

Necesidad de determinar la capacidad económica del obligado porcentual alimentario, en la etapa ejecutiva del proceso, por fenecimiento de su vínculo laboral

Need to determine the economic capacity of the food percentual obligate, in the executive stage of the process, by fenciation of its labor link

RUIZ BAZÁN, Edgar(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Posibilidades económicas, remuneración e ingresos. 2.1. Remuneración. 2.2. Ingresos. III. Ejercicio abusivo del derecho. IV. Proporcionalidad al fijar la pensión. V. ¿Es necesario acudir a un nuevo proceso para el reajuste de alimentos en modo porcentual? VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

Resumen: El presente trabajo describe los fundamentos que explican la necesidad de determinar nuevamente la capacidad del obligado alimentista cuya prestación fue fijada porcentualmente, por conciliación en audiencia única o

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente en Pregrado de Derecho Civil en la Facultad de Derecho y CC. PP. de la Universidad Nacional de Cajamarca. Estudios concluidos de maestría en la mención en Derecho Civil y Comercial de la Facultad de Derecho de la UNC.

mediante sentencia, debido a tener vínculo laboral vigente y que en la etapa de ejecución del proceso alimentario este fenece; hasta entonces la actividad procesal contribuía a calcular las liquidaciones alimenticias, afectando el porcentaje a la remuneración obtenida; es así que, una vez culminada la relación laboral, el empleador no es más órgano de auxilio judicial, no existe base remunerativa para el descuento porcentual y, finalmente, las posibilidades económicas del alimentista, varían; por ello, es necesario, a decir del autor, un reexamen de las actuales y reales posibilidades económicas, al margen de la obligación de recurrir a un proceso de reducción de alimentos.

Palabras clave: posibilidades económicas, interés superior del niño, seguridad jurídica, ejercicio abusivo del derecho, remuneración mínima vital.

Abstract: This paper points out the fundamentals that explain the need to determine again the capacity of the obligor whose provision was set in percentage, by conciliation in a single hearing or by sentence, due to having a current employment relationship; and that at the stage of execution of the food process, it dies; until then, the procedural activity contributed to calculate the food liquidations, affecting the percentage to the remuneration obtained; Thus, once the employment relationship is over, the employer is no longer a body of judicial assistance, there is no remuneration basis for the percentage discount and, finally, the economic possibilities of the foodstuff vary; Therefore, it is necessary, according to the author, a re-examination of current and real economic possibilities, regardless of the obligation to resort to a process of food reduction.

Key words: Economic possibilities, best interests of the child, legal certainty, abusive exercise of the right, minimum vital remuneration.

I. Introducción

La Constitución Política del Estado peruano consagra como orden prioritario la protección de la familia y, más aún, de quienes están en situación vulnerable, de esta manera, el art. 4 de nuestro máximo cuerpo normativo, señala: «La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad [...]». No es llamativo, entonces, que históricamente las necesidades de la familia y de sus integrantes sean política social e institucional del Estado debido, contrariamente, al alto índice de vulneración contra los intereses del grupo familiar.

La subsistencia de la persona, desde antes de su nacimiento, exige la atención los progenitores y familiares. Lamentablemente la ausencia de la misma es la principal causa de litigios judiciales en el Perú; cubrir las necesidades básicas exige no

solo la alimentación propiamente dicha, sino también el vestido, educación, vivienda, salud, recreación, y asistencia psicológica, conforme lo establece el artículo 472 del Código Civil vigente.

El deber de asistencia es atribuido a todos los integrantes del grupo familiar, más cercano, vale decir, entre cónyuges, ascendientes, descendientes y los hermanos, tal y conforme lo señala el artículo 474 del Código Civil, ello concordado con el artículo 481 del mismo cuerpo normativo; es decir, atendiendo a las posibilidades del alimentante y las necesidades del alimentista, lo que comúnmente debería prestarse en un clima voluntario, espontáneo, afectivo, y pacífico;

Estos criterios, como parámetros rígidos normativos, suelen pasar desapercibidos cuando los responsables de un menor de edad viven en cordialidad y afectividad sea mediante la simple convivencia o a través del matrimonio; el problema surge ante su separación, por diversas razones surgidas en el hogar y que no vienen al caso explicar, quedando la interrogante de quien tendrá la custodia o tenencia del menor y cómo se atenderá a sus necesidades.

