



IUS. Revista del Instituto de Ciencias  
Jurídicas de Puebla A.C.

ISSN: 1870-2147

revista.ius@hotmail.com

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla  
A. C.  
México

Orozco Gadea, German A.

Comentarios al artículo 326 del Código de Familia (acuerdo notarial sobre pensión de  
alimentos)

IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., vol. IX, núm. 36, julio-  
diciembre, 2015, pp. 419-440

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.  
Puebla, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293244044017>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# Comentarios al artículo 326 del Código de Familia (acuerdo notarial sobre pensión de alimentos)\*

*Comments about article 326 of the Family  
Code (notarial agreement on alimony)*

German A. Orozco Gadea\*\*

## RESUMEN

*En la legislación nicaragüense, con la implementación del Código de familia, se permite a las partes realizar acuerdos ante notarios para regular el pago de las pensiones alimenticias. Estos acuerdos deben ser aprobados por la autoridad judicial. En la redacción de este tipo de convenios, los notarios pueden encontrar ciertos tipos de vicisitudes, como la capacidad de los menores de edad progenitores; la situación de las personas adolescentes que se emancipan por maternidad o paternidad en cuanto a su derecho de recibir alimentos; la distribución en caso de pluralidad de alimentarios concebidos con otras parejas. Con el ánimo de contribuir a un debate presentamos nuestras consideraciones sobre estos temas polémicos en nuestra legislación en materia de familia.*

**PALABRAS CLAVE:** Hijos, progenitores, familia, pensión alimenticia, acuerdo notarial.

## ABSTRACT

*In Nicaraguan legislation, with the implementation of the Family Code, parties are permitted to execute agreements before notaries to regulate the payment of alimony. These agreements must be approved by judicial authority. In the drafting of this type of convention, the notaries may find some vicissitudes, such as the capacity of minors to be parents; the situation of adolescents emancipated by maternity or paternity with regard to their right to receive food; the distribution of food in case of a plurality of food plans with other couples. With the spirit of contributing to a debate, we present our thoughts on this and other controversial issues in our legislation relative to the family.*

**KEY WORDS:** Children, parents, family, alimony, notarial agreement.

\* Recibido: 8 de mayo de 2015. Aprobado: 22 de junio de 2015.

\*\* Profesor de Derecho Civil y Derecho de Familia en la Universidad Centroamericana, Nicaragua.  
(coordinacioncivil@ns.uca.edu.ni)

## SUMARIO

1. Introducción
2. Análisis del artículo 326 del Código de Familia
3. Vicisitudes en el contrato sobre pensión de alimentos
4. Conclusiones

## 1. Introducción

El derecho es una expresión de la vida misma. Nace del devenir social; además, lo ordena y regula. La razón de ser del derecho es la persona.<sup>1</sup> De tal manera, el derecho tiene por objeto regular la vida del hombre en la sociedad, tanto de forma individual como colectiva, como dice el brocardo romano: *ubi societas, ibi ius* (donde hay sociedad, allí hay derecho).<sup>2</sup> En efecto, el ser humano es un ser social por naturaleza y la sociedad está conformada por un conjunto de miembros ligados entre sí por diversos vínculos: comerciales, laborales, patrimoniales, familiares; así, se afirma que la célula básica de sociedad se asienta en la familia. Si hemos dicho que el derecho regula a la sociedad, no debe extrañarnos que una parte importante la ciencias jurídicas esté reservada a sistematizar al derecho de familia.

Con la aprobación de la Ley 870, mejor conocida como Código de Familia, publicado en La Gaceta, Diario Oficial 190, del 8 de octubre de 2014 (en adelante Ley 870/2014 o CF), se ha modernizado el derecho de familia nicaragüense. Dentro de esta materia, el tema de la pensión de alimentos cobra una perenne vitalidad. A la sazón, se afirma que la historia de los alimentos comienza con la historia de la humanidad;<sup>3</sup> en efecto, el bien más preciado que tiene una persona es la vida, y para su subsistencia la alimentación tiene un carácter imprescindible.

<sup>1</sup> *Omne jus causa hominum constitutum est.* Hermogeniano, (la persona es la razón del derecho, D. 1.5.2).

<sup>2</sup> "El origen de esta regla es desconocido, pero posiblemente medieval. Expresa la necesaria alteridad del derecho, y, por tanto, su carácter societario. También aparece formulado como *ubi civitas ibi ius*." DOMINGO, RAFAEL y RODRIGUEZ-ANTOLÍN, BEATRIZ. *Reglas jurídicas y aforismos. Con jurisprudencia actualizada y remisiones a la legislación vigente*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 131.

<sup>3</sup> A. DE IBARROLA. Citado por Chávez Ascencio, Manuel. *La familia en el derecho. Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*, Porrúa, México, 2007, pp. 158.

Su razón de ser no se deriva de consideraciones de orden ético, moral o piadoso, como alimentar al necesitado, socorrer al desvalido o vestir al desnudo, sino que proviene del principio de solidaridad familiar, que obliga a los parientes a suplir las necesidades vitales que cualquier de ellos tenga o no pueda autosatisfacer.<sup>4</sup> Por este motivo, nuestro legislador constitucional acoge de forma implícita este requerimiento en el artículo 73.2 del CN:

Los padres deben atender el mantenimiento del hogar y la formación integral de los hijos mediante el esfuerzo común, con iguales derechos y responsabilidades. Los hijos, a su vez, están obligados a respetar y ayudar a sus padres. Estos deberes y derechos se cumplirán de acuerdo con la legislación de la materia.

Encontramos la legislación de la materia en el Código de familia, que en el artículo 315 señala: “El deber de dar alimentos y el derecho de recibirlos se funda en la familia. En la alimentación de la familia deberán contribuir todos los miembros mayores hábiles, unos en dinero y otros con trabajo del hogar, acorde a sus capacidades y posibilidades”.

Dentro de seno de las relaciones humanas, “Las posiciones entre los miembros de una sociedad pueden ser tres: de inferencia, de paz y acuerdo, o de guerra y desacuerdo”.<sup>5</sup> Por el objeto de esta investigación, nos interesa la postura de paz y acuerdo. En este punto, el notario desempeña un papel protagónico.

Nuestro legislador le otorga al notario la posibilidad de redactar acuerdos sobre pensiones de alimentos mediante el artículo 326, del CF, que reza así:

El padre y la madre podrán mediante escritura pública, celebrar acuerdo sobre la pensión de alimentos que se debe pasar al hijo, hija o persona con discapacidad, pero ésta deberá ser ratificada por autoridad administrativa o judicial competente del domicilio del beneficiario, de conformidad con el presente Código.

Este precepto es un reflejo del trinomio que vincula al acuerdo, el notario y la seguridad jurídica. En efecto, nadie mejor que el notario: por medio de la fe notarial, puede hacer constar hechos para que no sólo perduren en el tiempo, sino que a la vez se les atribuya a las partes. Como expresa el jurista

<sup>4</sup> CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL. *La familia...*, op. cit., p. 47.

<sup>5</sup> GATTARI, CARLOS NICOLÁS. *Manual de Derecho notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 7.

argentino Gattari: “A su vez, un importante sector de la autonomía, basada en el acuerdo, configura la competencia material de la función notarial. Por sus caracteres nace en la verdad y en la certeza, con expansión sobre la seguridad jurídica”.<sup>6</sup>

## 2. Análisis del artículo 326 del Código de Familia

Para comprender la trascendencia de este artículo, nos proponemos fraccionarlo para explicar cada una de sus partes; con todo, obtendremos conceptos vitales: relación de filiación, escritura pública, contrato, incapacidad, autoridad administrativa o judicial competente, domicilio y beneficiario.

