



1859

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

“NECESIDAD DE ESTABLECER LA DEVOLUCIÓN DEL PAGO INDEBIDO DE PENSIONES ALIMENTICIAS EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA”

Tesis previa a la obtención del título de Abogado

AUTOR:

José Francisco Ramón Cevallos.

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Carlos Manuel Rodríguez Mg. Sc.

Loja-Ecuador

2013

CERTIFICACIÓN

Dr. Carlos Manuel Rodríguez Mg. Sc.

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICO:

Haber dirigido y revisado prolijamente el contenido y forma del presente trabajo de investigación jurídica del nivel de pre-grado presentado por el postulante señor **JOSÉ FRANCISCO RAMÓN CEVALLOS**, bajo el título de “**NECESIDAD DE ESTABLECER LA DEVOLUCIÓN DEL PAGO INDEBIDO DE PENSIONES ALIMENTICIAS EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**”, la presente tesis cumple con las normas de graduación vigentes en la Universidad Nacional de Loja, por lo que autorizo su presentación ante el respectivo Tribunal de Grado.

Loja, Julio del 2013.

.....
Dr. Carlos Manuel Rodríguez Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo José Francisco Ramón Cevallos declaro ser autor(a) del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el repositorio Institucional-biblioteca Virtual.

AUTORA: José Francisco Ramón Cevallos

FIRMA.

CÉDULA: 2100059126

FECHA: Loja, julio de 2013

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo José Francisco Ramón Cevallos, declaro ser autor (a) de la Tesis titulada: **“NECESIDAD DE ESTABLECER LA DEVOLUCIÓN DEL PAGO INDEBIDO DE PENSIONES ALIMENTICIAS EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA”**. Como requisito para optar al Grado de: ABOGADO: autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la Tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, 30 de Julio del dos mil trece, firma el autor.

FIRMA:.....

AUTOR: José Francisco Ramón Cevallos

CÉDULA: 2100059126

DIRECCIÓN: Lago Agrio - Sucumbios.

CORREO ELECTRÓNICO: franram_39@yahoo.es

TELÉFONO: 062 820759 **CELULAR:** 0997289942

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Mg. Carlos Manuel Rodríguez.

PRESIDENTE DE TRIBUNAL: Dr. Mg. Augusto Astudillo Ontaneda.

MIEMBROS DEL TRIBUNAL. Dr. Mg. Felipe Neptali Solano Gutiérrez.

Dr. Mg. Mario Gustavo Chacha Vásquez.

DEDICATORIA

El presente trabajo investigativo lo dedico primeramente a Dios por darme la vida y la fortaleza para prepararme profesionalmente, a mi familia, que han sido un pilar fundamental para que todos los años de estudio universitario al fin se vean materializados en la presente tesis.

El Autor.

AGRADECIMIENTO

Como persona que he decidido optar por la vida intelectual me siento satisfecho pues mis esfuerzos hoy se ven reflejados a través de la culminación del presente trabajo de investigación jurídica, en donde se materializa todo lo que un estudiante universitario puede anhelar, el formarme profesionalmente para luchar por la justicia, la libertad y el honor, ya que estos valores son importantes para quienes estamos inmersos en el estudio del Derecho, y que siempre los vamos a encontrar en el transcurso de nuestra vida profesional.

Por ello mi agradecimiento va dirigido a la Universidad Nacional de Loja, a la Modalidad de Estudios a Distancia, y especialmente a la Carrera de Derecho, por haberme permitido realizar mis estudios superiores, a todos los catedráticos, personal administrativo y de manera muy especial al Dr. Carlos Manuel Rodríguez, Director de Tesis, quien me asesoró con sus conocimientos durante todo el desarrollo del presente trabajo de investigación jurídica hasta su culminación.

EL AUTOR.

TABLA DE CONTENIDOS

Certificación por parte del docente.

Autoría.

Carta de Autorización

Dedicatoria.

Agradecimiento.

1. TÍTULO.

2. RESUMEN.

2.1 Resumen.

2.2 Abstract.

3. INTRODUCCIÓN.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1 Marco Conceptual.

4.1.1 Conceptos Básicos de las Obligaciones Alimentarias.

4.1.2 Efectos negativos de la imposibilidad de reclamar la devolución del pago indebido de pensiones alimenticias.

4.1.3 Instituciones del Derecho de Familia que nacen del vínculo Parento-filial.

4.2 Marco Doctrinario.

4.2.1 Alimentos que se deben por Ley.

4.2.2 Fundamento Jurídico de las Obligaciones Alimentarias.

4.2.3 Sujetos de la Obligación Alimentaria.

4.2.3.1 Alimentario o beneficiario.

4.2.3.2 Obligados al pago de alimentos.

4.2.4 Evolución Histórica de la Filiación en el Derecho Romano.

4.2.5 Formas de Determinación de la Filiación.

4.3 Marco Jurídico.

4.3.1 Constitución de la República del Ecuador.

4.3.2 Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

4.3.3 Código Civil.

4.3.4 Legislación Comparada.

4.3.4.1 Perú.

4.3.4.2 Paraguay.

4.3.4.3 Colombia.

4.3.4.4 Venezuela.

4.3.5 Convenciones de los Derechos del Niño y del Adolescente.

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1.- Materiales.

5.2.- Métodos utilizados.

6. RESULTADOS.

6.1 Presentación, interpretación y análisis de los resultados de la Investigación de Campo.

6.1.1 Resultados de la Encuesta.

6.1.2 Resultados de la Entrevista.

7. DISCUSIÓN.

7.1 Verificación de Objetivos.

7.2 Contrastación de Hipótesis.

7.3 Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma Jurídica.

8. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

8.1 Conclusiones.

8.2 Recomendaciones.

9. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.

10. BIBLIOGRAFÍA.

- Anexos.

- Índice.

1. TÍTULO:

“NECESIDAD DE ESTABLECER LA DEVOLUCIÓN DEL PAGO INDEBIDO DE PENSIONES ALIMENTICIAS EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA”

2. RESUMEN.

En el Ecuador se ha convertido en costumbre parte de la sociedad el plantear demandas judiciales de alimentos en contra de quien no tiene la obligación legal de la prestación de alimentos.

Como conocemos el derecho de alimentos en nuestro ordenamiento jurídico, es un derecho personal o crédito que nace de la ley, y se fundamenta en el vínculo parento-filial, que es el vínculo de parentesco entre padres e hijos, el mismo que se extiende a los abuelos, tíos y hermanos que son los denominados obligados subsidiarios.

El vínculo de filiación es verificado mediante las pruebas científicas de ADN, que tienen un grado de certeza del 99,99%, y establecen si existe el indicado vínculo entre el alimentario y el demandado (alimentante).

Con la última reforma al Título V Del Derecho a Alimentos Del Libro Segundo del Código de la Niñez y Adolescencia, por la Ley Reformatoria publicada en el R.O. Nro. 643 del día martes 28 de julio de 2009, la misma que en su tercer artículo innumerado, establece que el derecho de alimentos no admite reembolso de lo pagado, lo cual impide al demandado solicitar la devolución del pago indebido de pensiones alimenticias.

En la normativa vigente, si bien se ha intentado amparar los derechos del alimentario (niños, niñas y adolescentes), no se ha establecido la facultad de solicitar la devolución de las pensiones pagadas indebidamente, esto es cuando se demuestre

que entre el alimentario y el demandado no existe vínculo parento filial, lo cual constituye inseguridad jurídica, pues una persona no debe sin no hay causa lícita en la obligación, y al no existir vínculo de filiación, tampoco existe obligación de prestar lo alimentos.

Con el nuevo procedimiento judicial instaurado por la indicada Ley Reformativa, los alimentos se deben desde la presentación de la demanda, y el Juez de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia al momento de calificarla fija la pensión provisional, la misma que se cobra hasta por apremio personal.

Por las razones indicadas es necesario reformar el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, estableciendo la devolución de lo pagado indebidamente por concepto de alimentos, y establecer la responsabilidad por daños y perjuicios contra la actora de la demanda si se comprueba que ha obrado con temeridad y mala fe.

Cabe recalcar que la figura de la devolución existe en el Código Civil, pero al ser el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, un cuerpo legal de jerarquía superior, prevalece la inadmisión de reembolso de lo ya pagado por alimentos, por lo que es necesario reformar el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Un aspecto muy importante que debe ser analizado con objeto de plantear una adecuada reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, es que las obligaciones jurídicas, incluida la de alimentos, nace de la ley por cumplirse un precepto lógico y normativo, a este respecto se debe tener en cuenta que la obligación de alimentos nace del vínculo parento-filial, es decir el lazo legal o natural de parentesco entre padres e hijos, o con los demás obligados subsidiarios

como los determina el mismo Código en mención.

Si la demanda ha sido planteada con dolo, para obtener un tipo de ingreso económico en perjuicio del demandado, se debería establecer la facultad de reembolsar lo indebidamente pagado, pues si no existe vínculo de filiación tampoco existe la obligación, y esto es algo que con la actual normativa no se puede reclamar.

El Código Civil si establece una acción de reembolso y de sanción con la indemnización de daños y perjuicios, pero al estar en inferior jerarquía que el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, no se puede plantear dicha acción, que tiene fundamento válido en el principio de seguridad jurídica y en el fundamento de las obligaciones alimenticias que es la filiación o el parentesco.

2.1 ABSTRACT.

In the Ecuador it has become habit of the society outlining judicial demands of legal foods against who doesn't have the legal obligation of the benefit of legal foods.

As we know the right of legal foods in our juridical ordainment it is a personal right or credit that it is born of the law, and it is based in the bond parento-branch that is the relationship bond between parents and children, the same one that expands to the grandparents, uncles and siblings that are those denominated forced subsidiary.

The filiation bond is verified by means of the scientific tests of DNA that have a grade of certainty of 99, 99%, and they settle down if the suitable bond exists between the alimentary one and the defendant (legal feeder).

With the last reformation to the Title V Of the Right to Foods Of the Book Second of the Code of the Childhood and Adolescence, for the Reformatory Law published in the R.O. Number 643 of the day Tuesday July of 2009, 28 the same one that in their third article unnumbered, it establishes that the right of legal foods doesn't admit refund of that paid, that which prevents the defendant to request the refund of the undue payment of feeding pensions.

In the normative one effective although it has been tried to aid the rights of the alimentary one (children, girls and adolescents), the ability has not settled down of requesting the refund of the paid pensions unduly, this is when it is demonstrated that between the alimentary one and the defendant bond filial parento doesn't exist, that which constitutes juridical insecurity, because a person doesn't should without there

is not licit cause in the obligation, and when not existing filiation bond, neither obligation exists of lending the legal foods.

With the new judicial procedure established by the suitable Reformatory Law, the foods are owed from the presentation of the demand and the Judge of the Family, Woman, Childhood and Adolescence to the moment to qualify her fix the provisional pension, the same one that you get paid for personal urgency.

For the suitable reasons it is necessary to reform the Code of the Childhood and Adolescence, establishing the refund of that paid unduly by concept of legal foods, and to establish the responsibility for damages and damages against the actore of the demand if it is proven that it has worked with recklessness and bad faith.

It is necessary to emphasize that the figure of the refund exists in the Civil Code, but to the being the Code of the Childhood and Adolescence, a legal body of superior hierarchy, the no admission of refund of the already prevails paid by legal foods, for what is of urgency to reform the Code of the Childhood and Adolescence.

A very important aspect that should be analyzed with object of outlining an appropriate reformation to the Organic Code of the Childhood and Adolescence, is that the juridical, included obligations that of foods, is born of the law to be completed a logical and normative precept, to this respect it should be kept in mind that the obligation of foods is born of the bond parento-branch, that is to say the legal or natural knot of relationship between parents and children, or with the other ones forced subsidiary as it determines them the same Code in mention.

If the demand has been outlined with deceit, to obtain a type of economic entrance in the defendant's damage, the ability should settle down of reimbursing the unduly paid, because if filiation bond doesn't the obligation it exists, and this is something that with the current one normative you cannot claim.

The Civil Code if it establishes a refund action and of sanction with the compensation of damages and damages, but when being in inferior hierarchy that the Organic Code of the Childhood and Adolescence, it cannot think about this action that has valid foundation in the principle of juridical security and in the foundation of the foods obligations that is the filiation or the relationship.

3. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo investigativo, intitulado: **“NECESIDAD DE ESTABLECER LA DEVOLUCIÓN DEL PAGO INDEBIDO DE PENSIONES ALIMENTICIAS EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA”**, lo he seleccionado partiendo de la problemática social que se produce con un alto índice de frecuencia en los Juzgados de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia en todo el país, y de la contradicción jurídica que establece el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, al establecer que el derecho a alimentos no admite reembolso de lo pagado, pero no se considera el caso de que el demandado no sea en realidad el progenitor del alimentario, lo cual se verifica con las pruebas de ADN (Ácido Desoxirribonucleico), y por ende la imposibilidad de solicitar el reembolso afecta a quien ya ha cancelado pensiones alimenticias en una forma indebida, pues si no existe vínculo parento-filial, tampoco existe la obligación de prestar alimentos.

El presente trabajo lo he estructurado de la siguiente manera:

En la Revisión de Literatura se trató en el Marco Conceptual los conceptos o nociones básicas de las obligaciones alimenticias y los efectos negativos de la prohibición de reembolso de lo pagado indebidamente por concepto de alimentos; desde un Marco Doctrinario se analizó las diferentes Doctrinas escritas por tratadistas sobre los alimentos forzosos o que se deben por ley, así como el fundamento y sujetos de la obligación de alimentos. Finalmente en el Marco Jurídico se efectuó un estudio integral de la normatividad vigente en materia de alimentos, iniciando por la Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico de la

Niñez y Adolescencia, Código Civil, Derecho Comparado y Convenciones sobre los Derechos del Niño y Adolescente.

En Materiales y Métodos, se detallan todas las herramientas y fuentes de información que sirvieron para la redacción del informe final, así como las técnicas empleadas para la investigación de campo, las cuales son la encuesta y entrevista aplicadas a una población determinada de funcionarios judiciales, abogados en libre ejercicio, docentes universitarios entre otros, de la ciudad de Lago Agrio, Provincia de Sucumbíos.

En los Resultados se muestra estadísticamente los datos obtenidos de la aplicación de las técnicas antes indicadas, mostrándose la información con su respectivo gráfico, interpretación y comentario del autor.

En la Discusión hago un análisis crítico a la problemática investigada, se verificaron los objetivos planteados en el proyecto de tesis, y se fundamentó jurídicamente la propuesta de reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

En la parte final del Informe se presentan las conclusiones, recomendaciones y propuesta de reforma jurídica.

REVISIÓN DE LITERATURA

4.- REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1 MARCO CONCEPTUAL.

4.1.1 Conceptos Básicos de las Obligaciones Alimentarias.

Primeramente es necesario partir de una concepción general de lo que es una obligación, para lo cual he creído conveniente citar a Arturo Alessandri Rodríguez que en su obra intitulada **DERECHO CIVIL: TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES**, quien expresa que *“La obligación es un vínculo jurídico que coloca a una persona determinada en la necesidad de dar, hacer o no hacer alguna cosa, respecto de otra, también determinada.”*¹

En general una obligación es el vínculo jurídico proveniente de la ley, un contrato o convención, un cuasicontrato o un cuasidelito, y cuyo objeto consiste bien en una prestación positiva de dar (transferencia de dominio) o hacer, o en una abstención negativa de no hacer algo determinado. La característica de la obligación es en esencia el ser la contraparte de los denominados créditos o derechos personales, que son exigibles a personas determinadas, es decir una persona se obliga con otra ya sea por la celebración de un contrato, un cuasicontrato que se produce sin que exista el consentimiento de una de las partes, un delito (con intención de causar daño) o un cuasidelito (sin intención de causar daño), y la principal forma que es referente a la presente tesis, sería la disposición de la ley, como lo es la obligación alimenticia.

¹ ALESSANDRI Arturo, **DERECHO CIVIL: TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES**, 1era Edición, Editorial EDICIONES LIBRERÍA DEL PROFESIONAL, Bogotá-Colombia 1983, Pág. 9.

Para comprender que es una obligación alimentaria, he tomado como referencia lo que Guillermo Cabanellas en su **DICCIONARIO DE DERECHO USUAL**, manifiesta que alimentos son: *“Las asistencias que por ley, contrato o testamento se dan a algunas personas para su manutención o subsistencia; esto es, para comida bebida, vestido, habitación y recuperación de la salud, además de la educación e instrucción cuando el alimentista es menor de edad. Los alimentos se clasifican en legales, voluntarios y judiciales.”*²

Entonces los alimentos son prestaciones de carácter esencial para la subsistencia de la persona, obligación que la deben ciertas personas por disposición de la ley, y por testamento también se puede constituir alimentos, en una parte de los bienes del causante, que según el ordenamiento ecuatoriano se denomina cuarta de libre disposición, y por la cual se puede establecer alimentos a una persona que por ley no tiene derecho a ellos.

En la tercera forma que establece el autor citado, es la constitución de alimentos por contrato, el mismo que según la legislación civil del Ecuador, sería el contrato de renta vitalicia, el mismo que es de carácter aleatorio, y por el cual una persona presta a otra una cantidad determinada, durante toda la vida de esta última.

La solidaridad humana impone el deber de ayudar a quien sufre necesidades, tanto más si se trata de un allegado, la obligación alimenticia parte de la moral y de la relación de parentesco natural o consanguíneo, así como de vínculos legales como el caso del matrimonio cuando se habla de alimentos para el cónyuge o para un hijo

² CABANELLAS Guillermo, **DICCIONARIO DE DERECHO USUAL**, 9na Edición, Tomo I A-D, Editorial HELIASTA, Buenos Aires-Argentina, 1976, Pág. 159.

adoptivo, que según nuestra actual Constitución de la República del Ecuador del año 2008 tienen los mismos derechos que los hijos naturales, en lo concernientes a sus relaciones de familia, económicas y sucesorias, entonces desde una concepción general de lo que son los alimentos que establece la ley a favor de ciertas personas, es aquella prestación que es impuesta al pariente pudiente de ayudar al pariente necesitado.

Según el Dr. Juan Ramírez Gronda en su **DICCIONARIO JURÍDICO** acerca de la pensión alimenticia, manifiesta: *“Prestación que se recibe de los parientes obligados por la ley, y que comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médico-farmacéutica de quien la recibe.”*³

Dentro de este concepto están comprendidos los recursos indispensables para la subsistencia de una persona, teniendo presente no solo sus necesidades orgánicas elementales, sino también los medios tendientes a permitir una existencia decorosa.

En cuanto al origen, las obligaciones pueden provenir de la ley, testamentos o convenciones y son derivadas generalmente de las relaciones entre cónyuges, hijos y padres e incluso pueden incluir, según el sistema jurídico que se trate, las que derivan de algún otro grado de parentesco.

De lo indicado en el párrafo anterior la obligación alimentaria no sólo deriva de la ley; sino también puede originarse en una disposición de última voluntad o en un

³ RAMÍREZ G. Juan, **DICCIONARIO JURÍDICO**, Vol. 6 de la Colección Diccionarios, 8va Edición, Editorial CLARIDAD, Buenos Aires-Argentina, Año de Publicación 1976, Pág. 219.

contrato, ya que es perfectamente posible un legado de alimentos o una manda testamentaria con cargo de pasarlos a un tercero.

Ese legado o manda comprende todo lo necesario para la instrucción del beneficiario, la comida, el vestido, la habitación, la asistencia de las enfermedades hasta la edad de los 18 años, aunque el Código de la Niñez y Adolescencia prevé los alimentos hasta la edad de 21 años si cursa el alimentario algún tipo de estudio; y, si el beneficiario estuviese impedido de poder procurarse la subsistencia, la prestación alimenticia durará toda su vida.

Entonces se puede decir que la obligación alimentaria se genera cuando el reclamante de alimentos y el deudor alimentario, tienen un vínculo de parentesco o filiación o se encuentran en la situación jurídica que determina el Código Civil Ecuatoriano, como el que haya recibido una donación cuantiosa debe alimentos al donante.

Para el Dr. Roberto Suárez Franco en su obra DERECHO DE FAMILIA: FILIACIÓN Y RÉGIMEN DE LOS INCAPACES, establece que la filiación también produce importantes efectos jurídicos en diversos ámbitos:

“La filiación es el origen del parentesco de consanguinidad, fundamento de las relaciones familiares y elemento indispensable para establecer sobre esta especie de parentesco instituciones jurídicas de indiscutible trascendencia, tales como ordenes sucesorales y el derecho de alimentos; de igual manera, la filiación es factor

determinante de la nacionalidad. Como ocurre con nuestra Constitución de las República, los nacionales colombianos lo son por naturaleza o por el solo hecho de que el padre o la madre hayan sido naturales colombianos o extranjeros domiciliados en la república. Por último, filiación genera la patria potestad y la autoridad de los padres.”⁴

El fundamento está en la necesidad insatisfecha de algún miembro del grupo familiar, que obtiene ese derecho por pertenecer a una familia, y en la obligación omitida por otro miembro de la misma. Esta relación engendrada por las partes es captada por el ordenamiento jurídico pertinente que en este caso se regula por el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y por el Código Civil, que determinan el procedimiento judicial para la fijación de la pensión alimenticia.

Dentro de los requisitos fundamentales para la existencia de la obligación alimentaria es que exista el vínculo familiar, necesidades del alimentario y posibilidades económicas del alimentante, pues como es conocido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano la fijación de la pensión alimenticia se efectúa de acuerdo a una Tabla de Pensiones Mínimas, la misma que toma en cuenta los ingresos del alimentante, número de hijos a su cargo y la edad de los mismos.

Otro punto necesario a establecer dentro de lo que es la obligación alimenticia es determinar que constituyen créditos privilegiados en el orden de prelación,

⁴ SUÁREZ FRANCO Roberto, **DERECHO DE FAMILIA: FILIACIÓN Y RÉGIMEN DE LOS INCAPACES**, Tomo II, 3era Edición, Editorial TEMIS, Año de Publicación 1999, Bogotá-Colombia, Págs. 4-5.

prevaleciendo incluso sobre los créditos hipotecarios y sobre los derechos de los trabajadores.

Desde el punto de vista legal, se entiende por alimentos no sólo la comida, sino todo lo que es indispensable para el sustento propiamente dicho, el alojamiento, el vestido y la asistencia médica, entre otros gastos que aseguran al alimentario un nivel de vida digno y adecuado.

La obligación de prestar alimentos nace cuando surge la necesidad de los mismos, pero no es exigible hasta que no se interpone la correspondiente demanda judicial solicitando su establecimiento ante uno de los Jueces de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia como se los denomina actualmente.

En nuestra sociedad se constata un incremento de las obligaciones de los padres respecto de los hijos mayores de edad (hasta los 21 años de edad), dado que el mero hecho objetivo de alcanzar la mayoría de edad no es garantía de una independencia económica de los mismos, pues siguen inmersos en sus estudios, que pueden ser de cualquier nivel, ya que anteriormente solo eran sujetos del derecho a alimentos los mayores de 18 años si el estudio era universitario o de tercer nivel, esto es una avance para la legislación ecuatoriana que vale la pena recalcar.

La cuestión planteada no suele, por regla general, suscitar problemas en los supuestos en que existe una situación de normalidad familiar, ya que los padres sin solución de continuidad prosiguen satisfaciendo, voluntariamente, las necesidades de sus descendientes, cumpliendo así un deber moral o de conciencia, no sólo en los

casos de convivencia familiar, sino incluso cuando aquéllos salen del domicilio familiar o vivienda habitual de la familia.

