneas, los alimentos necesarios quedaron únicamente para los hermanos legítimos.²³

La evolución de las concepciones sociales y los cambios que se le introdujeron de manera aislada al texto legal, hicieron aflorar una inequidad que traía la definición de alimentos congruos. En efecto, la regla menciona que deben darse al alimentario los alimentos que correspondan a su condición social (del alimentario) y ello lleva a que a los descendientes o ascendientes extramatrimoniales, que entran en la lista de beneficiarios de alimentos congruos, se les suministren alimentos en poca cuantía, si su condición social es de estrato inferior, aun cuando el alimentante tenga recursos de sobra.

Este es un ejemplo: un señor de alto nivel económico y plena disponibilidad, que tuvo dos hijos, uno con una mujer de equiparable condición a la suya y otro con una mujer de escasos recursos, y deja de cumplir sus obligaciones

²² La Ley 75 de 1968 introdujo a los “nietos naturales” como alimentarios en el numeral 5.º del artículo 411 del Código Civil, sin aclarar si a estos también se les debían alimentos congruos o necesarios y podía ser lo uno o lo otro, porque el artículo 25 de la Ley 45 de 1936 traía una relación precisa en materia de alimentos congruos a los parientes naturales.

²³ Chile eliminó la distinción entre alimentos congruos y necesarios mediante la Ley 19585 de 1998.

con ambos; en caso de ser demandado, sería condenado a pagar una pensión alimentaria más cuantiosa para su hijo de estrato alto (colegio privado, habitación, vestido, recreación, salud y alimentación de mayor valor) mientras que para el otro hijo apenas pagaría una pensión equiparable a la de los alimentos necesarios (plantel educativo público, habitación en barriada popular, mercado ordinario, etc.), a pesar de que para la Constitución Política ambos hijos tienen iguales derechos y no pueden ser discriminados por razón de su origen familiar. Si ya viudo se llegare a casar con la dama pobre y luego se divorcia o la abandona, también le dará una cuota alimentaria inferior.

Con la expedición del Código de la Infancia y la Adolescencia eso cambia en parte, porque el derecho de los alimentos para los menores debe estar (...) *de acuerdo con la capacidad económica del alimentante* [Art. 24 C. I. A.],²⁴ sin tener en cuenta la posición social del alimentario. Todavía falta que el legislador cambie el sistema de la congruencia de los alimentos respecto de los demás beneficiarios desligándolo de la elitista e inequitativa “posición social” del alimentario.²⁵

Los alimentos necesarios son aquellos suficientes para sustentar la vida, que con un punto de vista más moderno deben llegar, cuando menos, hasta el nivel de la satisfacción de las “necesidades básicas”²⁶ y dependerán de la situación actual del alimentario, porque si es menor tendrá que dársele todo lo necesario para su *desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social*” [Art. 24 C. I. A.; Sent. C-156/03 Cort. Const.].

La mujer grávida que puede reclamar alimentos por causa de la criatura, tendrá derecho además a que se le atiendan *los gastos de embarazo y parto* [Fine, Art. 24 C. I. A.].

²⁴ Esta norma ya tenía su antecedente en el artículo 75 de la Ley 83 de 1946 (Ley Orgánica de la Defensa del Niño) que disponía “(...) *El juez la señala* (la cuota alimentaria) *en proporción al caudal de quien deba prestarla*”, pero agregaba que también se tendrían en cuenta además “*las circunstancias de quien deba recibirla*”.

²⁵ En esto le va mejor al Derecho español que dispone: *La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe* [Art. 146 C. C. Es.].

²⁶ Dentro de los índices de medición del bienestar, se estima que la persona con “necesidades básicas insatisfechas” está por debajo de mínimo aceptable en una sociedad.

353. Forma de la prestación

En general, la obligación de alimentos se traduce en la obligación de pagar al alimentario una suma de dinero mensualmente, es decir, una **mesada**.

Al contrario de lo que ocurre con la mayoría de los pagos periódicos en Derecho, que ordinariamente se causan una vez ha transcurrido el plazo, la mesada se causa y devenga anticipadamente y, por ende, debe ser pagada al comienzo del período dado, de modo que permita al alimentario contar con lo suficiente desde el principio y que no se vea forzado a pasar necesidades. De seguro alguien, que no era ejemplo de generosidad, debió solicitar el reintegro de la mesada cuando el alimentario murió sin haber transcurrido el mes correspondiente, porque nuestro redactor se vio en la necesidad de aclarar que *no se podrá pedir la restitución de aquella parte de las anticipaciones que el alimentario no hubiere devengado por haber fallecido* [Art. 421 C. C.] norma que podemos hacer extensiva a todos los casos en los que, estando pendiente de vencer el mes, se extingue la obligación, como la solvencia repentina del alimentario, la extinción del vínculo o la sanción que da lugar a la terminación del derecho de alimentos.

La obligación se establece en dinero precisamente para evitar que el alimentante pretenda dirigir de esta manera la vida del alimentario, pero excepcionalmente y cuando las circunstancias lo ameritan, el juez o las partes pueden fijar el pago de los alimentos en especie, como puede ser la entrega de los libros, el pago directo de la pensión escolar, el suministro de la ropa o mercado, el seguro de salud, etc.

Nuestro sistema jurídico no se ocupó de establecer si el que debe alimentos puede cumplir su obligación con el alimentario llevándolo a vivir en la casa cuando no tiene otro medio de hacerlo, de modo que queda exonerado si el alimentario no acepta ese ofrecimiento, como sucede en Francia que lo admite para padres y cónyuges [Arts. 210 y 211 C. C. Fr.]. Me parece más fácil como lo tenemos nosotros que no pensamos sino en la entrega de dinero y excepcionalmente de bienes y omitimos eso de la vivienda común, porque eso de obligar a vivir juntas a personas en conflicto no es lo más adecuado, pero como nuestro juez de familia (o provisionalmente el comisario de familia) está habilitado para tomar las decisiones sobre la convivencia, en el evento que

constate que no hay tal conflicto bien podría hacer la exigencia de la convivencia, porque padres y cónyuges tiene el deber de recibir a los otros en su hogar [Art. 178 C. C. y Art. 22 C. I. A.].

354. El pago de alimentos por el tercero

La regla: “*Puede pagar por el deudor cualquiera persona a nombre de él...*” [Art. 1630 C. C.] tiene perfecta cabida en materia de la obligación alimentaria y da lugar a la aplicación de las mismas disposiciones previstas en la ley para cuando el pago se hace con el conocimiento y aceptación expresa o tácita del alimentante, sin su conocimiento o contra su voluntad, pero señalemos algunas particularidades de su manejo en cuanto a los menores.