### 2.1 Relación de la filiación

En parte *ab initio* del artículo 326 del cf, se hace referencia a los progenitores cuando se lee: “El padre y la madre [...] en consecuencia, nuestro ‘bisturí jurídico’, debe iniciar determinando qué se entiende por relación de filiación”.

La filiación es la relación biológica que une a procreantes y procreados (por ahora, prescindiremos de la adopción). Es un hecho natural, pero también es una realidad jurídica regulada por el derecho que presupone la determinación de la paternidad y la maternidad.<sup>7</sup>

Como nos señalan los juristas Díez-Picazo y Gullón,<sup>8</sup> el establecimiento de la filiación se funda en dos principios. El primero plantea que (en principio) la maternidad se puede fijar con certeza (*mater semper certa est*); el segundo, que es imposible comprobar con absoluta seguridad (sin una prueba de adn) la paternidad (*pater semper incertus*). Esta cuestión, bastante lógica, se deriva del hecho incontestable en virtud del cual se determina la maternidad con demostrar que la mujer ha alumbrado y el nacido procede de tal alumbramiento o del principio natural de que el parto sigue al vientre.

Pero en el caso del padre la cuestión no es tan fácil; es necesario partir de presunciones, porque el progenitor jurídicamente debe quedar fijado; así, se entiende que ha realizado el acto procreador con la madre en el momento probable de la concepción.<sup>9</sup> Para justificar esta aseveración, los mismos

<sup>6</sup> *Ibidem* p. 7.

<sup>7</sup> J. A. SOLÍS ROMERO, *Teoría y práctica del Derecho familiar*, 2ª edic., Editorial Jurídica, Managua, sf, p. 84

<sup>8</sup> Díez-Picazo, Luis, Gullón, Antonio. *Sistema de Derecho civil*, vol. IV: “Derecho de familia. Derecho de sucesiones”, Tecnos, Madrid, 2002, p. 234.

<sup>9</sup> En este sentido, se leía en la parte *in fine* del hoy derogado artículo 199: “El marido es el padre del hijo concebido durante el matrimonio”.

juristas nos explican que el matrimonio es un factor nada desdeñable para fijar la paternidad, considerando los dictados de la estadística que nos dice que la mayoría de las personas son hijos de personas casadas que nacen después del matrimonio. Además, es normal que durante la convivencia matrimonial se engendren hijos e hijas.<sup>10</sup> Esta conclusión no tiene nada de novedosa y no deja de ser una recapitulación del antiguo axioma legal, según la cual *mater semper certa est, pater vero is est quem nuptiae demonstrant*.<sup>11</sup> En la actualidad, no por obvio vamos a omitirlo; cualquier duda sobre la paternidad o maternidad si dilucida, con casi 100% de certeza, con la prueba de adn.

La ley 870/2014, en el artículo 185, la define así: “Filiación es el vínculo jurídico existente entre el hijo o la hija y sus progenitores. Tiene lugar por consanguinidad o por adopción. La filiación en relación a la madre, se denomina maternidad y en relación al padre, paternidad.

Nuestra legislación civil, derogada por el Código de Familia y normas constitucionales, siguiendo la tradición jurídica imperante en la época, clasificaba la filiación en legítima e ilegítima. Así, se consideraban hijos legítimos a quienes fueran concebidos dentro del matrimonio.<sup>12</sup> En cambio, los hijos concebidos fuera del matrimonio eran tildados con el calificativo de ilegítimos (artículo 220).<sup>13</sup> De lo anterior se deduce que gozaban también de la calidad de legítimo el hijo concebido fuera del matrimonio pero que con posterioridad fuera legitimado.

El diccionario de la rae nos explica que legitimar “consiste en hacer legítimo al hijo que no lo era”.<sup>14</sup> La única forma de legitimar a un hijo era por subsiguiente matrimonio.<sup>15</sup> Esta legitimación podía derivarse del reconocimiento del hijo antes del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o con

<sup>10</sup> *Idem*, p. 234.

<sup>11</sup> Paulo, D. 2.4.5 “La madre siempre es cierta, el padre, en cambio, el que demuestras las nupcias”. Confrontar los artículos 116 del Código civil español; 312 del *Code français*; § 1591 y § 1592 del *BGB* alemán; y 1722 del *Codice* italiano. Domingo y Rodríguez Antolín afirman: “La certeza de la maternidad deriva de hecho del parto. La presunción de paternidad se funda en la prueba de la convivencia con la madre; de ahí que deba ser el padre quien aduzca pruebas contra esta presunción *iuris tantum*” [que admite prueba en contrario]. DOMINGO, R. y RODRIGUEZ-ANTOLÍN, B. *Reglas jurídicas y aforismos. Con jurisprudencia actualizada y remisiones a la legislación vigente*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 81-82

<sup>12</sup> Para ser más explícito, nuestra legislación civil disponía que para ser considerados legítimos los hijos debían de nacer dentro de plazo de 180 días y 300 días después de celebrado el enlace nupcial, conforme el artículo 200.1 C, que establecía: “Se presumen legítimos los hijos nacidos después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes a la celebración del matrimonio o a la reunión de los cónyuges legalmente separados; y también los nacidos dentro de los trescientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio, o a la separación de cónyuges judicialmente decretada”.

<sup>13</sup> Artículo 220 c: “Son hijos ilegítimos los que no nacen de matrimonio ni han sido legitimados”.

<sup>14</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua española, Espasa Calpe, p. 1360.

<sup>15</sup> Artículo 236 c: “El único medio de legitimación es el matrimonio posterior de los padres, y éste produce sus efectos, aunque entre él y el nacimiento de los hijos haya habido otro matrimonio”.

posterioridad a su celebración.<sup>16</sup> La fuerza legitimadora del matrimonio tenía efectos incluso cuando el matrimonio se declarase nulo, siempre que uno de los cónyuges haya actuado de buena fe.<sup>17</sup>

Por fortuna, esta odiosa discriminación entre hijos legítimos e ilegítimos fue superada, desde la constitución de 14 de marzo de 1974 (publicada en La Gaceta 89, del 24 de abril de 1974). En el artículo 37 se establecía la igualdad en los siguientes términos: “Todos los nicaragüenses son iguales a la ley. En Nicaragua no se reconoce privilegios o por razón de nacimiento, condición social o raza, ni por otra causa que no sea la capacidad o la virtud”.

Posteriormente, la referida disposición fue retomada en nuestra actual Constitución Política, en artículos como el 27.1: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección. No habrá discriminación por motivos de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social”.

Esta norma es completada por el artículo 75 de misma Carta Magna, que dice: “Todos los hijos tienen iguales derechos. No se utilizarán designaciones discriminatorias en materia de filiación. En la legislación común, no tienen ningún valor las disposiciones o clasificaciones que disminuyan o nieguen la igualdad de los hijos”.

La Ley 287, Código de la niñez, publicada en La Gaceta, Diario Oficial 97, del 27 de mayo de 1998, establece esta igualdad entre los niños, niñas y adolescentes en el artículo 4:

Toda niña, niño y adolescente nace y crece libre e igual en dignidad, por lo cual goza de todos los derechos y garantías universales inherentes a la persona humana, y en especial de los establecidos en la Constitución Política, el presente Código y la Convención sobre los Derechos del Niño, sin distinción alguna de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica, situación física o psíquica o cualquier otra condición, en relación a sus madres, padres o tutores.

