

EL PAGÓ ¿ÚNICA EXCEPCIÓN DE MÉRITO QUE PUEDE ALEGAR EL DEMANDADO EN EL PROCESO EJECUTIVO DE ALIMENTOS PARA MENORES DE EDAD? CONFRONTACIÓN DEL ART. 152 DEL DECRETO 2737 DE 1989, CON EL ART. 133 DE LA LEY 1098 DE 2006, A LA LUZ DEL ART. 29 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

IRINA ÁNGELA ARIAS SIERRA
BERTHA MARINA FLOREZ GÓMEZ
VIVIANA MERCEDES MORA VERBEL
NÉSTOR JAVIER OCHOA ANDRADE
GERARDO JOSÉ RÁMIREZ DORIA¹

INTRODUCCIÓN

A partir de la segunda mitad del siglo XX, y como consecuencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se intensificó a nivel internacional la preocupación por el reconocimiento y la efectiva protección de los derechos de la niñez, los cuales, desde 1924, gozaban de precedente en la Sociedad de Naciones y logrando consolidar la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1989) por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, destacándose en esa convención el principio rector del interés Superior del menor y la protección especial de la que debe estar investido éste.

¹ El presente artículo se efectúa como requisito de grado para optar por al título de especialista en derecho procesal civil de la Corporación Universitaria del Caribe (CECAR). El mismo es el fruto de la reflexión realizado en el Seminario de Investigación, dirigido por el Docente Investigador Gustavo Adolfo Higueta Olaya.

En atención a lo anterior, en Colombia se expidió el Decreto-Ley 2737 de 1989 o Código del Menor, el cual contemplaba mecanismos judiciales y administrativos especiales encaminados a garantizar que los derechos del menor alcancen su efectividad y como consecuencia de ello, nuestra legislación, a través de la Ley 12 de 1991, aprobó su adhesión a la mencionada Convención y promulgó la nueva Carta Política dedicando el art. 44 a la protección especial de los niños, destacando que los derechos de éstos prevalecen sobre los derechos de los demás.

Es preciso señalar que el artículo primero de la Constitución Política establece que Colombia es un Estado Social de Derecho. Con base en ello, se le debe dar un trato preferencial a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad o están impedidos para participar en igualdad de condiciones, de conformidad con el artículo 13 de la misma Constitución. Es claro que en el caso de los niños y de las niñas se presentan las dos condiciones, hecho que los hace acreedores a especial protección por parte de su mismo núcleo familiar, de la comunidad y finalmente del Estado representado en las autoridades públicas. De tal manera es ampliamente conocido que los derechos de los menores son fundamentales y prevalentes sobre los derechos de los demás, tal y como lo establece el artículo 44 constitucional. Por esta razón, la Corte Constitucional, en su jurisprudencia, ha establecido parámetros de protección especial para los niños.²

Finalmente, y ante la necesidad de modernizar y reforzar aún más la protección de los derechos de los niños, se expidió la Ley 1098 de 2006 o

² Observatorio de Justicia Constitucional - Defensoría del Pueblo de Colombia
www.defensoria.org.co/ojc/pdf.php/1

Código de la Infancia y la Adolescencia, cuerpo de normas que, si bien derogó el Decreto 2737 de 1989, reprodujo gran parte de sus principios y contenido, dejando a salvo las disposiciones que en dicho decreto regulan el proceso de alimentos.

Como notas de ese nuevo ordenamiento y el anterior, las cuales ponen de presente la sobreprotección de los niños, niñas y adolescentes, se destaca el proceso administrativo y judicial allí estipulado para garantizar, entre otros, el derecho de aquéllos a recibir alimentos; procesos que, a diferencia de los alimentos que se piden para personas mayores de edad, estatuyen ciertas prerrogativas que los convierten en una verdadera y eficaz herramienta para lograr ese propósito.

Destáquese, por ejemplo, el decreto oficioso de alimentos provisionales y de las medidas de embargo y secuestro para garantizar su materialización; el decreto oficioso de impedimento del demandado para salir del país; la imposibilidad de que éste pueda ser oído en los procesos de custodia y otros afines si se encuentra demostrado que ha incumplido la obligación alimentaria; la orden oficiosa por parte del juez de que el demandado por alimentos sea reportado en las centrales de riesgo; la calidad de crédito privilegiado de que goza la obligación alimentaria y, finalmente, la prohibición de que el demandado en un proceso ejecutivo de alimentos pueda alegar excepción distinta a la de pago.