El cuidado de menores puede ser confiado a terceros cuando los padres no se encuentren en posibilidad real o moral de asumir su crianza y han sido entregados en custodia a ascendientes y parientes [Arts. 254 y 260 C. C. y Art. 56 C. I. A.], pero ese hecho no exonera a los padres de pagar los alimentos y por eso si esos terceros pagan los alimentos, cuentan con las acciones necesarias para exigir al padre o madre el pago. Cuando los padres sean insolventes, la obligación de pagar los alimentos recae sobre abuelos y eventualmente sobre los hermanos, pero en tal caso por ser ellos obligados no podrán accionar contra los padres cuando estos vuelvan a obtener riquezas suficientes,²⁷ mientras que los que no estén obligados sí conservarán estas acciones, siempre que no estén prescritas.

En nuestro Código civil, aquellas personas que, sin ser encargadas del cuidado y la custodia hubieran suministrado a los hijos los elementos de crianza y educación, se entendían autorizadas por los padres para hacerlo [Art. 261 C. C. derogado]. Hoy el artículo 49 del decreto 1306 de 2009 consagra una

²⁷ El Código de Vélez Sarsfield lo dispone expresamente: “*El pariente que prestase o hubiese prestado alimentos voluntariamente o por decreto judicial, no tendrá derecho a pedir a los otros parientes cuota alguna de lo que hubiere dado, aunque los otros parientes se hallen en el mismo grado y condición que él*” [Art. 371 C.C. Arg.]. El comentarista del código hace la salvedad que se refiere a los alimentos ya pagados y no a los futuros, porque el Código de Procedimiento Civil de esa nación prevé la posibilidad de hacer el pedido de contribución. *Código civil argentino*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2000, p. 192.

acción contra el alimentante para reclamar el valor de “cualquier prestación alimentaria necesaria” a los hijos de familia (y personas con discapacidad mental absoluta interdictas). Si los terceros suministran cosas superfluas, y pretenden que se le reembolsen, tendrá que recurrir a las acciones restitutivas por la vía de enriquecimiento sin causa o de agencia oficiosa contra el alimentante [Art. 2308 C. C. y Art. 62 L. 1309/09].

Las acciones del niño, niña o adolescente frente al alimentante pasan al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar:

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar asignará un aporte mensual al hogar sustituto para atender exclusivamente a los gastos del niño, niña o adolescente. Mientras dure la medida el Instituto se subrogará en los derechos contra toda persona que por ley deba alimentos al niño, niña o adolescente... [Inc. 3.º Art. 59 C. I. A.]

La ley habla expresamente de subrogación en los derechos, pero no parece ser ese el sentido de la norma, sino más bien una traslación de la condición de acreedor, o mejor, una sucesión en el crédito por mandato legal, ya que si fuera simple subrogación la acción se limitaría al valor que efectivamente el ICBF hubiese pagado por la atención del menor, pero es muy probable que el Instituto esté facultado a reclamar la totalidad de los alimentos debidos y que el alimentante no pueda exigir la demostración del pago para considerar que nació su obligación. Parece además que el exceso (de haberlo) pasaría a ser propiedad plena del Instituto y que no tendría que reservar ese exceso para transferírselo al menor en algún momento.²⁸

La ley omite indicar si en caso de esta subrogación se mantiene para el Instituto la prelación como acreedor o, por el contrario, al ejercitar el ICBF la

²⁸ En subrogación ordinaria [Arts. 1666 a 1671 C. C.], el derecho del tercero que pagó lo adeudado, solo nace con el pago al acreedor. Además, ese tercero que pagó sólo queda legitimado para reclamar al deudor el monto que él ha cancelado y de haber negociado con el acreedor alguna rebaja esta rebaja beneficia al deudor y no al tercero que paga.

acción contra el alimentante pierde la preferencia establecida para los alimentos del menor.²⁹

Revisando con detenimiento la sentencia T-942 de 2004 de la Corte constitucional en la que se obliga a un patrón insolvente (una clínica) a pagar los alimentos que debe su empleado y que un juez ordenó retener del sueldo, puede llegarse a la conclusión de que los diputados al pago de alimentos a menores (como el secuestre de un bien afecto a estos pagos, el patrono, el fiduciario del patrimonio autónomo constituido para pagar alimentos y otros semejantes) adquieren una obligación especial ligada al interés jurídico que se involucra y aunque no pasan a ser deudores directos de alimentos, están en la obligación de tomar todas las medidas para realizar el pago de los alimentos de una manera oportuna y completa.

355. La imposición de los alimentos

La regulación de los alimentos presupone la comprobación de ciertos hechos y por eso nuestro Código Civil lo plantea como un proceso contencioso, en el que el alimentario insolvente reclama el otorgamiento de su derecho de alimentos y el juez mediante decisiones ejecutorias establece la obligación, su monto y eventualmente algunos aspectos relacionados con la forma de pago.

Tienen acción para reclamar alimentos los alimentarios directamente o por intermedio de sus representantes legales, pero en tratándose de menores y personas con discapacidad mental absoluta interdictas también pueden iniciar esta acción los defensores de familia en desarrollo del artículo 82 del Código de la Infancia y la Adolescencia. La acción de tutela siempre tiene cabida para defender los intereses de estas personas [Arts. 11 C. I. A. y 14 L. 1306/09], pero existiendo una acción específica e igualmente ágil de protección estimo que en materia de alimentos no es procedente.

²⁹ Cabrían las dos posiciones: que sí se mantiene porque la subrogación o la sucesión hace al subrogatario o sucesor ocupar el puesto del titular del derecho o, que no se mantiene porque el ICBF no es menor y por ende no tiene un derecho fundamental a recibir esos alimentos.

356. *Regulación jurisdiccional*

El alimentario sólo tiene derecho a reclamar alimentos desde el momento en que presenta la demanda de alimentos y, en el evento de que no exista tal proceso, a partir del momento en que se ha fijado su cuota en debida forma.

Los alimentos se deben desde la primera demanda, y se pagarán por mesadas anticipadas. [Art. 421 C. C.]

Nadie es acreedor de alimentos a menos que se cumplan los tres requisitos indicados, y por ello la ley establece en general la necesidad de adelantar un proceso en el que el juez determina si hay lugar al pago de los alimentos y fija su cuantía. *En la tasación de los alimentos se deberán tomar siempre en consideración las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas*, le ordena al juez el artículo 419 del Código Civil.

Se trata de un proceso verbal sumario establecido en el artículo 448 del Código de Procedimiento Civil, que se adelanta ante los jueces de familia y que pueden instaurar los alimentarios, directamente si están en capacidad jurídica de hacerlo o sus representantes o apoderados. En el caso de menores también puede ser iniciado de oficio, como lo autoriza el artículo 139 del Código del Menor (vigente por disposición expresa del artículo 217 del Código de la Infancia y la Adolescencia) o por el informe del defensor de familia de desconocerse el paradero del alimentante o de oposición a la fijación provisional de alimentos [No. 2.º Art. 111 C. I. A.].