En el artículo 189 del Código de Familia se retoma esta tradición jurídica en los siguientes términos:

<sup>16</sup> Artículo 238 c: “Para legitimar a un hijo, los padres deben reconocerlo expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante el matrimonio, haciendo en todo caso el reconocimiento ambos padres, junta o separadamente. También podrán verificarlo en el acta del matrimonio o al registrar éste.”

<sup>17</sup> Artículo 237 c: “El matrimonio posterior legitima a los hijos, aunque sea declarado nulo, si uno de los cónyuges por lo menos tuvo buena fe al tiempo de celebrarlo”.

Todos los hijos e hijas son iguales ante la Ley, tienen los mismos derechos y deberes con respecto a su padre y madre, cualquiera que sea el estado familiar de éstos. No se utilizarán designaciones discriminatorias en materia de filiación. En la legislación no tienen ningún valor las disposiciones, clasificaciones o calificaciones que disminuyan o nieguen la igualdad de los hijos e hijas.

De todo ello concluimos que en nuestra legislación ha desaparecido la anterior distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, de forma que todos los vástagos son iguales ante la ley.

Como crítica a este artículo, debemos señalar que no se entiende por qué el legislador consignó esta clase de acuerdo sólo para los progenitores, cuando es factible realizar esta escritura pública, en virtud de la autonomía de la voluntad contenida en el artículo 2437 c,<sup>18</sup> para alimentar a otros parientes como hermanos, abuelos, o incluso un acuerdo de los hijos e hijas para sus ascendientes inmediatos.

## 2.2 La escritura pública

Una vez aclarado el concepto de filiación y sus connotaciones jurídicas, proseguimos con nuestra labor de disección del artículo 326 del CF, que indica: “El padre y la madre podrán mediante escritura pública...” Conviene entonces escudriñar el significado de escritura pública:

Es todo instrumento matriz cuyo contenido principal es el acto negocio jurídico; es autorizado por notario en ejercicio de sus funciones, dentro de los límites de su competencia y con las formalidades de ley, para darle forma, constituirlo y eventualmente probarlo. Se menciona el acto o negocio jurídico como contenido principal.<sup>19</sup>

Para otro autor, las escrituras públicas son: “Documentos autorizados con las solemnidades legales, por notario competente, porque la inobservancia de aquéllas o la incompetencia de éste degrada el documento la categoría de privado<sup>20</sup> [“si estuviese firmado por los otorgantes”].<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Artículo 2437 c: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.

<sup>19</sup> GATTARI, CARLOS NICOLÁS. *Manual de Derecho notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p.74.

<sup>20</sup> ÁVILA ÁLVAREZ, PEDRO. *Estudios de Derecho Notarial*, Montercovo, Madrid, 1982, p. 59.

<sup>21</sup> Véase artículo 2380 c: “La escritura defectuosa, por incompetencia del cartulario, tendrá el concepto de documento



No hay que confundir el concepto de escritura pública con el de acuerdo (en este caso de pensión de alimentos); de lo contrario, embrollaríamos las ideas del continente con el contenido, aunque ambas definiciones se superponen. Como dice Nuñez Lagos, “constituyen una estructura que se exhibe unificada; el plano del *negotium*, que pertenece al derecho material o sustantivo, civil, comercial [o familiar], y el plano de *instrumentum*, propio del derecho notarial. Es decir, negocio e instrumento están recíprocamente interferidos”.<sup>22</sup>

El acuerdo de voluntades o contrato es referido en el artículo 326 del CF de la siguiente manera: “El padre y la madre podrán mediante escritura pública, *celebrar acuerdo sobre...*” (las cursivas son nuestras). Conviene a nuestros intereses determinar cómo se define al acuerdo o contrato en nuestra legislación.

Nuestro Código Civil, siguiendo las pautas de los códigos francés y español, enmarca al contrato dentro de las fuentes de las obligaciones por medio del artículo 1831 c que afirma: “Las obligaciones nacen de la ley o de un hecho obligatorio que puede ser lícito o ilícito. Es un hecho obligatorio lícito, el contrato y el cuasicontrato. Es un hecho obligatorio ilícito, el delito y el cuasidelito”.

Sin embargo, nuestro cuerpo codicial regula el contrato en el tomo II, libro tercero, “De las obligaciones y contratos”, título VII, “De los contratos”, artículos 2435-2505 c. Dentro de este conglomerado de preceptos, el artículo 2435 c define el contrato en los siguientes términos: “Contrato es un acuerdo de dos o más personas, para constituir, regular o aclarar entre las mismas un vínculo jurídico”.

Albaladejo define el contrato, en un sentido estricto, como un “acuerdo de voluntades de dos o más partes por el que se crean, modifican o extinguen obligaciones”.<sup>23</sup> Todo contrato, para ser considerado como tal, debe cumplir con ciertos requisitos esenciales, que son aquellos elementos sin los cuales el contrato no puede existir: el consentimiento, objeto y causa (y la forma en los casos expresamente determinados); es decir, “sirven de como presupuestos necesarios para la conformación, nacimiento y validez del contrato”.<sup>24</sup>

El consentimiento es la conformidad de la voluntad entre los contratantes, es decir, entre la oferta y la aceptación. Esta voluntad se expresa a través de declaraciones que tienen que concordar; en caso contrario, no hay acuerdo o

privado, si estuviere firmada por los otorgantes”.

Artículo 2381 v: “Cuando la escritura es defectuosa por falta en la forma y no por incompetencia del cartulario, tendrá fuerza de documento privado reconocido”.

<sup>22</sup> Citado por GAITARI, CARLOS NICOLÁS. *Manual de Derecho notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p.74.

<sup>23</sup> ALBALADEJO, MANUEL. *Derecho Civil*, t. II: “Derecho de obligaciones”, Bosch, Barcelona, 2002, pp. 364-365.

<sup>24</sup> GUZMÁN GARCÍA, JAIRO JOSÉ y HERRERA ESPINOZA, JESUS JUSSETH. *Contratos civiles y mercantiles*, Helios, Managua, 2006, p. 37.

contrato. Para expresar el consentimiento es necesario tener la capacidad legal necesaria para contratar (artículos 2471 y 2472 c).<sup>25</sup>

Desde el punto de vista jurídico, la capacidad se desdobra en dos tipos. Una capacidad jurídica que consiste en la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Toda persona, por el hecho de serlo, tiene capacidad jurídica (conocida también como capacidad de goce o, como tradicionalmente se ha denominado en nuestro ordenamiento jurídico, capacidad civil);<sup>26</sup> de esta manera, una persona recién nacida ya es sujeto de derechos y obligaciones; por ejemplo tiene derecho a la salud, a la vida, a respetar su integridad física, etcétera.

Puede también contraer obligaciones, verbigracia, si ese niño hereda una propiedad que está gravada con el pago de los bienes inmuebles, ostenta tal obligación. Pero, resulta obvio que el menor no puede ir a la alcaldía a pagar sus impuestos; por tanto, le hace falta otro tipo de capacidad: la de obrar (conocida también como capacidad de ejercicio), que consiste en la aptitud para realizar eficazmente actos jurídicos, requisitos de edad y capacidad de razonamiento, que el Código civil exige para considerar a una persona investida con la capacidad de ejercicio.