Siendo así, cabe explicar que ante esta situación existen dos formas de prestar alimentos, de manera directa, por el padre o madre a cargo del menor, o del progenitor separado cuyo monto se fija por acuerdo, y de manera judicial, ante la negación de prestar voluntariamente alimentos, o la insatisfacción por el monto.

Es así que, citando el texto del art. 481 del Código Civil: «Los alimentos se regulan por el juez en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que debe darlos, atendiendo, además, a las circunstancias personales de ambos, especialmente a las obligaciones a que se halle sujeto el deudor. No es necesario investigar rigurosamente el monto de los ingresos del que debe prestar los alimentos». Del texto, lo que nos interesa a efectos del presente trabajo es detenernos un momento en las posibilidades del alimentante, ello es motivo de desarrollo doctrinal y jurisprudencial.

El profesor Varsi Rospigliosi, (2012) considera tres formas de prestar alimentos: a) prestación dineraria, b) prestación en especie y c) prestación mixta (pp. 458-459). Solo señalaremos algunos aspectos de la prestación dineraria; esta prestación puede otorgarse en monto fijo o de manera porcentual hasta un máximo del 60 % del total de los ingresos (art. 648 inc. 6 del Código Procesal Civil).

Cuando el obligado alimentario tiene la condición de trabajador y, por tanto, percibe una remuneración y beneficios adicionales, suele fijarse el monto en función a una tasa porcentual de sus remuneraciones, de este modo, si estas aumentan, automáticamente aumentará la pensión alimenticia y consecuentemente si disminuye, será lo propio, tarea en la que coadyuvará el empleador en una suerte de órgano de auxilio judicial.

La liquidación de alimentos es una tarea que tiene cabida en la etapa de la ejecución del proceso y se da cuando ante requerimiento de cualquiera de las partes, lo cual no debería irrogar problema alguno que no pueda ser resuelto con simples operaciones matemáticas; sin embargo, por la práctica litigiosa se me presentó un caso particular y que, a la luz de ello, tuve conocimiento de otros casos en los que hubo cierta controversia al momento de establecer la liquidación de alimentos, cuya prestación fue establecida porcentualmente, pero que en el decurso de esta etapa (ejecución). El obligado había terminado su vínculo laboral, ante ello, surgieron algunas interrogantes, ¿se debe liquidar el monto alimentario conforme a la remuneración percibida, para períodos en los que ya no goza de la misma?, ¿es el principio del Interés Superior del Niño el que se sobrepone, debiendo ostentar siempre un ingreso similar al que ganaba?, ¿el no acudir a un proceso adicional de reducción de alimentos, justifica el aplicarse la liquidación conforme al monto otorgado con anterioridad?

A nivel judicial, estas dudas, no han pasado desapercibidas, por lo que es necesario encontrar una salida a estas preguntas, a fin de no lesionar los derechos de las partes, la seguridad jurídica, pero tampoco la subsistencia de las mismas, debido a la rigidez excesiva del proceso, aunando a un daño otro de magnitud considerable.

II. Posibilidades económicas, remuneración e ingresos

El Código Civil, en su art. 481, señala que los alimentos se fijan en función a las necesidades de quien los pide y las posibilidades de quien debe otorgarlos, ergo, la denominación: posibilidades, ha sido analizada en diversos aspectos, partiendo de que no siempre está relacionada con la efectiva y actual obtención de alguna renta, sino en la potencialidad de generarse la misma, atendiendo a aspectos como edad, buena salud, grado de instrucción o formación, capacidad e inserción laboral, etc., lo cual, excluye el criterio erróneo que aquellos progenitores que no laboran o estudiantes, puedan eximirse de dicha responsabilidad.

Al respecto, el profesor Héctor Cornejo (1999), citando a Josserand, comenta que «así como el acreedor alimentario debe hallarse en estado de necesidad, el deudor alimentante debe tener lo superfluo, mas el juez habrá de considerar no solo los ingresos del demandado y su situación de familia, sino también sus posibilidades de ganar más de lo que actualmente gana, aunque dichas posibilidades deben medirse con cautela y de acuerdo a cada caso concreto» (p. 579).