357. *Alimentos provisionales*

Este proceso tiene un aspecto especial porque abre la puerta para que el juez, a petición de parte y con base en pruebas sumarias (aquellas que no han sido presentadas a la parte contra quien se aducen, ni se le ha dado la oportunidad de controvertirlas), puede imponer alimentos con el carácter de provisionales, mientras se agota el juicio propiamente dicho. Ciertamente es un caso extraordinario en el que la decisión se toma a espaldas del demandado y aunque pueda pensarse que viola ese derecho fundamental del procesado de poder contradecir la prueba que se aduce en su contra, atendiendo lo apremiante de la necesidad

y la importancia que el legislador le da a la protección de los menos favorecidos, prefiere eventualmente causar un daño al demandado a permitir que se siga presentando una situación inicua.

Para probar la necesidad y la carencia de recursos es suficiente con hacer la manifestación pertinente –“carezco de recursos y no tengo modo de procurármelos por mi esfuerzo”–, porque aquí opera el fenómeno probatorio de la “negación indefinida”, en el que basta que el actor la arguya para trasladar al demandado la carga de la prueba desvirtuando lo alegado [Art. 177 C. de P. C.], que invierte el famoso principio de que la carga de la prueba la tiene quien hace la afirmación –*onus probando incumbit actor*.

Para el decreto de alimentos provisionales se tiene que probar la capacidad patrimonial del deudor, que habitualmente se hace con certificaciones laborales, copia de certificados de propiedad inmobiliaria o de otros bienes sometidos a registro, y si se carece por completo de información sobre ingresos y bienes, se recurre a la presunción de ingresos de que trata el aparte final del inciso 1.º del artículo 129 del Código de la Infancia y la Adolescencia acerca de la recepción de cuando menos un salario mínimo. A la demanda se deben acompañar las pruebas del vínculo, que en el grueso de los casos son copias de las partidas del registro del Estado Civil, por lo que si no se tienen será necesario primero constituir las. La necesidad de probar el vínculo hace patente un vacío de nuestra legislación y es una norma que permita al juez fijar alimentos provisionales durante el juicio de atribución de paternidad, como sucede en España [Art. 182 C. C. Es].

358. Alimentos definitivos

Concluido el juicio se dictará sentencia en la que el juez establecerá si hay lugar al pago o no de los alimentos. De ser lo primero, fijará su monto y, si es del caso, ordenará al alimentante que preste alguna caución para garantizar su pago. Esta obligación queda indefinida en el tiempo y durará hasta tanto no sea modificada o eliminada formalmente porque los alimentos *se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda*. [Inc 1º, Art. 422 C. C.].

Si el demandado no estaba obligado a pagar los alimentos, se ordenará la devolución de lo que el demandante haya recibido durante el proceso, siempre que el demandante haya obrado de buena fe y con algún fundamento plausible o sin error gravemente culpable; pero, en el evento de estar probado que se cometió “*dolo para obtener alimentos, serán obligados solidariamente a la restitución y a la indemnización de perjuicios todos los que han participado en el dolo*” [Art. 418 C. C.]. El dolo puede estar relacionado con la falsedad en la prueba o la demanda a sabiendas de que hay un alimentante preferente, que no se mencionó y eventos similares.

359. Otras formas de fijación de la cuota alimentaria

El Código Civil no preveía sino la forma judicial de fijar las obligaciones alimentarias, pero la Ley 1.^a de 1976 estableció la posibilidad de que de mutuo acuerdo los cónyuges establecieran tales obligaciones entre ellos y respecto de los hijos acreedores en acuerdos privados:

Son válidos los pactos de los cónyuges en los cuales, conforme a la ley, se determine por mutuo acuerdo la cuantía de las obligaciones económicas...

[Primera parte del Inc. 3, Art. 423 C. C. redacción del Art. 24 L. 1.^ª/76]

Los procesos judiciales son siempre engorrosos, por lo que con la expedición del Código del Menor, que permanece en el Código de la Infancia y la Adolescencia, se admitió la posibilidad de establecer los alimentos en favor de los menores de común acuerdo, que prestan mérito ejecutivo [Inc. 5.º Art. 129 C. I. A.].⁵⁰ Estos acuerdos también pueden adoptarse en procesos de conciliación promovidos por el representante legal del niño, niña o adolescente, o la persona que lo tenga bajo su cuidado o custodia, ante el defensor de familia, los jueces competentes, el comisario de familia, o el inspector de los corregimientos de la residencia del menor o estos actuar de oficio convocando al demandante a la

⁵⁰ La Ley 68 de 1946, aunque conservando la actuación judicial, tenía un trámite especial para los alimentos de menores muy corto y con diligencia de audiencia en que es de suponer que si las partes llegaban a un acuerdo, el juez dictaría sentencia.

diligencia [Arts. 99 y 100 C. I. A.] y también puede ventilarse este asunto en los centros de conciliación [Art. 31, L. 640/01].

En la práctica, la persona que reclama alimentos (directamente o a través de representante o custodio) se acerca a uno de los funcionarios competentes con su pretensión, lo que conduce a la citación para una audiencia en la cual el funcionario procura motivar a las partes a llegar a un acuerdo y si este se consigue se levanta la respectiva acta, la cual presta el necesario mérito ejecutivo para obtener el cumplimiento forzado de las obligaciones que en materia de alimentos allí conste.

A partir de la vigencia del Código de la Infancia y la Adolescencia el defensor de familia tiene la facultad de *Fijar cuota provisional de alimentos...* [No. 13, Art. 82 C. I. A.], lo que ocurrirá: *Cuando habiendo sido debidamente citado a la audiencia el obligado no haya concurrido, o habiendo concurrido no se haya logrado la conciliación*, pero si alguna parte no está de acuerdo con esa decisión, tendrá el juez de familia que decidir la cuestión [No. 2.º Art. 111 C. I. A.] fijando la cuota, que seguirá siendo provisional si alguna de las partes no acepta esa cuota y prefiere someterse al juicio que terminará con la fijación definitiva.

360. Regulación de la obligación alimentaria

La obligación alimentaria subsiste en la medida en que persistan las condiciones que le dieron origen y, *continuando las circunstancias que legitimaron la demanda* [Art. 422 C. C.], se tendrá que pagar al acreedor la mesada correspondiente.

Pero en el curso de la vida del alimentario pueden cambiar parcial o totalmente las circunstancias y por ello la ley abre la puerta para que tanto el alimentante como el alimentario puedan solicitar la reforma de la obligación alimentaria, ya para modificar su monto o su forma, siempre que justifiquen la razón de su petición. Las sentencias que deciden el proceso de alimentos –lo mismo que los acuerdos conciliatorios o las disposiciones del divorcio o la separación– tienen la propiedad especial de no hacer tránsito a cosa juzgada definitiva, lo que permite que puedan revisarse en cualquier momento que sea necesario.