La formación del acuerdo contractual presupone entonces la capacidad de los contratantes, no sólo en el sentido de la facultad de querer y entender (capacidad natural), sino que también en el sentido de la capacidad para contratar, es decir, el cumplimiento de las exigencias que establece la ley para que las partes puedan contratar (capacidad de obrar, capacidad de ejercicio o capacidad legal, llamada capacidad jurídica plena en la Ley 870/2014). Ésta consiste en la aptitud para realizar eficazmente actos jurídicos. Nos referimos a ciertos requisitos de edad y capacidad de razonamiento que nuestras leyes exigen para considerar a una persona investida con la capacidad de ejercicio.

Nuestra legislación considera a una persona capaz de obrar a todo aquel que ha cumplido dieciocho años de edad.<sup>27</sup> De forma particular, en nuestro ordenamiento jurídico se equipara a las personas que han cumplido dieciséis años como si fueran mayores de edad, como si tuviesen dieciocho años o más, cuando han sido emancipados. La emancipación puede darse por subsiguiente

<sup>25</sup> Artículo 2471 c: "Para que el consentimiento sea válido se necesita que el que lo manifiesta sea legalmente capaz". Artículo 2472 c: "Toda persona es legalmente capaz..."

<sup>26</sup> Artículo 6 c: "Las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones. Le son permitidos todo los actos y todos los derechos que no les fueren expresamente prohibidos, independiente de su capacidad política".

<sup>27</sup> Párrafo 1, artículo 301 del cf: "Para todos los efectos la mayoría de edad se fija, sin distinción de sexo, a los dieciocho años de edad cumplidos. El o la mayor de edad puede disponer libremente de su persona y bienes y demandar la entrega de sus bienes que hubiesen estado en administración de terceras personas".

matrimonio o por autorización de sus padres mediante una escritura pública realizada por un notario e inscrita en el Registro del Estado Civil de las Personas. También se puede emancipar por medio de un juicio a solicitud del interesado que concluye con sentencia del juez, quien declara al demandante mayor de edad.<sup>28</sup> Finalmente, el artículo 21, inciso c, determina que la madre o el padre menor de 18 años y mayor de 16 se consideran emancipados, es decir, con una capacidad de obrar plena.<sup>29</sup>

### 2.3 La incapacidad de las personas

Como advierte Guzmán García, el reverso de la capacidad de una persona (la incapacidad) se categorizaba en tres niveles: “absoluta, relativa y particular”.<sup>30</sup> Aludimos el término pretérito porque los preceptos que regulaban las principales incapacidades (absoluta y relativa, artículos 7 y 8 c) han sido derogados por el artículo 671 de la Ley 870/2014.<sup>31</sup> El problema que afrontamos consiste en que nuestro legislador de forma campante deroga tales normas sin ofrecer ninguna alternativa; es decir, no se suplen las normas derogadas y ahora nos encontramos con un vacío jurídico, pues el tema de la incapacidad carece de regulación taxativa que enumere tales supuestos.

En la Ley 870/2014, se señala que los mayores de edad pueden ser sujetos de declaración judicial de incapacitación.<sup>32</sup> Luego, por más que nos esforcemos, no encontramos ninguna alusión a la incapacidad absoluta o relativa de la personas. Por tal razón, debemos recurrir a nuestros precedentes legales que, aunque estén derogados, nos proporcionan el único sendero para arribar a estos tipos de incapacidades.

Cabe destacar que la regla es la capacidad y la excepción es la incapacidad. Así, nuestra Carta Magna dispone, el artículo 25 que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad y capacidad jurídica. Este precepto,

<sup>28</sup> Artículo 301, incisos a, b y c, Ley 870/2014: “Las personas menores de dieciocho y mayores de dieciséis años de edad cumplidos, pueden emanciparse por alguna de las siguientes vías:

a) Por autorización del padre y la madre; b) Por declaración judicial; c) Por matrimonio.

<sup>29</sup> Artículo 21, Ley 870/2014: “Tienen pleno ejercicio de la capacidad para adquirir derechos, contraer obligaciones y disponer libremente de su persona y bienes: [...] c) La madre y el padre menor de dieciocho y mayor de dieciséis años.

<sup>30</sup> GUZMÁN GARCÍA, JAIRÓ JOSÉ. *Apuntes de Derecho civil. Derecho de personas*, Helios, Managua, 2008, p. 59.

<sup>31</sup> Artículo 671 cf: “Se derogan las siguientes leyes y disposiciones [...] Del Código Civil de la República de Nicaragua, promulgado por Decreto del 4 de febrero de 1904 y publicado en el Diario Oficial No. 2148 del 5 de febrero del mismo año [...] inc. 2) Los artículos 7, 8, 9 y 10; del artículo 92 al 282 inclusive; del artículo 298 al 498 inclusive; y los artículos 569, 570, 571 y 572.

<sup>32</sup> Artículo 24 cf: “Los mayores de edad que por razón de alguna enfermedad o padecimiento, no pudieren discernir sobre el alcance de sus acciones y conductas, ni dirigir su persona, podrán ser declarados judicialmente incapaces, a solicitud de parte interesada”.

entre líneas, nos da a entender que una persona, para perder hipotéticamente su capacidad de obrar, ha de ser judicialmente incapacitado.

Entre las personas incapaces, la ley distingue entre incapaces absolutos y relativos. En el hoy derogado artículo 7 de nuestro Código Civil, se consideraba como incapaces absolutos las personas por nacer, los impúberes, los dementes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. De todos los supuestos enumerados en este precepto, requiere de más precisión el concepto de impúber; así, del diccionario jurídico básico extraemos la siguiente definición: “Impúber/impúberes. Que no han llegado a la pubertad. «No pueden contraer matrimonio: 1º los menores de edad no emancipados» (artículo 46 Código Civil español)”.<sup>33</sup>

De esta definición se deduce que impúber, además de ser quien no ha llegado a la pubertad, es aquella persona que no está autorizada para casarse. En nuestra legislación de familia, el artículo 54.2 nos aclara que podrán casarse con autorización de sus representantes legales (progenitores o guardadores, en su caso) los adolescentes con edades comprendidas entre los 16 y 18 años (no inclusive). Con todo, podemos afirmar que la minoría de edad se divide en dos: una infantil, que va desde el nacimiento hasta los 16 años y bajo la cual se enmarcan a los impúberes; otra postinfantil, que comprende el caso de los menores adultos, cuyas edades oscilan entre los 16 y 18 años. Estos adolescentes ostentan de una incapacidad (o capacidad, según el ángulo desde donde se mire) relativa.

Nuestra legislación, hoy huérfana de una consagración legal de este tipo de incapacidad, nos indicaba en el artículo 8 c (también derogado): “Tienen incapacidad relativa: Los menores adultos”. Menores adultos, conforme a la Ley 870/2014, son los adolescentes autorizados para casarse, cuyas edades transitan entre los 16 y 18 años no inclusive. Se afirma que estos menores de edad tienen una capacidad relativa, porque la legislación civil les confiere una capacidad mermada, como reza el párrafo 3 del artículo 2472 c: “Son relativamente incapaces los menores adultos que no han obtenido la declaración de mayores, y los que se hallan bajo interdicción de administrar lo suyo, por sentencia ejecutoriada. Sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes”.

De manera que el ordenamiento jurídico les reconoce alguna aptitud para realizar con eficacia ciertos actos jurídicos: contraer obligaciones

<sup>33</sup> M. A. DEL ARCO TÓRREZ; M. A. DEL ARCO BLANCO (COORDS.). *DICCIONARIO BÁSICO JURÍDICO*, COMARES, GRANADA, ESPAÑA, 2004, p. 276.

naturales;<sup>34</sup> pueden realizar contrataciones laborales;<sup>35</sup> puede ser mandatarios no judiciales;<sup>36</sup> pueden hacer sus testamentos;<sup>37</sup> puede realizar contratos de comodato;<sup>38</sup> también están autorizados a realizar ciertos actos de comercio.<sup>39</sup>

De todo lo anterior, podemos afirmar que para realizar eficazmente un contrato para regular un acuerdo de pensión de alimentos, las partes necesitan la capacidad de obrar, conocida también como capacidad de ejercicio o, como se denomina en el Código civil, capacidad legal, llamada capacidad jurídica plena en la Ley 870/2014.

