



CONCEPTO 0000052 DE 2018

(Agosto 8)

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

MEMORANDO

PARA: XXXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: Su oficio con radicado No 393156 de fecha 10/07/2018

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, Ley 1775 de 2015, Ley 1098 de 2006 y el artículo 60, numeral 4, del Decreto 987 de 2012, se responde la consulta en los términos que siguen:

1. PROBLEMA JURÍDICO

Con la expedición de la Ley 1850 de 2017, cuál es la competencia de las Defensorías de Familia en cuanto a las demandas de alimentos de los adultos mayores? Están facultadas para presentar las demandas de alimentos sin que se agote previamente la etapa conciliatoria que le corresponde a las Comisarías de Familia? Puede el Defensor de Familia delegar esta competencia asignada por la Ley 1850 de 2017, a las Personerías Municipales y Defensorías del Pueblo?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Se abordará el tema analizando: 2.1 La protección especial al adulto mayor; 2.2. El derecho de alimentos a favor del adulto mayor; 2.3. La Ley 1850 de 2017 y las autoridades que tienen a su cargo la protección al adulto mayor.

2.1. La protección especial al adulto mayor

La Constitución Política, partiendo de la aplicación del principio de Solidaridad y de la Protección a la Dignidad Humana, consagra un amparo especial para los adultos mayores

como población vulnerable que requiere la atención preferente del estado, lo cual se evidencia en disposiciones de rango constitucional, del Derecho Internacional y legal colombiano.

En el orden Constitucional podemos resaltar lo dispuesto por el artículo 46 que determina:

“El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.”

En cuanto a los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que consagran la protección preferente a los adultos mayores, puede mencionarse el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales «Protocolo de San Salvador, que en su artículo 17 señala:

"Protección de los ancianos. Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados Partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a: a) Proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas; b) Ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos; c) Estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorarla calidad de vida de los ancianos".

De la misma manera, el tema ha tenido un importante desarrollo legal dentro del cual podemos mencionar la Ley 100 de 1993 "por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones", norma que consagró los denominados "Servicios Sociales Complementarios", programa orientado a garantizar el mínimo vital de la población adulta mayor que carece de recursos.

Igualmente, son de destacar en este tema la Ley 1315 de 2009, "Por medio de la cual se establecen las condiciones mínimas que dignifiquen la estadía de los adultos mayores en los centros de protección, centros de día e instituciones de atención" la Ley 1251 de 2008, "Por la cual se dictan normas tendientes a procurar la protección, promoción y defensa de los derechos de los adultos mayores" y la Ley 1850 de 2017, "Por medio de la cual se establecieron medidas de protección al adulto mayor en Colombia, se modifican las leyes 1251 de 2008, 1315 de 2009, 599 de 2000 y 1278 de 2009, se penaliza el maltrato intrafamiliar por abandono y se dictan otras disposiciones".

Así mismo, a nivel jurisprudencial encontramos que varios pronunciamientos sobre el particular y es así como la Corte Constitucional en sentencia <sic> Sentencia T-025/15, señaló lo siguiente:

(...) La Corte Constitucional ha indicado que el principio de solidaridad impone una serie de "deberes fundamentales" al poder público y a la sociedad para la satisfacción plena de los

derechos. Dichos deberes se refuerzan cuando se trata de asegurar a las personas de la tercera edad la protección de todas las facetas de sus garantías fundamentales, para ello el constituyente involucró en su consecución a la familia, en primera medida y, subsidiariamente al Estado y la sociedad en su conjunto.

En desarrollo del derecho fundamental al Mínimo Vital, la misma corporación estableció que, "5. La prevalencia constitucional del derecho fundamental al mínimo vital de las personas de tercera edad. Reiteración de jurisprudencia Sentencia T-025/15.