(...)pero a solicitud de parte podrá ser modificada por el mismo juez, si cambiaren las circunstancias que la motivaron, previos los trámites establecidos en el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil [Fine, Inc. 3, Art. 423 C. C. redacción del Art. 24 L. 1.º/76]

Para la regulación de los alimentos ya fijados se recurre al proceso judicial [No. 3, Art. 435 y 448 C. de P. C.] o a las fórmulas alternativas de solución de conflictos, siempre que la regulación no afecte el derecho de los incapaces, porque de ser esta la situación deberá recurrirse a la jurisdicción.

La prestación de alimentos es una mesada en dinero el que ordinariamente está afectado en su poder adquisitivo por las variables económicas y por eso aun cuando la situación de acreedor o deudor se mantenga invariable, su valor real puede verse disminuido por la inflación, de modo que para evitar eso empezaron a consagrarse fórmulas de corrección monetaria para mantener la capacidad adquisitiva de la mesada, que terminaron convirtiéndose en ley, respecto de los alimentos de menores:

La cuota alimentaria fijada en providencia judicial, en audiencia de conciliación o en acuerdo privado se entenderá reajustada a partir del 1º de enero siguiente y anualmente en la misma fecha, en porcentaje igual al índice de precios al consumidor, sin perjuicio de que el juez, o las partes de común acuerdo, establezcan otra fórmula de reajuste periódico. [Inc. 7.º Art. 129 C. I. A.]

Para los demás alimentos, deberá tenerse el cuidado de pactar o exigir al juez una fórmula de corrección monetaria.

361. Disminución y extinción de la obligación alimentaria

El artículo 414 del Código Civil indica que aquellas injurias graves que el alimentario haga al alimentante lo llevan a perder los alimentos congruos y tener que conformarse con alimentos necesarios. Se consideran injurias graves según la ley *“los demás delitos leves contra cualquiera de los derechos individuales de la misma persona que debe alimentos”*.

Siguiendo con la misma tónica se dispone que en el evento de “injuria atroz”, el alimentario pierde la totalidad de los alimentos y define como una injuria de esa magnitud “*los delitos graves y aquellos delitos leves que entrañen ataque a la persona del que debe alimentos*”.

En la época que se redactó el Código era habitual que las reglas penales distinguieran entre los delitos graves y los leves, lo que permitía aplicar fácilmente las reglas a que venimos aludiendo; pero el Derecho penal moderno omite esa clasificación y, peor aún, un delito determinado puede ser grave o leve, según las circunstancias en las que se realice (agravantes o atenuantes de la pena), lo que nos deja sin una base cierta para la aplicación de esta norma, aunque es claro que un delito como ocasionar la muerte o lesiones personales de cierta magnitud al alimentante o las personas de sus afectos, es y seguirá siendo una injuria atroz. Un pequeño hurto de dinero o bienes al alimentante apenas tendrá la entidad suficiente para ser injuria grave.

Corresponderá al juez determinar, en cada caso de comisión de un delito o una injuria, de qué tipo es y modificar el alcance de la prestación.

La muerte del alimentario, como vimos, termina con la prestación de alimentos, pero la muerte del alimentante no tiene la misma consecuencia, ya que la obligación recae sobre la sucesión y tiene una prelación especial en materia sucesoral, al gravar íntegramente la masa hereditaria. La norma pertinente indica:

Los alimentos que el difunto ha debido por la ley a ciertas personas, gravan la masa hereditaria, menos cuando el testador haya impuesto esa obligación a uno o más partícipes de la sucesión. [Art. 1227 C. C.]

Esta es una de esas disposiciones especialmente complejas de aplicar, porque implican hacer un cálculo anticipado de las mesadas para cargárselo a la sucesión y, según se ha visto, el tiempo de duración de la obligación es completamente incierto, ya que depende de muchos factores, como son la vida del alimentario, su solvencia, su conducta, la edad, la aptitud laboral, etc., que hacen imposible hacer un cálculo real, a menos que se entienda que esta obligación solo permanece durante el tiempo en que la herencia no ha sido

liquidada, del modo que lo dispone el actual artículo 207-1 del Código Civil francés, respecto de los alimentos al cónyuge supérstite.⁵¹

La obligación alimentaria se extingue porque el alimentario deje de estar imposibilitado para obtener sus alimentos. El inciso segundo del artículo 422 del Código Civil indica:

Con todo, ningún varón de aquellos a quienes sólo se deben alimentos necesarios, podrá pedirlos después que haya cumplido veintiún años, salvo que por algún impedimento corporal o mental, se halle inhabilitado para subsistir de su trabajo; pero si posteriormente se inhabilitare, revivirá la obligación de alimentarle.

Aunque la edad referida debe entenderse reducida a los dieciocho años por virtud de la Ley 27 de 1977 y por lo dispuesto en el artículo 157 del Código del Menor (que estaría vigente) *Los alimentos que se deben de acuerdo con este código se entienden concedidos hasta que el menor cumpla dieciocho (18) años*", no debe olvidarse lo que se dijo en relación con las necesidades educativas y la situación de necesidad frente a la posibilidad de sustentarse por sí mismo. También se aplica la norma al sexo femenino.

Como la causa jurídica de la obligación alimentaria es la necesidad, esta obligación cesará igualmente cuando el alimentario llegue a ser solvente y en este caso el alimentante tendrá derecho a excepcionar para abstenerse de pagar o podrá solicitar la regulación pertinente para ser exonerado de la obligación, pero no podrá exigir la restitución de lo que ha pagado, así la riqueza del alimentario sea ahora inmensa, porque el alimentante cumplió su obligación.

El matrimonio del alimentario (y la unión marital de hecho) de ordinario conduce a la extinción de la obligación, porque automáticamente pasaría a ser deudor el cónyuge o compañero permanente (más bien que esos alimentos corren de cuenta de la economía del nuevo hogar). Entonces, el padre que pagaba alimentos queda exonerado de su obligación cuando su hijo se casa, a

⁵¹ El artículo dispone: *"La sucesión del cónyuge premoriente debe los alimentos al cónyuge supérstite que esté necesitado. El plazo para reclamarlos es de un año a partir del fallecimiento y se prolonga, en caso de partición, hasta su terminación"*.

menos que la situación económica de los contrayentes no sea suficiente para el mantenimiento de los individuos (suponemos menores o impedidos de cualquier manera para obtenerlos), porque en ese caso siguen los consanguíneos con su carga y como es de suponer que aquí ninguno de los dos tiene para sostenerse, cada cual recurrirá a sus propios consanguíneos. Si uno de los cónyuges no tiene nadie que le deba alimentos, pero el otro sí recibe alimentos de sus parientes, es muy posible que le toque conformarse con participar de lo que este reciba de pensión alimentaria, porque no se ve cómo poder obligar al alimentante de uno cónyuge a asumir los alimentos de ambos.