Un sujeto, mayor de edad y declarado judicialmente incapaz, es acreedor de una pensión de alimentos. En efecto, el artículo 326 del CF HACE referencia a los hijos e hijas y personas con discapacidad. El artículo 24 nos explica sobre quiénes puede recaer tal resolución: “Los mayores de edad que por razón de alguna enfermedad o padecimiento, no pudieren discernir sobre el alcance de sus acciones y conductas, ni dirigir su persona, podrán ser declarados judicialmente incapaces, a solicitud de parte interesada”.

Hemos afirmado que una persona sólo puede ser incapacitada mediante una resolución judicial de declaración de incapacidad; ciertamente, en el Código de familia, el artículo 28 reafirma esta línea de pensamiento: “La incapacidad surtirá sus efectos legales, sólo cuando se haga en virtud de declaración judicial, mediante sentencia firme”. En la práctica, sin embargo, la mayoría de las personas con deficiencias mentales carecen de la referida declaración judicial y, como explica Rodrigo Bercovitz:

<sup>34</sup> Artículo 1840: “Las obligaciones naturales no confieren derechos para exigir su cumplimiento; pero cumplidas, autorizan para retener lo que se ha recibido en razón de ellas.

Tales son:

1º Las contraídas por personas que teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse, según las leyes, como los menores adultos, no declarados mayores”.

<sup>35</sup> Artículo 16 Ley 185/1996.

<sup>36</sup> Artículo 3301.2 c: “Sin embargo, los menores pueden ser mandatarios no judiciales; pero el mandante no tendrá acción contra el menor sino conforme a las reglas generales que rigen la responsabilidad de los actos de dichos menores”.

<sup>37</sup> Artículo 979 c: “No son hábiles para testar: 1º Los varones menores de quince años y las mujeres menores de catorce, salvo que hubieren sido declarados mayores”. Hay que señalar que la redacción de este precepto obedece a la legislación anterior en la cual se consideraban menores adultos a la mujer desde los 14 años y el hombre a partir de los 15 años, ambos hasta los 21 años no inclusive. En la actualidad, para poder ser declarado mayor de edad, deben tener 16 años ambos sexos.

<sup>38</sup> Artículo 3419 c: “El comodante capaz no puede demandar la nulidad del contrato al comodatario incapaz; más el comodatario incapaz puede oponer la nulidad al comodante capaz o incapaz”.

<sup>39</sup> Artículo 7 cc: “Cuando los hijos de familia y menores adquieran bienes por letras o artes liberales, trabajo o industria y se dediquen al comercio, quedarán obligados solamente hasta concurrencia de aquellos bienes; pero podrán enajenar o hipotecar sus bienes inmuebles para el cumplimiento de sus obligaciones mercantiles sin las formalidades prescritas por el mismo Código; y comparecer en juicio por sí solos en todas las cuestiones relativas a su comercio.

El padre o tutor pueden continuar el comercio por cuenta del heredero, menor, debiendo obtener autorización del Juez”.

Sólo cuando son titulares de un patrimonio importante los intereses derivados de la administración legal de ese patrimonio, a través de la tutela, mueven a los familiares a promover la incapacitación y la tutela. De lo contrario, la persona en cuestión queda abandonada o sometida de hecho a una custodia más o menos arbitraria de algún miembro de la familia. Lo que resulta especialmente grave —sigue diciendo el mismo autor— si se tiene en cuenta que la mayor parte de los enfermos mentales recluidos en hospitales psiquiátricos están sin incapacitar”.<sup>40</sup>

#### 2.4 Autoridades administrativas o judicial competentes

Sobre este tema, no debemos confundir los conceptos de jurisdicción y competencia. Su diferenciación es de fecha relativamente reciente; así, aún hasta el siglo XIX los conceptos de jurisdicción y competencia aparecen como sinónimos. Superfluamente se habla de incompetencia de jurisdicción. Pero en la actualidad se ha superado esta confusión y se afirma que la competencia es una medida de la jurisdicción. Todos los jueces tienen jurisdicción, pero no todos tienen competencia para conocer un asunto determinado.

Un juez competente es simultáneamente un juez con jurisdicción; pero un juez incompetente es un juez con jurisdicción pero sin competencia. De tal manera, la competencia es un fragmento de la jurisdicción atribuido a un juez. Entonces, la relación entre la jurisdicción y la competencia es la que existe entre el todo y una parte, en donde la jurisdicción es el todo y la competencia la parte.<sup>41</sup>

La distribución de la competencia se efectúa en función de la estructura orgánica de los órganos judiciales y de conformidad con los siguientes criterios. El criterio objetivo determina la competencia atendiendo al objeto del proceso, es decir, se funda tanto en el valor o cuantía de la pretensión, como en la materia o naturaleza del litigio. Hay que puntualizar que no es en sí mismo el objeto del litigio lo que sirve de base para determinar la competencia, sino en relación con lo que se pide y la causa por que se pide.<sup>42</sup>

Tomando en consideración que los asuntos de derecho de familia son de cuantía indeterminada, proyectamos nuestra atención al criterio objetivo en función de la materia. Así, de conformidad con la Ley 870/2014, son com-

<sup>40</sup> Citado por LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, SANCHO REBUDILLA, FRANCISCO DE ASÍS, LUNA SERRANO, AGUSTÍN. *Elementos de Derecho Civil*, tomo I, vol. II, Dykinson, Madrid, 2004, p. 147.

<sup>41</sup> COUTURE, EDUARDO. *Fundamentos del derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1976, p. 29.

<sup>42</sup> VIADA, CARLOS. y LÓPEZ-PUIGSERVER, CARLOS. *Apuntes de derecho procesal, civil y penal*, Centro de estudios y oposiciones, Madrid, España, 1982, p. 46.

petentes para conocer los asuntos relativos a pensión de alimentos los jueces de distrito y locales de la jurisdicción especializada de familia. En los lugares en que no existan esta clase de órganos jurisdiccionales, podrán conocer los autoridades judiciales de los juzgados locales civiles y locales únicos (artículos 4.2; 429.1 y 673.2 Ley 870/2014).<sup>43</sup> De manera que el acuerdo sobre la pensión de alimentos, por ejemplo, hay que presentarlo para su correspondiente aprobación al juez de distrito o local de familia. En las circunscripciones territoriales que carezcan de órganos especializados, serán competentes los jueces locales civiles o locales únicos.

El criterio funcional, tal como su nombre lo indica, fija la atribución de la competencia por las razones de la función que el órgano judicial está llamado a desempeñar en determinado proceso. Este criterio se manifiesta en la imposibilidad de franquear los llamados grados de jurisdicción; por ejemplo, no puede ser planteado un caso de apelación si antes no ha sido tratado en primera instancia, como tampoco puede ser examinado en casación si previamente no lo ha sido en apelación.<sup>44</sup>

El criterio territorial se refiere concretamente a señalar el tribunal competente por razón del territorio, de tal manera que, existiendo órganos judiciales de la misma categoría, es preciso atenerse a algún criterio para la distribución de los asuntos judiciales entre ellos. Este criterio nos lo proporciona la porción de territorio o demarcación judicial que ocupan. En este sentido, se lee en el artículo 430 del CF:

La competencia para conocer por razón del lugar, de los asuntos de que habla este Código, se determina de acuerdo con las reglas siguientes:  
a) Cuando se reclamen derechos para personas que con especial protección regula este Código; niña, niño, adolescente, concebidos y no nacidos, mujeres en gravidez, personas declaradas incapaces o discapacitados, adultos mayores y víctimas de violencia intrafamiliar, será competente el juez o jueza del juzgado del domicilio de estos.