Sin embargo, si nos remitimos a aquellos obligados, que perciben una retribución por la labor realizada, podemos diferenciar dos conceptos en cuanto a su capacidad económica: los ingresos y las remuneraciones.

2.1. Remuneración

La remuneración, además de ser uno de los elementos de la relación laboral, al lado de la prestación personal, y subordinación es, según Toyama (2005), «todo lo que percibe el trabajador por los servicios prestados sea en dinero o especie. La remuneración comprende aquellos conceptos que representan una ventaja o beneficio patrimonial para el trabajador y su familia –ya sea en bienes o servicios–, sin tener en cuenta la condición, el plazo o la modalidad de entrega» (p. 310).

A decir del profesor Enrique Varsi (2012), la remuneración es un concepto restringido al ámbito laboral. Con las particularidades detalladas en sus normas, en consecuencia, no todo dinero o especie que recibe una persona es remuneración (p. 475).

2.2. Ingresos

Al mencionar ingresos, este término se puede asimilar al concepto tributario de renta, el cual viene determinado por el valor monetario del incremento neto de riqueza en un cierto tiempo, vale decir que la remuneración solo comprende una parte del conjunto denominado: ingresos.

El Código Civil, contempla, en su regulación, ambos términos, por ejemplo, en el artículo 482 señala que cuando el monto alimentario se fija en porcentaje y las posibilidades varían, el reajuste de las remuneraciones se realiza automáticamente; por el contrario, el artículo 483, del mismo cuerpo normativo, precisa que si los ingresos disminuyen o el alimentista ha cumplido la mayoría de edad y no continúa con estudios superiores exitosos, se puede solicitar la exoneración de los alimentos.

En este orden de ideas, las posibilidades económicas a fin de fijar porcentualmente el monto alimentario, está referido a todos los ingresos, esto es, no solo remuneraciones, sino también bonificaciones extraordinarias, escolaridad, etc.

En la práctica procesal nos hemos encontrado con casos en los cuales, después de haberse fijado el porcentaje que afecta al monto de ingresos percibidos por el obligado, en la etapa de ejecución el empleador comunica al juzgado a cargo del proceso alimentario, que el obligado ya no es más trabajador de la empresa o entidad pública; sin embargo, este no ha acudido a un proceso adicional de reducción de alimentos, a fin de disminuir la pensión alimenticia; ergo, en la etapa de ejecución de la sentencia se solicitan consecutivas liquidaciones, y es en esta etapa que surge la contingencia del término del vínculo laboral, la interrogante es ¿cuál es la base de ingreso a la cual se aplicará el porcentaje establecido en la etapa decisoria?

Hay quienes han ensayado la postura de que debe aplicarse respecto a los ingresos que se consignan en la última boleta, puesto que no se puede vulnerar el principio de Interés Superior del Menor, además que el obligado no ha sido suficientemente diligente para demandar reducción de alimentos a través de otro proceso.

Por otro lado, existen magistrados que consideran que sería injusto y desproporcional aplicar el porcentaje a un monto que actualmente no se percibe, debiendo tomarse como base a la remuneración mínima vital, podemos señalar, por ejemplo, las decisiones del Segundo Juzgado de Familia, que resolvió en apelación algunos procesos como los signados con los números de Exp. 52-2005 (Prorrateo de Alimentos- En apelación proveniente del Segundo Juzgado de Paz Letrado) y 174- 2009 (Alimentos- En apelación proveniente del Tercer Juzgado de Paz Letrado).

Exp. 52-2005-81-0601-JP-FC-01: SENTENCIA

CONSIDERANDO 5: «En cuanto a que no se puede cobrar el porcentaje de las pensiones aprobadas judicialmente por el hecho del despido del impugnante de su centro de trabajo, efectivamente, se ha acreditado con el certificado de trabajo de folios cuarenta, que el demandado impugnante ha laborado en Minera Yanacocha SRL, desde el uno de agosto de 2001 hasta el treinta de setiembre de 2012, siendo así las pensiones liquidadas y aprobadas, desde octubre de 2012 hasta junio de 2013, y que se ha realizado sobre la última remuneración percibida por el impugnante en setiembre de 2012, conforme así se evidencia de la liquidación realizada por la oficina de pericias judiciales, constituye un ejercicio abusivo del derecho de las alimentistas que la Constitución y la Ley no amparan. En ese sentido, el hecho de que se haya aprobado una liquidación de pensiones realizada sobre remuneraciones que no han sido efectivamente percibidas por el obligado, afecta el debido proceso en tanto evidencia, que la resolución que las aprueba se sustenta en una motivación aparente que afecta el derecho a la debida motivación de las resoluciones que tienen los justiciables, así se establece en los numerales 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado».