La ley no tocaba el caso del cónyuge inculpable divorciado que recibe alimentos y después contrae matrimonio, porque no existía divorcio vincular, pero ahora que sí se da la ruptura del vínculo, estimamos que cuando el alimentario contraiga nuevas nupcias los pierde y seguramente no podrá alegar que se mantiene en insolvencia para reclamar estos alimentos.

Cuando un padre extramatrimonial ha sido condenado en acción contenciosa de filiación no tendrá derecho a reclamar alimentos al hijo porque él no puede beneficiarse de su condición de padre [Inc. 3.º Art. 62 C. C.] y de igual manera, aquellos que han contribuido en el fraude de falso parto pierden el derecho de alimentos [Art. 338 C. C.].

La insolvencia real del deudor hace que se extinga para él la obligación de alimentos y pasará a otro de los señalados en el artículo 411 del Código Civil.

Finalmente, la obligación alimentaria se extingue cuando desaparece el vínculo jurídico, como cuando prospera una acción de impugnación de la paternidad, o de la maternidad o se da la adopción del menor.

362. Características especiales de la obligación de alimentos

La obligación de alimentos es uno de los derechos denominados personalísimos y, si bien tiene un contenido patrimonial, no está en el comercio. Se trata de derechos intransferibles a cualquier título, por acto entre vivos o por causa de muerte, y al ser intransferibles, no hacen parte de la prenda común o general del alimentario –son inembargables.

El derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse. [Art. 424 C. C.]

(...)

El que debe alimentos no puede oponer al demandante en compensación lo que el demandante le deba a él. [Art. 425 C. C.]

La transacción sobre alimentos futuros de las personas a quienes se deba por ley, no valdrá sin aprobación judicial; ni podrá el juez aprobarla, si en ella se contraviene a lo dispuesto en los artículos 424 y 425. [Art. 2474 C. C.]

La compensación, esa forma de extinción de las obligaciones que consiste en que las deudas recíprocas de dinero u otros bienes fungibles de igual naturaleza que se establezcan entre dos personas, se entienden extinguidas hasta el monto de la inferior [Art. 1714 C. C.], no tiene cabida para poner fin a las obligaciones alimentarias, porque tratándose de una prestación tendiente a sustentar la vida, la compensación atacaría directamente ese derecho.

Un padre o un marido que no pague los alimentos adeudados con el pretexto de que el alimentario le debe dinero (por ejemplo, porque le adelantó o anticipó algunas mesadas o le prestó plata), lo estaría condenando a la indigencia que es precisamente lo que los alimentos tienden a subsanar. Hipotéticamente ese padre o marido podría cobrar lo que el alimentario le adeuda, mediante un proceso autónomo para obtener el pago, esfuerzo vano en la práctica, porque su deudor es un insolvente pleno, o de lo contrario no estaría pidiendo los alimentos (para el irredento capitalista, prestar o adelantar dinero al alimentario debe ser el peor de los negocios).

Como los alimentos tienen por finalidad sustentar la vida, si por cualquier razón el alimentario ha podido mantenerse a pesar de la mora en el pago de las mesadas, la inenajenabilidad, incompensabilidad, irrenunciabilidad desaparecen.

No obstante lo dispuesto en los dos artículos precedentes, las pensiones alimenticias atrasadas podrán renunciarse o compensarse; y el derecho de demandarlas, transmitirse por causa de muerte, venderse y cederse; sin perjuicio de la prescripción que compete al deudor. [Art. 426 C. C.]

Siguiendo el sistema, podemos decir que las mesadas atrasadas pasan a ser parte de la prenda común y por tanto pueden ser embargadas.

Desde el Código del Menor, en el que se repetían las reglas anteriores [Art. 159 derogado], la renuncia, la compensación o la enajenación de las mesadas atrasadas de los alimentos de menores, debía tener autorización judicial, y esto se ratifica en el Código de la Infancia y la Adolescencia [Inc. 2.º Art. 133 C. l. A.], aunque de ordinario estos pactos se hacen en diligencias de conciliación sin que nadie lo objete (que yo sepa).

La transacción sobre alimentos futuros de que trata el artículo 2474 del Código Civil, es más bien una regulación de los alimentos debidos de común acuerdo entre alimentante y alimentario y requiere aprobación judicial, lo que hace pensar que muy pocos recurren a esta fórmula, existiendo la posibilidad de conciliar sin la participación de los jueces.

363. El crédito de alimentos ante la “prenda común”

Al ser la insolvencia del alimentante una exoneración de la obligación de alimentos, no se consideraba necesaria una protección especial para estos créditos y menos que los demás acreedores tuvieran que sacrificar sus intereses por favorecer los de los familiares del deudor (ya era suficiente con que algunos acreedores tuvieran que dejar al deudor algo para subsistir, por vía del beneficio de competencia). Esta visión cambia con las reglas de protección de los menores y ya con la ley 75 de 1968 [Art. 33] se incluyó dentro de la quinta causal de privilegio de la primera clase (...) *los alimentos señalados judicialmente a menores*, privilegio que luego se hizo extensivo a los alimentos acordados en diligencia de conciliación o señalados en actuaciones de divorcio o separación voluntaria ante notario.

El crédito de alimentos a favor de menores es hoy el primero de la primera clase por disposición del artículo 134 del Código de la Infancia y la Adolescencia con el cual se recogió lo dispuesto por el inciso 3.º del artículo 44 de la Carta Política y la doctrina fijada en la Sentencia C-92 de 2002 de la Corte Constitucional, y por eso, en el evento de concurrencia de varios acreedores por el patrimonio del deudor, los alimentos legales de menores encabezan el orden de liquidación y pago.

Cuando hay varios alimentarios menores y el alimentante no tiene capacidad económica suficiente para atenderlos a todos, el juez hará la distribución de acuerdo con su criterio de equidad, para lo cual cuenta con amplias facultades:

***Acumulación de procesos de alimentos.** Si los bienes de la persona obligada o sus ingresos se hallaren embargados por virtud de una acción anterior fundada en alimentos o afectos al cumplimiento de una sentencia de alimentos, el juez, de oficio o a solicitud de parte, al tener conocimiento del hecho en un proceso concurrente, asumirá el conocimiento de los distintos procesos para el sólo 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 C. I. A.]*

En atención a los objetivos de una obligación como la de alimentos, la ley abrió una excepcional forma de interferencia en el manejo del patrimonio del deudor, facultando al juez para (...) *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 [Art. 423 C. C.]*, la cual toma su dimensión propia cuando se trata de alimentos de menores:

***Medidas especiales para el cumplimiento de la obligación alimentaria.** 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:*

- 1. 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. El incumplimiento de la orden anterior, hace al empleador o al pagador en su caso, responsable solidario de las can-*

tidades no descontadas. Para estos efectos, previo incidente dentro del mismo proceso, en contra de aquél o de este se extenderá la orden de pago.