<sup>43</sup> Artículo 4.2, Ley 870/2014: "En materia judicial conocerán los juzgados especializados de Familia, de Distrito y Locales y donde no hubiere, serán competentes los juzgados Locales de lo Civil, Locales Únicos. El Tribunal de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia, conocerán, para lo de su cargo".

Artículo 429.1, Ley 870/2014: "Los asuntos de familia y personas, de que trata este Código, serán conocidos en la jurisdicción especializada familiar, que debe existir en la Corte Suprema de Justicia, Tribunales de Apelaciones, juzgados de distrito y juzgados locales, conforme ha establecido la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial.

Artículo 673, Ley 870/2014: "Mientras no se instalen los juzgados locales de Familia, serán competentes para conocer, en primera instancia, de los asuntos de que trata este Código, los juzgados de distrito de Familia y donde no fuere posible, serán competentes los juzgados locales de lo Civil y locales únicos. Mientras no se instalen las Salas especializadas en la Corte Suprema de Justicia y en los Tribunales de Apelaciones, son competentes las Salas de lo Civil".

<sup>44</sup> C. VIADA Y LÓPEZ-PUIGSERVER. *Apuntes de derecho procesal...*, op. cit., p. 48.

De todo lo expuesto, debemos afirmar que el juez competente es el del domicilio del alimentario. Conviene, entonces, precisar qué es el domicilio.

El artículo 326 del CF puntualiza que el acuerdo notarial de pensión de alimentos “deberá ser ratificado por la autoridad administrativa competente del domicilio del beneficiario”. La importancia del domicilio se hace evidente si consideramos que toda persona necesita un determinado lugar para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones. Si no existiese el domicilio, las relaciones jurídicas estarían impregnadas de mucha dosis de incertidumbre, porque la ubicación del lugar en que se encuentra una persona estaría a merced de la casualidad. Como dicen Díez-Picazo y Gullón Ballesteros:

Imaginemos que los acreedores persiguen judicialmente al deudor para que pague los créditos ¿dónde se le demandará? Sin ese elemento que es el domicilio, que sitúa al hombre en el espacio, que lo relaciona con un lugar (localizándolo), las relaciones jurídicas serían especialmente precarias. De ahí que la generalidad de la doctrina afirma que el domicilio es la sede *jurídica* de la persona.<sup>45</sup>

En el párrafo primero del artículo 25 del Código civil se lee que “El domicilio de una persona es el lugar en donde tiene su residencia habitual. Es transeúnte el que está de paso en un lugar”. Por residencia habitual no hay que entender necesariamente el elemento material de una residencia prolongada; sería absurdo y contraproducente que si una persona o familia se muda a vivir a otra ciudad, no pueda adquirir un nuevo domicilio hasta que transcurra cierto tiempo. Entonces, tenemos que extraer el concepto de residencia habitual de otro elemento diferente; este elemento nos lo proporciona el aspecto espiritual, configurado por la voluntad de permanecer y establecer efectiva y permanentemente el domicilio en un lugar determinado. Pero este ánimo no es simplemente una intención interna, sino que debe ser exteriorizada mediante una conducta significativa de esa voluntad de residir en cierto lugar.<sup>46</sup>

Sobre esta materia, establece nuestra Constitución Política, en el artículo 26, que “Toda persona tiene derecho [...] a la inviolabilidad de su domicilio”. El artículo 31 del mismo cuerpo de leyes indica la libertad para escoger el domicilio en los siguientes términos: “Los nicaragüenses tienen derecho a circular y fijar su residencia en cualquier parte del territorio nacional; a entrar y salir libremente del país”.<sup>47</sup>

<sup>45</sup> Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A. *Sistema de Derecho civil*, vol. I: “Introducción. Derecho de la persona, Persona jurídica”, Tecnos, Madrid, España, 2002, p. 269.

<sup>46</sup> *Idem*, p. 269.

<sup>47</sup> El tribunal Supremo español, en sentencias como la del 3 de diciembre de 1955, y la del 12 de mayo de 1956, ha



El domicilio puede tener varias finalidades; como consecuencia de ello, no tiene un significado unívoco, sino que transmite la idea de varias acepciones. Así, a veces, cuando se habla de domicilio se hace referencia a la vivienda particular que una persona ocupa, pero en otras ocasiones alude a la población, distrito, región e incluso el país donde se reside;<sup>48</sup> por ejemplo, cuando un notario en una escritura pública indica que el compareciente “es del domicilio de Managua o del domicilio de Nueva York en Estados Unidos”.

En la materia de nuestro estudio, recordemos que es competente el juez del domicilio del acreedor alimentario, es decir, del menor de edad o mayor de edad incapaz, beneficiarios ambos de la pensión de alimentos.

## 2.5 El beneficiario acreedor de la pensión de alimentos

Conforme la Ley 870/2015, las personas que pueden gozar del beneficio de una pensión de alimentos obedecen al siguiente orden: en primer lugar, los hijos e hijas; en segundo, el cónyuge o conviviente; luego, se citan a los parientes colaterales y en línea recta hasta el segundo grado de consanguinidad. Por escapar a la temática de nuestra investigación, sólo incursionaremos en los procelosos derroteros que enmarcan la parcela destinada a regular el caso de los hijos e hijas con derecho a recibir sustento de alimentos.

Los descendientes, dentro del primer grado de consanguinidad, están habilitados para recibir un crédito alimenticio hasta que alcancen su mayoría de edad, es decir, hasta los 18 años cumplidos. En caso de estar aprovechando los estudios, se prorroga su derecho hasta los 21 años, excepto en aquellas circunstancias bajo las cuales se hayan emancipado o estén trabajando. La ley considera a los incapaces y *nasciturus* como menores de edad.<sup>49</sup>

dicho que el domicilio es el lugar en que consta que la persona tiene su familia y sus bienes y su residencia efectiva salvo temporadas. En la resolución del 12 de julio de 1989 establece que es el lugar en que establece con residencia de la mujer y los hijos; la de 20 de noviembre de 1906 lo define como el lugar que una persona traslada su casa y familia para ejercer en él una profesión u oficio, por tiempo indeterminado, dejando su domicilio anterior. *Ibidem*, p. 270.

<sup>48</sup> ALBALADEJO, MANUEL. *Derecho civil*, tomo 1, Bosch, Barcelona, 2002, p. 328.

<sup>49</sup> Artículo 276 del cf: “El padre y la madre para efectos de ejercer las obligaciones o responsabilidades derivadas de la autoridad parental deberán proporcionarle para el cuidado y crianza de sus hijos e hijas un hogar estable, alimentos adecuados y proveerlos de todo lo necesario para su desarrollo integral hasta que cumplan la mayoría de edad, en la aplicación de esta función debe tenerse en cuenta las capacidades y aptitudes del hijo o la hija, preservando la dignidad de estos.”