La jurisprudencia constitucional ha sido consistente en el sentido de reconocer la existencia de un derecho fundamental constitucional al mínimo vital en cabeza de las personas de la tercera edad, derivado de múltiples mandatos constitucionales en los que se reconocen, entre otros, los derechos a la vida digna (art. 11, C.P), a la integridad personal (art. 12, C.P.), a la seguridad social integral (art. 48, C.P.) y a la salud (art. 49, C.P). Así, por ejemplo, en la sentencia T-458 de 1997, se explicó la prefación constitucional del derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad, como sujetos de especial protección constitucional:

"El principio constitucional de dignidad humana, sobre el que se establece el Estado social de derecho sirve de fundamento al derecho al mínimo vital, cuyo objeto no es otro distinto que el de garantizar las condiciones materiales más elementales, sin las cuales la persona arriesga perecer y quedar convertida en un ser que sucumbe ante la imposibilidad de asegurar autónomamente su propia subsistencia.

El principio constitucional de dignidad humana, sobre el que se establece el Estado social de derecho sirve de fundamento al derecho al mínimo vital, cuyo objeto no es otro distinto que el de garantizar las condiciones materiales más elementales, sin las cuales la persona arriesga perecer y quedar convertida en un ser que sucumbe ante la imposibilidad de asegurar autónomamente su propia subsistencia.

(...) En otras palabras, la Constitución Política contempla una serie de sujetos que necesitan de un "trato especial" por la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentran. En particular, a este grupo pertenecen las personas de la tercera edad, quienes al final de su vida laboral tienen derecho a gozar de una vejez digna y plena (C.P. artículos 1º, 13, 46 y 48). En relación con estos sujetos, la Corte ha sentado la doctrina del derecho fundamental a la seguridad social. Así se le ha dado preciso alcance al mandato constitucional de defender, prioritariamente, el mínimo vital que sirve, necesariamente, a la promoción de la dignidad de los ancianos (C.P., artículos 113, 46 y 48)".

2.2. El Derecho de Alimentos a favor del adulto mayor

De acuerdo a lo indicado por la Corte Constitucional en sentencia C-919 de 2001, con ponencia del Honorable Magistrado Jaime Araujo Rentería, "El derecho de alimentos es aquel que le asiste a una persona para reclamar de la persona obligada legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia, cuando no está en capacidad de procurárselo por sus propios medios. Así la obligación alimentaria está en cabeza de quien por ley, debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de aumentos".

El derecho de alimentos se deriva sin lugar a dudas del vínculo familiar y es una obligación que tiene fundamento en el principio de la solidaridad, con la premisa de que el alimentario no está en la capacidad de asegurarse su propia subsistencia.

El deber de asistencia alimentaria se determina sobre dos requisitos fundamentales: la necesidad del beneficiario y la capacidad del deudor, quien debe ayudar a la subsistencia de sus parientes, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia.

El artículo 411 del Código Civil señala que se deben alimentos: "(...) 3o) A los ascendientes. (...)

La ley establece como edad límite para la obligación alimentaria los dieciocho (18) años, en concordancia con la Ley 22 de 1977 y las normas especiales sobre patria potestad que traen el Código Civil y sus normas complementarias, pero establece dos excepciones en el artículo 422 *ibídem*, así:

1. Es el caso de la persona impedida físicamente para trabajar, lo cual también se encuentra establecido en la Constitución Política en su artículo 42, inciso 6.
2. La incapacidad económica, generada por la imposibilidad de ubicación laboral o retribución económica mínima, caso en el cual si el adolescente continúa con sus estudios es obligatorio seguir cumpliendo con la obligación alimentaria.

Con todo lo expuesto es evidente que, el elemento esencial para extinguir la obligación alimentaria lo constituye la superación de las condiciones que dieron origen a la solicitud o requerimiento de alimentos y que mientras no se presente esta circunstancia, el sentido de solidaridad humana y la existencia del parentesco y la filiación, no admiten barreras temporales para cesar la ayuda.

Los alimentos, pueden ser congruos y necesarios, entendiendo los congruos como aquellos que habilitan al alimentario para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social, y los necesarios, como aquellos que le dan lo que basta para sustentar la vida.

Específicamente, en cuanto al derecho de recibir alimentos que tiene la población adulta mayor en el país, la Ley 1251 de 2008, en su artículo 34 A, modificado por la Ley 1850 de 2017, señala:

“DERECHO A LOS ALIMENTOS. Las personas adultas mayores tienen derecho a los alimentos y demás medios para su mantenimiento físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social. Serán proporcionados por quienes se encuentran obligados de acuerdo con la ley y su capacidad económica.