2. *Cuando no sea posible el embargo del salario y de las prestaciones, pero se demuestre el derecho de dominio sobre bienes muebles o inmuebles, o la titularidad sobre bienes o derechos patrimoniales de cualquier otra naturaleza, en cabeza del demandado, el Juez podrá decretar medidas cautelares sobre ellos, en cantidad suficiente para garantizar el pago de la obligación y hasta el cincuenta por ciento (50%) de los frutos que produzcan. Del embargo y secuestro quedarán excluidos los útiles e implementos de trabajo de la persona llamada a cumplir con la obligación alimentaria. [Art. 131 C. I. A.]*

En una población preponderantemente compuesta por clases media y baja, la principal fuente de recursos es el trabajo personal, de modo que el salario y demás emolumentos ligados al contrato de trabajo constituye la fuente de subsistencia de la mayor parte de la población y por eso casi todo el salario tiene el carácter de bien inembargable (todo el salario mínimo y la cuatro quintas partes de las sumas que excedan de ese mínimo); sin embargo, cuando la obligación que se pretende cobrar tiene su causa en la obligación alimentaria, se puede afectar hasta un 50% de su monto, incluido el salario mínimo [Arts. 156 y 344 C. S. T. este último modificado por el Art. 61, L. 50/90] habida consideración de que el salario está destinado también a atender las necesidades familiares.³²

³² Con esa marcada tendencia nuestra a eludir las reglas, se ha popularizado la contratación de servicios o de obra, para sustituir el contrato de trabajo (el patrono hace esto para no pagar la seguridad social, pero en lugar de declarar ilegítima esta práctica, se ha optado por la colombiana fórmula de obligar a quien presta los servicios a asumir esas obligaciones), de modo que falta un régimen de embargos para este tipo de contratos, cuando se trate de la fuente primaria de ingresos personales, con base en el principio "a hechos iguales igual derecho", ya que no existe límite para el embargo de los honorarios. En la Ley 1306 de 2009, sobre personas con discapacidad mental, el límite del 50% se predica de **todos los ingresos** y por eso el inhábil tiene derecho a manejar su propio pecunio hasta esa cuantía, a menos que el juez disponga una cifra menor [Par. Art. 34].

Tratándose de alimentos de menores, los funcionarios competentes para las diligencias tendientes a la fijación de la cuota alimentaria y la ejecución de la prestación tienen amplias facultades investigativas:

Con el mismo propósito (garantizar los derechos de los menores) los citados funcionarios (los defensores de familia, el comisario o, en su defecto, el inspector de policía) también podrán solicitar información al respectivo pagador y a la Dirección de Impuestos Nacionales sobre la solvencia de las personas obligadas a suministrar alimentos. [Inc. 2.º Art. 104 C. I. A.]

En materia de reconstitución del patrimonio del deudor de alimentos a menores la ley dispone:

Legitimación especial. *Con el propósito de hacer efectivo el pago de la cuota alimentaria, cualquiera de los representantes legales del niño, niña o adolescente o el Defensor de Familia podrán promover, ante los jueces competentes, los procesos que sean necesarios, inclusive los encaminados a la revocación o declaración de la simulación de actos de disposición de bienes del alimentante. [Art. 135 C. I. A.]*

Quien deba alimentos a menores y sea embargado en sus bienes, solamente puede pedir el desembargo: *si el obligado paga las cuotas atrasadas y presta caución que garantice el pago de las cuotas correspondientes a los dos años siguientes* [Inc. 4.º Art. 129 C. I. A.], lo que amerita comentar que tiene imprecisiones, porque la obligación del alimentante es siempre condicional (a que el alimentario esté vivo y sea insolvente y por eso la obligación puede acabarse antes de los dos años y no se prevé que se exonere de la garantía o que el juez pueda reducir el plazo).

364. Alimentos y beneficio de competencia

Los acreedores pueden ser insensibles respecto de las penurias de su deudor y exaccionar el patrimonio de su deudor hasta el nivel de la indigencia, pero si los acreedores no tienen corazón la ley los pone en su sitio, al impedir que traspasen ese límite de la mínima solidaridad con sus propios allegados, for-

zándolos a aceptar que les paguen *lo que buenamente puedan, dejándoseles, en consecuencia, lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias, y con cargo de devolución cuando mejoren de fortuna*. Este beneficio de competencia es equiparable a los alimentos congruos y se concede, entre otros, a aquellos parientes a quienes se debe alimentos [Art. 1685 C. C.], de modo que la ley hace la salvedad de que el deudor debe escoger entre alimentos o beneficio de competencia, lo que en general ni lo beneficia ni perjudica, con todo, los deudores a los que se les debe alimentos simplemente necesarios, hacen un mejor negocio si optan por el beneficio de competencia, porque pasan a recibir alimentos congruos.³⁵

365. Alimentos voluntarios

La ley se ocupa de los alimentos no legales que una persona puede asignar a cualquiera que lo desee no solo porque la solidaridad con los semejantes es un imperativo moral, sino porque todos pueden disponer de su patrimonio como a bien lo tengan y si hacemos alusión al asunto es por lo peculiar que resulta su regulación. Dispone el artículo 427 del Código Civil:

Las disposiciones de este título no rigen respecto de las asignaciones alimenticias hechas voluntariamente en testamento o por donación entre vivos; acerca de las cuales deberá estarse a la voluntad del testador o donante, en cuanto haya podido disponer libremente de lo suyo.

Cualquiera, pues, puede asignar alimentos con cargo a su patrimonio a quien quiera, salvo cuando afecte los derechos de sucesores y algunos acreedores.

Las disposiciones de alimentos por acto entre vivos se toman como donaciones y tendrán que cumplir el requisito de la “insinuación” cuando la cuantía de los alimentos supere los cincuenta salarios mínimos legales mensuales durante el período que se conceden, diligencia que hoy se limita a una escritura pública en la cual se manifiesta su voluntad ante el notario, ya que no veo cómo ese notario puede verificar la validez de la donación, cuando carece

³⁵ OSPINA FERNÁNDEZ Guillermo, *Régimen general de las obligaciones*, 7. ed., Editorial Temis, Bogotá, 2001, num. 623, p. 389.

de la facultad de decretar y practicar pruebas⁵⁴ [Arts. 1458 C. C. modificado Art. 1.º Dec. 1712/89 y Art. 1459 C. C.]. Esta disposición, claro, adolece de la falla de que no existe forma de determinar *a priori* cuál será la cuantía de los alimentos legales o voluntarios, al quedar supeditados a la vida o a la solvencia del alimentario que siempre será un lapso indeterminado.