Por el contrario, en las situaciones de crisis conyugal o de cese de la convivencia, en el supuesto de parejas en unión de hecho, las reclamaciones judiciales son muy frecuentes, tanto para la fijación de la pensión alimenticia, así como el planteamiento de incidentes de alza, rebaja o extinción de la pensión alimenticia establecida a favor de los descendientes, a partir del momento en que los hijos comunes alcanzan la mayoría de edad civil, a instancia del progenitor alimentante.

Una vez explicado el tema de lo que son las obligaciones alimentarias, vale hacer una clasificación de los alimentos en el sistema jurídico del Ecuador, el cual los divide en dos grandes grupos que son los alimentos congruos y los alimentos necesarios.

Los alimentos congruos son aquellos que habilitan al alimentario para subsistir modestamente y a suplir sus necesidades de acuerdo a su posición social, esta clase de alimentos es la que se debe principalmente a los hijos, a los padres, descendientes (nietos, bisnietos), cónyuge, a quien efectuó una donación cuantiosa.

Son alimentos necesarios los que se dan para sustentar la vida del alimentario o que se suministran para suplir las necesidades básicas del alimentado, estas prestaciones se debe a los ascendientes (abuelos, bisabuelos) y a los hermanos.

4.1.2 Efectos negativos de la imposibilidad de reclamar la devolución del pago indebido de pensiones alimenticias.

El presente punto del desarrollo de la presente tesis es de vital importancia, debido a que tanto la doctrina como la legislación ecuatoriana determina al pago como la forma perfecta de extinguir la obligación entre el deudor y el acreedor, en este caso sería alimentante y alimentario, pero hay que recalcar que la obligación alimenticia es de tracto sucesivo, es decir que su cumple periódicamente, esto es de forma mensual.

Sin embargo, tanto en las obligaciones en general como en la alimenticia ocurren situaciones en las cuales el deudor por confusiones que pueden suceder que realiza un pago indebido, es decir, pagó a una persona con la cual no tenía el vínculo de la obligación, esto es que no tenía una relación de parentesco o legal como el caso de los alimentos que se debe al cónyuge o al donante de una suma cuantiosa.

En el ámbito general de las obligaciones, al existir pago indebido da lugar al derecho o facultad de solicitar el reembolso, que según Guillermo Cabanellas es:

“Cobro o pago de lo dado o recibido en préstamo, según la posición del acreedor o deudor que se considere. Vuelta a suma a poder del que la había desembolsado o al de su derechohabiente. Reintegro del valor de la cosa remitida, antes de la entrega o en el acto mismo; que es forma característica de tantos envíos comerciales que se valen del servicio “contra reembolso”, que obliga al destinatario a pagar el importe de la mercadería (más los gastos de franqueo, envío y comisión del servicio) antes

que el funcionario de correos, el empleado de ferrocarril o de otro medio de transporte le haga entrega de los adquirido. Posteriormente se hace la liquidación del remitente.”⁵

En un sentido amplio el reembolso es el reintegro de una cantidad de dinero desembolsada en un préstamo o negocio, que generalmente se produce cuando se cobra al deudor.

Pero en el sentido estricto al que hace referencia la problemática de la presente tesis, cabe evaluar qué es lo que se puede realizar cuando una persona incurre en error y paga indebidamente, por lo general en otros cuerpos normativos como el Código Civil establece entre los cuasicontratos el pago indebido, así también lo determina el Código Tributario, determinándose la restitución o devolución de lo pagado indebidamente.

En este sentido he considerado conveniente citar al Dr. Luis Martínez Cachero que en su **DICCIONARIO DE HACIENDA Y DERECHO FISCAL** menciona acerca de la devolución de ingresos indebidos:

“Se denominan así los pagos hechos para restituir alguna cantidad indebidamente percibida por el Tesoro, por cuenta de cualquier recurso del Estado o de los administrados por la Hacienda, o bien para dar debida aplicación a un ingreso mal efectuado por error o a título transitorio. Las devoluciones de ingresos indebidos pueden ser aplicadas a las cuentas de Rentas públicas, mediante minoración de

⁵ Ob. Cit., CABANELLAS Guillermo, **DICCIONARIO DE DERECHO USUAL**, Tomo III N-R, Pág. 159.

ingresos, o a las Cuentas de Gasto Público, créditos presupuestarios para atender la respectiva devolución. ...”⁶

Como se puede denotar de la cita precedente, el reembolso o devolución es una figura que permite amparar los derechos patrimoniales, de quien ha satisfecho una obligación que legalmente no tenía.

Ese concepto referente a los ingresos fiscales, es aplicado también a cualquier tipo de obligación, y constituye una garantía para los ciudadanos, lo cual también debería ser considerado en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, de establecer el reembolso de lo pagado indebidamente.

Si el pago supone el cumplimiento de una obligación, y es un acto jurídico cuyos elementos son los sujetos (solvens, y accipiens), el objeto (aquello que se paga), y la causa (entendiendo por tal tanto la fuente de la obligación, en este caso el vínculo parento-filial o disposición legal).

Así también, el pago indebido es una especie de enriquecimiento sin causa, que se presenta cuando, sin existir relación jurídica entre dos personas, una de ellas entrega una cosa a la otra con el propósito de cumplir la supuesta obligación, esto ocurre cuando en un juicio de alimentos desde la presentación de la demanda y con la consecuente calificación por el Juez de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, se fija una pensión provisional contra el presunto progenitor demandado, pero que una

⁶ MARTÍNEZ CACHERO Luis, **DICCIONARIO DE HACIENDA Y DERECHO FISCAL**, 1era Edición, Editorial PIRAMIDE S.A., Madrid-España 1976, Pág. 63.

vez realizados los exámenes de ADN (Ácido Desoxirribonucleico) no existe el vínculo parento-filial, entonces no hay causa de la obligación alimenticia.

Todo pago presupone la existencia de una deuda; si esta no existe, la entrega no tiene razón jurídica de existir y debe ser restituida, tal devolución es conocida como repetición de lo indebido.

En consecuencia, hay pago indebido cuando el solvens no es el deudor (por no ser el progenitor del alimentario o no tener un vínculo de parentesco, ya que los abuelos y tíos son también obligados subsidiarios), entonces tampoco el acreedor no tiene derecho y por ende la obligación carece de causa.

El llamado pago indebido, adolece de la falta de alguno de estos elementos, que lo despojan del carácter de pago. De esta manera tenemos los siguientes conceptos:

1.- Siempre que hay pago indebido, es porque se cumple una obligación que no existe, ya sea que carezca totalmente de existencia y nunca la haya tenido, o se haya extinguido, o se yerre en la prestación, en quien la hace o a quien se hace.

2.- El desplazamiento patrimonial indebido es aquel realizado por una persona que actúa por error de derecho o de hecho al considerarse obligado no siéndolo, creyendo extinguir una relación obligatoria que en realidad no existe o siendo realmente deudor, al verificar el pago, no lo hace quien es titular del crédito.

Según la última reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en su Libro Segundo, Título V Del Derecho a Alimentos del año 2009, se establece que el

derecho a alimentos es irrenunciable, intransferible y no admite reembolso, es decir, en el caso de que se compruebe que el demandado no tiene vínculo de parentesco con el alimentario, no puede reclamar el reembolso de lo pagado por concepto de pensiones provisionales de alimentos a alguien con quien no tenía un vínculo obligacional, por lo cual la necesidad de establecer la devolución de lo pagado indebidamente por alimentos es de imperiosa necesidad, y con el objeto de evitar abusos de la regulación del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

4.1.3 Instituciones del Derecho de Familia que nacen del vínculo Parento-filial.

Primeramente es necesario tener una concepción clara de lo que es la familia, para lo cual he tomado la definición que hace el Dr. Roberto Suárez Franco en su obra denominada DERECHO DE FAMILIA: RÉGIMEN DE PERSONAS, *“Comúnmente, a la palabra familia se le han asignado dos significados: uno en sentido amplio, por el cual se comprende a aquel grupo de personas que por naturaleza o por derecho están sujetas a la potestad de uno. Es sinónimos de conjunto de individuos unidos entre sí por vínculos jurídicos o naturales, como son el parentesco y el matrimonio; otro en sentido estricto, según el cual se considera como la agrupación de personas cuya generación es común por descender de un mismo tronco o raíz; comprende a los padres y a los hijos.”*⁷

En consecuencia el vínculo consanguíneo o legal es el que une a un grupo de

⁷ Ob. Cit., SUÁREZ FRANCO Roberto, **DERECHO DE FAMILIA: RÉGIMEN DE PERSONAS**, Pág. 3.

personas en la denominada familia, que es considerada como la célula fundamental de la sociedad, y por ende la filiación tiene los siguientes efectos jurídicos en las relaciones de familia: origina la patria potestad, las obligaciones alimenticias, tenencia, y socorro o ayuda mutua.

a.- Patria Potestad.-Según el Dr. Juan Ramírez Gronda en su **DICCIONARIO JURÍDICO** manifiesta que patria potestad: *“Según la vieja disposición de nuestro Código Civil, “es el conjunto de derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados”, (art. 264). ... ”*⁸

La patria potestad se define como el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre los hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación, en pro de la mejor formación física, moral e intelectual de los hijos.

El ejercicio de la patria potestad corresponde a padre y madre de manera conjunta, salvo que falte alguno de ellos, o que por sentencia ejecutoriada se le haya suspendido o privado de esta facultad.

El ejercicio de la patria potestad confiere a su titular los siguientes derechos o atributos:

⁸ Ob. Cit., RAMÍREZ G. Juan, **DICCIONARIO JURÍDICO**, Pág. 217.

1. *Usufructo legal*: Es el derecho que la ley le concede a quienes ejercen la patria potestad, para hacer propios los frutos naturales y civiles por partes iguales, de los bienes de sus hijos luego de ser deducidos los gastos de conservación y producción de los mismos.

El usufructo recae sobre una sola clase de los bienes del hijo de familia, esto es el denominado peculio adventicio ordinario, siendo necesario diferenciar estos tipos de patrimonios:

“- El Peculio Industrial o Profesional, es aquel que obtiene el hijo de familia de un oficio o industria, siendo el menor adulto considerado legalmente capaz para administrarlo.

- El Peculio Adventicio Ordinario, es aquel que adquiere el menor a título de herencia, legado o donación, en el cual la sociedad conyugal o el padre si solo es reconocido por uno de ellos tiene derecho de usufructo, incluso si dichos bienes adquiridos están bajo prohibición de que los administren los padres.

- El Peculio Adventicio Extraordinario, cuando la herencia, legado o donación ha pasado de los padres al hijo por incapacidad o indignidad de éstos.”⁹

⁹ PARRAGUEZ RUIZ Luis, **MANUAL DE DERECHO CIVIL ECUATORIANO: PERSONAS Y FAMILIA**, 1era Edición, Vol. 1, Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, Año de Publicación 2005, Loja-Ecuador Pág. 182.

2. *Administración legal de los bienes de los hijos:* La administración legal de los bienes del hijo es un atributo de la patria potestad, en virtud del cual los padres pueden administrar los bienes del hijo sobre los cuales la ley les concede el usufructo, excepto si se ha prohibido la administración, lo cual no quiere decir que se pierda el derecho de usufructo.

Los padres no pueden enajenar, ni hipotecar los bienes raíces del hijo, tampoco pueden donarlos, ni darlos en arriendo por largo tiempo, ni aceptar o repudiar la herencia deferida al hijo, sin autorización judicial.

Los padres son responsables, en la administración de los bienes del hijo, por toda disminución o deterioro que se deba a culpa, aún leve, o a dolo, lo cual constituye además una causal de desheredación. En este caso es donde se puede decir que los padres pueden llegar a ser deudores de sus hijos.

3. *Representación legal:* Los padres son los representantes legales y judiciales de los menores, así mismo responden civilmente de cualquier acto cometido por ellos.

La representación legal se puede definir como aquellos actos que realiza el padre, o la madre en interés del hijo, especialmente, es el producto de la administración que tienen los padres sobre los bienes de los menores, en virtud de que ellos realizan todos los negocios que competen al hijo excepto los que pueden hacer por ellos mismos.

En principio la representación judicial les corresponde a los padres, pero en el caso de que ambos nieguen su consentimiento al hijo, o si están inhabilitados para prestarlo o si autorizan sin representarlo, se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil para la designación del curador ad-litem.

La emancipación es el hecho por el cual se da de manera definitiva la salida de la patria potestad del menor, y con la cual se pierden los derechos que los padres adquieren en virtud de la patria potestad.

b.- Obligaciones Alimenticias.-Las mismas que comprenden especialmente la obligación de la crianza que consiste en el suministro de todo lo necesario para garantizar la subsistencia, el desarrollo físico, moral e intelectual y además la interacción con las demás personas.

También en el derecho a alimentos está incluida la educación y el deber que tienen los padres de corregir a los hijos es un derecho que los faculta para ejercer autoridad sobre ellos, de donde se deriva la facultad que tienen para sancionarlos, en virtud de la función educativa que se les confía a los padres, con el fin de crear conciencia y compromiso en cuanto a la ejecución de sus actos.

El derecho de alimentos es aquél que le asiste a una persona para reclamar de quien está obligado legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia, cuando no está en capacidad de procurársela por sus propios medios. La obligación alimentaria se

radica por la ley en cabeza de una persona que debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos, y tiene su sustento en el deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia.

Por lo que, tanto padres como hijos tiene obligaciones alimentarias recíprocas, en la legislación civil se los denomina alimentos congruos, siendo los necesarios para mantener un nivel de vida de acuerdo a su posición social, y los necesarios los que únicamente son indispensables para la subsistencia.

c.- Obligaciones de los hijos hacia los padres.- La ley establece que los hijos deben respeto, obediencia, cuidado y auxilio a los padres, aun después de que adquieran capacidad para obrar por si solos en virtud de la emancipación.

El conjunto de derechos y deberes entre padres e hijos conforman lo que se denomina el estatuto personal, el cual le impone a los hijos respetar y obedecer a sus padres, sin embargo, este deber se convierte en una obligación moral siempre y cuando no se trate circunstancias en las que se realicen actos de violencia intrafamiliar.

Aunque la emancipación dé al hijo el derecho de obrar independientemente, queda siempre obligado a cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de discapacidad mental, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios. En todo caso el hijo emancipado conserva sus deberes y obligaciones que

tiene para con los padres, como la obligación de brindarle alimentos, cuidado, y auxilio.

d.- Aspectos en el Derecho Sucesorio: Para el Dr. Roberto Suárez Franco en su obra DERECHO DE FAMILIA: FILIACIÓN Y RÉGIMEN DE LOS INCAPACES, establece que la filiación también produce sus efectos en el ámbito sucesorio al manifestar que: *“La filiación es el origen del parentesco de consanguinidad, fundamento de las relaciones familiares y elemento indispensable para establecer sobre esta especie de parentesco instituciones jurídicas de indiscutible trascendencia, tales como ordenes sucesorales y el derecho de alimentos; de igual manera, la filiación es factor determinante de la nacionalidad. Como ocurre con nuestra Constitución Política, los nacionales colombianos lo son por naturaleza o por el solo hecho de que el padre o la madre hayan sido naturales colombianos o extranjeros domiciliados en la república. Por último, filiación genera la patria potestad y la autoridad de los padres.”*¹⁰

El Dr. Héctor Orbe en su obra intitulada DERECHO DE SUCESIÓN define a la sucesión por causa de muerte de la siguiente manera: *“Los tratadistas de Derecho de Sucesión hacen la distinción entre un concepto general y un específico.*

En sentido genérico, la sucesión es la ocupación de los derechos de una persona en lugar de otra. Como la del permutante y comprador que suceden en los derechos

¹⁰ Ob. Cit., SUÁREZ FRANCO Roberto, **DERECHO DE FAMILIA: FILIACIÓN Y RÉGIMEN DE LOS INCAPACES**, Págs. 4-5.

radicados sobre los bienes materia de la permuta o compraventa, en lugar del antecesor.

El término sucesión en sentido específico corresponde a los predios del Derecho Sucesorio. En él tiene algunas acepciones como estas:

a).- Es la trasmisión de los derechos que en vida tuvo el difunto;

b).- Es la masa de bienes del antecesor fallecido que pasan al sucesor, y,

c).- Por sucesión hay que entender al mismo sucesor o sucesores. Como cuando se habla de la sucesión de Juan Martínez o herederos de Luis Angulo.”¹¹

En algunos sistemas, la filiación obliga a la reserva de la legítima y es el heredero legal prioritario (junto con el resto de hermanos).

La sucesión por causa de muerte responde a una necesidad social de seguridad, que exige la continuidad en las relaciones jurídicas. La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte.

Un derecho hereditario tiene dos beneficios principalmente: 1) La posesión civilísima del heredero, es solamente figurado para decir que por ministerio de la ley adquiere la posesión de los bienes hereditarios, y 2) La acción de petición de la

¹¹ ORBE Héctor, **DERECHO DE SUCESIÓN**, Tomo I, IMPRENTA EDITORIAL, 1era Edición, Guayaquil-Ecuador, Págs. 17 y 18.

herencia no supone que lo que con ella se reclama sea una entidad ideal.

Tanto padres e hijos son considerados legitimarios y tienen derecho a sucederse recíprocamente, los padres pueden suceder a su hijo, siempre y cuando este no tenga descendencia, y si estuvo casado, la viuda o viudo dependiendo el caso tiene derecho a la porción conyugal.

4.2 MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1 Alimentos que se deben por Ley.

El vínculo jurídico determinante del parentesco establece una verdadera relación alimentaria, que se traduce en un vínculo obligacional de origen legal. Se exige recíprocamente de los parientes una prestación que asegure la subsistencia del pariente necesitado.

En lo referente a los alimentos forzosos Juan Ramírez Gronda manifiesta: “...*Los parientes legítimos por consanguinidad se deben alimentos en el orden siguiente: el padre, la madre y los hijos. En falta de padre o madre, o cuando a estos no les fuera posible prestarlos, los abuelos y abuelas y demás ascendientes. Los hermanos entre sí. La prestación entre los parientes es recíproca. Entre los parientes ilegítimos, se deben alimentos el padre, la madre y sus descendientes y a falta o por imposibilidad de padre y madre, el abuelo o la abuela y sus nietos o nietas. El pariente que pide alimentos debe probar, no solamente que le faltan los medios, sino, también, que no*

le es posible adquirirlos con su trabajo, sea cual fuera la causa de la imposibilidad.”¹²

De la cita precedente se entiende que los alimentos denominados forzosos, son aquellos impuestos por la ley, concretamente por el Código Civil, el cual determina a quienes ya sea por razón de parentesco o filiación se les debe alimentos (padres, hijos, ascendientes y hermanos), por el vínculo matrimonial al cónyuge o a quien efectúo una donación cuantiosa; en sí, como se puede denotar el derecho a alimentos surge de la necesidad de la persona de cubrir con los gastos necesarios para su subsistencia o de acuerdo a su condición económico-social, y obliga a quienes integran la familia o a quien se le debe gratitud por una donación cuantiosa.

De acuerdo a la normativa civil, se debe por ley alimentos a:

1. Al cónyuge: Como consecuencia del vínculo matrimonial, dentro de las obligaciones matrimoniales esta la ayuda y socorro, el derecho a alimentos de un cónyuge surge con la necesidad de los mismos, por omisión del otro cónyuge de proporcionar lo necesario para la subsistencia decorosa del otro consorte. Por lo general en la práctica se produce cuando los cónyuges se encuentran separados, pero una vez disuelto el vínculo matrimonial por divorcio también se extingue la obligación alimenticia.

2. A los hijos y descendientes: Es dado por el vínculo parento-filial y se regula por la normativa de carácter especial del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

¹² Ob. Cit., RAMÍREZ G. Juan, **DICCIONARIO JURÍDICO**, Pág. 219.

3.- A los padres y ascendientes: Se debe alimentos en virtud del vínculo de parentesco, en caso de avanzada ancianidad, enfermedad o grave necesidad económica se regula por las disposiciones del Código Civil y la Ley del Anciano, aunque actualmente reciben la denominación de Adultos Mayores quienes han cumplido la edad de sesenta y cinco años de edad.

4. A los hermanos: También se les debe alimentos necesarios.

5. Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada:

También se le debe una prestación de alimentos congruos.

4.2.2 Fundamento Jurídico de las Obligaciones Alimentarias.

El fundamento jurídico del derecho a alimentos y su contraparte la obligación alimenticia, es la denominada filiación o vínculo parento-filial, que según Guillermo Cabanellas es:

“Acción o efecto de filiar, de tomar los datos de un individuo. Esas mismas señas personales. Subordinación o dependencia que personas o cosas guardan con relación a otras superiores o principales.

...Filiación, significa por antonomasia, para el Derecho Civil, la procedencia de los hijos respecto a los padres; la descendencia de padres a hijos. También la calidad que el hijo tiene con respecto a su padre o madre, por las circunstancias de su concepción y nacimiento, en relación con el estado civil de sus progenitores.

La filiación, lo mismo que la paternidad, puede ser: a) legítima, cuando los hijos son

concebidos de legítimo matrimonio; b) natural, cuando los hijos son engendrados por padres que podían casarse en la época de la concepción o del parto, c) ilegítima, cuando nacen los hijos de padres que no podían contraer lícitamente matrimonio, ni en la época de concepción ni en la de parto (ni constituían, por supuesto, legítimo matrimonio en una u otra ocasión). ...”¹³

La procreación biológica es el presupuesto normal de la relación jurídica entre padres e hijos, sin embargo, puede existir procreación sin filiación (niño no reconocido por ninguno de sus padres) o filiación sin procreación (como en la adopción).

El Derecho ha experimentado una evolución en el nivel mundial tendiente a la equiparación de las filiaciones, por ende, tanto hijos matrimoniales (nacidos dentro del matrimonio) como los extramatrimoniales (nacidos fuera de él) tienen los mismos derechos y deberes, lo que incluye a los hijos adoptivos, es un principio que acoge nuestra Constitución, ya que establece igualdad de derechos entre los hijos y la corresponsabilidad paterna y materna, además de la responsabilidad del Estado y la Sociedad de la protección de la familia como la célula fundamental de la población.

El Dr. Luis Parraguez Ruiz en su obra intitulada MANUAL DE DERECHO CIVIL ECUATORIANO: PERSONAS Y FAMILIA, respecto del parentesco manifiesta: *“Una de las más importantes relaciones jurídicas que genera la institución familiar es el parentesco, al que podemos definir como la relación de familia que vincula a dos o más personas.*

¹³ Ob. Cit., CABANELLAS Guillermo, **DICCIONARIO DE DERECHO USUAL**, Tomo II E-M, Pág. 199.

Esta relación familiar puede obedecer a distintas fuentes y orígenes prescindiendo por ahora de los vínculos de adopción, puede clasificarse en parentesco por consanguinidad y por parentesco por afinidad.

A su vez, cada uno de ellos puede ser considerado en dos líneas distintas, según la relación de descendencia existente: la línea recta o directa y la línea colateral.”¹⁴

Uno de los deberes ineludibles de la relación paterno-filial es el deber de asistencia, por ello es imperativo que los padres tengan el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

El fundamento de la obligación alimenticia respecto a los hijos menores de edad no emancipados presenta unas características peculiares que la distinguen de las restantes deudas alimentarias legales para con los parientes e incluso de los hijos mayores de edad.