En este sentido también se ha pronunciado la Corte en Constitucional en varias oportunidades y es así como mediante sentencia T-685 de 2014, señaló: (...) Teniendo en cuenta lo visto, las obligaciones alimentarias se predicen no solo de padres a favor de hijos menores o mayores impedidos para trabajar por motivos de estudio o que sean incapaces física o mentalmente, sino también de los hijos con capacidad económica a favor de sus padres que no se

encuentran en condiciones para sostenerse económicamente por sus propios medios, sobre todo cuando éstos son adultos mayores y sus expectativas de trabajo son casi nulas.

Cuando se trata de los adultos mayores y esta obligación no se cumple, la ley los faculta para exigir de sus descendientes -en primer orden a sus hijos-, el suministro periódico de una cuota alimentaria para su sostenimiento básico que satisfaga su mínimo vital, para lo cual, pueden acudir a los estrados judiciales o a un centro de conciliación, para obtener la satisfacción de sus peticiones.”

Esta Ley, por la cual se establecieron nuevas medidas para la protección del adulto mayor, confirmó el derecho que les asiste a los adultos mayores para ser beneficiarios de una cuotas alimentarias en caso de necesidad y ratificó la competencia a las Comisarias de Familia para asumir los casos de incumplimiento de las obligaciones alimentarias en favor de los adultos mayores, quienes deberán llevar a cabo la audiencia de conciliación y en caso de no lograr acuerdo, deberán fijar la cuota provisional; igualmente, señala la norma que, tienen la obligación de remitir el expediente al Defensor de Familia quien será el competente para presentar la demanda de alimentos ante el Juez de Familia quien asumirá la causa según lo dispuesto por el artículo 397 del Código General del Proceso.

2.3. La Ley 1850 de 2017 y las autoridades que tienen a su cargo la protección al adulto mayor

La Ley 1850 de 2017, "por medio de la cual se, establecen medidas de protección al adulto mayor en Colombia, se modifican las Leyes 1251 de 2008, 1315 de 2009, 599 de 2000 y 1276 de 2009, se penaliza el maltrato intrafamiliar por abandono y se dictan otras disposiciones”, en el artículo 9 adiciona el artículo 34 A, a la Ley 1251 de 2008, en el que dispuso lo siguiente:

“Derecho a los Alimentos. Las personas adultas mayores tienen derecho a los alimentos y demás medios para su mantenimiento físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social.

Serán proporcionados por quienes se encuentran obligados de acuerdo con la Ley y su capacidad económica.

Corresponderá a los Comisarios de Familia respecto de las personas adultas mayores, en caso de no lograr la conciliación, fijar cuota provisional de alimentos.

Cumplido este procedimiento el Comisario de familia deberá remitir el expediente a la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que presente en nombre del adulto mayor la demanda de alimentos ante el Juez competente.”

De la misma manera y teniendo en cuenta la especial protección que debe procurar el Estado para la población adulta mayor, esta Ley en su artículo 14, se refirió a las Redes de apoyo comunitario a las personas de la tercera edad y determinó que “El Estado, en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social y las Secretarías municipales de Desarrollo Social o quienes hagan sus veces. con la participación de las personerías, la Defensoría del Pueblo, las IPS-S y la Policía Nacional, impulsarán la creación de Redes Sociales de Apoyo

Comunitario a las personas de la tercera edad, con el fin de generar y operar canales de comunicación que brinden la posibilidad de activar alertas tempranas y efectivas para la atención oportuna, ante la ocurrencia de eventos de abandono, descuido, violencia intrafamiliar y hechos similares que pongan en riesgo la integridad física o moral de algún adulto mayor”.

Dispone también la misma norma que, dado el carácter especial, de rango constitucional que tiene la población adulta mayor, se han disertado redes de apoyo para la protección de sus necesidades, las cuales están en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social y de las secretarías municipales de Desarrollo Social, con la participación además de las Personerías, la Defensoría del Pueblo las IPS-S y la policía Nacional, entidades todas que están en la obligación legal de atender las necesidades de los adultos mayores, procurando su atención oportuna ante situaciones de abandono, descuido, violencia intrafamiliar y cualquier hecho que ponga en peligro la integridad física o moral de esta franja poblacional.