He aquí en este último punto específico donde centraremos nuestra investigación, tomando como línea de partida el interrogante: ¿Es posible jurídicamente que el demandado en un proceso ejecutivo de alimentos pueda oponerse a la demanda alegando una excepción (defensa) distinta a la de pago?

Se justifica la presente investigación, puesto que a través de la experiencia que durante varios años hemos tenido algunos miembros del grupo en temas del Derecho de Familia, se ha podido advertir que la restricción contenida en el art. 152 del Decreto 2737 de 1989, consistente en impedirle al demandado en un proceso ejecutivo de alimento, la posibilidad de defenderse con una excepción de fondo distinta de la de pago, en varias ocasiones ha traído graves injusticias, las cuales han tenido como fuente la violación flagrante de los derechos fundamentales al debido proceso y al buen nombre de aquél.

Esa situación de violación de tales garantías fundamentales, se ha mantenido y generalizado por más de dos décadas en la praxis judicial del país, pues la tendencia de la mayoría de los Juzgados encargados de ventilar esa pretensión ejecutiva, es rechazar o desestimar las excepciones de mérito propuestas por el ejecutado que no estén direccionadas a demostrar el pago; circunstancia real que justifica el ensayo de una propuesta investigativa en torno a una nueva interpretación del texto legal en cuestión, atendiendo a postulados y garantías contempladas en nuestra Constitución.

En este orden de ideas los objetivos que se ha propuesto el grupo de investigación con el presente artículo, es dar a conocer la notable injusticia que en términos de violación a los derechos fundamentales al debido proceso y al buen nombre, encierra la restricción expresamente contenida en el art. 152 de Decreto 2737 de 1989 o Código del Menor -aún vigente en ese aparte-, al impedir que el demandado en un proceso ejecutivo de alimentos para menor, pueda proponer como medio de defensa excepciones distintas de la de pago.

Nuestra investigación formulada desde un enfoque dogmático *Lege Lata* o normativo, presenta una propuesta interpretativa distinta -más comprensiva y razonable- de la que sugiere el texto de la parte final del art. 152 de Decreto 2737 de 1989 en cuanto a la imposibilidad de que el demandado en un proceso ejecutivo de alimentos para menor, pueda alegar como medio de defensa excepciones distintas al pago.

Tal interpretación buscará ser coherente con el mandato constitucional que propugna por la salva guarda de los derechos fundamentales en un plano de proporcionalidad y razonabilidad, sustentada, básicamente, en el art. 29 de la Constitución, en el art. 133 de la Ley 1098 de 2006, y en la formulación de casos hipotéticos de posible ocurrencia en el quehacer judicial.

Para el desarrollo del presente artículo, iniciaremos nuestra tarea planteado la solución que frente a ese cuestionamiento ofrece directamente el Decreto 2737 de 1989, en concordancia con la Ley 1098 de 2006, indicando, seguidamente, las razones normativas de orden internacional y constitucional que parecen explicarla. Luego, a través de la crítica, trataremos de develar las deficiencias e injusticia que provee esa solución, para de ese modo llegar a una conclusión que, finalmente, nos servirá para justificar y formular una nueva propuesta interpretativa frente a ese tópico.

1. SOLUCIÓN DIRECTA QUE OFRECE EL DECRETO 2737 DE 1989.

1.1 LAS RAZONES NORMATIVAS DE ORDEN INTERNACIONAL Y CONSTITUCIONAL.

Una primera respuesta al interrogante que viene de ser propuesto como *tema* de la investigación, la ofrece el art. 152 del Decreto 2737 de 1989 o Código del Menor, norma que expresamente dispone que *“La demanda ejecutiva de alimentos provisionales y definitivos, se adelantará sobre el mismo expediente, en cuaderno separado, por el trámite ejecutivo de mínima cuantía en el cual no se admitirá otra excepción que la de pago”*³(Subraya fuera del texto original).