Respecto de los alimentos legales de los hijos mayores de edad o emancipados, la propia realidad social, conforme a la cual se han de interpretar las normas jurídicas, demuestra que los hijos, aún adquirida la mayoría de edad, continúan bajo la dependencia económica de los padres, fundamentalmente por dos motivos: primero, porque normalmente la formación académica de un menor, que constituye un elemento imprescindible para acceder a un puesto de trabajo de cierto nivel de preparación, termina aproximadamente entre los veintidós y veinticuatro años de

¹⁴ Ob. Cit., PARRAGUEZ RUIZ Luis, **MANUAL DE DERECHO CIVIL ECUATORIANO: PERSONAS Y FAMILIA**, Pág. 179.

edad, y segundo, por la especial dificultad que supone en la actualidad el acceso al mercado laboral, a un puesto de trabajo estable y adecuado, con el objeto de obtener unos ingresos que le permitan llevar una vida independiente de sus progenitores.

Estas razones justifican que la obligación alimenticia de los padres respecto a sus hijos no cese automáticamente cuando éstos alcanzan la mayoría de edad o la emancipación (que puede ser legal, voluntaria o judicial), por lo que una vez que los hijos superan la edad de 21 años, ya no son titulares del derecho a alimentos y por ende depende de la moral, conciencia y responsabilidad de los progenitores seguir cuidando de ellos hasta que alcancen su independencia económica.

El derecho de alimentos en la forma y manera que ha sido configurado y del que son titulares, entre otros, los hijos mayores de edad es un derecho irrenunciable, si bien pueden ser renunciadas las pensiones alimenticias devengadas y no satisfechas por el obligado al pago.

Tradicionalmente la filiación viene determinada de dos formas que son:

- **Forma Natural.**- Mediante el acto natural de la procreación. Es decir la determinación del parentesco biológico o consanguíneo. En el caso de la filiación de origen biológico, también se distingue entre un contexto matrimonial, cuando los progenitores están casados entre sí, y el contexto no matrimonial (o extramatrimonial), en caso contrario.

- **Forma Puramente Jurídica.**- Mediante un proceso jurisdiccional de adopción.

Es necesario aclarar que la declaración judicial del vínculo parento-filial en trámites diferentes al de adopción, tal como la acción de investigación de paternidad o el juicio de alimentos, existe un vínculo biológico entre progenitor y descendiente, mientras que en la adopción no existe vínculo biológico pero si legal o jurídico.

Las acciones relativas a la filiación, bajo el supuesto de que exista o no el estado filial, pueden ser de dos grandes clases: destructivas de la filiación o atributivas de ella. Es decir, acciones de carácter constitutivo como la acción de investigación de paternidad o el juicio de alimentos a través de las pruebas de ADN, otras tienen el carácter de impugnación del vínculo filial, estas son la acción de impugnación de paternidad o impugnación de reconocimiento voluntario.

Para los doctores Gustavo Bossert y Eduardo Zannoni en su MANUAL DEL DERECHO DE FAMILIA: *“La filiación que tiene lugar por naturaleza (conf. Art. 240), presupone un vínculo o nexo biológico entre el hijo y sus padres. Cuando ese nexo biológico puede considerarse acreditado, la paternidad o maternidad quedan, jurídicamente, determinadas. Determinación es, entonces, la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta.”*¹⁵

Por ende la filiación tiene las siguientes características:

a.- Es bilateral, porque establece una relación jurídica entre un padre y su hijo, o una madre y su hijo,

¹⁵ BOSSERT Gustavo-ZANNONI Eduardo, **MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA**, 3era Edición, Editorial ASTREA, Año de Publicación 1991, Buenos Aires-Argentina, Pág. 453.

b.- Constituye un estado civil, es decir, como una especial posición de una persona en relación con su sociedad, tipificada normativamente.

c.- Es creadora de las instituciones de alimentos entre padres e hijos, patria potestad y demás deberes en el ámbito del Derecho de Familia y en el Derecho Sucesorio.

4.2.3 Sujetos de la Obligación Alimentaria.

En la obligación alimentaria existen dos sujetos bien determinados que son el alimentante y el alimentario, unidos por el vínculo parento-filial, como ya explique anteriormente que puede tener un carácter biológico (consanguíneo) o jurídico (como en el caso de la adopción).

4.2.3.1 Alimentario o beneficiario.

Según Cabanellas alimentista o alimentario es: *“El que percibe los alimentos”*¹⁶

Los alimentos deben satisfacerse, en principio, hasta la mayoría de edad; ahora bien, si después de cumplir esta edad continúa estudiando, o carece de medios de subsistencia propios, el hijo podrá exigir alimentos hasta que cumpla la edad de 21 años de edad.

Según el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia son sujetos del derecho de alimentos todos los niños, niñas y adolescentes hasta la mayoría de edad, o hasta los

¹⁶ Ob. Cit., CABANELLAS Guillermo, **DICCIONARIO DE DERECHO USUAL**, Tomo I A-D, Pág. 159.

21 años si cursan algún nivel de estudio, en el caso de que sea una persona con discapacidad permanente durará toda la vida.

4.2.3.2 Obligados al pago de alimentos.

Para el Dr. Juan Larrea Holguín es su obra COMPENDIO DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR: *“Los alimentos son la expresión jurídica de un deber moral: la obligación de ayudar al prójimo, que es más acuciante cuando se trata de personas íntimamente vinculadas por los lazos del parentesco, o a quienes se debe una especial gratitud.”*¹⁷

El obligado o deudor de alimentos o alimentante es la persona que proporciona los alimentos, de acuerdo a las disposiciones legales que determinen el vínculo de la obligación, tal como el vínculo de parentesco, matrimonial o el acto de haber recibido una donación cuantiosa.

En la normativa del Código de la Niñez y Adolescencia, se han establecido dos clases de obligados a la prestación de alimentos, siendo estos los obligados principales y los obligados subsidiarios.

Los obligados principales son los padres del niño, niña o adolescente.

Los obligados subsidiarios son los abuelos, tíos y los hermanos cuyo derecho a alimentos se haya ya extinguido, así el hermano que ha cumplido 21 años de edad es

¹⁷ LARREA HOLGUIN Juan, **COMPENDIO DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR**. Corporación de Estudios y Publicaciones, Año de Publicación 1968, Quito-Ecuador, Pág. 711.

también obligado a prestar alimentos a su hermano o hermana menor de edad, por la obligación subsidiaria que establece la legislación ecuatoriana.

4.2.4 Evolución Histórica de la Filiación en el Derecho Romano.

La patria potestad es una figura jurídica que a lo largo de la historia del derecho a sufrido transformaciones adecuándose al momento y a las condiciones sociales existentes.

Según el Dr. Eugene Petit en su TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO, manifiesta acerca de la patria potestad: *“La potestad paternal pertenece al jefe de familia sobre los descendientes que forman parte de la familia civil. No es, como la autoridad del señor, una institución del derecho de gentes, es de derecho civil y no puede ejercerse más que por un ciudadano romano sobre un hijo también ciudadano. El mismo Gayo afirma que en ningún otro pueblo excepto los galatos, estaba organizada como Roma (Gayo, I, §55). Sin embargo se encuentran principales rasgos entre los hebreos, los persas, los galos, y en general en los pueblos que han practicado el régimen patriarcal.”*¹⁸

En el derecho romano significaba un amplio poder que los padres o abuelos ostentaban sobre hijos o nietos a grado tal que esta potestad disciplinaria inclusive podría llegar hasta la disposición de la propia vida.

¹⁸ PETIT Eugene, **TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO**, 1era Edición, Editorial ALBATROS, Buenos Aires-Argentina 1977, Págs. 143-144.

Este derecho se fue suprimiendo poco a poco hasta llegar a la actualidad en donde el poder del padre sobre los hijos no queda más que un moderado derecho de castigar cuando existe una causa justificada.

Precisamente el presente trabajo trata de buscar una comparación de la figura jurídica de la patria potestad como se reconocía y aplicaba en el derecho romano y lo que actualmente representa; es decir como la conciben los juristas y que alcance le han dado los legisladores dentro de los diferentes sistemas jurídicos del mundo.

Los romanos consideraban la patria potestad como el poder atribuido al padre de familia, es decir la potestad ejercida sobre los hijos que formaban su familia y que se encontraban en ella como consecuencia de las justas nupcias, por la legitimación o por la adopción. Como puede apreciarse la idea de esta facultad, la cual se manifiesta abiertamente en la familia, mediante la autoridad máxima del *Pater*.

Desde luego para ejercitar esa patria potestad en el derecho civil romano era requisito ser ciudadano romano, en cuyo caso según el derecho antiguo el Pater Familia era el propietario de los hijos, tenía el derecho de vida y muerte podía venderlos, exponerlos, abandonarlos o entregarlos para reparar el daño que estos hubieran causado, castigarlos y matarlos según disponía la ley de las XII tablas; como el padre era el propietario de su hijo los bienes que este adquiría pasaban al poder también del padre.

Según el Dr. Ricardo Ribinovich-Berkman en su obra denominada DERECHO ROMANO respecto de la evolución de la filiación manifiesta: “*El paterfamilias*

antiguo era jefe político, juez y sacerdote de sus filiifamilias, a los que podía castigar hasta con penas corporales y con la muerte. Cuando ellos delinquían contra un extraño, este debía plantear una queja ante el paterfamilias, que tenía el derecho de entregar al culpable (una especie de extradición familiar). Era el abandono o dación “noxal”, de que habláramos en oportunidad de tratar los delitos. Por cierto, también podía también vender o alquilar a los filiifamilias y deshacerse de los recién nacidos. En otras palabras, tenía todos los poderes de un gobernante antiguo sobre sus súbditos. Sin embargo esa potestad no era absoluta ni omnímoda, pues él mismo, como sus sujetos, estaba sometido a los mores y al fas, que le imponía reglas de conducta... ”¹⁹

La potestad del paterfamilias era casi total podía castigar a los hijos o personas que estaban bajo su cuidado, podía venderlos o alquilarlo a través de algunas formas como la denominada mancipio, que era un contrato de buena fe o fiducia, por el cual el adquirente lo debía devolver después de fenecido el plazo del contrato. A pesar de todo, la potestad paterna estaba limitado por las mores que son las costumbres del pueblo romano y por el fas (Derecho Divino).

Esta potestad de los padres sobre los hijos duro casi todo el régimen republicano pero posteriormente fue modificada por lo que ya en la época imperial romana, el padre se convirtió en jefe supremo de la familia, mas no en el propietario de ella.

¹⁹ RABINOVICH-BERKMAN Ricardo, **DERECHO ROMANO**, 1era Edición, Editorial ASTREA, Año de Publicación 2001, Buenos Aires-Argentina, Pág. 641.

Las fuentes son: las justas nupcias, la legitimación y la adopción.

En el derecho romano la patria potestad estaba originada por las justas nupcias lo cual hacía que todos los hijos que nacían de los cónyuges cayeran bajo su poder así como los nietos o descendientes del hijo varón que contraía matrimonio legítimo; sin embargo esto no se aplicaba a los hijos de la hija que pasaban o se sometían a la patria potestad del padre de la madre. La mujer aun cuando fuera *sui juris* jamás ejercía la patria potestad sobre los hijos.

Los romanos consideraban al matrimonio o nupcias en general a la unión del hombre y la mujer que deseaban establecer entre ellos una comunidad indivisible de existencia. Así definían al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer con el objeto de formar una sociedad indivisible; o sea una asociación de toda la vida.

La filiación es el lazo natural que relaciona a un infante con sus autores, produce efectos extensos según la naturaleza de la unión donde resalta. Se considera la filiación más plena aquella que emana de la *iustae nuptiae* y que vale para los hijos la calificación de *liberi iusti*.

La adopción es un acto solemne que hace caer a un ciudadano romano bajo la potestad de otro. Ciudadano en donde se establecen entre ellos artificial mente las mismas relaciones civiles que hubieran nacido de la procreación de la nupcia.

La adopción presenta en Roma un lugar importante debido a los intereses políticos y religiosos y dada que la familia civil solo se desarrollaba por los varones podía

sucedier que alguna familia antigua estuviera a punto de extinguirse, para evitarlo se acudía a la adopción; existen dos clases de adopción: la de las personas sui iuris a la cual se le llama adrogación y la referente a los *alienei iuris*, que es la adopción propiciamente dicha.

La patria potestad pertenece al jefe de la familia sobre los descendientes que forman parte de la familia civil. De acuerdo a ello esta potestad puede resumirse en tres proposiciones:

“1.- El jefe de familia es el jefe del culto doméstico.

2.- Los hijos de familia son incapaces como los esclavos de tener un patrimonio todo lo que ellos adquieren es adquirido por el paterfamilias.

3.- La persona física de los sujetos a esta potestad está a la disposición absoluta del paterfamilias, quien los puede castigar, emplearlos en distintos trabajos, venderlos y aún darles muerte.”²⁰

Como esta potestad está en interés del padre, no podrá pertenecer a ninguna mujer, ni a la madre, ni a ningún varón ascendiente de la madre, es decir se prolonga por vía paterna. En el derecho romano la patria potestad pertenece al jefe de familia sobre los descendientes que forman parte de la familia civil. El derecho de potestad que tenemos sobre los hijos es propio de los ciudadanos romanos; Justiniano dice en sus

²⁰ Ob. Cit., RABINOVICH-BERKMAN Ricardo, **DERECHO ROMANO**, Pág. 624.

instituciones que la patria potestad es del padre sobre los hijos que son procreados en justas nupcias, además también pueden estar bajo la potestad paterna el adrogado y el adoptado.

Para tener esta potestad era necesario ser *sui iuris*, de aquí que el menor que tiene varios ascendientes varones en la líneas paterna, estará bajo la potestad del más lejano- abuelo, bisabuelo- no hay edad que libere al hijo de esta potestad, pero aunque está sometido en el orden privado, no le afecta en sus derechos públicos, lo que hace su situación superior a la del esclavo.

El *paterfamilias*, es la única persona que tiene la plena capacidad de goce y ejercicio, todos los demás miembros de la *domus* depende de él; los esclavos, los hijos a la esposa o nuera *in manus*, adquieren solo para el patrimonio del *paterfamilias* en caso de obtener algún beneficio por su trabajo, por donaciones etc.

El padre sobre los hijos tiene el poder disciplinario casi ilimitado no solo sobre las personas sino también sobre el patrimonio de éstos.

“Del pater familias del Dominado ya no se espera que ejerza su poder y castigue a los hijos. Al contrario se supone que se queje al magistrado o al presidente de su provincia. Ni Justiniano pudo restringir del todo el derecho de vender los hijos, porque este había tenido su propia historia en Oriente, donde tal práctica no era del todo extraña a las costumbres locales, especialmente en la culturas asiáticas; pero

lo limitó a los recién nacidos, que podían ser vendidos en caso de extrema necesidad de sus padres, quienes, si mejoraban su fortuna, podían recuperarlos (y los hijos así mismo rescatarse a sí mismos más tarde), a cambio de la evolución del precio pagado, o la entrega de otro siervo(Código, 4, 43, 2)”²¹

Durante la fase imperial la patria potestad se convirtió en figura política en la que establece derechos y deberes padres e hijos. Así por ejemplo en la época de Marco Aurelio se reconoce en la relación padre-hijo un recíproco derecho a alimentos.

4.2.5 Formas de Determinación de la Filiación.

Doctrinariamente existen dos criterios para establecer la filiación:

1.- La Titulación: En donde la filiación se tiene por los títulos de atribución que es la causa iuris de la filiación y títulos de legitimación, que son signos o requisitos legales que refieren a la determinación y tienen una función probatoria. Los títulos pueden entrar en conflictos entre sí respecto de una misma persona.

Dentro de esta forma de establecer la filiación tenemos la determinada por presunción de los hijos concebidos durante matrimonio y la legitimación o reconocimiento voluntario de hijos extra-matrimoniales.

2.- La Procedimentalización.- En donde parte de la separación de ciertos procedimientos independientes para acceder o destruir la filiación, con base en que

²¹ Ob. Cit., RABINOVICH-BERKMAN Ricardo, **DERECHO ROMANO**, Pág. 647.

son de carácter autónomos entre sí, que son el punto de partida, punto de articulación y de interpretación cada procedimiento, eventualmente factores de determinación, y meta-criterios de decisión para conflictos o choques de procedimientos. Este sistema tiene como sustrato una triple partición entre: a) Los procedimientos constitutivos o impugnativos, b) el estado civil filial constituido y c) los derechos y deberes atribuidos al estado civil.

Dentro de las formas legales ecuatorianas de establecer la filiación mediante procedimiento judicial tenemos: la adopción, juicio de alimentos y el juicio de investigación de la paternidad.

a.- Hijos concebidos dentro del Matrimonio.

Para el Dr. Roberto Suárez: *“Con fundamento en la idea racional que la paternidad es un hecho que no puede demostrarse directamente, la ley establece, como prueba de la filiación legítima paterna, la presunción consagrada en el Art. 214.*

El artículo 214 dispone: “El hijo que nace después de expirar los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio se reputa concebido en él y tiene por padre al marido”. Esta norma contempla aquella presunción universalmente aceptada y supone padre al marido, “mientras no se demuestre lo contrario” (pater is est quem

nuptiae demonstran), lo que equivale a decir que todo hijo concebido dentro del matrimonio tiene por padre al marido de la madre.”²²

Es lo que se denomina Filiación Legítima, la cual es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres. En nuestro derecho se requiere que el hijo sea concebido durante el matrimonio de los padres y no simplemente que nazca durante el matrimonio, porque pudo haber sido concebido antes del mismo, naciendo cuando sus padres ya se habían casado. En este caso el hijo puede ser considerado legitimado, o bien, el marido puede impugnarlo, es decir, desconocer la paternidad para que no pueda gozar de los derechos de la legitimidad que se otorgan a los hijos concebidos dentro del matrimonio de los padres.

Por la misma razón, el hijo legítimo puede nacer cuando el matrimonio de los padres esté ya disuelto, por muerte del marido, por divorcio o por nulidad, y en estos tres casos su legitimidad se determina por virtud de su concepción, nunca del nacimiento.

Esta forma de establecer la filiación se basa en la presunción legal de que todo hijo concebido durante matrimonio se entiende hijo del marido de su madre. Con todo ésta presunción admite impugnación, esta acción se denomina de impugnación de paternidad, que solo puede ser planteada por el padre mientras viva y en un plazo de

²² Ob. Cit., SUÁREZ FRANCO Roberto, **DERECHO DE FAMILIA: FILIACIÓN Y RÉGIMEN DE LOS INCAPACES**, Pág. 20.

sesenta días desde el parto, y por los herederos de éste en igual plazo desde la fecha del deceso.

b.- Reconocimiento Voluntario.

Para los doctores Gustavo Bossert y Eduardo Zannoni: *“El reconocimiento es un acto jurídico familiar, destinado a establecer el vínculo jurídico de filiación”*²³

El reconocimiento voluntario de los hijos o legitimación, es un acto de voluntad que realiza uno o ambos progenitores de un hijo concebido fuera del vínculo matrimonial, tiene algunas características que es importante destacar:

1.- Es Solemne, unilateral y calificado: Es un acto solemne pues debe efectuarse mediante las disposiciones que determina el Código Civil, entre estas formas está el reconocimiento otorgado por escritura pública, el realizado ante un juez civil con presencia de tres testigos, por acto testamentario, incluso si se ha planteado acción judicial, todavía se considera como reconocimiento voluntario si el demandado se allana a la demanda o si confiesa ser el padre, esto obviamente antes de que se dicte la sentencia.

2.- Es Irrevocable: Una vez efectuado el progenitor que reconoce a un hijo como suyo, no puede revocar tal declaración. Pero si puede cualquier persona impugnarlo

²³ Ob. Cit., BOSSERT Gustavo-ZANNONI Eduardo, **MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA**, Pág. 457.

si es que se ha hecho de forma contraria a lo dispuesto en el Código Civil, y que demuestre tener interés actual en ello, el caso concreto de los hijos matrimoniales que impugnan el reconocimiento voluntario que hizo su padre antes de fallecer, y que con la muerte de éste tienen derechos hereditarios. Pero la impugnación se debe basar en que el hijo reconocido no es realmente del padre fallecido.

3.- No admite modalidades: Es un acto puro y formal, no está sujeto a ningún modo a cumplir para su validez o sujeto a ninguna condición.

4.- Produce Efectos “erga omnes”: Es decir la atribución de la calidad de hijo natural o consanguíneo que se produce por el reconocimiento produce efectos sobre todas las personas, y no solo para los padres que efectúan tal reconocimiento, en otras palabras sus efectos son absolutos, pues el reconocimiento de acuerdo a las formas establecidas en el Código Civil Ecuatoriano es un instrumento público.

c.- Declaración Judicial.

En los juicios de filiación, la ley posibilita la investigación de la paternidad y maternidad, mediante el uso de toda clase de pruebas, así lo mencionan Gustavo Bossert y Eduardo Zannoni: *“Actualmente, los juicios donde se discute la realidad de un vínculo de filiación, se resuelven en la generalidad de los casos mediante*

pruebas biológicas. Estas consisten en procedimientos científicos que establecen o bien la imposibilidad de tal vínculo o bien la realidad de éste.”²⁴

Dentro de las pruebas que han utilizado para determinar la filiación tenemos las siguientes:

a.- Prueba de Khüne: *Estas pruebas consisten en demostrar parecidos físicos que suelen aparecer en la columna vertebral, tanto de los padres como de los hijos. Se usó de forma tradicional, aunque ha sido desplazada por otro tipo de exámenes científicos que son más confiables a la hora de determinar la filiación.*

b.- Prueba Hematológica: *Consiste en la extracción de sangre de la madre, del hijo y del presunto padre, para analizar los antígenos comunes de la sangre, principalmente de grupo sanguíneo (A, B, O, AB), el factor Rh (Rhesus), el MN o el P. Esta prueba es de carácter negativo o descartivo, no puede determinar quién es el progenitor.*

c.- Prueba de Histocompatibilidad: *O también conocida como HLA por sus siglas en inglés (Human Lymphocyte Antigen), la misma que se basa en el análisis de ciertos antígenos en las células leucocitos de la sangre propios de cada persona y que se transmiten a la descendencia por las Leyes de Mendel (Leyes de la Herencia), a*

²⁴ BOSSERT Gustavo-ZANNONI Eduardo, **MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA**, Ob. Cit., Pág. 474.

través del sexto par cromosómico y se encuentra presente en todas las células nucleadas del organismo. Su grado de veracidad es del 96% al 99,9%.

d.- Pruebas de ADN: *En la actualidad, los exámenes de ADN permiten confirmar la paternidad y también la identidad biológica con certezas superiores al 99,9%. En caso que la persona a quien se le imputa la paternidad se oponga al examen de ADN, el juez lo llamará de nuevo y si se resiste otra vez, el juez tomará este factor como una presunción positiva de paternidad o maternidad, o la ausencia de ella, según corresponda. Con esto, se termina con la práctica de los padres que evitan realizarse tal examen.*"²⁵

De la cita precedente se puede observar la evolución científica al momento de determinar la filiación de carácter biológico del progenitor hacia su hijo, siendo primeramente utilizado el método de comparación de las características físicas y parecido entre las personas sujetas a este análisis, luego con la comparación de los grupos sanguíneos, ya que existe una gran probabilidad que los hijos hereden el grupo sanguíneo de uno de los padres, pero no es totalmente veraz, pues existen grupos sanguíneos dominantes y otros recesivos.