Es importante resaltar también que de acuerdo con las disposiciones sobre el tema cuando el Defensor de Familia o el Comisario de Familia conozcan de casos diferentes a los que son de su competencia, según lo señalado en las normas anteriores, los remitirán a la autoridad competente con el propósito que entre otros: i) adopten las medidas provisionales, de emergencia, protección o restablecimiento de derechos en favor de los adultos mayores, y ii) gestionen lo pertinente a la atención con las entidades territoriales.

Ahora bien, en lo que tiene que ver específicamente con los Defensores de Familia, la Ley 1850 de 2017 consagró para éstos, una nueva función de carácter indelegable, en relación con la atención del adulto mayor en Colombia y tal como arriba se describió, en su artículo 9, determinó que le corresponde a éste, la presentación de las demandas de alimentos a favor de dicha población, en los eventos en los que los Comisarios de Familia al no lograr la respectiva conciliación, hayan fijado la correspondiente cuota provisional de alimentos.

Así las cosas, y de la revisión del tenor de la norma, encontramos que las competencias señaladas por la Ley 1850 de 2017, son específicas para los Comisarios y los Defensores de Familia, por lo cual se entiende que, el Comisario por su parte, deberá promover las conciliaciones que sean pertinentes para determinar el monto de la cuota alimentaria a favor del adulto mayor, y en caso de no lograrlas, deberá fijar la respectiva cuota provisional, de conformidad con los criterios generales para el establecimiento del derecho de alimentos en Colombia.

Por su parte, el Defensor de Familia en este tema, tendrá la obligación de presentar la respectiva demanda de alimentos a nombre del adulto mayor, una vez el Comisario haya agotado sus funciones sobre el mismo y corra traslado del expediente a la Defensoría respectiva.

En este sentido, en el evento en que un Comisario de Familia o un Defensor de Familia, no atienda las nuevas obligaciones que sobre la atención del adulto mayor, contempla Ley 1850 de 2017, estará incurriendo en el incumplimiento de sus competencias y obligaciones, razón por la cual deberá ser investigado por el superior jerárquico que corresponda.

3. CONCLUSIONES

Primero. Los adultos mayores en Colombia en razón a su condición de vulnerabilidad, gozan de una protección especial de rango constitucional derivada de los principios de la Solidaridad y de la Dignidad Humana.

Segundo. La función estipulada por la Ley 1850 de 2017 para los Defensores de Familia, es diáfana y por lo tanto en su desarrollo, deberán presentar la demanda de alimentos ante el Juez de Familia en favor del adulto mayor, cuando los Comisarios de Familia no logren conciliar la cuota alimentaria en favor del adulto necesitado, señalen la respectiva cuota provisional y den traslado del expediente a la defensoría de Familia; por lo cual cualquier inobservancia de las mismas, generará para el servidor público las consecuencias disciplinarias correspondientes.

Tercero. De conformidad con las disposiciones de ley, los Defensores de Familia, Comisarios de Familia y demás autoridades administrativas, en acatamiento a la preferente protección prevista para los adultos mayores cuando conozcan de casos diferentes a los que son de su competencia conforme a las normas citadas, los deberán remitir inmediatamente a la autoridad competente con el propósito que entre otros: i) adopten las medidas provisionales, de emergencia, protección o restablecimiento de derechos en favor de los adultos mayores, y ii) gestionen lo pertinente a la atención con las entidades territoriales.

Cuarto. Las necesidades de la población adulta mayor en Colombia, deberán ser atendidas de manera prioritaria y para ello cuentan con redes de apoyo legalmente establecidas, lideradas por el Ministerio de Salud y Protección Social y de las que hacen parte varias entidades del Estado, como las Secretarías Municipales de Desarrollo Social, las Personerías, la Defensoría del Pueblo, etc.

El presente concepto ^[1] no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en la Ley 1755 de 2015. No obstante lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con el artículo 6 numerales 4,8 y 20 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.