“Si el hijo o la hija alcanzaran su mayoría de edad y siguieren estudiando de manera provechosa tanto en tiempo como en rendimiento deberán proporcionarle alimentos hasta que concluya sus estudios o haya adquirido una profesión u oficio. Una vez cumplidos los veintiún años cesará dicha obligación.”

“Los padres y las madres están obligados a cuidar la vida de sus hijos e hijas desde el momento de su concepción.” Artículo 316 del cf: “Se deben alimentos en el siguiente orden:

### 3. Vicisitudes en el contrato sobre pensión de alimentos

Siempre que se expresa una idea, ya sea como norma jurídica o declaración de voluntad, es necesaria su interpretación. Como señala Von Thur, “En mayor o menor medida, todas las declaraciones necesitan ser interpretadas; es absolutamente imposible expresar una idea o una voluntad sin que en la expresión se deslice alguna posibilidad de equívoco o de duda”. (Las matemáticas son la única ciencia que dispone de medios inequívocos de expresión.)<sup>50</sup> Así, el Código de familia deja ciertas aristas que los operadores jurídicos, incluyendo los notarios, necesitan aclarar.

#### 3.1 Situación del adolescente emancipado por maternidad o paternidad

Hemos constatado que el artículo 301 del CF reseña tres vías para lograr la emancipación en el caso de las personas menores de 18 años y mayores de 16 años: por autorización del padre y la madre ante un notario; por sentencia judicial y por subsiguiente matrimonio.<sup>51</sup> De forma inexplicable, este precepto soslaya una cuarta forma de emancipación: la maternidad o paternidad de las personas con el mismo rango de edad. El artículo 21, inciso c, de la Ley 870/2014, aunque no lo diga de forma explícita, deja entrever que los adolescentes menores de 18 años pero mayores de 16 años que sea progenitores están emancipados, porque tienen capacidad jurídica plena.<sup>52</sup>

En estas circunstancias, no es difícil suponer el caso de una adolescente de 16 o 17 años que, producto de una falta de planificación, resulte madre y se emancipe conforme el artículo 21. Probablemente sea madre soltera y sin la capacidad para valerse por sí misma. Surge la pregunta si podrían sus padres

a) A los hijos e hijas que no han alcanzado la mayoría de edad, a los mayores de edad, hasta que cumplan los veintiún años de edad, cuando estén realizando estudios, siempre que no hayan contraído matrimonio, ni se hayan declarado en unión de hecho estable y no estén laborando, y a las personas con discapacidad. Los concebidos y no nacidos, se consideran.”

Artículo 332, inciso a: “La obligación de dar alimentos cesa:

a) Cuando los hijos e hijas alcancen la mayoría de edad. Los mayores de edad podrán seguir recibiendo alimentos hasta que cumplan los veintiún años de edad, cuando estén realizando estudios, siempre y cuando no hayan contraído matrimonio ni se hayan declarado en unión de hecho estable y no estén laborando.”

<sup>50</sup> VON TUHR, ANDREA. *Tratado de las obligaciones*, Reus, Madrid, 1999, p. 193.

<sup>51</sup> Artículo 301 del CF: “Para todos los efectos la mayoría de edad se fija, sin distinción de sexo, a los dieciocho años de edad cumplidos. El o la mayor de edad puede disponer libremente de su persona y bienes y demandar la entrega de sus bienes que hubiesen estado en administración de terceras personas.

Las personas menores de dieciocho y mayores de dieciséis años de edad cumplidos pueden emanciparse por alguna de las siguientes vías: a) Por autorización del padre y la madre; b) Por declaración judicial; c) Por matrimonio.”

<sup>52</sup> Artículo 21 del CF: “Tienen pleno ejercicio de la capacidad para adquirir derechos, contraer obligaciones y disponer libremente de su persona y bienes: [...] La madre y el padre menor de dieciocho y mayor de dieciséis años.

desatenderse de ella con el pretexto de su emancipación. Consideramos que en este caso, el padre y la madre de la adolescentes están en la obligación de asumir la manutención de su hija y nieto en virtud de la parte *in fine* del artículo 316 del CF: “Si la persona llamada en grado anterior a la prestación no estuviera en condiciones de soportar la carga en todo o en parte, dicha obligación será puesta en todo o en parte a cargo de las personas llamadas en grado posterior”. Consecuentemente, el notario, bajo cuyos oficios se esté fraguando un acuerdo de pensión de alimentos, debe orientar a las partes en el sentido que acabamos de referir.

Otro aspecto que puede suscitar controversias es la determinación de la capacidad de obrar, capacidad de ejercicio, capacidad legal o, llamada en la Ley 870/2014: “la capacidad jurídica plena que ostentan estos adolescentes que ejercen la maternidad o paternidad”. El artículo 21 del CF, según hemos corroborado, les concede un “pleno ejercicio de la capacidad para adquirir derechos, contraer obligaciones y disponer libremente de su persona y bienes”.

Por el contrario, el artículo 272 del CF señala una especie de capacidad limitada en el sentido de que los progenitores adolescentes podrán ejercer la autoridad parental sobre sus hijos; empero, la representación legal y la administración de los bienes queda delegada a los abuelos o padres de los adolescentes, hasta que estos últimos “adquieran la capacidad jurídica plena”.

Resulta clara la antinomia de ambos preceptos: el artículo 21, inciso c, del CF, otorga a los adolescentes capacidad jurídica plena; el 272 habla de esperar “hasta que adquieran capacidad jurídica plena”. Corresponde a la doctrina armonizar ambos preceptos; así, cabe interpretarlos en el sentido de que los adolescentes mayores de 16 y menores de 18 años que ostenten la maternidad o paternidad están emancipados (artículo 21 inciso c del CF). En cambio, otro tipo de adolescentes,<sup>53</sup> como los comprendidos entre los 13 y 16 años, están en el supuesto contemplado por el artículo 272, es decir, con capacidad de obrar limitada en espera de adquirir la llamada capacidad jurídica plena al cumplir los 16 años.

<sup>53</sup> No olvidemos que según la Ley 287, Código de la niñez y la adolescencia, publicado en La Gaceta Diario Oficial 97, del 27 de mayo de 1998, en adelante Ley 287/1998, en el artículo 2 determina que son adolescentes son los comprendidos entre los 13 y los 18 años no cumplidos: “El presente Código considera como niña y niño a los que no hubiesen cumplido los 13 años de edad y adolescentes a los que se encuentren entre los 13 y 18 años de edad, no cumplidos”.

### 3.2 Situación de alimentante que carece de ingresos fijos

Resulta muy controversial el hecho de objetivar el monto de las pensiones de alimentos. El artículo 324 del CF aclara que cuando el alimentante tenga un trabajo fijo (o ingresos estables, añadimos nosotros) la pensión de alimentos se establecerá en función del número de hijos e hijas que tengan. Así, indica el referido precepto, por un hijo se pagará un *quantum* equivalente a 25% de los ingresos; por dos, 35%, y por tres o más, 50%.

Esta tasación fijada de antemano a *prima facie* podría parecer que inutiliza los otros parámetros como los establecidos en el artículo 323 del CF.<sup>54</sup> Por el contrario, nosotros consideramos que ambos se complementan; así, por ejemplo, si un padre tiene obligaciones por dos hijos o hijas engendrados con dos mujeres distintas, no necesariamente se impone un frío cálculo matemático, en sentido de dividir 35% entre los dos vástagos a razón de 17.5% a cada uno; sino que el operador judicial debe tener la potestad de usar su arbitrio para distribuir el monto de 35%, según las circunstancias personales de cada caso.