Los alimentos voluntarios que se otorguen por testamento gravan la sucesión y solo tendrán validez hasta una cuantía que no interfiera con el derecho de los legitimarios y beneficiarios de la mejora, pero aquí, además del problema de la indeterminación real de su cuantía y establecer si la prestación de los alimentos sobrepasa la parte de que el testador puede disponer libremente, queda la dificultad de cómo liquidar esa partida en el proceso de sucesión, ya que, de no disponer otra cosa el testador, los alimentos se confieren por la vida del alimentario, y esto nos lleva a pensar que la obligación debe ser asignada a alguno de los herederos para que este la pague, dejándole la facultad de solicitar la reforma del testamento cuando empiece a tener que afectar su derecho de legítima o de mejora.

366. Sanciones por el incumplimiento de la obligación alimentaria

El sistema jurídico se sirve de la punición directa para proteger el derecho que tienen los menores y las personas desvalidas a obtener lo necesario para su subsistencia, no tanto para sancionar el incumplimiento de la obligación en sí misma, sino el atentado que se comete contra esa persona, que no es menos lesivo que muchos ataques contra la integridad del sujeto.

367. *El delito de inasistencia alimentaria*

Para este trabajo nos habría bastado mencionar la existencia de las normas penales, pero al existir una insuperable contradicción entre la doctrina penal y las reglas civiles nos toca profundizar algo en este tema.

⁵⁴ No se trata, claro está, de verificar las condiciones ostensibles de cualquier acto jurídico ligadas a la voluntad (capacidad, voluntad sana), porque el propósito principal de la insinuación era que el juez se cerciorara de que no se ocasionara la insolvencia del donante o la desviación de la herencia a terceros no legitimarios, para lo cual sí es necesario contar con mayores elementos de juicio.

Hemos venido explicando que los “alimentos” son un tipo de obligación especial, de origen legal, que se impone a un sujeto pudiente en favor de aquellos parientes determinados en la norma, que no tienen lo suficiente para subsistir en las condiciones dignas –o las mínimas de subsistencia, en los casos establecidos. Un elemental repaso de la institución jurídica de los alimentos nos permite reconocer un acreedor calificado, un deudor que también lo es y una prestación determinada en dinero (y excepcionalmente en especie) fijada por el juez, o mediante un acuerdo formal de voluntades entre las partes, cuando se acude a los medios alternativos de solución de conflictos. Estas características hacen de la obligación legal de alimentos un derecho incierto que el acreedor concreta mediante la exigencia de los mismos al alimentante, acompañada de la manifestación de la necesidad por parte del acreedor y la afirmación de no contar con otro potencial deudor en situación de prioridad; la comprobación o confesión de la condición de deudor y su capacidad para pagarlos, así como de no haberle injuriado al deudor; y, finalmente, la fijación precisa de su monto monetario o las especies aptas para el pago y las fechas de pago de estas últimas.

Esto nos permite afirmar de manera contundente que nadie debe alimentos a sus parientes del listado del artículo 411 del Código Civil hasta tanto se presenta la demanda de alimentos en su contra y se fija de acuerdo con la ley³⁵ y que todos los de dicha lista entre ellos son sencillamente potenciales deudores de alimentos.

En cuanto a la infracción penal a la obligación de alimentos, el Código Penal dispone:

***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 dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y*

³⁵ Si existió una excepción al principio consagrada en el artículo 76 de la Ley 153 de 1887, que establecía que si la demanda de alimentos entablada por el hijo no reconocido solemnemente se impetraba dentro del año siguiente al nacimiento, la condena de alimentos cobijaría todo el tiempo desde el nacimiento, incluyendo los gastos del parto, pero esa figura se había tenido por derogada desde la Ley 45 de 1936, si bien no hubo derogatoria expresa.

multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena será de prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor.

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. [Art. 233 C. P. modificado por el Art. 1º, L. 1181/07. por la sentencia C-798/08 Cort. Const., se incluyó la pareja homosexual. Nótese el inexplicable valor de la multa en el primer inciso].

Para la doctrina penal ese delito tiene las siguientes características: a) Es un tipo delictual **básico** o **autónomo**, que no exige al intérprete remitirse a otro tipo penal, ya por subordinación, remisión o por conexidad simple; b) Es un tipo **de peligro**,⁵⁶ de modo que no presupone la consumación de un daño, sino que basta para incurrir en el supuesto normativo la omisión del agente; c) es un tipo **de mera conducta**, que se perfecciona y agota con la omisión, sin que se requiera que la conducta lesione al afectado en sus intereses;⁵⁷ d) **No requiere de la fijación del monto de los alimentos por el juez o por convención**, porque basta el vínculo de estado civil y la conducta omisiva para que se consolide el delito y *se considera realizada en el momento en que debió tener lugar la acción omitida*;⁵⁸ e) solo se reconoce como causal de exculpación la **insolvencia** real y comprobada del deudor de los alimentos (no se admite la culpa de la víctima –injuria atroz– y en la fuerza mayor se reconoce la orden de autoridad competente y el hecho del tercero siempre que sus acciones inevitables o imprevisibles conduzcan a la insolvencia del deudor).

⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-237/97. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

⁵⁷ PABÓN PARRA Pedro A. *Delitos contra la familia*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2004, p. 341.

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal de 27 de febrero de 1990.

Y aquí señalo la contradicción: para la ley civil, si no están fijados los alimentos no existe la obligación y por fuerza tampoco hay incumplimiento, pero para la doctrina penal sí hay delito de inasistencia alimentaria a pesar de no estar fijados los alimentos.

Nadie niega la posibilidad de que el legislador fije esas condiciones para un delito y que el delito de omisión de la prestación de los alimentos deba ser reprimido con toda la fuerza correlativa a la condenable conducta del que abandona a los suyos, pero la doctrina penal falla cuando se contrasta con los principios jurídicos y lógicos, especialmente con el hecho de que la obligación de alimentos solo llega a existir cuando se reclaman, o como lo dice la ley civil *“se deben desde la primera demanda”*.

En cuanto a las críticas que merece la doctrina penal (que bien podrían ocupar varias páginas), tenemos que destacar que el Código Penal se refiere expresamente a los alimentos **legalmente debidos** y solamente existe una ley que regula la obligación de alimentos, precisamente la ley civil, y como lo hemos insistido a lo largo del estudio, sin fijación precisa de la prestación no hay obligación de alimentos, pero según la Sala Penal de la Corte Suprema, al no estar pagándolos, estaría incurriendo en el delito; un claro imposible, porque el que no debe no incumple, tanto así que si después se fijan los alimentos en proceso civil, el obligado solo los deberá para el futuro.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-237 de 1997, señaló que el delito sanciona no el hecho de no pagar la deuda (no hay cárcel por deudas), sino el daño que se hace al no atender el deber familiar, pero eso no es cierto, porque el abandono real e incluso doloso del hijo (más incumplimiento de deber familiar imposible) con pago oportuno de alimentos no es delito. Además, si fuera como lo dice la Corte, el delito no se extinguiría por el pago forzado o con el pago que haga un tercero (si mi amigo no paga los alimentos a sus hijos y lo condenan, yo puedo liberarlo de la cárcel pagando toda la deuda, asumiendo el pago de los alimentos futuros y si yo continúo cumpliendo seguirá libre así él siga siendo tan mal padre como antes).