Uno de los métodos más exactos era la comparación de las células del sistema inmunológico que ofrecía un rango de veracidad del 96% al 99,9%, aunque

²⁵ Ob. Cit., BOSSERT Gustavo-ZANNONI Eduardo, **MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA**, Págs. 475-476.

actualmente y en especial en la legislación ecuatoriana lo que más se utiliza es la prueba de ADN, en la que se compara las secuencias de cromosomas que identifican la filiación o el grado de parentesco entre las personas sujetas a este examen médico.

Para Luis Parraguez: *“En el Ecuador tenemos dos acciones judiciales que sirven para determinar la filiación, estas son:*

1.- Acción de Investigación de la Paternidad.- *La cual se tramita ante un juez civil, la propone el hijo que considera que un determinado hombre o mujer es su progenitor. Entre las causas que pueden originar tal presunción es que haya existido concubinato durante el periodo legal de su concepción, o que su madre haya sido raptada por el presunto padre, o que su madre haya sufrido una violación, o que el presunto padre haya contribuido económicamente con su educación y crianza.*

Esta acción prescribe en diez años desde que el hijo cumple la mayoría de edad.

2.- Acción de Alimentos.- *En el juicio de alimentos se declara el vínculo parentofilial cuando se ha comprobado científicamente con las pruebas de ADN, si el demandado no se presenta por segunda vez se entiende o se presume que es su hijo y se fija la correspondiente pensión alimenticia.”²⁶*

De lo expresado por el autor Luis Parraguez, se determina que existen dos formas de

²⁶ Ob. Cit., PARRAGUEZ RUIZ Luis, **MANUAL DE DERECHO CIVIL ECUATORIANO: PERSONAS Y FAMILIA**, Pág. 56.

declarar la filiación en forma judicial, la una que ya está cayendo en un demarcado desuso que es la acción de investigación de la paternidad, permite a quien tuviere las presunciones de ser hijo de determinada persona plantear ante un juez civil esta acción, pero considero que las presunciones de paternidad como la de que el presunto progenitor haya raptado a la madre y la concepción se pudo dar en ese tiempo de rapto, así como la que el presunto progenitor haya proveído los recursos de manutención y educación al accionante, ya no son factibles desde que existen las pruebas de ADN con un 99,99% de eficacia.

Actualmente la mayor parte de los casos que se declara la filiación judicialmente es en los juicios de alimentos, en que se puede demandar hasta que el presunto hijo tenga la edad de 21 años, o si es presenta un grado de discapacidad acreditado por el CONADIS puede demandar durante todo el tiempo de vida. La acción de la investigación de la paternidad prescribe en diez años desde que se cumple la mayoría de edad, es decir hasta que el accionante tenga 28 años de edad.

d.- Adopción.

La adopción es la creación de una filiación artificial (ficción legal) por medio de un acto condición, en el cual se hace de un hijo biológicamente ajeno, un hijo propio. Etimológicamente proviene de la palabra latina "*Adoptio*".

Es importante establecer una diferencia entre la filiación y la adopción, para lo cual tomare lo que expresa el autor Roberto Suárez Franco: "*La filiación es el resultado*

de la concepción de la mujer realizada dentro del matrimonio o fuera de él; la adopción es una ficción del derecho, en virtud de la cual se crea una relación semejante a la que existe entre padre e hijos; la filiación da origen a un parentesco de sangre, mientras que la adopción es una fuente de relación eminentemente civil o legal.”²⁷

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano, no se hace distinción alguna entre hijos concebidos en el matrimonio, extra-matrimoniales, declarado judicialmente o adoptados, en consecuencia el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea y adquiere todos los derechos y obligaciones de tal con él o los adoptantes.

La adopción no es una figura reciente sino que tuvo origen en el Derecho Romano, pues había incluso dos modalidades, la una denominada adrogación que consistía en establecer el vínculo filial con una persona *sui juris*, es decir una persona con voluntad para mandarse por sí misma, y por ende este acto constituía en la extinción de la familia del adrogado, por ello requería autorización del Senado.

La segunda es la ADOPCIÓN propiamente dicha, en la que se establece el vínculo con una persona *alieni juris*, es decir de una persona que está bajo la patria potestad de alguien como esclavo.

²⁷ Ob. Cit., SUÁREZ FRANCO Roberto, **DERECHO DE FAMILIA: FILIACIÓN Y RÉGIMEN DE LOS INCAPACES**, Pág. 111.

En el Ecuador el procedimiento de adopción reviste dos fases, la primera de carácter administrativo en la que se evalúan las capacidades económicas y psicológicas de los adoptantes, y la fase judicial donde se confiere propiamente la adopción por un Juez de la Familia, Mujer, Niñez y la Adolescencia.

4.3 MARCO JURÍDICO.

4.3.1 Constitución de la República del Ecuador.

En sentido amplio la familia, según Planiol y Ripert es *“el conjunto de personas que se hallan vinculadas por el matrimonio, por la filiación o por la adopción”*²⁸

La familia es la célula fundamental de la sociedad, sobre la cual se establece la organización de un grupo de individuos unidos por el parentesco o por el matrimonio, y que es fuente de todo conglomerado humano.

Nuestra actual Constitución de la República del Ecuador aprobada mediante referéndum y publicada en el R. O. Nro. 449 del 20 de octubre del 2008, en su Art. 44 establece que:

“El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

²⁸ PLANIOL y RIPERT, **TRATADO PRÁCTICO DE DERECHO CIVIL**. Tomo II, La Habana 1939, Pág. 12.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad.

Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.”²⁹

De esta importante norma constitucional se dependen dos principios muy importantes que regulan los derechos de niños, niñas y adolescentes, el primero hace referencia a la corresponsabilidad del Estado, la Familia y la Sociedad en la protección y ejercicio adecuado de los derechos de este grupo de atención prioritaria.

El segundo principio es el de primacía del interés superior del niño por el cual sus derechos prevalecen sobre el de las demás personas, y en este sentido se ha intentado establecer el no reembolso de lo pagado por concepto de pensiones alimenticias, pero no se ha normado el caso en que la demanda se plantee contra alguien que no es progenitor del alimentario, y por ende la prohibición de reembolso afecta al demandado, que ha cancelado las prestaciones alimenticias sin que exista fundamento legal para tal pago, es decir, ha realizado un pago indebido.

²⁹ **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS**, Ediciones Legales (EDLE S.A.), Actualizada a Marzo del 2010, Impresión Corporación MYL, Quito-Ecuador, Pág. 30.

Algo muy característico del Derecho de Familia es que subsisten a la promulgación de una ley posterior, pues su fundamento jurídico está en el Derecho Natural y la función social de la familia, es de esta manera que lo concibe Manuel Somarriva:

“...mientras los contratos patrimoniales se rigen, tanto en lo que toca a sus requisitos internos y externos como a sus efectos, por la ley vigente al tiempo de su celebración, los actos de familia se rigen sólo para la celebración, pero sus efectos quedan normados por la ley posterior”³⁰

La Constitución en su Art. 69 numeral 1 establece: *“Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:*

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo. ...”³¹

Uno de los principales deberes del Estado para proteger los derechos de la familia es promover la maternidad y paternidad responsables, es decir asegurarse gradualmente por medio de políticas públicas adecuadas el cabal cumplimiento de las obligaciones de ambos progenitores frente al niño, niña y adolescente, lo que incluye la obligación alimenticia.

Como se denota también la norma citada hace referencia la paternidad y maternidad, es decir al vínculo parento-filial, y si se demostraré científicamente no existir tal

³⁰ SOMARRIVA UNDURRAGA Manuel, **DERECHO DE FAMILIA**, Tomo I, 3era Edición, Editorial Albatros, Santiago-Chile, Pág. 9.

³¹ Ob. Cit., **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS**, Págs. 45-46.

vínculo el demandado en un juicio de alimentos tiene derecho a que se le reembolse lo pagado indebidamente por alimentos, así como la indemnización de daños y perjuicios causados si es que se comprueba que existe dolo de la parte actora en el juicio.

4.3.2 Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su Art. 1 establece la finalidad de este cuerpo normativo:

“Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad.

Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral.”³²

La finalidad de la normativa de este Código, es garantizar el ejercicio pleno de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en virtud del principio de interés superior del niño. Los sujetos protegidos son todo ser humano comprendidos hasta la edad de 18 años, y en casos excepcionales a quienes superen la mayoría de edad,

³² **CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Serie Profesional, Actualizado a Octubre del 2010, Quito-Ecuador, Pág. 1.

como el caso del derecho de alimentos del cual tienen derecho hasta los 21 años si cursan estudios de cualquier nivel.

Es importante puntualizar que niño es toda persona que no ha cumplido 12 años de edad, y adolescente es toda persona que ha cumplido 12 años pero no 18 años.

Para Cristóbal Ojeda, el actual Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia se ha fundamentado en los siguientes aspectos:

“1. Necesidad de considerar el “interés superior del niño” en la forma de cualquier medida judicial, administrativa o legislativa;

2. Reconocimiento del carácter pluriétnico y pluricultural de nuestro país, al señalar la necesidad de considerar su origen étnico o cultural;

3. La obligación de tomar en cuenta la opinión del niño, en todos los asuntos que le afecten o le interesen;

4. El reconocimiento del papel de la Familia, la comunidad y la sociedad civil conjuntamente con el Estado, como los garantes de la aplicación de los derechos de los menores;

5. La modernización de instituciones como la tenencia, alimentos, colocación familiar, régimen de visitas, patria potestad, abandono y adopciones;

6. *La incorporación de un nuevo capítulo que trata únicamente el problema del maltrato y abuso sexual a los niños, alternativas a éste;*

7. *La modificación de la llamada conducta Irregular” (conocida así en el Código de Menores de 1976), teoría que desconocía todos los derechos de los menores de edad privados de la libertad, o que tenían problemas con la justicia. Por lo que, con el nuevo Código se incorporé la figura de los “Menores Infractores” que permite una efectiva aplicación de Los derechos de los menores y que respeta en forma absoluta las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño;*

8. *La creación de Cortes Distritales de Menores que faciliten el acceso a la justicia por parte de la población, sin aumentar o alargar el trámite, ya que se mantiene únicamente dos instancias para todas las causas.”³³*

El Art. 3 de este Código establece el principio de supletoriedad: *“En lo no previsto expresamente por este Código se aplicarán las demás normas del ordenamiento jurídico interno, que no contradigan los principios que se reconocen en este Código y sean más favorables para la vigencia de los derechos de la niñez y adolescencia.”³⁴*

Por este principio las disposiciones del Código Civil solo son aplicables en falta de norma del Código Orgánico de la Niñez, pero en ningún caso puede contradecirlo,

³³ OJEDA MARTINEZ, Cristóbal, **ESTUDIO CRITICO DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.**, Tomo I, Año de Publicación 2004, Pág. 7.

³⁴ Ob. Cit., **CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Pág. 1.

esto es muy importante para la problemática de la presente tesis, conforme explicaré a continuación en los siguientes puntos del informe.

El Título V Del Derecho a Alimentos del Libro Segundo del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia fue reformado por la Ley s/n publicada en el R.O. Nro. 643 del día martes 28 de julio de 2009, del cual efectuaré un análisis integral de las disposiciones pertinentes con la problemática de la presente tesis:

*“Art. 1.- **Ámbito y relación con otros cuerpos legales.**- El presente Título regula el derecho a alimentos de los niños, niñas, adolescentes y de los adultos y adultas considerados como titulares de derechos establecidos en esta Ley. En lo que respecta a las demás personas que gozan de este derecho, se aplicarán las disposiciones sobre alimentos del Código Civil.”³⁵*

Como se puede ver las disposiciones del Código Orgánico de la Niñez por su especialidad tienen mayor jerarquía normativa que las disposiciones del Código Civil, y regula estrictamente el derecho a alimentos de los niños, niñas y adolescentes. Las niñas, niños y las y los adolescentes, son los sujetos de protección en virtud del principio de interés superior del niño, pero como claramente establece la norma citada, también ampara a las personas adultas en casos muy específicos, que son, el primero del adulto que ha cumplido dieciocho años de edad pero no cumple los veintiún años y cursa estudios de cualquier nivel, siendo anteriormente solo si cursaba nivel universitario; en un segundo lugar ampara a la persona adulta que haya

³⁵ Ob. Cit., **CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Pág. 31.

cumplido los 21 años pero que padezca algún grado de discapacidad, la indicada obligación subsiste durante toda la vida del alimentario.

Fernando Albán, hace un breve comentario acerca de la corresponsabilidad en los intereses del niño indicando que: *“La responsabilidad del Estado frente a la niñez y adolescencia nace del principio fundamental de protección consagrado en el Art. 3 de la Constitución de la Republica por la cual, -entre otros- está obligado a asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres, y la seguridad social, erradicar la pobreza y promover el progreso económico, social y cultural de sus habitantes. Según el Art. 16 ibídem, el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza la Constitución. El Estado garantizara a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos (Art. 17). Derivado de este principio fundamental de protección, el Estado ecuatoriano ha suscrito varios convenios de protección al menor, de los cuales, el más connotado y sobresaliente para este estudio es la Convención Sobre los Derechos del Nino, en virtud del cual el Estado se ha obligado a respetar los derechos enunciados en esta convención asegurando su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna por razón de raza, religión, etnia, color, sexo, etc.; a tomar todas las medidas apropiadas para que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición,*

las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres o sus tutores o de sus familiares; a exigir que todas las instituciones públicas y privadas de bienestar social, autoridades administrativas y judiciales a tener una consideración especial en fundamento al interés superior del niño: pero también se ha obligado el Estado a respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según lo establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño e impedirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y Orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención precitada.”³⁶

“Art. 2.- Del derecho de alimentos.- *El derecho a alimentos es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. Implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios que incluye:*

- 1. Alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente;*
- 2. Salud integral: prevención, atención médica y provisión de medicinas;*
- 3. Educación;*
- 4. Cuidado;*

³⁶ ALBÁN ESCOBAR Fernando, **DERECHO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, ACCIONES DE PROTECCIÓN Y JUZGAMIENTO DE ADOLESCENTES INFRACTORES**, 2003, Bogotá-Colombia, Pág. 34

5. *Vestuario adecuado;*
6. *Vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos;*
7. *Transporte;*
8. *Cultura, recreación y deportes; y,*
9. *Rehabilitación y ayudas técnicas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva.*³⁷

El derecho de alimentos incluye varias necesidades básicas y congruas, pues garantiza la satisfacción de varios aspectos del desarrollo integral de la niñez y adolescencia. Es muy importante como se define qué aspectos constituyen del derecho de alimentos, ya que para un adecuado desarrollo físico, intelectual, emocional y psicológico del niño o adolescente, se requiere a más de los medios para obtener una alimentación adecuada, de garantizarle el acceso a educación, vivienda con los servicios básicos, vestimenta, y otras exigencias de acuerdo a las necesidades propias de la persona.

En la problemática del presente trabajo investigativo el Art. 3 reformativo al Título de los Alimentos es trascendental el mismo que establece:

“Art. 3.- Características del derecho.- Este derecho es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y no admite compensación ni reembolso de lo pagado, salvo las pensiones de alimentos que han sido fijadas con

³⁷ Ob. Cit., **CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Pág. 32.

anterioridad y no hayan sido pagadas y de madres que hayan efectuado gastos prenatales que no hayan sido reconocidos con anterioridad, casos en los cuales podrán compensarse y transmitirse a los herederos.”³⁸

El derecho a alimentos es intransferible es decir, no se puede transmitir por acto entre vivos como la cesión de derechos; es irrenunciable, pues ni siquiera su titular puede desprenderse de tal prerrogativa; es intrasmisible por causa de muerte excepto el caso que establece la parte final del artículo; es imprescriptible pues no caduca por el tiempo, esto se entiende de las pensiones devengadas una vez exista pensión provisional o definitiva fijada por el juez, ya que si una persona que ha cumplido 21 años y no ha establecido anteriormente la demanda, ya no tiene derecho pues el derecho esta extinguido.

Y establece que el derecho de alimentos no admite reembolso, lo cual esta correcto en el caso que entre alimentario y demandado exista el vínculo parento-filial, pero si no es así constituye en un atentado a un tercero, que ni siquiera tiene derecho a solicitar la devolución de lo pagado indebidamente.

“Art. 5.- Obligados a la prestación de alimentos.- Los padres son los titulares principales de la obligación alimentaria, aún en los casos de limitación, suspensión o privación de la patria potestad.

En caso de: ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad de los obligados principales, debidamente comprobado por quien lo alega, la autoridad competente ordenará que la prestación de alimentos sea pagada o completada por

³⁸ IBÍDEM, Pág. 32.

uno o más de los siguientes obligados subsidiarios, en atención a su capacidad económica y siempre y cuando no se encuentren discapacitados, en su orden:

- 1. Los abuelos/as;*
- 2. Los hermanos/as que hayan cumplido 21 años y no estén comprendidos en los casos de los numerales dos y tres del artículo anterior; y,*
- 3. Los tíos/as.*

La autoridad competente, en base al orden previsto en los numerales precedentes, en los grados de parentesco señalados, de modo simultáneo y con base en sus recursos, regulará la proporción en la que dichos parientes proveerán la pensión alimenticia, hasta completar el monto total de la pensión fijada o asumirla en su totalidad, según el caso.

Los parientes que hubieren realizado el pago podrán ejercer la acción de repetición de lo pagado contra el padre y/o la madre.

Los jueces aplicarán de oficio los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador a fin de garantizar el derecho de alimentos de los niños, niñas y adolescentes, hijas e hijos de padres o madres que hubieren migrado al exterior, y dispondrán todas las medidas necesarias para asegurar el cobro efectivo de la pensión.

La autoridad central actuará con diligencia para asegurar el respeto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y, responderá en caso de negligencia.”³⁹

Entre los obligados a la prestación de alimentos, existen los deudores principales de la obligación, los mismos que son los padres de alimentario, y en una forma subsidiaria o complementaria se encuentran los abuelos, los tíos y los hermanos.

Como forma de garantizar la maternidad y la paternidad responsable, el Código de la Niñez y Adolescencia establece que los obligados subsidiarios, tienen la facultad de repetir la acción de lo pagado contra los deudores principales.

“Art. 8.- Momento desde el que se debe la pensión de alimentos.- La pensión de alimentos se debe desde la presentación de la demanda. El aumento se debe desde la presentación del correspondiente incidente, pero su reducción es exigible sólo desde la fecha de la resolución que la declara.

Art. 9.- Fijación provisional de la pensión de alimentos.- Con la calificación de la demanda el Juez/a fijará una pensión provisional de acuerdo a la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas que con base en los criterios previstos en la presente ley, elaborará el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia, sin perjuicio de que en la audiencia, el Juez/a tenga en cuenta el acuerdo de las partes, que en ningún caso podrá ser inferior a lo establecido en la mencionada tabla.

Cuando la filiación no ha sido establecida, o el parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos, el Juez/a ordenará en la providencia de calificación de la

³⁹ Ob. Cit., **CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Págs. 32-33.

demanda, el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN), sin menoscabo de la fijación provisional de alimentos.”⁴⁰

Con la reforma del año 2009 se cambió la tramitación del juicio de alimentos del trámite contencioso general a un trámite especial, con anunciación de pruebas en la demanda, calificación y fijación de la pensión provisional, citación y audiencia única en la que se practica la prueba y luego corresponde el fallo del Juez de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.

La fijación de pensión provisional en la calificación de la demanda de alimentos por parte del Juez, perjudica cuando el demandado no tiene vínculo parento-filial con el alimentario, y por ende ocasiona un pago indebido de alimentos.

Con la característica del derecho a alimentos de no admitir reembolso, se perjudica a un tercero que no está realmente obligado por la ley a la prestación alimenticia, y mucho más aún si la demanda ha sido planteada con dolo y mala fe, lo cual constituye inseguridad jurídica.

4.3.3 Código Civil.

Nuestro Código Civil es un cuerpo normativo más antiguo y eficaz de todo el ordenamiento jurídico, pues de él se desprenden importantes figuras que se aplican en las diferentes normas legales en el Ecuador.

⁴⁰ Ob. Cit., **CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Pág. 33.

Respecto del derecho a alimentos, en la legislación civil el Art. 349 establece que:

“Se deben alimentos:

1. Al cónyuge;

2. A los hijos;

3. A los descendientes;

4. A los padres;

5. A los ascendientes;

6. A los hermanos; y,

7. Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada.

No se deben alimentos a las personas aquí designadas, en los casos en que una ley expresa se los niegue.

En lo no previsto en esta Ley, se estará a lo dispuesto en el Código de la Niñez y Adolescencia y en otras leyes especiales.”⁴¹

Los alimentos se deben por disposición legal al cónyuge, y a los parientes por consanguinidad en línea recta (padres, abuelos, hijos, nietos), y en línea colateral hasta el segundo grado de consanguinidad (hermanos).

⁴¹ **CÓDIGO CIVIL, LEGISLACIÓN CONEXA, CONCORDANCIAS**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Actualizado a Abril del 2010, Quito-Ecuador, Págs. 64-65.

Así mismo tiene un fundamento en la gratitud con la persona que efectuó una donación cuantiosa a nuestro favor.

El derecho de alimentos forzosos puede ser exigido a través de un juicio especial ante un juez de lo civil si se trata de alimentos congruos a petición de un padre a su hijo, igual regla se aplica si quien solicita alimentos es un hermano, ascendiente, cónyuge o a quien efectuó una donación cuantiosa. Cuando se trata de alimentos que solicita un hijo a su padre se rige por lo dispuesto en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

El Art. 351 del Código Civil establece la clasificación de los alimentos:

“Los alimentos se dividen en congruos y necesarios.

Congruos, son los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente, de un modo correspondiente a su posición social.

Necesarios, los que le dan lo que basta para sustentar la vida.

Los alimentos, sean congruos o necesarios, comprenden la obligación de proporcionar al alimentario menor de dieciocho años, cuando menos, la enseñanza primaria.”⁴²

Esta división bipartita de los alimentos es la clasificación clásica de nuestra legislación, la misma que se basa en la suficiencia de la prestación alimenticia, así

⁴² Ob. Cit., **CÓDIGO CIVIL, LEGISLACIÓN CONEXA, CONCORDANCIAS**, Pág. 65.

los alimentos necesarios solo sirven para sustentar la vida, y se la debe a los hermanos y ascendientes.

Pero los alimentos congruos son aquellos necesarios para subsistir de acuerdo a la posición social, es decir incluyen algunos beneficios como vestido, transporte, educación, entre otros. En esta clase se encuentran los alimentos para niños, niñas y adolescentes.

En la presente investigación, es de vital importancia citar el Art. 356 que establece: *“En el caso de dolo para obtener alimentos, están obligados solidariamente a la restitución y a la indemnización de perjuicios, todos los que han tomado parte en el dolo.”*⁴³

Como se puede denotar en el Código Civil si existe la restitución de lo pagado por concepto de pensiones alimenticias, cuando ha existido dolo para obtener la prestación, pero tal disposición al ser este cuerpo legal supletorio del Código de la Niñez y Adolescencia, no puede contradecir la prohibición de reembolso que establece este último cuerpo normativo.

Por ello es necesario establecer la devolución de lo pagado indebidamente por concepto de pensiones alimenticias.

4.3.4 Legislación Comparada.

Dentro del análisis de Derecho Comparado, efectuare un estudio comparativo de legislaciones de: Perú, Paraguay, Colombia y Venezuela.

⁴³ IBÍDEM, Pág. 66.

4.3.4.1 Perú.

En la hermana República de Perú el derecho de alimentos se regula por medio del Código de los Niños y Adolescentes o Ley Nro. 27337.