Conviene precisar, que si bien el decreto en mención fue derogado por la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia, tal derogatoria no se extendió a los artículos comprendidos entre el 139 y 159 de aquél estatuto, que son las disposiciones que gobiernan o trazan el trámite a seguir en la ventilación judicial de las prestaciones alimentarias a favor de los menores de edad, ya que la referida Ley en su art. 217 acotó, categóricamente, que derogaba el Decreto 2737 de 1989 *“a excepción de los artículos 320 a 325 y los relativos al juicio especial de alimentos, los cuales quedan vigentes...”*

Hecha la anterior precisión y luego de examinar el texto del art. 152 del Decreto 2737 de 1989, se puede determinar que la mayoría de los jueces encargados de ventilar ese tipo de pretensión en nuestro medio, se contrae a

³ Decreto 2737 de 1989, art. 152, “por medio del cual se expide el Código del Menor”

que en tal juicio (ejecutivo) el demandado no le es permitido proponer como medio de defensa una excepción distinta a la de *pago*.

Esa restricción, la cual –se insiste- se concreta en la prohibición de que el ejecutado por alimento pueda en el escenario procesal al que fue convocado, alegar y demostrar razones distintas al pago para justificar el incumplimiento de que se le acusa respecto de determinada obligación alimentaria a favor de un menor, encuentra su explicación en la protección especial de que gozan los niños, niñas y adolescentes no sólo por normas de carácter internacional⁴, sino por la propia Constitución Política Colombiana, en cuyo art. 44 reconoce y relleva los derechos fundamentales de la niñez imponiendo a la Familia, a la Sociedad y al Estado la obligación de protegerlos y hacerlos efectivos, destacando con cierta vehemencia y notable claridad, que los mismos prevalecen sobre los derechos de los demás.

La Constitución resalta la importancia de los nexos familiares, circunstancia concebida igualmente por el Código de la Infancia y de la adolescencia (Ley 1098 de 2006), al afirmar que la familia es el pilar fundamental en el desarrollo de los niños, de las niñas y de los adolescentes.

A su vez, la protección a la niñez en el derecho interno, se refuerza a nivel internacional en los tratados sobre derechos humanos, como es el caso de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, cuyo principio 2, dispone que la niñez *“gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”*

⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada por Colombia a través de la Ley 12 de 1991.

En similar sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por el Congreso de la República mediante la Ley 12 de 1991, destaca, entre otros, específicamente las obligaciones que tienen los padres respecto de sus hijos y de sus hijas y enfatiza en que le corresponde al Estado prestar apoyo a los padres y la obligación de velar por el bienestar de niños y niñas cuando sus familiares no estén en condición de asumir por sí mismos dicha tarea. De la misma manera enfatiza en que los Estados Partes deben poner el máximo empeño en garantizar que ambos padres tengan obligaciones comunes en lo relacionado con la crianza y el desarrollo del niño y, finalmente, al reconocer el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

Siendo, entonces, la alimentación uno de esos derechos fundamentales de la niñez, que goza de extraordinaria protección constitucional en tanto que la efectiva realización del mismo conlleva, consecuentemente, a la realización de otros como la integridad física, mental, la salud y la vida misma de los niños y adolescentes, permite considerar, por ahora, que la restricción contenida en el art. 152 del Decreto 2737 de 1989 tiene su justificación en la medida en que ella constituye una de las manifestaciones de la sobreprotección Constitucional que se viene haciendo referencia; capaz, incluso, de cercenarle a quien ha sido demandado ejecutivamente por alimentos, la posibilidad de que pueda proponer como medio de defensa una excepción de fondo diferente de la de pago, para enervar las pretensiones de la demanda.

Siguiendo tal línea se puede concluir, por ahora, que el derecho fundamental de los niños a recibir alimentación (adecuada) se sobrepone, sin más, al también derecho fundamental al *debido proceso* de quien, según se dice en la demanda, debe esa prestación (alimentante) y se ha sustraído de la

misma; afirmación que encuentra su sustento en el mandato Superior de que “[l]os derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”⁵.

2. CRÍTICA A LA SOLUCIÓN OFRECIDA POR EL ART. 152 DEL DECRETO 2737 DE 1989.

2.1 INJUSTICIA AL CONSIDERAR EL PAGO COMO ÚNICA EXCEPCIÓN DE MÉRITO QUE PUEDE ALEGAR EL DEMANDADO EN EL PROCESO EJECUTIVO DE ALIMENTOS PARA MENORES DE EDAD.

El art. 44, de la Constitución Política, y la restricción (o prohibición, si se quiere) contenida en el art. 152 del Decreto 2737 de 1989, cuyo propósito está decididamente direccionado a materializar forzosamente y sin dilación alguna el derecho fundamental a la alimentación de un menor de edad cuando quiera que el Estado ha recibido noticia de su vulneración por parte del sujeto que, según el demandante, está llamado a suministrar esa prestación alimenticia, puede resultar injusta en ciertos casos a la luz, curiosamente, de la propia Carta fundamental.