CONSIDERANDO 6: «El hecho de que no se puede determinar el monto de las remuneraciones del demandado o que este haya dejado de percibir una remuneración mensual, no implica que no esté obligado a cumplir con las pensiones que se han aprobado judicialmente o que el juez no debe liquidar las pensiones devengadas, pues estas tienen sustento en las posibilidades económicas del obligado y no en las remuneraciones que percibe mensualmente. En casos similares, en aplicación del principio de equidad y en atención a que los jueces no podemos dejar de administrar justicia por

defecto o deficiencia de la ley, se ha establecido que cuando el porcentaje de la pensión de alimentos no pueda liquidarse por despido, suspensión o interrupción de las labores del obligado, la liquidación deberá practicarse teniendo en cuenta la *remuneración mínima vital*[...].».

IV. Ejercicio Abusivo del Derecho

Al tolerar un cálculo del monto liquidado, a pesar que ha desaparecido el supuesto fáctico que da origen a la base económica cierta, respecto de la cual se aplicará la tasa porcentual establecida en audiencia única o en la sentencia, no solo trastoca la esencia misma del Derecho, puesto que, como bien se sabe, desde una visión tridimensional, este no solo se constituye por el elemento normativo, sino fáctico, además del valorativo o filosófico; los supuestos mencionados advierten la no existencia del supuesto fáctico para una deducción porcentual, además no se ajusta al sustento valorativo de alcanzar la justicia, ya que no es que se niegue la obligación, pero no responde al criterio de justicia, el cual representa la finalidad mediata del Proceso Judicial. Si bien hay un derecho subjetivo del o la representante legal del menor a solicitar la liquidación devengada de los montos adeudados, no justifica realizar un cálculo de un monto, causando afectación al obligado.

Al respecto, Fernández Sessarego (1999) sostiene que «[...] el fenómeno jurídico conocido como «abuso de derecho» consiste en una conducta que, sustentándose en un derecho subjetivo, se convierte en antisocial al trasgredir en su ejercicio o, a través de su omisión, un genérico deber jurídico que cristaliza el valor solidaridad. Ello origina un específico *sui generis* acto ilícito que no es materia de la responsabilidad civil. Lo antisocial es lo «irregular», lo «anormal», es decir, contrario a la solidaridad y, por ende, de la moral social» (p. 163).

V. Proporcionalidad al fijar la pensión

El profesor Enrique Varsi (2011) nos ilustra que en materia de fijación de alimentos debemos partir siempre de la premisa que los alimentos no deben ser utilizados como medio de participar en el patrimonio del alimentante, ni mucho menos de obtener su fortuna. Los alimentos son otorgados por una cuestión *ad necessitatem* El alimentista es quien necesita, no quien exige participar –tal cual accionista– en las utilidades o nuevos ingresos del alimentante (p. 422).

De igual modo, la profesora Claudia Canales (2013) señala que el presupuesto de la proporcionalidad al fijar alimentos responde a un tema de equidad, equilibrio y justicia (p. 61).

Por ello, consideramos que tan injusto es tratar de participar a modo de accionista en las utilidades y demás beneficios del obligado, como persistir en efectuar liquidaciones porcentuales respecto a un monto económico después de haber culminado el vínculo laboral y no percibir los mismos ingresos.

VI. ¿Es necesario acudir a un nuevo proceso para el reajuste de alimentos en modo porcentual?

La regla general explica que para el reajuste de la pensión de alimentos exige la realización de nuevo proceso judicial, ya que recordemos que la naturaleza del proceso alimentario no genera cosa juzgada material, sino solamente formal; sin embargo, se debe tener en cuenta que ello solo aplica para lo establecido en monto fijo, pues el artículo 482 del Código Civil prescribe que al tratarse de montos fijado a nivel porcentual, el reajuste es automático, no requiriendo de un proceso adicional.