El indicado cuerpo legal en su Art. 92 establece:

“Artículo 92.- Definición: Se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o adolescente. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto.”⁴⁴

Al igual que la legislación ecuatoriana, en Perú la obligación alimenticia cubre las principales necesidades de la niñez y adolescencia, garantizando con el pago de esta prestación la alimentación, vivienda, educación, salud, etc.

Referente a los obligados a la prestación de alimentos el Art. 93 del Código de los Niños y Adolescentes, establece:

“Artículo 93.- Obligados a prestar alimentos.- Es obligación de los padres prestar alimentos a sus hijos. Por ausencia de los padres o desconocimiento de su paradero, prestan alimentos en el orden de prelación siguiente:

1. Los hermanos mayores de edad;

2. Los abuelos;

⁴⁴ **CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DE LA REPÚBLICA DE PERÚ**, Ley Nro. 27337. **Fuente:** <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/27337.pdf>, Consultado el 30 de Mayo del 2011.

3. *Los parientes colaterales hasta el tercer grado; y*

4. *Otros responsables del niño o del adolescente.*"⁴⁵

La obligación principal de prestar alimentos recae siempre sobre los padres, y en caso de deficiencia económica de estos sobre los denominados obligados subsidiarios, que inicia en la legislación peruana por los hermanos, luego los abuelos, tíos y demás personas responsables del alimentario, que serían los tutores o personas encargadas de su guarda.

En el Art. 95 de la legislación en cuestión se establece:

“Artículo 95.- Conciliación y prorrateo.- La obligación alimentaria puede ser prorrateada entre los obligados si es que a criterio del Juez, aquellos se hallan materialmente impedidos de cumplir dicha obligación en forma individual.

En este caso los obligados pueden acordar el prorrateo mediante conciliación convocada por el responsable. Esta será puesta en conocimiento del Juez para su aprobación.

La acción de prorrateo puede ser iniciada por los acreedores alimentarios, en el caso de que el pago de la pensión alimenticia resulte inejecutable."⁴⁶

Una diferencia con lo establecido en el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, es que en la legislación peruana existe el prorrateo es decir la responsabilidad compartida de todos los obligados, determinada en una cuota que

⁴⁵ Ob. Cit., **CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DE LA REPÚBLICA DE PERÚ.**

⁴⁶ Ob. Cit., **CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DE LA REPÚBLICA DE PERÚ.**

deben cumplir cada uno de ellos, pero en nuestro país los obligados subsidiarios tienen la responsabilidad de pagar toda la deuda alimenticia, y luego repetir la acción de cobro contra los deudores principales.

“Artículo 96.- Competencia.- El Juez de Paz es competente para conocer del proceso de alimentos de los niños o de los adolescentes cuando exista prueba indubitable de vínculo familiar, así como del cónyuge del obligado y de los hermanos mayores cuando lo soliciten conjuntamente con éstos. El Juez conocerá de este proceso hasta que el último de los alimentistas haya cumplido la mayoría de edad.

Excepcionalmente, conocerá de la acción cuando el adolescente haya llegado a la mayoría de edad estando en trámite el juicio de alimentos. Cuando el vínculo familiar no se encuentre acreditado, será competente el juez especializado.”⁴⁷

Como se puede establecer de la cita precedente, el vínculo familiar o como lo denominamos en la legislación ecuatoriana filiación o vínculo parento-filial, es el fundamento jurídico de la obligación alimenticia, y en un proceso de alimentos en Perú si existe determinado el vínculo se tramita ante un Juez de Paz, si no ante un Juez especializado en asuntos de niñez y adolescencia.

4.3.4.2 Paraguay.

En el Estado de Paraguay, el cuerpo normativo que regula las relaciones de menores es el Código de la Niñez y Adolescencia, el mismo que en su Art. 97 establece:

⁴⁷ Ob. Cit., CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DE LA REPÚBLICA DE PERÚ.

“El padre y la madre del niño o adolescente, están obligados a proporcionarle alimentos suficientes y adecuados a su edad. La asistencia alimenticia incluye lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, asistencia médica y recreación del niño o adolescente.

La mujer embarazada podrá reclamar alimentos al padre del hijo. Los alimentos comprenden también la obligación de proporcionar a la madre los gastos que habrán de ocasionar el embarazo y el parto.

En ningún caso el Juez dejará de pronunciarse sobre la asistencia alimenticia solicitada.”⁴⁸

El derecho alimentos incluye la educación, alimentación, vivienda, salud entre otras necesidades del niño, niña o adolescente, si bien se determina también la mujer embarazada tiene derecho de alimentos o como en la legislación paraguaya se denomina asistencia alimenticia.

En el Art. 98 se establece la subsidiariedad de la obligación: *“En caso de ausencia, incapacidad o falta de recursos económicos de los padres, deben prestar asistencia alimenticia las personas mencionadas en el Artículo 4° de esta Ley y, subsidiariamente, el Estado. Cuando los obligados, a criterio del Juez, se hallen materialmente impedidos de cumplir dicha obligación en forma singular, ésta podrá ser prorrateada entre los mismos.”⁴⁹*

⁴⁸ **CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA REPÚBLICA DE PARAGUAY, Fuente:** http://www.unicef.org/paraguay/spanish/codigo_ultima_version.pdf, Consultado el 30 de Mayo del 2011.

⁴⁹ IBÍDEM.

Igual que en la legislación peruana, la paraguaya establece la división en cuotas de la asistencia alimenticia entre los obligados por ley a la indicada prestación, lo cual difiere de la normativa ecuatoriana, en que se puede demandar tanto al obligado principal como a los subsidiarios, y si estos últimos son quienes cancelan la obligación no pueden exigir que se prorratee el monto de la pensión, pero se establece derecho de repetición contra el obligado principal.

El Art. 99 establece que: *“El que hubiese sido demandado por asistencia alimenticia no podrá iniciar un juicio para eludir el pago al que haya sido condenado. El pago de la pensión alimenticia será efectuado por el alimentante hasta tanto no exista sentencia definitiva en otro juicio, que pudiera revertir la condena dictada en el juicio de alimentos.”*⁵⁰

El demandado no puede exonerarse del pago de alimentos hasta que no exista sentencia ejecutoriada que revierta la resolución del proceso de alimentos.

4.3.4.3 Colombia.

En Colombia el derecho de alimentos se regula por el Código del Menor, promulgado por el Decreto Nro. 2737 de noviembre 27 de 1.989, el mismo que establece en su Artículo 133:

“Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación formación integral y educación o instrucción

⁵⁰ Ob. Cit., **CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA REPÚBLICA DE PARAGUAY.**

del menor. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto.”⁵¹

El derecho a alimentos incluye todos los gastos para un adecuado desarrollo social y cultural del niño o adolescente, en un marco de respeto de sus derechos constitucionales y en función del interés superior del niño, principio acogido internacionalmente.

El Art. 137 del Código de Menores de Colombia establece: *“Si citada en dos oportunidades la persona señalada como obligada a suministrar alimentos al menor no compareciere, habiéndosele dado a conocer el contenido de la petición, o si fracasare la conciliación, el funcionario fijará prudencial y provisionalmente los alimentos.*

El auto que señale la cuota provisional prestará mérito ejecutivo.”⁵²

Como se puede ver la pensión provisional en Colombia tiene la calidad de título ejecutivo y al ser perseguido en esta vía, se embarga y remata los bienes del deudor para cumplir con la prestación de alimentos.

El Art. 148 establece que: *“El Juez podrá ordenar que se den alimentos provisionales desde la admisión de la demanda a solicitud de parte o de oficio, si con ésta aparece prueba siquiera sumaria de la capacidad económica del demandado y de la existencia de la obligación alimentaria, y se dará aviso a las*

⁵¹ **CÓDIGO DEL MENOR DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA**, Decreto Nro. 2737. **Fuente:** <http://www.redjudicial.com/redjudicial/index/CODIGOSYESTATUTOS/CODIGODELMENOR.pdf>, Consultado el 30 de Mayo del 2011.

⁵² Ob. Cit., **CÓDIGO DEL MENOR DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA**.

autoridades de emigración del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, para que el demandado no pueda ausentarse del país sin prestar garantía suficiente que respalde el cumplimiento de la obligación.”⁵³

Lo que en Ecuador se conoce como orden de arraigo, es una medida cautelar de carácter personal, que prohíbe que el demandado abandone el país, y cumpla con la obligación alimenticia.

4.3.4.4 Venezuela.

En la hermana República Bolivariana de Venezuela, el derecho de alimentos se regula por la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.266 Extraordinario del 02 de octubre de 1998.

En su Art. 365 establece que: *“La obligación alimentaria comprende todo lo relativo al sustento, vestido, habitación, educación, cultura, asistencia y atención médica, medicinas, recreación y deportes, requeridos por el niño y el adolescente.”*⁵⁴

Igual que en las legislaciones extranjeras anteriormente analizadas, esta disposición determina el alcance de la prestación alimenticia, en cuanto a las necesidades indispensables para la manutención y desarrollo adecuado de los menores.

El Art. 366 establece que: *“La obligación alimentaria es un efecto de la filiación legal o judicialmente establecida, que corresponde al padre y a la madre respecto a*

⁵³ IBÍDEM.

⁵⁴ **LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA**, Gaceta Oficial N° 5.266 Extraordinario del 02 de octubre de 1998, **Fuente:** http://www.oei.es/quipu/venezuela/ley_proteccion_nino.pdf, Consultado el 30 de Mayo del 2011.

*sus hijos que no hayan alcanzado la mayoría. Esta obligación subsiste aun cuando exista privación o extinción de la patria potestad, o no se tenga la guarda del hijo, a cuyo efecto se fijará expresamente por el juez el monto que debe pagarse por tal concepto, en la oportunidad que se dicte la sentencia de privación o extinción de la patria potestad, o se dicte alguna de las medidas contempladas en el artículo 360 de esta Ley.*⁵⁵

Como se puede determinar la obligación de alimentos radica en la filiación, ya sea legalmente establecida como la presunción que gozan los hijos concebidos dentro de matrimonio, de tener por padre al esposo de su madre, o judicialmente establecida mediante el juicio de alimentos o de investigación de la paternidad, incluso si existe adopción, tienen los mismos derechos que los hijos biológicos, lo que incluye la prestación de alimentos.

El Art. 372 establece: *“El monto de la obligación alimentaria puede ser prorrateado entre quienes deben cumplirla, cuando éstos se encuentran materialmente impedidos de hacerlo en forma similar.*

En este caso, los obligados pueden acordar el prorrateo mediante conciliación, que debe hacerse del conocimiento del juez, al cual corresponde homologarla. De no existir acuerdo en cuanto al prorrateo, corresponde al juez establecer la proporción en que debe contribuir cada obligado.

⁵⁵ *Ibídem.*

*Puede también realizarse la conciliación mediante la participación de una Defensoría del Niño y del Adolescente, conforme a lo previsto en la letra f) del artículo 202 de esta Ley.*⁵⁶

La obligación subsidiaria igual que las otras legislaciones analizadas se puede prorratear.

COMENTARIO GENERAL: De las legislaciones analizadas puedo concluir que todas ellas establecen el derecho de alimentos o asistencia alimenticia, es un derecho fundamental para el desarrollo de la niñez y adolescencia, prerrogativa que incluye gastos indispensables para su desarrollo físico, psicológico y social adecuado, tal como alimentación, vivienda, vestido, educación, salud, etc.

Es importante destacar que en todas las legislaciones estudiadas, el origen de la obligación es el vínculo parento-filial, y que establecen obligaciones subsidiarias, aunque a diferencia del Código de la Niñez Ecuatoriano, las disposiciones extranjeras determinan la prorrata de la obligación, lo que en lo personal considero excelente, pues todos los obligados aportaran su parte a favor del alimentario, con lo cual se promueve efectivamente la responsabilidad materna y paterna, pues en el Ecuador, si el progenitor no cancela la obligación, esta recae sobre los abuelos, y muchas de las veces el progenitor tiene los medios económicos, o si no los tiene se encuentra en buen estado de salud y puede conseguir un trabajo, por ello considero óptimo que la responsabilidad se divida entre los obligados.

⁵⁶ Ob. Cit., **LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA.**

En lo referente al tema de la presente tesis que es la devolución de lo cancelado indebidamente por alimentos, las legislaciones analizadas solo tiene referencias al trámite del juicio de alimentos, pero no hay disposición expresa acerca de la devolución.

Pese a ello considero que la devolución de lo pagado indebidamente es necesaria de establecer como garantía de terceras personas, pues la prohibición de reembolso que tiene la legislación ecuatoriana, es un atentado a la seguridad jurídica, y por ello es de urgente necesidad una reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

4.3.5 Convenciones de los Derechos del Niño y del Adolescente.

Existen muchas convenciones sobre los Derechos del Niño y del Adolescente, en varios aspectos de sus derechos, tales como el de adopción, protección laboral, protección contra el abuso sexual y pornografía, entre otros. En la presente investigación referente al derecho de alimentos analizaré dos convenciones que considero son las más pertinentes sobre la temática que investigo, estas son:

a.- CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

Primeramente tenemos a la Convención sobre los Derechos del Niño que en su Art.1 establece:

“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable

haya alcanzado antes la mayoría de edad.”⁵⁷

La presente Convención sienta como principio fundamental la interpretación favorable al niño, por cuanto si existe duda acerca de su edad se lo considera como tal antes que adolescente o mayor de edad, con el objeto que se encuentre amparado bajo la normativa legal de cada país integrante del presente instrumento internacional.

La Convención sobre los Derechos del Niño en su Art. 3 numeral 2:

*“Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que le sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores y otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin tomarán las medidas legislativas y administrativas adecuadas; y, ...”*⁵⁸

Los Estados Partes, incluyendo al Ecuador, tienen la obligación de establecer los mecanismos legales y administrativos para garantizar el adecuado cumplimiento de los derechos y deberes de los progenitores respecto de sus hijos niños y adolescentes.

Dentro de estas medidas se eleva la imposibilidad de pedir el reembolso de lo pagado por alimentos, lo cual a mi criterio no es adecuado como lo establece que debería ser según la Convención indicada, pues la responsabilidad nace del vínculo parento-

⁵⁷ CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Sección I Doc.: 19 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Concordancias y Legislación Conexa, Actualizado a enero del 2012, Pág. 2.

⁵⁸ Ob. Cit., CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Pág. 2.

filial y no de la demanda de alimentos, pues el juzgador debe analizar correctamente la existencia del derecho.

La misma Convención en su Art. 18 numeral 1 establece que:

*“Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.”*⁵⁹

El interés del niño obviamente es superior al de cualquier persona, pero siempre es necesario garantizar la seguridad jurídica de terceras personas, que hayan sido injustamente demandadas en un proceso de alimentos, lo cual se debería sancionar al accionante de este juicio, pues produce un perjuicio económico (daño emergente y lucro cesante), y además el daño moral.

b.- CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE OBLIGACIONES ALIMENTARIAS.

La Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias en su Art. 1 establece:

“La presente Convención tiene como objeto la determinación del derecho aplicable a las obligaciones alimentarias, así como la competencia y la cooperación procesal

⁵⁹ *Ibíd*em, Pág. 8.

internacional, cuando el acreedor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual en un Estado Parte y el deudor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual, bienes o ingresos en otro Estado Parte.

La presente Convención se aplicará a las obligaciones alimentarias respecto de menores por su calidad de tales y a las que deriven de las relaciones matrimoniales entre cónyuges o quienes hayan sido tales.

Los Estados podrán declarar al suscribir, ratificar o adherir a esta Convención que la restringen a las obligaciones alimentarias respecto de menores.”⁶⁰

La presente Convención Internacional regula el derecho de alimentos exclusivamente cuando el acreedor de alimentos (alimentario) y del deudor de alimentos se encuentra en dos países miembros diferentes, y permite un procedimiento para el pago de la pensión alimenticia mediante un trámite consular o diplomático.

La Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias en su Art. 6 establece:

“Las obligaciones alimentarias, así como las calidades de acreedor y de deudor de alimentos, se regularán por aquel de los siguientes órdenes jurídicos que, a juicio de la autoridad competente, resultará más favorable al interés del acreedor:

⁶⁰ CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE OBLIGACIONES ALIMENTARIAS, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Sección I Doc.: 27 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Concordancias y Legislación Conexa, Actualizado a enero del 2012, Pág. 2.

a) El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o residencia habitual del acreedor; y,

b) El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o residencia habitual del deudor.”⁶¹

Se establece la aplicación del ordenamiento jurídico más favorable y que no restrinja los derechos de los sujetos beneficiarios que son los niños, adolescentes y cónyuges (solo en los Estados que no restrinjan esta Convención a los menores).

Los Estados Partes procurarán suministrar asistencia alimentaria provisional en la medida de sus posibilidades a los menores de otro Estado que se encuentren abandonados en su territorio.

⁶¹ Ob. Cit., **CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE OBLIGACIONES ALIMENTARIAS**, Pág. 4.

**MATERIALES Y
MÉTODOS**

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1.- Materiales.

Dentro de la presente investigación utilice los siguientes materiales:

a.- Insumos de Oficina: Dentro del material de oficina, para la redacción del informe final se empleó: papel, esferográficos, computador, memoria extraíble, etc.

b.- Fuentes de Información: Dentro de las fuentes de información empleada están libros tales como: Derecho Civil: Teoría de las Obligaciones de Arturo Alessandri; Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas; Diccionario Jurídico de Juan Ramírez Gronda; Derecho de Familia: Filiación y Régimen de los Incapaces de Roberto Suárez Franco; Diccionario de Hacienda y Derecho Fiscal de Luis Martínez Cachero; Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia de Luis Parraguez Ruiz, entre otros.

5.2.- Métodos Utilizados.

Para el desarrollo de la presente investigación jurídica utilice los siguientes métodos:

- **Inductivo:** El cual me permitió establecer el nexo común de la problemática investigada, el cual es el perjuicio de la prohibición de reembolso de lo pagado por concepto de pensiones alimenticias, lo cual afecta al demandado que comprueba científicamente no tener vínculo parento-filial con el alimentario, siendo de imperiosa necesidad establecer la devolución del pago indebido de alimentos en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

- **Deductivo:** El cual me sirvió para deducir los puntos más sobresalientes de la investigación literaria, que en forma conjunta con los resultados de la investigación de campo me permitirá establecer las conclusiones, recomendaciones y propuesta de reforma jurídica.

- **Descriptivo:** El cual me permite enfocar al lector de una manera clara y precisa los conocimientos doctrinarios, jurídicos y críticos de la presente investigación para lograr una mejor comprensión y socialización de la temática, y lo cual se ve reflejado en la investigación de campo que se presenta con los respectivos gráficos estadísticos, interpretación y comentario del autor.

- **Analítico-Sintético:** Es el Método empleado durante la selección de la información recopilada, su estudio y redacción en el informe final de la presente tesis.

- **Método Científico**, el mismo que se desarrolla en las siguientes etapas:

a.- Observación: Es la indagación de todos los aspectos de la problemática, lo cual me ayudó principalmente en lo que fue el acopio de información teórica y empírica.

b.- Análisis: Consiste en el estudio detallado e íntegro de toda la información recopilada en la fase de observación; lo que me permitió desarrollar los contenidos principales del informe final de la tesis.

c.- Síntesis: Consiste en la condensación de los principales conocimientos aprendidos durante el proceso. Lo cual se materializó en las conclusiones, recomendaciones y propuesta de reforma jurídica.

- **Comparativo:** Es un método que permite equiparar dos objetos de estudio de similar naturaleza, el cual lo utilice en la comparación de las legislaciones extranjeras respecto de la de nuestro país, concretamente la normativa relacionada con la figura jurídica de alimentos.

Dentro de las técnicas utilizadas para la investigación de campo se encuentran la Encuesta y Entrevista, aplicadas en un número de 30 y 5 personas respectivamente, entre los que están funcionarios judiciales, empleados públicos, abogados en libre ejercicio, docentes de Derecho y demás personas conocedoras de la problemática, de la ciudad de Lago Agrio, Provincia de Sucumbíos.

RESULTADOS

6. RESULTADOS.

6.1 Presentación, interpretación y análisis de los resultados de la Investigación de Campo.

Para llevar a cabo la investigación de campo, he elaborado los respectivos bancos de preguntas, enfocadas al cumplimiento de los objetivos planteados, la contrastación de la hipótesis, y de manera en que ofrezcan valiosa información para la redacción de la Propuesta de Reforma Jurídica.

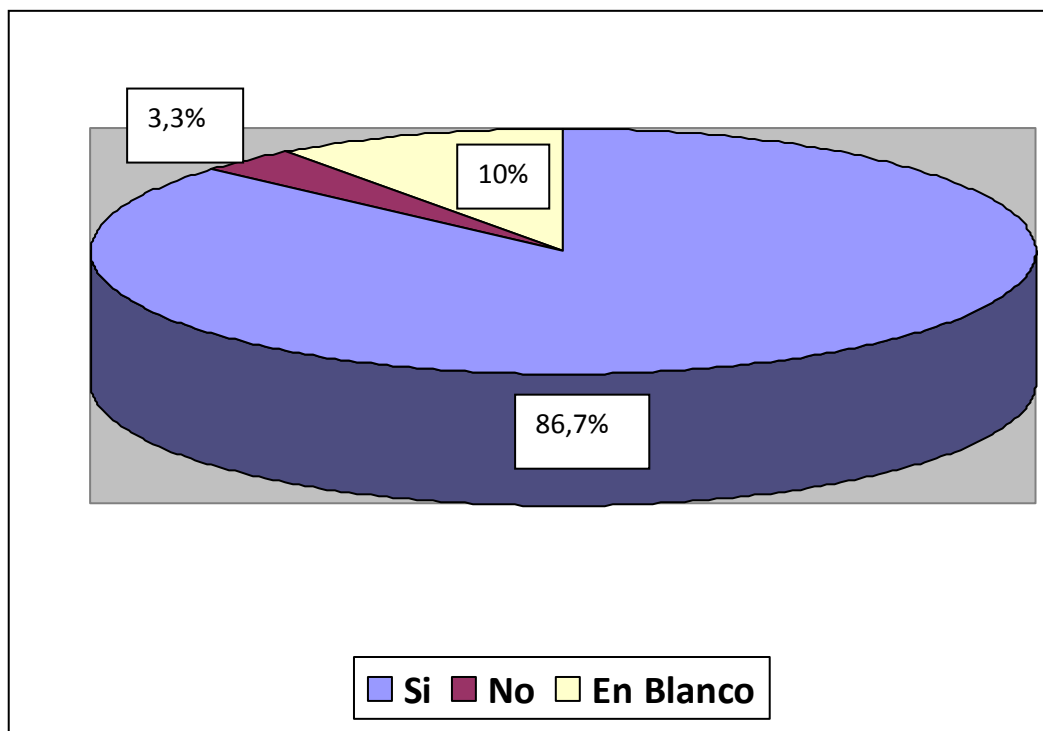
Los resultados se muestran con su correspondiente análisis, comentario y en el caso de las encuestas con el cuadro estadístico y con su representación gráfica.

6.1.1 Resultados de la Encuesta.

1.- ¿Conoce Usted cual es el fundamento jurídico de la obligación alimenticia?

CUADRO NRO. 1		
Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	26	86,7%
No	1	3,3%
En Blanco	3	10%
TOTAL	30	100%

Fuente: Funcionarios Judiciales, Administrativos, Abogados en libre ejercicio y Docentes Universitarios de la Ciudad de Lago Agrio-Sucumbíos.
Investigador: José Francisco Ramón Cevallos.