Piénsese, por ejemplo, del sujeto que ha sido demandado ejecutivamente porque se ha sustraído del pago de la cuota alimentaria que provisionalmente fijó a cargo suyo y a favor de un menor de edad, el Defensor de Familia, en razón a que aquél no asistió a la audiencia de conciliación para la que fue convocado; todo ello de conformidad con lo establecido en el numeral 2º del art. 111 de la Ley 1098 de 2006, en concordancia con el inciso 5º del art. 129 de ese mismo estatuto.

⁵ Carlos Restrepo Piedrahita (2004), Constituciones Políticas Nacionales de Colombia, pág. 634, Instituto de Estudios Constitucionales, Universidad Externado de Colombia.

Como nota particular del caso, el Defensor de Familia a efectos de comprobar el parentesco o vínculo legal del alimentante con el alimentado, le dio mérito probatorio a un Registro Civil de Nacimiento que no da cuenta de la paternidad que se le imputa a aquél respecto de éste, dado que quien declaró o consignó esa circunstancia (paternidad) en dicho documento fue la madre del menor, y entre ésta y el ejecutado no existe vínculo matrimonial o unión marital de hecho que permitan presumir dicha paternidad; deficiencia ésta que tampoco fue advertida por el Juez que adelanta la ejecución, quien procedió a librar mandamiento ejecutivo y a adoptar las medidas cautelares consagradas en la ley, en contra del demandado.

Sucede que el demandado al ser notificado de dicha providencia decide defenderse atacando la deficiencia anotada, pero por alguna razón no lo hizo por vía del recurso de reposición contra el mandamiento de pago, sino alegándola a través de la excepción de mérito de *falta de legitimidad por pasiva*, dado que niega haber tenido cualquier vínculo sentimental con la demandante, lo que lo imposibilita para pasar como padre del aludido menor.

Ahora, hemos visto cómo el art. 152 del Decreto 2737 de 1989, categóricamente prohíbe que el ejecutado pueda proponer excepciones distintas a la de pago. También hemos visto los fundamentos de normatividad internacional y constitucionales que explican tal restricción, lo cual, a la hora de adoptar una decisión judicial frente a la defensa asumida por el demandado en el caso hipotético antes sugerido, parece no tener mayor inconveniente o dificultad, pues el rechazo de plano de esa *excepción* es, de conformidad con la norma referida, la única opción de que dispone el juez para resolver.

Sin embargo, se advierte que la aplicación irrestricta de la norma antes citada (art. 152) en el caso propuesto, cercena sensiblemente los derechos fundamentales al debido proceso y al buen nombre del demandado, con lo cual se viola directamente la Constitución Política, dado que aquél ha de soportar una carga alimentaria que no está llamado a resistir, en tanto que no está probado que sea el padre de un sujeto a cuyo favor se piden alimentos en consideración a esa condición, se le encausa como padre incumplido o irresponsable que ni sustancial ni procesalmente lo es.

Pero la restricción que impide al ejecutado ejercer su derecho de defensa arguyendo excepciones de fondo distintas de la de pago, no sólo devela su insuficiencia para brindar justicia en el caso que se ha tomado como ejemplo, sino que, como enseguida veremos, a la luz del art. 133 de la Ley 1098 (arts. 158 y 159 del Código del Menor) esa deficiencia se acentúa, por lo que se impone definitivamente una interpretación a la norma que contiene dicha restricción, diferente de la que su tenor literal sugiere.

Ciertamente, los incisos 1º y 2º del art. 133 citado señalan -el primero- que *“[e]l que debe alimentos no puede oponer al demandante en compensación lo que el demandante le deba a él”*, añadiendo -el segundo- que no obstante ello *“las pensiones alimentarias atrasadas podrán renunciarse o **compensarse** y el derecho de demandarlas transmitirse por causa de muerte, venderse o cederse, con autorización judicial, **sin perjuicio** de la **prescripción** que compete alegar al deudor”*⁶.