De esta manera:

Artículo 482. «La pensión alimenticia se incrementa o reduce según el aumento o la disminución que experimenten las necesidades del alimentista y las posibilidades del que debe prestarla. Cuando el monto de la pensión se hubiese fijado en un porcentaje de las remuneraciones del obligado, no es necesario nuevo juicio para reajustarla. Dicho reajuste se produce automáticamente según las variaciones de dichas remuneraciones».

El artículo en mención está pensado en la reducción o incremento de los ingresos del trabajador, en ese supuesto, es evidente que al ser la tasa porcentual la aplicable, graduará el monto de manera automática conforme la variación; sin embargo, no se ha contemplado la contingencia del fin del vínculo laboral, siendo que la tasa porcentual, sea de 10 %, 20 %, 40 %, etc., no sufrirá variaciones por ser esta la modalidad determinada en la sentencia, salvo que se intente modificar la modalidad de prestación alimentaria, lo cual sí exigirá un nuevo proceso.

Nuestro trabajo refiere al hecho de no variar el modo de prestación, sino que a efectos de liquidación, identificar la base económica respecto de la cual se aplicará la tasa porcentual ya fijada previamente. Respondiendo al artículo 482, si se pretende un reajuste de la base económica que representa a los ingresos del obligado, debe efectuarse en el mismo proceso de alimentos; si bien quienes defienden el principio de Interés Superior del Niño, exigirán que se practique la liquidación respetando el monto que corresponde mínimamente a la última boleta de pago; por el contrario, quienes privilegian el criterio de equidad, respetando los derechos del alimentante, señalarán que se fije conforme a la remuneración mínima vital como lo expresa la jurisprudencia.

Sin embargo, consideramos que considerar los dos ámbitos para la determinación de alimentos: a) necesidades del alimentista y b) posibilidades del alimentante; sin vulnerar el Principio de Interés Superior del Menor, sin ejercer de manera abusiva un derecho subjetivo, además de no atentar contra la subsistencia del alimentante y además de estar facultado para hacer el reajuste conforme al artículo 482 del Código Civil en el mismo proceso, consideramos necesaria la alternativa de establecer para estos casos en específico la celebración de una nueva audiencia de carácter extraordinario, en donde se puedan identificar las posibilidades actuales, a fin de llegar a la finalidad mediata de todo proceso judicial, la paz social en justicia.

VII. Conclusiones

- Existen tres formas de prestación alimentaria: a) en dinero, b) en especie y c) mixta, siendo que la forma dineraria es establecida judicialmente en monto fijo y de manera porcentual, esta última suele aplicarse en su mayoría cuando el obligado tiene una relación laboral y percibe ingresos periódicos.
- Al culminar el vínculo laboral del obligado alimentista en prestación porcentual y teniendo que calcularse liquidaciones en la etapa de ejecución, surge la controversia y debate judicial de saber si la tasa porcentual se aplica respecto a la última boleta o sobre la remuneración mínima vital.
- Una salida que se pretende es exigir al obligado acudir a un nuevo proceso a fin de hacer el reajuste del monto alimentario, sin embargo, consideramos que ello solo sería exigible cuando se pretendiera modificar la modalidad de la prestación de porcentaje a monto fijo, pero en los demás casos en los que se pretenda identificar los ingresos reales y actuales, se ventilará en el mismo proceso.
- Consideramos que en los supuestos de finalización del vínculo laboral del obligado alimentario se debe señalar, aun en la etapa de ejecución, una audiencia extraordinaria a fin de identificar sus reales y actuales ingresos.

VIII. Referencias bibliográficas

- CANALES TORRES, C. *Criterios en la Determinación de la Pensión de Alimentos en la Jurisprudencia. Diálogo con la Jurisprudencia*. 1.^a ed. Lima, 2013.
- CORNEJO CHÁVEZ, H. *Derecho familiar peruano*. 10.^a ed. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, 1999.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. *Abuso del Derecho*. 2.^a ed. Lima, Perú: Grijley, 1999.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, J. *Instituciones del Derecho Laboral*. Lima, Perú, 2005.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. *Tratado del Derecho de las familias. Derecho familiar patrimonial. Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar*. Tomo III. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, 2011.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. *Tratado del Derecho de Familia*. 1.^a ed. Tomo III. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, 2012.