INTERPRETACIÓN: De 30 encuestados, 26 que representan el 86,7% contestaron si conocer cuál es el fundamento jurídico de la obligación alimenticia, respondiendo que se refiere al vínculo de parentesco o filiación, en unas respuestas, me manifestaron que el fundamento de la prestación de alimentos surge de la ley.

Una persona corresponde al 3,3% de los encuestados, respondió no conocer el fundamento de la obligación alimenticia, manifestando simplemente que los alimentos son ayudas económicas para la subsistencia de las personas.

Tres encuestados que representan el 10%, dejaron en blanco su respuesta.

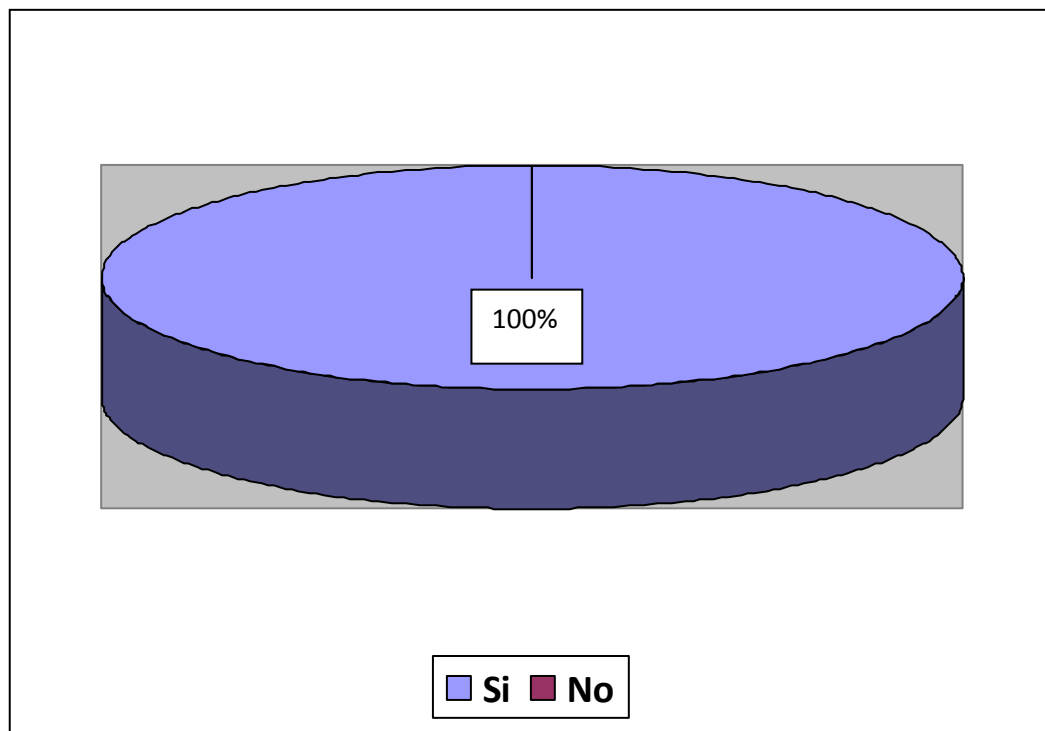
COMENTARIO: La mayoría de los encuestados conocen cual es el fundamento jurídico de la obligación de prestar alimentos, el mismo que radica en el vínculo

parento-filial, es decir es el vínculo de parentesco entre padres e hijos, o de estos últimos con los demás obligados al pago de la pensión alimenticia.

Este vínculo puede ser natural o legal como en el caso de la adopción, si en una demanda de alimentos no se ha establecido la filiación, se efectuarán las respectivas pruebas de ADN para comprobar el indicado vínculo.

2.- ¿Considera procedente solicitar el reembolso de lo pagado por concepto de pensiones alimenticias, cuando mediante las pruebas de ADN se descarte el vínculo parento-filial entre el demandado y el alimentario?

CUADRO NRO. 2		
Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	30	100%
No	0	0%
TOTAL	30	100%
Fuente: Funcionarios Judiciales, Administrativos, Abogados en libre ejercicio y Docentes Universitarios de la Ciudad de Lago Agrio-Sucumbíos. Investigador: José Francisco Ramón Cevallos.		



INTERPRETACIÓN: De la población de encuestados, 30 que representa el 100%, respondió que la prohibición de reembolso de alimentos en el caso de que se haya descartado científicamente el vínculo parento-filial, ocasiona perjuicios económicos al demandado injustamente, y que la indicada falencia legal ocasiona que se saturen los Juzgados de la Niñez y Adolescencia de demandas planteadas con dolo, con una clara intención de obtener un ingreso económico, a costa del perjuicio de un tercero.

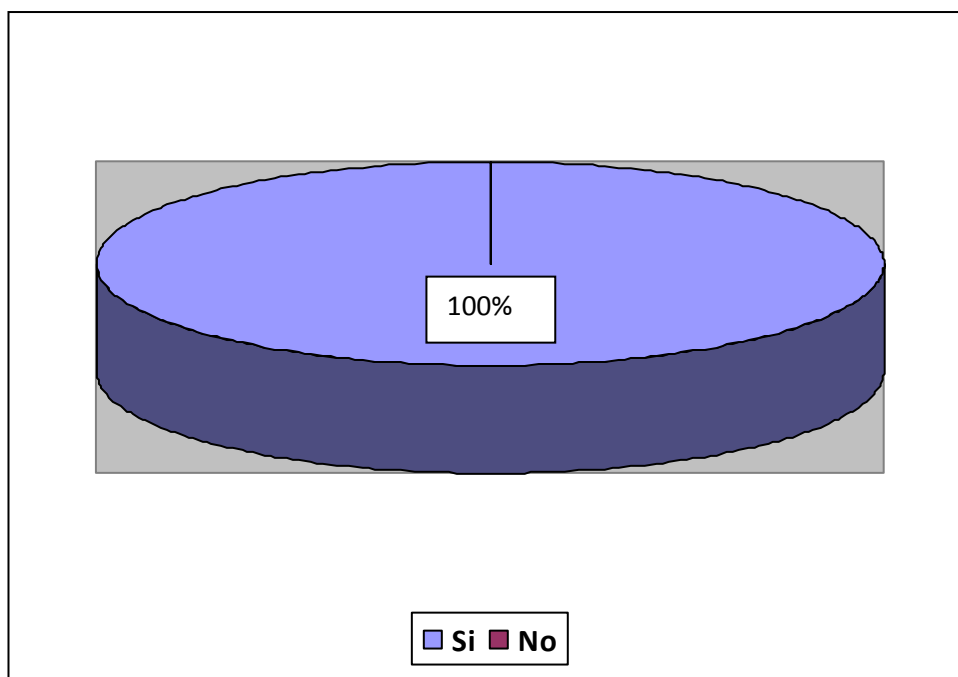
COMENTARIO: La totalidad de las personas encuestadas, coinciden con mi criterio de que la prohibición de reembolso afecta a terceras personas que pese a no tener vínculo de parentesco, deben satisfacer las pensiones provisionales de alimentos, que son fijadas por el Juez desde la calificación de la demanda.

Lo cual constituye un atentado a la seguridad jurídica.

3.- ¿Considera legal la imposibilidad de reembolso del pago de alimentos establecida en el tercer artículo innumerado de la Ley Reformatoria al Título V del Libro Segundo del Código de la Niñez y Adolescencia, y la afectación económica al demandado que ha probado científicamente no tener vínculo de parentesco con el alimentario?

CUADRO NRO. 3		
VARIABLES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	30	100%

Fuente: Funcionarios Judiciales, Administrativos, Abogados en libre ejercicio y Docentes Universitarios de la Ciudad de Lago Agrio-Sucumbíos.
Investigador: José Francisco Ramón Cevallos.



INTERPRETACIÓN: La totalidad de 30 encuestados que representan el 100%, contestaron que la inexistencia de la facultad de solicitar el reembolso cuando se ha demostrado científicamente que no existe vínculo parento-filial entre alimentario y demandado, es completamente perjudicial en el aspecto económico a quien sin justa causa se lo ha demandado en un proceso de alimentos.

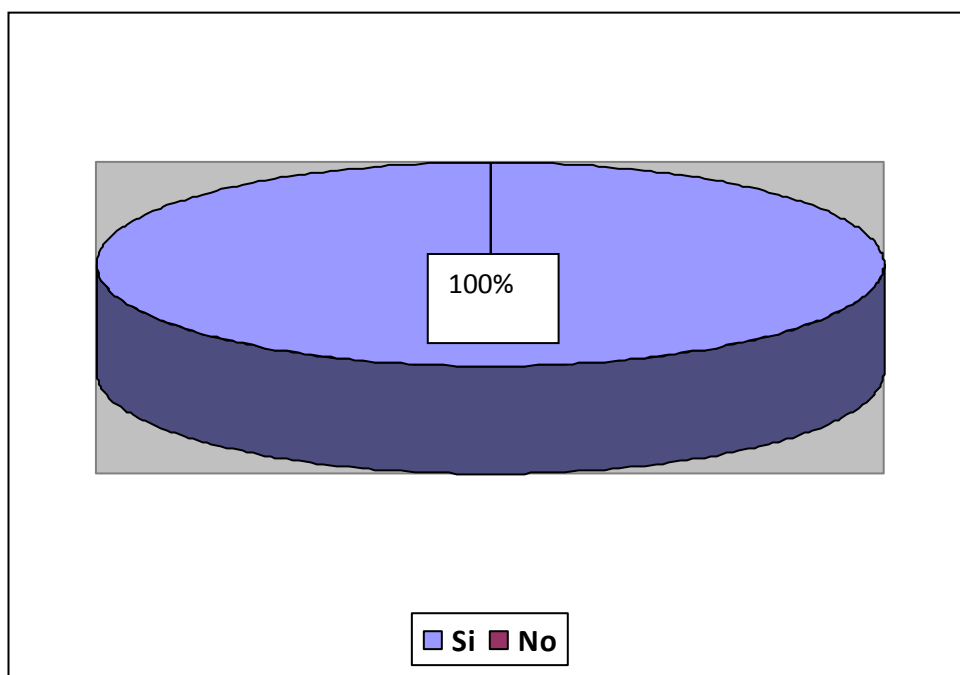
COMENTARIO: La totalidad de encuestados concuerdan con mi criterio que en el caso de que el demandado no tenga vínculo de filiación, la prohibición de reembolso es económicamente perjudicial, incluso conlleva un daño moral, debido a que si el demandado es una persona casada, le traería inconvenientes en el ámbito familiar y afecta la integridad ante las personas que lo conozcan.

Además de lo indicado, la prohibición de reembolso en el caso de que no exista filiación, conlleva a la figura de enriquecimiento sin causa, pues la actora aunque sea para la manutención de un niño, no tiene derecho para obligar al pago a alguien que no tiene la obligación ni moral ni legal, ni siquiera biológica.

4.- ¿Cree Usted que la disposición legal que determina la imposibilidad de reembolso del pago de pensiones alimenticias origina inseguridad jurídica?

CUADRO NRO. 4		
VARIABLES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	30	100%

Fuente: Funcionarios Judiciales, Administrativos, Abogados en libre ejercicio y Docentes Universitarios de la Ciudad de Lago Agrio-Sucumbíos.
Investigador: José Francisco Ramón Cevallos.

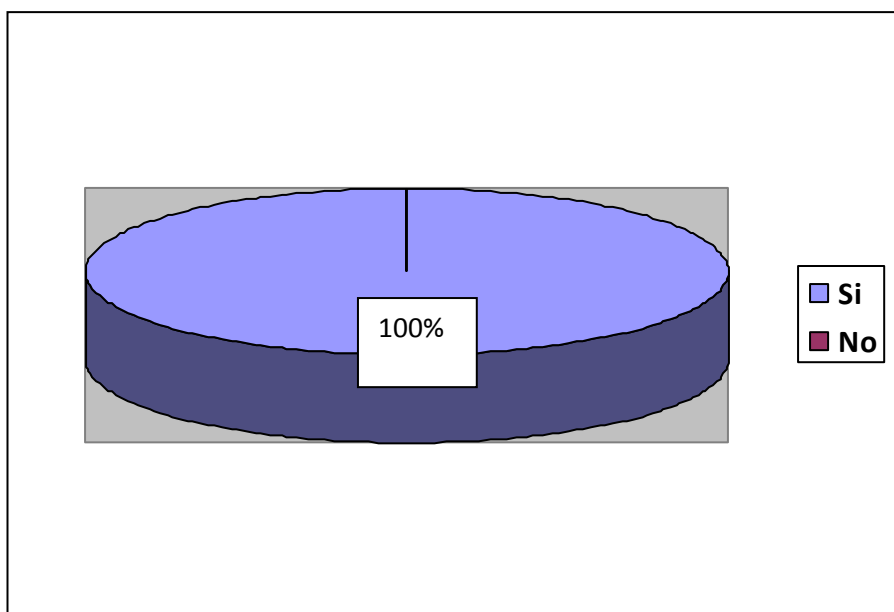


INTERPRETACIÓN: La totalidad de 30 encuestados que representan el 100% contestaron que la prohibición de reembolso en el caso de que se descarte científicamente el vínculo filial, conlleva a la inseguridad jurídica, de que se planteen demandas falsas en contra de cualquier ciudadano, y que por disposición legal tenga que cancelar una obligación que legítimamente no le corresponde.

COMENTARIO: La totalidad de encuestados consideran que la inexistencia del reembolso o devolución de lo pagado indebidamente por concepto de alimentos genera inseguridad jurídica a los demandados, sin justa causa legal.

5.- ¿Considera necesario realizar una Propuesta de Reforma Jurídica al Título V del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, tendiente a establecer un mecanismo legal de reembolso de lo pagado indebidamente por pensiones alimenticias en contra del actor de la demanda de alimentos, cuando se ha probado mediante ADN, que el alimentario no es hijo del alimentante?

CUADRO NRO. 5		
Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	30	100%
No	0	0%
TOTAL	30	100%
Fuente: Funcionarios Judiciales, Administrativos, Abogados en libre ejercicio y Docentes Universitarios de la Ciudad de Lago Agrio-Sucumbíos. Investigador: José Francisco Ramón Cevallos.		



INTERPRETACIÓN: 30 encuestados que representan el 100%, contestaron que si era necesario reformar el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, con el objeto de establecer el reembolso de lo pagado por el demandado en un juicio de alimentos, cuando se descarte científicamente el vínculo de filiación.

COMENTARIO: En la presente pregunta referente a la necesidad de reformar el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, he obtenido una respuesta favorable del 100% de los encuestados, de que es de imperiosa trascendencia establecer la devolución de lo pagado indebidamente por concepto de alimentos, esta necesidad surge de la inseguridad jurídica de la actual normativa y en los principios básicos y esenciales de las obligaciones.

6.1.2 Resultados de la Entrevista.

La entrevista fue aplicada a cinco personas conocedoras de la temática, obteniendo los siguientes resultados:

PRIMER ENTREVISTADO:

Fiscal de Lago Agrio.

1.- Según su opinión como considera que en el derecho a alimentos no sea susceptible de reembolso, cuando se demuestre científicamente no existir el vínculo de parentesco entre el demandado y el alimentario.

Por el reconocimiento del hijo es de forma voluntaria o judicialmente, y sería el alimentante el que ha descuidado tomar las precauciones necesarias para no hacer pagos indebidos.

2.- Considera Usted que la actual normativa del Código de la Niñez y Adolescencia que prohíbe el reembolso de lo pagado indebidamente por alimentos ocasiona inseguridad jurídica para el presunto progenitor contra quién se ha propuesto una demanda de alimentos.

No existe inseguridad jurídica que primero está el interés superior del menor.

3.- En una reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en el que se establezca un procedimiento de reembolso del pago indebido de las pensiones alimenticias ¿Qué aspectos deberían tenerse en cuenta?

No debe haber reembolso, porque afecta el aspecto emocional y psicológico del menor.

COMENTARIO: De las respuestas, puedo indicar que el primer entrevistado no concuerda con mi criterio de que la prohibición de reembolso de lo pagado por concepto de alimentos produce inseguridad jurídica, en virtud del principio del interés superior del niño.

Respeto mucho el criterio del entrevistado, pero debo disentir por las siguientes razones, la primera es que la obligación de alimentos se fundamenta en el vínculo parento-filial, y al no existir tal, no existe obligación, por lo que considero que en el eventual y muy posible caso de que se demande a una persona que no es el progenitor del menor, al existir la prohibición de reembolso se está perjudicando al demandado injustamente. Respecto del interés superior del niño, considero que no se afecta, pues la acción de reembolso iría contra la persona que dolosamente planteó la demanda de alimentos.

SEGUNDO ENTREVISTADO:

Abogada de la Junta Cantonal de Protección de los Derechos de la Niñez y

Adolescencia de Cascales.

1.- Según su opinión como considera que en el derecho a alimentos no sea susceptible de reembolso, cuando se demuestre científicamente no existir el vínculo de parentesco entre el demandado y el alimentario.

Según mi opinión no es necesario el reembolso de las pensiones alimenticias por cuanto este dinero es destinado para garantizar los principales derechos de un niño,

niña o adolescente y en caso de ser necesario el ADN, el término a esperar no va más de 2 meses, tiempo en el cual el alimentante depositaría las pensiones, este monto no repercute a sus haberes.

2.- Considera Usted que la actual normativa del Código de la Niñez y Adolescencia que prohíbe el reembolso de lo pagado indebidamente por alimentos ocasiona inseguridad jurídica para el presunto progenitor contra quién se ha propuesto una demanda de alimentos.

No, ya que si de existir la duda inmediatamente solicitar al Juez la prueba de ADN y con ello no ocasionaría el pago de la pensión por más del tiempo que demore llegar los resultados de ADN y recalcar que hasta que esto suceda la pensión fijada por el Juez va a ser la mínima.

3.- En una reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en el que se establezca un procedimiento de reembolso del pago indebido de las pensiones alimenticias ¿Qué aspectos deberían tenerse en cuenta?

- Situación económica de la madre.
- Número de hijos de la madre por los cuales recibe una pensión alimenticia.
- Situación económica del alimentante.
- Si el proceso judicial se lo hizo de mala fe.

COMENTARIO: Las respuestas obtenidas, si bien por un lado manifiestan que no produce inseguridad jurídica la prohibición de reembolso de las pensiones

alimenticias pagadas, debido principalmente al poco tiempo en que se efectúa la prueba de ADN y los correspondiente resultados, cabe indicar que sucedería si el demandado estuviere en el exterior, y se lo cita por la prensa de conformidad al Art. 82 del Código de Procedimiento Civil, y al regresar por ejemplo a los cinco años, el monto adeudado ya es considerable, y puede ser objeto de apremio personal, aunque no exista el vínculo de filiación o parentesco.

Concuero con la última respuesta de la entrevistada, en la misma que se manifiesta que entre los puntos esenciales para establecer el procedimiento de reembolso de lo indebidamente pagado, debe tenerse en cuenta la mala fe de la parte actora, es decir del dolo para obtener alimentos que establece el Código Civil, que pese a regular esta situación jurídica, no se lo puede aplicar, en virtud que el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia taxativamente establece que no cabe reembolso.

TERCER ENTREVISTADO:

Pagadora-Consejo de la Judicatura de Sucumbíos.

1.- Según su opinión como considera que en el derecho a alimentos no sea susceptible de reembolso, cuando se demuestre científicamente no existir el vínculo de parentesco entre el demandado y el alimentario.

Considero que no es correcto; sin embargo el legislador no ha contemplado la devolución de valores a los supuestos responsables de la obligación que en juicio han probado lo contrario. Considero necesario una reforma legal a la ley tendiente a la devolución de lo pagado indebidamente.

2.- Considera Usted que la actual normativa del Código de la Niñez y Adolescencia que prohíbe el reembolso de lo pagado indebidamente por alimentos ocasiona inseguridad jurídica para el presunto progenitor contra quién se ha propuesto una demanda de alimentos.

No lo prohíbe; No establece algún mecanismo de devolución, por consiguiente no ocasiona inseguridad jurídica, ya que el demandado está obligado a probar lo que niega.

3.- En una reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en el que se establezca un procedimiento de reembolso del pago indebido de las pensiones alimenticias ¿Qué aspectos deberían tenerse en cuenta?

- Que se haya probado científicamente en un proceso legal la no existencia de la obligación por parte del supuesto obligado.

- El establecimiento de los valores pagados en forma indebida.

COMENTARIO: De las respuestas obtenidas, puedo determinar, que si bien la entrevistada concuerda con mi criterio que no es correcto en que no haya mecanismo de devolución de lo indebidamente pagado por concepto de pensiones alimenticias, si discrepo en lo que manifiesta que no produce inseguridad jurídica, pues si bien literalmente no se establece la prohibición de reembolso, la norma utiliza un sinónimo que es que no admite, es decir no hay mecanismo legal que cambie tal disposición, ni siquiera el Código Civil que si establece la acción de devolución cuando existe dolo en la obtención de alimentos.

Es precisamente la inadmisibilidad de reembolso, lo que no permite el mismo, ya que si solamente fuere que no se ha determinado procedimiento, se podría acudir a la vía ordinaria y reclamar el valor indebidamente pagado, demandando la indemnización de perjuicios por el dolo antes indicado, previamente a demostrarse científicamente con el ADN de que no existe vínculo parento-filial, lo cual podría ser dentro del trámite ordinario, o en un incidente de extinción de pensión ante el mismo Juez de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.

CUARTO ENTREVISTADO:

Miembro de la Junta Parroquial de Shushufindi.

1.- Según su opinión como considera que en el derecho a alimentos no sea susceptible de reembolso, cuando se demuestre científicamente no existir el vínculo de parentesco entre el demandado y el alimentario.

No existen fundamentos legales claros, precisos afín de requerir el reembolso y esto es porque el derecho de alimentos de un niño, niña o adolescente no debe ser atentado por ningún motivo, porque sus intereses prevalecen sobre los de un adulto, como dije a la madre se le debería imponer una especie de juramento para plantear la demanda, pero al niño, niña o adolescente, no lo podemos sacrificar porque su progenitora falseo la verdad.

2.- Considera Usted que la actual normativa del Código de la Niñez y Adolescencia que prohíbe el reembolso de lo pagado indebidamente por alimentos ocasiona inseguridad jurídica para el presunto progenitor contra quién se ha propuesto una demanda de alimentos.

El no existir claridad, precisión en la normativa legal ocasiona o crea inseguridad jurídica.

3.- En una reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en el que se establezca un procedimiento de reembolso del pago indebido de las pensiones alimenticias ¿Qué aspectos deberían tenerse en cuenta?

- Situación económica de la accionante.
- Valoración del contexto de hogar o familiar.
- La edad del alimentario.

COMENTARIO: La entrevistada concuerda con mi criterio de que la prohibición de reembolso si genera inseguridad jurídica, y considero muy acertada su opinión respecto de que la indemnización debe ser pagada por la accionante que falseo la verdad en la demanda.

Respecto de la aplicación de un juramento a la accionante, no concuerdo, debido a que esto se acostumbra a hacer en los reconocimientos de las denuncias o acusaciones penales, por lo cual se responde por denuncia o acusación maliciosa o temeraria. En el ámbito civil que incluye las normas del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, considero no sería aplicable, pues el juez puede condenar al pago de daños y perjuicios y costas procesales.

QUINTO ENTREVISTADO:

Coordinador del Sistema Nacional de Protección de Víctimas y Testigos Sucumbíos.