Supongamos el caso de que uno de los alimentarios es sano y el otro padece de una discapacidad.<sup>55</sup> Perfectamente el órgano judicial podría establecer una distribución dispar pero equitativa; por ejemplo, 20% para uno y 15% para el otro. No obstante, queda claro que si ambos niños tienen una similar situación, la pensión se fraccionaría en montos equitativos e iguales.

En caso de que el progenitor no cuente con ingresos fijos, la misma norma contenida en el artículo 324 nos señala que la cuantía de la pensión de alimentos “no podrá ser inferior al salario al veinticinco por ciento del salario mínimo del sector económico a que pertenezca su profesión u oficio”; de manera que, el juez tendrá en estos casos mayor margen de arbitrio, porque

<sup>54</sup> Artículo 323 del CF: “La autoridad competente, para fijar la pensión alimenticia, deberá tomar en cuenta los siguientes aspectos:

- a) El capital o ingresos económicos del alimentante;
- b) Su último salario mensual y global. Si la o el alimentante renuncia a su trabajo para no cumplir con su obligación, el último salario mensual será la base para fijar la pensión;
- c) Si la o el alimentante trabajare sin salario fijo o no se pudiere determinar sus ingresos, el juez o jueza en su caso, hará inspección en sus bienes y determinará la renta presuntiva;
- d) La edad de los hijos e hijas;
- e) La situación de discapacidad del niño, niña o adolescente;
- f) Si el o la alimentante padece una enfermedad crónica;
- g) El estado de necesidad y desamparo de otros alimentistas;
- h) Los gastos personales del o la alimentante, quien en ningún caso, podrá evadir las responsabilidades de cumplir con la pensión;
- i) Que los ascendientes hubieren cumplido con su obligación derivada de la relación parental.”

<sup>55</sup> Artículo 323, inciso f, Ley 870/2014.

la norma claramente establece un umbral a partir del cual fijará la pensión un tanto más en función de las circunstancias particulares.

### *3.3 El caso de hijos e hijas concebidos con distintas madres*

En nuestra realidad, no es excepcional encontrarnos el caso de dos o más hijos procreados con distintas madres. En el supuesto de que ambas madres soliciten alimentos, consideramos que la respuesta apropiada es dividir 35% entre ambos hijos en función de sus circunstancias personales. En consecuencia, no creemos viable que ambas progenitoras tengan el derecho de demandar 25% para cada hijo. Pero podría acontecer tal supuesto; bajo esta situación, le corresponde al demandado alegar la existencia del otro hijo, demostrar su manutención. En caso contrario, si al judicial no se le alega y demuestra tales circunstancias, podría caber la anómala situación en la cual distintos jueces establezcan 25% de pensión de alimentos para cada hijo.

### *3.4 Uso de un apoderado para comparecer ante el órgano competente por una cuestión de alimentos*

El acuerdo de pensión de alimentos, suscrito ante un notario, debe ser ratificado por la autoridad administrativa o por la autoridad judicial, según lo indica el artículo 326 del CF. En caso de ser presentado ante la autoridad judicial por proceso de alimentos o por un divorcio, nos interrogamos si podría la parte interesada presentar dicho acuerdo de forma personal o a través de un apoderado. En el caso de divorcio por mutuo consentimiento (artículo 159) y el unilateral (artículo 171 del CF) se aclara nuestra incógnita, pues ambos preceptos establecen que se puede presentar la solicitud por el interesado o por un apoderado.<sup>56</sup>

En igual sentido, en materia propiamente alimenticia, el artículo 322 del CF también establece que la acción la puede entablar tanto el interesado por sí mismo como representante legal.<sup>57</sup> No obstante, debemos acotar que en la praxis judicial, tal vez por la metodología oral de proceso, no están admitiendo procesos sin un apoderado general judicial o especialísimo en su caso.

<sup>56</sup> Artículo 159 del CF: "Los cónyuges pueden disolver el vínculo matrimonial por mutuo consentimiento. Para ello presentarán por escrito personalmente o a través de apoderado especialísimo la correspondiente solicitud ante la autoridad judicial competente".

Artículo 171 del CF: "El o la cónyuge que intente disolver su matrimonio, presentará por escrito personalmente o por apoderado especialísimo, la demanda en duplicado, ante la autoridad judicial competente".

<sup>57</sup> Artículo 322 del CF: "Podrán demandar alimentos los que estén llamados por Ley a recibirlos, bien por sí, o por medio de un representante legal, si no gozaren del pleno ejercicio de su capacidad jurídica".

## 4. Conclusiones

Resulta sorprendente que un tema trascendental para la subsistencia del ser humano, como la pensión de alimentos a cargo de los familiares, apenas reciba un reconocimiento constitucional de forma implícita en el artículo 73.2.

Los acuerdos notariales sobre pensión de alimentos, reconocidos en el artículo 326 del CF, constituyen una importante herramienta para resolución pacífica de los conflictos; se evita el desgaste de tiempo y dinero para las partes; y se contribuye al descongestionamiento de nuestros tribunales de justicia.

El principio de igualdad de los hijos está reconocido de forma explícita e implícita en nuestro ordenamiento jurídico en varios textos legales como la Constitución Política (artículos 27.1 y 75); en el Código de la niñez (artículo 4); y artículo 189 del CF.

El artículo 326 del CF parece restringir la actuación notarial respecto a los acuerdos alimenticios sólo entre progenitores e hijos; sin embargo, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad contenido en el artículo 2437 c, consideramos plausible esta clase de acuerdos para regular las prestaciones alimenticias entre otra clase de parientes como cónyuges, hermanos, nietos, abuelos, etcétera.

En el Código de Familia se derogan ciertas figuras jurídicas sin reemplazarlas. Notamos un ejemplo paradigmático en las incapacidades absolutas y relativas contenidas en los artículos 7 y 8 del Código Civil, derogados por el 671 del CF, dejando un vacío jurídico.

En materia de familia, no existe la competencia en función de la cuantía, más bien se establece en función de la materia y el territorio; de manera que son competentes para conocer sobre pensión de alimentos (incluyendo los acuerdos notariales), los jueces de distrito y local de familia y en su defecto, los jueces locales civiles o únicos del domicilio del alimentario.

Si un adolescente se emancipa por maternidad o paternidad, esta situación no exime a sus progenitores de asumir las cargas alimenticias en caso de que el adolescente no cuente con los recursos necesarios para garantizar la seguridad alimentaria a su niño o niña.

No todo adolescente que sea progenitor se emancipa. Una interpretación de los artículos 21, inciso c, y 272, ambos de la Ley 870/2014, nos permite concluir que los comprendidos entre los 13 y 15 años no gozan de este reconocimiento; en cambio, los que se ubiquen entre 16 o 17 años sí son considerados como emancipados por la maternidad o paternidad.

Los porcentajes establecidos en el artículo 324 del CF no deben aplicarse con un frío cálculo matemático; sino que, por el contrario, se deben ponderar

las circunstancias del caso y, de ser necesario, el porcentaje se debe otorgar en cantidades disímiles pero equitativas.

Corresponde al deudor de una obligación alimenticia demostrar la existencia de otras prestaciones de la misma índole para disminuir la cuantía de pensión de alimentos.

Pese a que artículos como el 159, 171 y 322 de la Ley 870/2014 facultan en materia de divorcios y juicios de alimentos a comparecer en su propio nombre al interesado, en la práctica, nuestros órganos judiciales son reacios en admitir esta clase de procesos sin un apoderado general judicial o especialísimo en su caso, excepto en aquellos casos en que el demandante o demandado sea un profesional del derecho.