Una persona puede ser deudora de alimentos y su acreedor no estar en la necesidad porque alguien, incluido él mismo [Inc. 3.º Art. 257 C. C. e Inc. 2.º Art. 1800 C. C.] provee los medios suficientes para quedar en imposibilidad

jurídica de reclamar alimentos, no importa si el potencial deudor de alimentos no se los paga, aun de mala fe. Veamos una escueta lista de las posibilidades que impiden que dos sujetos que de acuerdo con la ley puedan deberse alimentos entre sí lleguen a serlo en la práctica (aquí uso solamente la situación de un padre respecto de un hijo menor de edad, pero como puede verse la ley penal se refiere a todos los que se encuentran en la línea recta de parentesco o son cónyuges o compañeros permanentes).

1. **El alimentario solvente.** No debe alimentos el padre cuando el hijo es dueño de una fortuna recibida por asignación que se le hizo en la sucesión de su abuelo, a la que entró por vía de representación.
2. **El que recibe la prestación de otro de los alimentantes obligados.** Ni los debe el **padre** (así abandone a su hijo), pero que el rico abuelo materno en consideración a la memoria de su hija atiende al menor en debida forma.
3. **Quien recibe pago de un tercero.** No es acreedor de alimentos el hijo que recibe periódicamente la pensión de jubilación que correspondía a su madre por vía de sustitución pensional.
4. **El que renuncia a sus bienes para abrazar la vocación con voto de pobreza.** Si el delito fuera como lo sostiene la Corte, el padre insolvente por su culpa iría a la cárcel (renuncia a sus derechos y profesa de anacoreta, enclaustrado o no, en alguna de las múltiples religiones que aceptan esta forma de halagar al Señor).
5. **El acreedor alimentario que omite u olvida presentar su crédito en la oportunidad debida en el proceso de liquidación patrimonial.** Según la sentencia se va para la cárcel ese padre concursado cuando el liquidador se ha negado a reconocer el crédito alimentario de su hijo por haber sido presentado extemporáneamente y el auto judicial de reconocimiento y prelación de créditos se encuentra en firme.
6. **El deudor alimentario que ha fijado la obligación alimentaria con los demás obligados.** ¿De qué orden es la infracción del que, de acuerdo con el convenio de separación de cuerpos, ha asumido unos hijos y no otros, o se ha obligado a dar exclusivamente la educación, el vestido y asumir las

vacaciones, y no asume las demás obligaciones alimentarias, necesítandolas el acreedor?

7. **La ignorancia de la obligación alimentaria.** Incurriría en delito, si seguimos a la Corte, el sujeto que ha sido declarado padre extramatrimonial en proceso penal contencioso que se adelantó en su contra y fue representado por un defensor y luego se le denuncia por no haber pagado los alimentos.
8. **El deudor es incapaz o menor.** ¿Cómo se aplica el delito cuando el que debe los alimentos es un niño de dos meses de nacido y pudiente, que le debe alimentos a su padre desempleado e inválido?
9. **El alimentario que ha causado injuria atroz.** ¿Qué pena se impone al que no paga alimentos al hijo menor adulto que ha intentado en repetidas ocasiones envenenarlo?

En ninguno de estos casos se deben alimentos, simplemente porque no están fijados o establecidos de conformidad con la ley civil, pero según la sala penal de Corte Suprema de Justicia es reo de delito por no haber cumplido su obligación.

Hasta puede darse el caso que un juez penal, siguiendo su propia doctrina condene al inculpatado, pero el condenado, recurra al juez civil (de familia) a pedir la regulación de alimentos y este se vea en la necesidad de reconocer que no existe, ni existió tal deuda de alimentos, o fijarlos y decirle que sólo los debe de ahí en adelante. Aquí desconozco cómo puede resolverse que dos sentencias en firme y ejecutoriadas se puedan aplicar (el sujeto seguirá en la cárcel, supongo, pero tendrá la satisfacción de saber que cuando lo condenaron no era deudor de alimentos).

Por otro lado, la norma civil establece que una vez fijada la cuota alimentaria, al alimentante le toca pagarla, así ya hayan cesado las causas que originan la obligación y el deudor no puede sustraerse de dar los alimentos hasta ser relevado de la obligación luego de un proceso de regulación alimentaria o por acuerdo formal derogatorio del anterior. Aparece entonces la contradicción mayúscula de la Corte Suprema, porque sostiene que si están fijados los alimentos, el deudor que se sustraiga de ellos, así el acreedor no los requiera, también incurre en delito [sent., Casación Penal de 17 de abril de 1980]; lo que en palabras ordinarias da lugar a que el alimentante tenga siempre las de perder, ya que si hay sustracción de pago de los alimentos no fijados, el alimentante es reo penal,

porque le toca pagarlos, pero si están fijados, a pesar de que en realidad no deba pagarlos, también lo declara reo porque esos alimentos se deben por ley.

Si andamos para críticas, es bueno hacer notar que la cárcel como pena para el desalmado que no vela por sus hijos, a pesar del alto contenido social, deja mucho que desear en cuanto a la lógica y la técnica criminalística, por una parte porque solo se aplica a los pobres –porque a todos aquellos que tienen recursos, en lugar de denunciarlos penalmente se les embargan los bienes y al empezar a pagar se suprime la acción penal–, pero, por otro lado, si es pobre y lo mandan a la cárcel, queda automáticamente en imposibilidad de obtener recursos, excusado por demás de hacer cualquier pago, en cambio, si permaneciera libre y trabajara, se le embargarían los recursos y se pagaría la cuota alimentaria.⁵⁹

368. Multa y arresto subsidiario por no pago de alimentos al menor

El Código del Menor, ahora el de la Infancia y la Adolescencia, prevé como medio para conminar el cumplimiento de los deberes paterno filiales la amonestación acompañada de una multa para el evento de incumplimiento (denominada por la gente como “caución”) de un *valor de uno (1) a cien (100) salarios mínimos diarios legales vigentes, convertibles en arresto a razón de un (1) día por cada salario diario mínimo legal vigente de multa. Esta sanción será impuesta por el defensor de familia* [Art. 55 C. I. A.].

El padre o la madre que no pague alimentos, se verá expuesto a ser sancionado si persiste en el incumplimiento. Además le se hacen acreedores a las sanciones indirectas de “reporte” a las bases de datos del sistema financiero y no podrá abandonar el país, con lo que reaparece el arraigo judicial a nivel nacional [Inc. 5.º Art. 129 C. I. A.].

⁵⁹ Y ni qué decir de los proyectos de ley que pretenden que la inasistencia alimentaria sea impedimento para el nombramiento en un cargo o causal de destitución del empleo, con lo cual, si antes no lo era, ahora sí quedará insolvente de verdad.