1.- Según su opinión como considera que en el derecho a alimentos no sea susceptible de reembolso, cuando se demuestre científicamente no existir el vínculo de parentesco entre el demandado y el alimentario.

Al inicio de la demandad no existe la demostración científica, una vez demostrado la no existencia del vínculo familiar, es deber del demandado presentar la documentación respectiva en el Juzgado de origen, y solicitar la suspensión de la pensión alimenticia.

La pensión suministrada antes de demostrar científicamente la no paternidad; creo que no debe ser objeto de reembolso.

2.- Considera Usted que la actual normativa del Código de la Niñez y Adolescencia que prohíbe el reembolso de lo pagado indebidamente por alimentos ocasiona inseguridad jurídica para el presunto progenitor contra quién se ha propuesto una demanda de alimentos.

No ocasiona inseguridad jurídica para el presunto progenitor dado que la ley ampara (CNA), respecto con el juicio de impugnación de paternidad, como también dentro del mismo proceso de alimentos puede pedir el examen de ADN.

3.- En una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia en el que se establezca un procedimiento de reembolso del pago indebido de las pensiones alimenticias ¿Qué aspectos deberían tenerse en cuenta?

- La mala fe de la demandante que a sabiendas que no es hijo del demandado presenta la acción de alimentos.

COMENTARIO: Concuero con el entrevistado en que se debe calificar la mala fe o dolo para obtener alimentos, pero disiento en el sentido de pedir una suspensión de la pensión, pues como se sabe las resoluciones en esta materia se apelan solo en efecto devolutivo, por lo cual no se suspende el pago.

Así mismo no concuerdo que lo cancelado anterior a la demostración del vínculo de paternidad no sea reembolsado, ya que si se demuestra que no existe tal vínculo, el pago es indebido y perjudicial, claro que esta responsabilidad debería recaer sobre la demandante del juicio de alimentos.

DISCUSIÓN

7. DISCUSIÓN.

7.1 Verificación de Objetivos.

En el proyecto de tesis, me he planteado los siguientes objetivos:

Objetivo General:

Realizar un estudio crítico, jurídico y doctrinario referente al pago indebido de pensiones alimenticias en el Ecuador.

El objetivo general se verificó en el desarrollo del punto 4. REVISIÓN DE LITERATURA, en donde a partir de un marco conceptual, doctrinario y jurídico se analizó los principales aspectos de la obligación alimenticia, desde su fundamento jurídico que es el vínculo parento-filial hasta la imposibilidad de solicitar el reembolso, y los efectos negativos que conlleva para terceras personas.

Objetivos específicos:

1) Determinar el procedimiento judicial para la fijación de alimentos.

El procedimiento judicial para la fijación de alimentos fue determinado en el punto 4.3.2 CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, en el cual se realizó un estudio integral del derecho de alimentos, sus características y procedimiento para la fijación de la pensión alimenticia.

2) Comprobar el perjuicio que ocasiona la imposibilidad de reembolso o devolución de lo pagado indebidamente por concepto de pensiones alimenticias.

El presente objetivo específico se cumplió con la pregunta 2 y 3 de la encuesta, y 1 y 2 de la entrevista, de las cuales se demostró que la disposición del Código de la Niñez y Adolescencia que prohíbe la devolución de lo pagado indebidamente por alimentos, es perjudicial al demandado que compruebe no tener vínculo filial con el alimentario o beneficiario de la demanda de alimentos.

3) Realizar un estudio de Derecho Comparado, preferentemente con legislaciones de Latinoamérica, referente a la devolución o reembolso de lo pagado indebidamente por alimentos.

El presente objetivo se lo cumplió al efectuar el punto 4.3.4 DERECHO COMPARADO, en el cual se realizó un análisis comparativo entre la legislación ecuatoriana y la de países como: Perú, Paraguay, Colombia y Venezuela.

4) Realizar una Propuesta de Reforma Jurídica al Código de la Niñez y Adolescencia, tendiente a establecer un mecanismo legal de reembolso de lo pagado indebidamente por pensiones alimenticias en contra del actor de la demanda de alimentos.

El presente objetivo se verifica mediante la respuesta favorable del 100% de encuestados, que en la pregunta Nro. 5 de la indicada técnica contestaron afirmativamente a la necesidad de establecer la devolución de lo pagado indebidamente por concepto de alimentos.

De igual manera en la pregunta 3 de la entrevista en la cual la mayoría de entrevistados proporcionan valiosos criterios para la reforma, en puntos esenciales como competencia y forma en que se efectuaría la devolución.

7.2 Contratación de Hipótesis y Subhipótesis.

En el proyecto de tesis se planteó la siguiente hipótesis:

“La imposibilidad de reembolso del pago de alimentos establecida en el tercer artículo innumerado de la Ley Reformatoria al Título V del Libro Segundo del Código de la Niñez y Adolescencia, afecta económicamente al demandado que ha probado científicamente no tener vínculo de parentesco con el alimentario”

La hipótesis se contrastó como verdadera, con los resultados de la encuesta en la pregunta 3 de la encuesta, en la que la totalidad de encuestados manifestaron que la imposibilidad de reembolso sí afecta al demandado, cuando mediante pruebas de ADN se ha descartado el vínculo parento-filial.

Así también se planteó una Subhipótesis: *“La disposición legal que determina la imposibilidad de reembolso del pago de pensiones alimenticias origina inseguridad jurídica”*.

La Subhipótesis resultó verdadera conforme los resultados de la pregunta 4 de la encuesta, de la cual el 100% de encuestados consideran que la imposibilidad de solicitar el reembolso de lo pagado indebidamente por alimentos, es un atentado a la seguridad jurídica de los ciudadanos.

7.3 Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma Jurídica.

La propuesta de Reforma Jurídica al Código de la Niñez y Adolescencia, específicamente al Título V Del Derecho a Alimentos del Libro Segundo, se fundamenta en las siguientes razones:

a.- Principios Constitucionales: Desde el ordenamiento jurídico constitucional, tenemos que nuestra actual Constitución de la República del Ecuador en su Art. 69 numeral 1 establece dentro de las garantías que amparan a la familia, la paternidad y maternidad responsable, por ello la prestación alimenticia corresponde esencialmente a los padres del niño, niña o adolescente, y en forma subsidiaria a los parientes determinados en el Código de la Niñez y Adolescencia.

Además la inexistencia de reembolso de lo indebidamente pagado genera inseguridad jurídica vulnerando el numeral 1 del Art. 76 de la Carta Magna, lo cual se ha evidenciado en nuestra sociedad con el aumento de demandas planteadas de una forma dolosa y simuladamente, con el fin de obtener un ingreso económico a toda costa, y sin que el demandado perjudicado pueda reclamar luego de canceladas ya las pensiones alimenticias mensuales.

b.- Reembolso, restitución o devolución del pago indebido: Esta figura legal es muy esencial para el régimen de las obligaciones en general, pues ante un pago indebido, lo que la legislación civil denomina cuasicontrato del pago de lo no debido, genera la obligación de restitución, pues se ha satisfecho una deuda que legalmente no era del que realiza el pago.

Esta figura es esencia en muchas ramas jurídicas como en el Derecho Tributario, aunque en el derecho de alimentos que regula el Código Civil si se ha establecido la restitución de lo pagado indebidamente si se comprueba dolo.

c.- El pago indebido de pensiones alimenticias carece de fundamento jurídico: Si alguien ha sido demandado en un juicio de alimentos desde la calificación de la demandada se fija una pensión provisional, hasta que se determinen los resultados de la prueba de ADN, ya se ha cancelado la obligación alimenticia en forma periódica, pero sí de los indicados análisis se desprende que el demandado no tiene vinculo de filiación con el alimentante, es necesario, que se establezca la devolución, pues el pago efectuado carece de causa justa.

El artículo innumerado 2 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro Segundo del Código de la Niñez y Adolescencia, establece que el derecho a alimentos se fundamenta en el vínculo parento-filial, y por ende los obligados son aquellos unidos por el indicado vínculo.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

8. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

8.1 Conclusiones.

Una vez finalizado el presente trabajo investigativo, puedo concluir lo siguiente:

1.- El Derecho a Alimentos es una prerrogativa esencial para el adecuado desarrollo físico, intelectual, social y cultural de la niñez y Adolescencia en el Ecuador, y el mismo cubre las necesidades esenciales de este grupo humano, la cuales son: vestido, alimentación, vivienda, transporte, educación y salud.

2.- El fundamento jurídico de la obligación alimenticia es el vínculo parento-filial o filiación, el mismo que radica en el vínculo biológico entre padres e hijos, o en la disposición de la ley como en el caso de la adopción.

3.- El reembolso o devolución del pago indebido, es una figura esencial en el ámbito de las obligaciones, pues la solución o pago efectuado por una obligación inexistente carece de causa, y lo mismo ocurre con el pago de pensiones alimenticias, cuando posteriormente se descarta el vínculo de filiación que es la causa del derecho de alimentos.

4.- La imposibilidad de reembolso de lo pagado indebidamente por concepto de alimentos, ocasiona serios perjuicios económicos al demandado sin justa causa.

5.- La inexistencia de la devolución de lo pagado indebidamente genera inseguridad jurídica para el demandado como parte procesal, vulnerando la garantía establecida en el Art. 76 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador.

6.- El demandado sin justa causa además de no poder solicitar el reembolso, es afectado por el daño moral que puede producir una demanda de alimentos, en su ámbito familiar y social.

7.- Es necesario establecer la devolución de lo pagado indebidamente y con indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

8.2 Recomendaciones.

Al finalizar el presente trabajo investigativo puedo recomendar lo siguiente:

1.- A la Sala de la Asamblea Nacional, que se legisle creando normas que garanticen los derechos de los niños, niñas y adolescentes, con una estricta rigurosidad en lo concerniente a los efectos que pueden producir a terceras personas.

2.- Al Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, que efectúe mediante la planificación de políticas públicas, la verdadera instauración en el Ecuador de la maternidad y paternidad responsable, estableciendo medidas que permitan a los directamente obligados al pago de alimentos satisfacer la obligación, como por ejemplo si el progenitor no tiene los medios suficientes, conseguirle un empleo con el cual cumpla sus deberes como padre.

3.- A los Jueces de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, que en la valoración de la prueba aportada en los juicios de alimentos, se cercioren de la existencia del vínculo de filiación, o de que existan indicios de la misma, con el objeto de no perjudicar a terceras personas demandadas sin justa causa.

4.- A los Abogados en libre ejercicio, que planteen las demandas de alimentos de sus clientes, cuando exista certeza del vínculo parento-filial, pues en caso contrario se está atentando contra el derecho ajeno.

5.- A los o las actoras del juicio de alimentos, que demanden cuando realmente se crean asistidas de derecho para entablar la acción legal, con el objeto de perjudicar a terceras personas.

6.- A los Estudiantes de Derecho, que efectúen investigaciones jurídicas relacionadas con asuntos de la Niñez y Adolescencia, con el objeto a contribuir a solucionar las deficiencias legales que puedan existir.

**PROPUESTA DE
REFORMA JURÍDICA**

9. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.

H. ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

El pleno:

Considerando:

Que, nuestra Constitución de la República del Ecuador en su Art. 69 numeral primero, establece como garantía de los derechos de la familia la paternidad y maternidad responsable.

Que, según el artículo innumerado segundo del Título V Del Derecho a Alimentos del Libro Segundo del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, reformando por la Ley s/n publicada en el Suplemento del R.O. Nro. 643 del 28 de julio del 2009, el derecho a alimentos es connatural y se fundamenta en el vínculo parento-filial, y por ende solo las personas ligadas por filiación y parentesco están obligadas a la prestación de alimentos.

Que, según el artículo innumerado tercero del Título V Del Derecho a Alimentos, se establece que el derecho a alimentos no admite reembolso de lo pagado, lo cual atenta el principio constitucional de seguridad jurídica establecido en el Art. 76 de la Constitución, cuando el demandado ha demostrado con la pruebas científicas de ADN no tener vínculo parento-filial con el alimentario o titular del derecho de alimentos.

Que, en nuestro medio social se ha generalizado un excesivo abuso de la disposición indicada en el considerando anterior, y se han planteado un sinnúmero de demandas falsas o simuladas, con pura intención dolosa de obtener un medio de ingreso con los juicios de alimentos, sin importarles el perjuicio ocasionado a terceros.

Que, pese a existir disposición de restitución de lo pagado por alimentos en el Código Civil en su Art. 356, cuando ha existido dolo, la disposición no es aplicable en virtud del principio de jerarquía normativa, por el cual la disposición del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que no admite el reembolso de lo pagado por concepto de alimentos, prima sobre las disposiciones de Derecho Común.

Que, es necesario establecer la devolución de lo pagado indebidamente por alimentos, con una eficiente regulación en cuanto a competencia y forma de efectuarse el reembolso, sin afectar los derechos del beneficiario de la pensión provisional de alimentos.

Por las razones indicadas y en uso de la facultad concedida por la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 120 numeral 6, expide la siguiente:

**LEY REFORMATORIA AL TÍTULO V DEL LIBRO SEGUNDO DEL
CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**

Art. 1.- Al tercer artículo innumerado del Título V Del Derecho a Alimentos, agréguese el siguiente inciso:

“Sin embargo a lo previsto en el inciso anterior, se admitirá reembolso de lo pagado por concepto de pensiones provisionales de alimentos, cuando en la tramitación del

juicio de alimentos se compruebe mediante los exámenes médicos de las secuencias de Ácido Desoxirribonucleico (ADN), que entre alimentario y demandado no existe relación parento-filial.”

Art. 2.- A continuación del artículo innumerado 43 del Título V Del Derecho a Alimentos, agréguese los siguientes artículos innumerados:

“Art. ... Acción de reembolso del pago indebido de pensiones alimenticias provisionales.- *Cuando el demandado mediante los exámenes de ADN descarte el vínculo parento-filial con el alimentario, podrá solicitar el reembolso de lo pagado indebidamente por concepto de pensiones alimenticias provisionales, al mismo Juez de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia que tuvo conocimiento del juicio de alimentos.*

Este trámite se sujetará a lo dispuesto al procedimiento contencioso general que determina este Código.

Si de la sustanciación del juicio de reembolso o devolución del pago indebido de pensiones alimenticias, se determinará mediante los medios probatorios legales que existió dolo por parte de actor o actora del juicio de alimentos, se le sancionará al pago de indemnización de daños y perjuicios ocasionados, la que incluye el monto por daño moral.”

Art.... Forma de Pago de la Devolución e Indemnización.- *Con el objeto de no afectar el interés superior del niño, niña o adolescente beneficiario de la pensión alimenticia, el o los sancionados al pago de la devolución o reembolso y la*

indemnización prevista en el artículo anterior, podrán acogerse al pago con beneficio de competencia de conformidad al Parágrafo 10° del Título XIV del Libro IV del Código Civil.

Art.... Acción de reembolso por incidente de extinción de pensión.- Quien hubiese sido obligado al pago de pensiones alimenticias mediante resolución del Juez de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, y probare posteriormente con las pruebas de ADN en un incidente de extinción de pensión alimenticia, que no existe vínculo parento-filial con el alimentario, podrá proponer la acción de reembolso establecida en los artículos precedentes.”

Art.- 3.- Quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a la presente reforma.

Art. 4.- La presente ley reformativa entrará en vigencia desde su publicación en el Registro Oficial.

Es dado en el Distrito Metropolitano de Quito, a los... días del mes de... del año...

.....
PRESIDENTE DE LA ASAMBLEA NACIONAL

.....
SECRETARIO

10. BIBLIOGRAFÍA.

- ALBÁN ESCOBAR Fernando, **DERECHO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, ACCIONES DE PROTECCIÓN Y JUZGAMIENTO DE ADOLESCENTES INFRACTORES**, 2003, Bogotá-Colombia.
- ALESSANDRI Arturo, **DERECHO CIVIL: TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES**, 1era Edición, Editorial EDICIONES LIBRERÍA DEL PROFESIONAL, Bogotá-Colombia 1983.
- BOSSERT Gustavo-ZANNONI Eduardo, **MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA**, 3era Edición, Editorial ASTREA, Año de Publicación 1991, Buenos Aires-Argentina.
- CABANELLAS Guillermo, **DICCIONARIO DE DERECHO USUAL**, 9na Edición, Tomo I A-D, Editorial HELIESTA, Buenos Aires-Argentina, 1976.
- **CÓDIGO CIVIL, LEGISLACIÓN CONEXA, CONCORDANCIAS**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Actualizado a Abril del 2010, Quito-Ecuador.
- **CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA REPÚBLICA DE PARAGUAY**, **Fuente:**
http://www.unicef.org/paraguay/spanish/codigo_ultima_version.pdf,
 Consultado el 30 de Mayo del 2011.
- **CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DE LA REPÚBLICA DE PERÚ**, Ley Nro. 27337. **Fuente:**

<http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/27337.pdf>, Consultado el 30 de Mayo del 2011.

- **CÓDIGO DEL MENOR DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA**, Decreto Nro. 2737. **Fuente:** <http://www.redjudicial.com/redjudicial/index/CODIGOSYESTATUTOS/CODIGODELMENOR.pdf>, Consultado el 30 de Mayo del 2011.
- **CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Serie Profesional, Actualizado a Octubre del 2010, Quito-Ecuador.
- **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS**, Ediciones Legales (EDLE S.A.), Actualizada a Marzo del 2010, Impresión Corporación MYL, Quito-Ecuador.
- **CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE OBLIGACIONES ALIMENTARIAS**, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Sección I Doc.: 27 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Concordancias y Legislación Conexa, Actualizado a enero del 2012.
- **CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO**, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Sección I Doc.: 19 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Concordancias y Legislación Conexa, Actualizado a enero del 2012.

- LARREA HOLGUIN Juan, **COMPENDIO DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR**. Corporación de Estudios y Publicaciones, Año de Publicación 1968, Quito-Ecuador.
- **LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA**, Gaceta Oficial N° 5.266 Extraordinario del 02 de octubre de 1998, **Fuente:** http://www.oei.es/quipu/venezuela/ley_proteccion_nino.pdf, Consultado el 30 de Mayo del 2011.
- MARTÍNEZ CACHERO Luis, **DICCIONARIO DE HACIENDA Y DERECHO FISCAL**, 1era Edición, Editorial PIRAMIDE S.A., Madrid-España 1976.
- OJEDA MARTINEZ, Cristóbal, **ESTUDIO CRITICO DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.**, Tomo I, Año de Publicación 2004.
- ORBE Héctor, **DERECHO DE SUCESIÓN**, Tomo I, IMPRENTA EDITORIAL, 1era Edición, Guayaquil-Ecuador.
- PARRAGUEZ RUIZ Luis, **MANUAL DE DERECHO CIVIL ECUATORIANO: PERSONAS Y FAMILIA**, 1era Edición, Vol. 1, Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, Año de Publicación 2005, Loja-Ecuador Pág. 182.
- PETIT Eugene, **TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO**, 1era Edición, Editorial ALBATROS, Buenos Aires-Argentina 1977.

- PLANIOL y RIPERT, **TRATADO PRÁCTICO DE DERECHO CIVIL**. Tomo II, La Habana 1939.
- RABINOVICH-BERKMAN Ricardo, **DERECHO ROMANO**, 1era Edición, Editorial ASTREA, Año de Publicación 2001, Buenos Aires-Argentina.
- RAMÍREZ G. Juan, **DICCIONARIO JURÍDICO**, Vol. 6 de la Colección Dictionarios, 8va Edición, Editorial CLARIDAD, Buenos Aires-Argentina, Año de Publicación 1976.
- SOMARRIVA UNDURRAGA Manuel, **DERECHO DE FAMILIA**, Tomo I, 3era Edición, Editorial Albatros, Santiago-Chile.
- SUÁREZ FRANCO Roberto, **DERECHO DE FAMILIA: FILIACIÓN Y RÉGIMEN DE LOS INCAPACES**, Tomo II, 3era Edición, Editorial TEMIS, Año de Publicación 1999, Bogotá-Colombia.

ANEXOS

ANEXO NRO. 1: PROYECTO DE TESIS

1.- TEMA:

“NECESIDAD DE ESTABLECER LA DEVOLUCIÓN DEL PAGO INDEBIDO DE PENSIONES ALIMENTICIAS EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA”

2.- PROBLEMÁTICA:

“La Ley Reformativa al Título V Del Libro Segundo del Código de la Niñez y Adolescencia publicada en el R.O. Nro. 643 del día Martes 28 de Julio de 2009, en su tercer artículo innumerado, establece que el derecho de alimentos no admite reembolso de lo pagado, lo cual impide al demandado solicitar la devolución del pago indebido de pensiones alimenticias, cuando este ha demostrado científicamente no ser padre del alimentario”

La presente problemática es de una gran relevancia tanto desde el punto de vista social como jurídico, produciendo los siguientes efectos:

a) Pago indebido.- En la indicada reforma al Código de la Niñez y Adolescencia se establece una nueva forma de tramitación diferente al trámite contencioso general, en la cual en la demanda se anuncia la prueba, y en la calificación en la demanda se fija la pensión provisional de alimentos.

Esta fijación provisional de la prestación alimenticia se realiza sin ninguna certeza del vínculo parento-filial que es el fundamento legal de las obligaciones alimenticias, es decir, el presunto padre está obligado al pago de alimentos desde la presentación de la demanda aunque no se haya comprobado mediante pruebas de ADN la paternidad.

En muchos casos en nuestra sociedad se demanda a presuntos padres, que en realidad no lo son, siendo por ende en las indicadas circunstancias un pago indebido.

b) Imposibilidad de reclamar la devolución.- Por disposición del tercer artículo innumerado del Título V Del Libro Segundo del Código de la Niñez y Adolescencia reformado por la ley publicada en el R.O. Nro. 643 del día martes 28 de julio de 2009, se establece que el derecho a alimentos no admite reembolso de lo pagado, lo cual afecta de sobre manera al demandado que según los exámenes de ADN no es el

padre del alimentario, ya que no puede exigir la devolución de lo pagado indebidamente desde la presentación de la demanda.

3.- JUSTIFICACIÓN.

La presente problemática referente a *“La Ley Reformatoria al Título V Del Libro Segundo del Código de la Niñez y Adolescencia publicada en el R.O. Nro. 643 del día Martes 28 de Julio de 2009, en su tercer artículo innumerado, establece que el derecho de alimentos no admite reembolso de lo pagado, lo cual impide al demandado solicitar la devolución del pago indebido de pensiones alimenticias, cuando este ha demostrado científicamente no ser padre del alimentario”*, la he seleccionado debido a su gran trascendencia y relevancia, las cuales explico de acuerdo a los siguientes aspectos:

TRASCENDENCIA SOCIAL.- La imposibilidad de reclamar la devolución del pago indebido de pensiones alimenticias, es un problema generalizado en nuestro medio social, debido a que en el Código de la Niñez y Adolescencia, se establece el pago de la pensión provisional desde la presentación de la demanda, y una vez practicado el examen de ADN se demuestra el vínculo parento-filial, y se inscribe en el Registro Civil correspondiente; pero que ocurre cuando se ha demostrado que no existe tal vínculo entre el demandado y el alimentario, no se puede pedir la devolución incluso pese a que el Código Civil en su Art. 355 si establece el derecho de restitución, pero el Código de la Niñez y Adolescencia prohíbe el reembolso y sus disposiciones prevalecen sobre el Código Civil.