De la normatividad antes transcrita -que no es cosa distinta a lo que el Código Civil en su larga andanza ya había establecido en su art. 426-

⁶ Ley 1098 de 2006, Art. 133, “Por la cual se expide el código de la infancia y la adolescencia”, art.133, Universidad Externado de Colombia (2009).

claramente se advierte que a la excepción de *falta de legitimidad por pasiva* se suman las de *compensación* y *prescripción de la acción*, configurándose así tres medios de defensa o excepciones de fondo diferentes de la de *pago*, con que cuenta el demandado para enervar las pretensiones del ejecutante al interior del proceso ejecutivo de alimentos; lo cual inconcusamente deja sin ningún sustento razonable, no la norma misma contenida en el art. 152 del Decreto 2737 de 1989, sino la rigidez con que se muestra es interpretado su precepto.

Para ilustrar lo anterior, piénsese en el proceso ejecutivo que es adelantado en enero del 2011, para el cobro de cuotas alimentarias que se causaron durante la totalidad de los meses del año 2000. Es evidente que tales cuotas se encuentran prescritas, dado que la acción ejecutiva, de conformidad con el art. 2536 del Código Civil, prescribe en cinco (5) años; prescripción que con sobrada injusticia no podría ser alegada por el demandado en virtud de la prohibición contenida en el art. 152 tantas veces mencionado.

Cabe precisar, que la prescripción de la que se ha hecho referencia, en modo alguno se predica frente al derecho a los alimentos, puesto que éste es imprescriptible y se hará exigible siempre que concurren los supuestos de hecho contemplados por la ley para su reclamación⁷. La prescripción a la que nos estamos refiriendo se contrae a aquella que recae sobre la *cuota alimentaria atrasada*, esto es, sobre la porción en dinero o en especie previamente fijada por el funcionario competente (Juez, Defensor de Familia, Comisario de Familia, etc.) o por las partes de común acuerdo, que el

⁷ Tales supuestos o requisitos son: (i) el vínculo legal, convencional o de consanguinidad entre el alimentante y el alimentado; (ii) la necesidad de los alimentos por parte de éste y la imposibilidad para proveérselos por sus propios medios, y (iii) la capacidad económica por parte de aquél para suministrarlos al alimentario.

alimentante debe suministrar a favor del alimentario o beneficiario y que se encuentra ya causada, es decir, apta para ser exigible ejecutivamente.

CONCLUSIONES


Se puede afirmar que de conformidad con el art. 29 de la Constitución Política, los artículos 133 de la Ley 1098 de 2006 y 426 del Código Civil y la ingeniosidad de la vida cotidiana; la aplicación irrestricta o apodíctica en todos los casos de la restricción contenida en el art. 152 del Código del Menor consistente en la inviabilidad de que el demandado pueda proponer como medio de defensa una excepción de fondo distinta de la de pago en un proceso ejecutivo de alimentos para un menor de edad, so pretexto de que estando en riesgo el derecho fundamental de un niño a recibir alimentos, éste se imponga o prevalezca sobre los derechos fundamentales al debido proceso y al buen nombre del presunto padre, que aparece como incumplido e irresponsable, no es justificable desde la tesis humanista o antropocéntrica de nuestra Carta Fundamental.

En este sentido nuestra propuesta es develar la notable injusticia que en términos de violación a los derechos fundamentales al debido proceso y al buen nombre, proporciona la restricción expresamente contenida en el art. 152 de Decreto 2737 de 1989 o Código del Menor -aún vigente en ese aparte-, al impedir que el demandado en un proceso de ejecución de alimentos para menor de edad, pueda proponer como medio de defensa excepciones distintas de la de pago.

Es perfectamente razonable y, por ende, Constitucional, que fuera de la excepción de pago, el demandado en proceso de ejecución por alimentos

pueda también proponer en ejercicio de su legítimo derecho de defensa, las excepciones de *falta de legitimidad por pasiva, prescripción y compensación*, sin que le sea dable al juez de la causa rechazarlas o desestimarlas bajo el argumento de que el art. 152 del Código del Menor las proscribe al no identificarse con la de pago.

Bibliografía

- Decreto 2737 de 1989, art. 152, “por medio del cual se expide el Código del Menor”.
-  Ley 1098 de 2006, Art. 133, “Por la cual se expide el código de la infancia y la adolescencia”, art.133, Universidad Externado de Colombia (2009).
- Código Civil
- Constitución Política de Colombia
- Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
- Decreto-Ley 2737 de 1989
- Ley 1098 de 2006
- www.defensoria.org.co/ojc/pdf.php/1
- PIEDRAHITA Carlos Restrepo (2004), Constituciones Políticas Nacionales de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales, Universidad Externado de Colombia. pag. 634.