TRASCENDENCIA CIENTÍFICO-JURÍDICA.- La presente problemática es de gran relevancia jurídica, pues atentan contra el fundamento legal de obligación alimenticia, el cual es el vínculo parento-filial, creando inseguridad jurídica, ya que cualquier persona puede ser demanda en juicio de alimentos sin ser realmente progenitor o persona obligada a tal pago, y sin la posibilidad de reclamar lo pagado indebidamente.

TRASCENDENCIA ACADÉMICA.- El presente proyecto de investigación jurídica del nivel de pre-grado, es un requisito previo a la obtención del título de abogado y fuente de mi preparación profesional.

FACTIBILIDAD.- El presente proyecto de tesis es de factible investigación, debido a que existen las diferentes fuentes de acopio de información, tanto teórica (Libros, Revistas e Internet) como empírica.

La presente tesis implementará una Propuesta de Reforma Jurídica al Código de la Niñez y Adolescencia, que establecerá la devolución de lo pagado indebidamente por concepto de pensiones alimenticias.

4.- OBJETIVOS.

4.1.- Objetivo General:

Realizar un estudio crítico, jurídico y doctrinario referente al pago indebido de pensiones alimenticias en el Ecuador.

4.2.- Objetivos específicos:

- 1) Determinar el procedimiento judicial para la fijación de alimentos.
- 2) Comprobar el perjuicio que ocasiona la imposibilidad de reembolso o devolución de lo pagado indebidamente por concepto de pensiones alimenticias.
- 3) Realizar un estudio de Derecho Comparado, preferentemente con legislaciones de Latinoamérica, referente a la devolución o reembolso de lo pagado indebidamente por alimentos.
- 4) Realizar una Propuesta de Reforma Jurídica al Código de la Niñez y Adolescencia, tendiente a establecer un mecanismo legal de reembolso de lo pagado indebidamente por pensiones alimenticias en contra del actor de la demanda de alimentos.

5.- HIPÓTESIS:

- “La imposibilidad de reembolso del pago de alimentos establecida en el tercer artículo innumerado de la Ley Reformatoria al Título V del Libro Segundo del Código de la Niñez y Adolescencia, afecta económicamente al demandado que ha probado científicamente no tener vinculo de parentesco con el alimentario”

5.1 SUBHIPÓTESIS:

- “La disposición legal que determina la imposibilidad de reembolso del pago de pensiones alimenticias origina inseguridad jurídica”.

6.- MARCO TEÓRICO.

La presente problemática referente a *“La Ley Reformatoria al Título V Del Libro Segundo del Código de la Niñez y Adolescencia publicada en el R.O. Nro. 643 del día Martes 28 de Julio de 2009, en su tercer artículo innumerado, establece que el derecho de alimentos no admite reembolso de lo pagado, lo cual impide al demandado solicitar la devolución del pago indebido de pensiones alimenticias, cuando este ha demostrado científicamente no ser padre del alimentario”*, para ser comprendida es necesario analizar los siguientes aspectos:

En primer lugar hay que entender el concepto de obligación para lo cual citaré a Guillermo Cabanellas que en su **DICCIONARIO DE DERECHO USUAL** manifiesta: *“Derecho y obligación, términos a la vez antitéticos y complementarios, resumen en sí todas las relaciones y aspectos jurídicos; de ahí la complejidad de su concepto y la dificultad de una exposición adecuada, y más aún en un espacio reducido. La etimología orienta bastante en la noción de esta voz de origen latino: de ob, delante o por causa de, y ligare, atar, sujetar, de donde proviene el sentido material de ligadura; y el metafórico, y ya jurídico, de nexo o vínculo moral.”*⁶²

Del texto citado puedo determinar que una obligación es un vínculo o nexo jurídico entre dos o más personas, que imponen una prestación de dar o hacer algo, o bien una abstención de realizar algo.

Doctrinariamente hay que diferenciar lo que es una obligación y un deber jurídico, en este sentido se manifiesta el autor Arturo Alessandri Rodríguez en su obra intitulada **DERECHO CIVIL: TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES**: *“El hombre tiene necesidades de diversa índole que debe satisfacer, para cuyo objeto necesita de las cosas del mundo exterior que le rodean. Estas cosas, como la utilidad que ellas son susceptibles de procurarle, pueden obtenerse, o bien apropiándose directamente de*

⁶² CABANELLAS Guillermo, **DICCIONARIO DE DERECHO USUAL**, 9na Edición, Editorial HELIATA, Tomo III N-R, Buenos Aires-Argentina 1976, Pág. 73.

las cosas o bien extrayendo las utilidades que las cosas son susceptibles de producir, o bien, cuando esto no es posible, obligando a otros individuos a que le proporcionen estas cosas o esas utilidades.

En el primer caso estas relaciones jurídicas de diversa índole dan origen a los Derechos Reales: en el último caso, a los Derechos Personales o Créditos. Unos y otros forman parte del patrimonio: ambos son derechos patrimoniales, porque son susceptibles de una evaluación pecuniaria, que es la característica esencial de todos los derechos patrimoniales. Unos y otros consisten en la facultad que el hombre tiene de ejecutar actos determinados. Pero mientras los derechos reales consisten en el poder directos sobre una cosa, que permite a su titular extraer todo o parte de las utilidades que la cosa puede producir, los derechos personales, en cambio, consisten en la facultad o poder de acción que un individuo tiene sobre una persona determinada, para exigirle que le dé, le haga o no le haga alguna cosa.”⁶³

Un derecho real (sobre una cosa) genera un deber jurídico exigible ante todas las personas por su titular, tal es el caso del derecho de dominio o propiedad, usufructo, uso y habitación. La obligación es la facultad que una persona tiene para exigir a otra, que dé (tradición), haga o no haga algo.

Desde este punto las obligaciones jurídicas tienen diverso origen, pueden ser originadas por convenciones (contratos), por disposición de la ley, por actos unilaterales de voluntad como los delitos, o sin la voluntad de producir el daño como los cuasidelitos.

La obligación alimenticia tiene su origen en la ley, es así que el Código de la Niñez y Adolescencia en vigencia y con las últimas reformas al Título V Del Derecho a Alimentos del Libro Segundo lo establece en su Art. 2... (127): “*El derecho a*

⁶³ ALESSANDRI Arturo, **DERECHO CIVIL: TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES**, 1era Edición, Editorial EDICIONES LIBRERÍA DEL PROFESIONAL, Bogotá-Colombia 1983, Pág. 6.

alimentos es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. Implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios que incluye:

- 1. Alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente;*
- 2. Salud integral: prevención, atención médica y provisión de medicinas;*
- 3. Educación;*
- 4. Cuidado;*
- 5. Vestuario adecuado;*
- 6. Vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos;*
- 7. Transporte;*
- 8. Cultura, Recreación y Deportes;*
- 9. Rehabilitación y ayudas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva.”⁶⁴*

La obligación de alimentos nace de la ley y su fundamento es el vínculo connatural o consanguíneo, que determina la filiación del sujeto obligado a la prestación alimenticia y el alimentario o sujeto beneficiario de la prestación.

⁶⁴ **CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Serie Profesional, Actualizado a Octubre del 2010, Quito-Ecuador, Pág. 32.

La determinación del vínculo parento-filial se realiza a través de las pruebas de ADN (Ácido Desoxirribonucleico) que tienen una certeza del 99,99% del resultado de parentesco.

Cuando se inicia un juicio de alimentos con el actual procedimiento al momento de la calificación de la demanda se ordena la citación y se fija la pensión provisional de acuerdo a una tabla de valores que se reajusta cada año de acuerdo a las variaciones salariales, así lo establece el Art.... 9 (134) del Código de la Niñez y Adolescencia: *“Con la calificación de la demanda el Juez/a fijará una pensión provisional de acuerdo a la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas que con base a los criterios previstos en la presente ley, elaborará el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, sin perjuicio de que en la audiencia, el Juez/a tenga en cuenta el acuerdo de las partes, que en ningún caso podrá ser inferior a lo establecido en la mencionada tabla.*

*Cuando la filiación no ha sido establecida, o en el parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos el Juez/a ordenará en la providencia de calificación de la demanda, el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN), sin menoscabo de la fijación provisional de alimentos.”*⁶⁵

Entonces se puede fijar la pensión provisional al presunto progenitor, quien tendrá la obligación de prestar la misma desde el momento de la presentación de la demanda, sin facultad de pedir la devolución de lo pagado indebidamente por concepto de pensiones alimenticias cuando los exámenes de ADN demuestren que el demandado no es el progenitor del alimentario, puesto que el derecho de alimentos no es susceptible de reembolso, así lo dispone el Art.... 3 (128) del Código de la Niñez y Adolescencia: *“Este derecho es intransferible, intrasmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y no admite compensación ni reembolso de lo pagado, salvo las pensiones de alimentos que hayan sido fijadas con anterioridad y no hayan*

⁶⁵ IBÍDEM, Pág. 32.

sido pagadas y de madres que hayan efectuados gastos prenatales que no hayan sido reconocidos con anterioridad, casos en los cuales podrá compensarse y transmitirse a los herederos."⁶⁶

Esta es una disposición que atenta contra el derecho de las personas a la seguridad jurídica, pues si una persona a cancelado las pensiones provisionales de alimentos y luego del examen de ADN se establece que no hay vínculo parento-filial, el pago realizado es indebido porque no existe CAUSA de la obligación, siendo necesario reformar el Código de la Niñez y Adolescencia, en la que se establezca la devolución del pago indebido de alimentos.

Inclusive el Código Civil establece que en el pago indebido de alimentos debe haber devolución, así el Art. 356 establece: *"En caso de dolo para obtener alimentos, están obligados solidariamente a la restitución y a la indemnización de perjuicios, todos los que han tomado parte en el dolo."*⁶⁷

La disposición civil no se aplica a los casos que están regulados por el Código de la Niñez y Adolescencia, por estar este último cuerpo de leyes en superioridad jerárquica al Código Civil.

Además considero que no solo debe haber la devolución en los casos de dolo, sino en todo juicio de alimentos en que se demuestre científicamente que no existe vínculo parento-filial que es la causa legal de la obligación.

⁶⁶Ob. Cit., **CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Pág. 33 y 34.

⁶⁷ **CÓDIGO CIVIL, LEGISLACIÓN CONEXA, CONCORDANCIAS**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Actualizado a Abril del 2010, Quito-Ecuador, Pág. 66.

7.- METODOLOGÍA.

a.- Métodos.

En el desarrollo del presente proyecto de tesis he considerado la utilización principalmente del Método Científico y los Métodos Lógicos.

Primeramente para emplear el **Método Científico**, hay que distinguir las siguientes etapas:

- **Observación:** Que consiste en la indagación de todos los aspectos de la problemática, lo cual me ayudará principalmente en lo que es el acopio de información teórica y empírica.
- **Análisis:** Consiste en el estudio detallado e íntegro de toda la información recopilada en la fase de observación; lo que me permitirá desarrollar los contenidos principales del informe final de la tesis.
- **Síntesis:** Consiste en la condensación de los principales conocimientos aprendidos durante el proceso. Lo cual permitirá realizar las conclusiones, recomendaciones y propuesta de reforma jurídica.

Referente a los Métodos Lógicos que son el Inductivo y Deductivo los utilizaré de la siguiente manera:

Método Inductivo: El método inductivo consiste en llegar desde un precepto particular a uno general, es decir, es un método por el cual se llega a descubrir el nexo común que une a todos los elementos de la problemática, permitiéndome realizar las respectivas recomendaciones y propuesta de reforma jurídica, con un enfoque total, para contribuir con un desarrollo positivo a la problemática.

Método Deductivo: Consiste en llegar desde un precepto general a un precepto particular; por lo cual nos servirá para concluir los puntos más sobresalientes del desarrollo del presente trabajo investigativo.

b.- Procedimientos y Técnicas.

Las técnicas que utilizaré son las siguientes: para el acopio teórico el Fichero Bibliográfico; y, para la recopilación empírica emplearé la **Encuesta** y la **Entrevista**, aplicadas en un número de 30 y 10 respectivamente, a Funcionarios Judiciales, profesionales del Derecho, Docentes Universitarios y personas conocedoras del tema.

c.- Esquema Provisional del Informe Final.

Para el desarrollo de la investigación de la problemática: *“La Ley Reformatoria al Título V Del Libro Segundo del Código de la Niñez y Adolescencia publicada en el R.O. Nro. 643 del día Martes 28 de Julio de 2009, en su tercer artículo innumerado, establece que el derecho de alimentos no admite reembolso de lo pagado, lo cual impide al demandado solicitar la devolución del pago indebido de pensiones alimenticias, cuando este ha demostrado científicamente no ser padre del alimentario”*, he realizado el siguiente esquema:

1.- RESUMEN.

2.- INTRODUCCIÓN.

3.- REVISIÓN DE LITERATURA.

3.1 MARCO CONCEPTUAL: En el que desarrollare los conceptos de las categorías principales del problema, las cuales son:

3.1 Conceptos Básicos de las obligaciones alimentarias.

3.2 Efectos negativos de la imposibilidad de reclamar la devolución del pago indebido de pensiones alimenticias.

3.2 MARCO DOCTRINARIO.- En el cual explicare sobre los aspectos dogmáticos de la temática, tales como:

3.2.1 Alimentos que se deben por Ley.

3.2.2 Fundamento Jurídico de las Obligaciones Alimentarias.

3.2.3 Sujetos de la Obligación Alimentaria.

3.2.3.1 Alimentario o beneficiario.

3.2.3.2 Obligados al pago de alimentos.

3.3 MARCO JURÍDICO.- En el cual haré un análisis de las disposiciones normativas referente a la Problemática:

3.3.1 Constitución de la República del Ecuador.

3.3.2 Código de la Niñez y Adolescencia.

3.3.3 Código Civil.

3.3.4 Derecho Comparado.

4.- MATERIALES Y MÉTODOS.

4.1 Materiales utilizados.- Descripción del material bibliográfico, electrónico o de otra naturaleza empleado en el desarrollo de la Revisión de Literatura.

4.2 Métodos.- Mención de los métodos empleados tanto en la investigación bibliográfica como de campo.

4.3 Procedimientos y técnicas.- Expresión de los procedimiento y técnicas (Encuesta y Entrevista) empleados en la recopilación de información.

5. RESULTADOS.

5.1 Análisis de los Resultados de la Investigación de Campo.

5.1.1 Análisis de la Encuesta.- Aplicadas a profesionales del Derecho y personas conocedoras del tema.

5.1.2 Análisis de la Entrevista.- Igualmente aplicadas a la población descrita en la presente metodología.

6. DISCUSIÓN.

6.1 Análisis Crítico de la Problemática.- Estudio determinante de la importancia y visión total de la problemática planteada con la información recopilada y conocimientos adquiridos.

6.2 Verificación de Objetivos.- Comprobación del grado de cumplimiento de las metas planteadas en esta investigación.

6.3 Contratación de Hipótesis y Subhipótesis.- Comprobación como verdaderas o falsas de las conjeturas planteadas como respuesta anticipada a la problemática planteada.

6.4 Fundamento Jurídico-Técnico de la Propuesta de Reforma Jurídica.- Expresión clara y fundamentada constitucional, legal y doctrinariamente referente al planteamiento de una solución a la problemática la misma que será en lo principal una Propuesta de Reforma Jurídica.

7. CONCLUSIONES.- Puntos sobresalientes respecto a la problemática investigada.

8. RECOMENDACIONES.- Indicación de varias soluciones a la problemática dirigidas a la Función Legislativa, Función Judicial, Colegio de Abogados, Docentes Universitarios, Estudiantes de Derecho y diferentes Sectores Sociales.

9. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.- Planteamiento de un Proyecto de Reforma Legal en la que se plasmará la principal solución a la temática.

10.- BIBLIOGRAFÍA.

9.- PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO.

En la presente tesis para una correcta ejecución del presente proyecto, he decidido realizar el siguiente presupuesto, para lo cual considero principalmente los siguientes aspectos:

Recursos Humanos.

Existe la predisposición necesaria por parte de mi persona para el cumplimiento de cada una de las actividades constantes en el cronograma de trabajo.

Recursos Bibliográficos.

Dentro de los recursos bibliográficos cuento con las suficientes fuentes de información, tales como: Libros, revistas, folletos y periódicos.

Como fuente complementaria de consulta esta el Internet.

Recursos Materiales.

En lo referente a los recursos materiales tenemos a nuestra disposición los suficientes insumos de oficina tales como: papel, esferográficos, copias Xerox, computadora, memoria extraíble, etc.

He previsto el presupuesto económico de la siguiente forma:

Impresión	\$ 400
Copias Xerox	\$ 90
Internet	\$ 90
Papel	\$ 50
Imprevistos	\$ 300
Memoria Extraíble	\$ 30
Total	\$ 960

Financiamiento: La financiación del presente trabajo de investigación lo realizaré recursos propios del postulante: **José Francisco Ramón Cevallos.**

10.- BIBLIOGRAFÍA.

- CABANELLAS Guillermo, **DICCIONARIO DE DERECHO USUAL**, 9na Edición, Editorial HELIASTA, Tomo I-IV, Buenos Aires-Argentina 1976.
- ALESSANDRI Arturo, **DERECHO CIVIL: TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES**, 1era Edición, Editorial EDICIONES LIBRERÍA DEL PROFESIONAL, Bogotá-Colombia 1983.
- **CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Serie Profesional, Actualizado a Octubre del 2010, Quito-Ecuador.
- **CÓDIGO CIVIL, LEGISLACIÓN CONEXA, CONCORDANCIAS**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Actualizado a Abril del 2010, Quito-Ecuador.
- OSSORIO Manuel, **DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES**, Editorial HELIASTA, Año de Publicación 2002
- RAMÍREZ G. Juan, **DICCIONARIO JURÍDICO**, Vol. 6 de la Colección Diccionarios, 8va Edición, Editorial Claridad, Buenos Aires-Argentina, Año de Publicación 1976.
- **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS**, Ediciones Legales (EDLE S.A.), Actualizada a Marzo del 2010, Impresión Corporación MYL, Quito-Ecuador.
- **DERECHOS FUNDAMENTALES**, Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador.- Corporación Editora Nacional de Quito, 2004.
- BORDA Guillermo, **TRATADO DE DERECHO CIVIL: DERECHO DE FAMILIA**, Vol. 1, 3era Edición, Editorial PERROT, Buenos Aires-Argentina.

- LARREA HOLGUIN Juan, **COMPENDIO DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR**. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito- Ecuador, 1968.

ANEXO 2: MODELO DE ENCUESTA Y ENTREVISTA



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

En el desarrollo de mi tesis del nivel de pre-grado intitulada: **“NECESIDAD DE ESTABLECER LA DEVOLUCIÓN DEL PAGO INDEBIDO DE PENSIONES ALIMENTICIAS EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA”**, muy comedidamente le solicito contestar la siguiente:

ENCUESTA

1.- ¿Conoce Usted cual es el fundamento jurídico de la obligación alimenticia?

Si...

No...

Explique

.....
.....
.....
.....
.....
.....

2.- ¿Considera procedente solicitar el reembolso de lo pagado por concepto de pensiones alimenticias, cuando mediante las pruebas de ADN se descarte el vínculo parento-filial entre el demandado y el alimentario?

Si...

No...

¿Por qué?

.....
.....
.....
.....
.....
.....

3.- ¿Considera legal la imposibilidad de reembolso del pago de alimentos establecida en el tercer artículo innumerado de la Ley Reformatoria al Título V del Libro Segundo del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, y su afectación económica al demandado que ha probado científicamente no tener vinculo de parentesco con el alimentario?

Si...

No...

¿Por qué?

.....
.....
.....
.....
.....

4.- ¿Cree Usted que la disposición legal que determina la imposibilidad de reembolso del pago de pensiones alimenticias origina inseguridad jurídica?

Si...

No...

¿Por qué?

.....
.....
.....
.....
.....

5.- ¿Considera necesario realizar una Propuesta de Reforma Jurídica al Título V del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, tendiente a establecer un mecanismo legal de reembolso de lo pagado indebidamente por pensiones

alimenticias en contra del actor de la demanda de alimentos, cuando se ha probado mediante ADN, que el alimentario no es hijo del alimentante?

Si...

No...

¿Por qué?

.....
.....
.....
.....
.....
.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

En el desarrollo de mi tesis del nivel de pre-grado intitulada: **“NECESIDAD DE ESTABLECER LA DEVOLUCIÓN DEL PAGO INDEBIDO DE PENSIONES ALIMENTICIAS EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA”**, muy comedidamente le solicito contestar la siguiente:

ENTREVISTA

1.- Según su opinión como considera que en el derecho a alimentos no sea susceptible de reembolso, cuando se demuestre científicamente no existir el vínculo de parentesco entre el demandado y el alimentario.

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

2.- Considera Usted que la actual normativa del Código de la Niñez y Adolescencia que prohíbe el reembolso de lo pagado indebidamente por alimentos ocasiona inseguridad jurídica para el presunto progenitor contra quién se ha propuesto una demanda de alimentos.

.....
.....
.....
.....

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

3.- En una reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en el que se establezca un procedimiento de reembolso del pago indebido de las pensiones alimenticias ¿Qué aspectos deberían tenerse en cuenta?

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

ÍNDICE

	Pág.
CERTIFICACIÓN	II
AUTORÍA	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN	IV
DEDICATORIA	V
AGRADECIMIENTO	VI
TABLA DE CONTENIDOS	VII
1. TÍTULO.	1
2. RESUMEN.	2
2.1 ABSTRACT.	5
3. INTRODUCCIÓN.	8
4.- REVISIÓN DE LITERATURA.	11
4.1 MARCO CONCEPTUAL.	11
4.1.1 Conceptos Básicos de las Obligaciones Alimentarias.	11
4.1.2 Efectos negativos de la imposibilidad de reclamar la devolución del pago indebido de pensiones alimenticias.	18
4.1.3 Instituciones del Derecho de Familia que nacen del vínculo Parento-filial.	22
4.2 MARCO DOCTRINARIO.	30
4.2.1 Alimentos que se deben por Ley.	30
4.2.2 Fundamento Jurídico de las Obligaciones Alimentarias.	32
4.2.3 Sujetos de la Obligación Alimentaria.	37

4.2.3.1 Alimentario o beneficiario.	37
4.2.3.2 Obligados al pago de alimentos.	38
4.2.4 Evolución Histórica de la Filiación en el Derecho Romano.	39
4.2.5 Formas de Determinación de la Filiación.	45
4.3 MARCO JURÍDICO.	55
4.3.1 Constitución de la República del Ecuador.	55
4.3.2 Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.	58
4.3.3 Código Civil.	68
4.3.4 Legislación Comparada.	71
4.3.4.1 Perú.	72
4.3.4.2 Paraguay.	74
4.3.4.3 Colombia.	76
4.3.4.4 Venezuela.	78
4.3.5 Convenciones de los Derechos del Niño y del Adolescente.	81
5. MATERIALES Y MÉTODOS.	87
5.1.- Materiales.	87
5.2.- Métodos Utilizados.	87
6. RESULTADOS.	91
6.1 Presentación, interpretación y análisis de los resultados de la Investigación de Campo.	91
6.1.1 Resultados de la Encuesta.	91
6.1.2 Resultados de la Entrevista.	100
7. DISCUSIÓN.	110

7.1 Verificación de Objetivos.	110
7.2 Contrastación de Hipótesis y Subhipótesis.	112
7.3 Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma Jurídica.	113
8. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.	116
8.1 Conclusiones.	116
8.2 Recomendaciones.	118
9. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.	121
10. BIBLIOGRAFÍA.	125
11. ANEXOS	130
INDICE	156