



CONCEPTO 102 DE 2015

(agosto 21)

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF

10400/1760406831

Bogotá, D. C.,

Señora

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Asunto. Derecho de Petición de Consulta

Radicado ICBF No. 1760406831 del 14 de julio de 2015

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, 13 y subsiguientes del Código de Procedimiento Administrativo, y 6o, numeral 4, del decreto 987 de 2012, se responde la solicitud de concepto definitivo sobre el caso en cuestión, en los términos que siguen:

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Cuáles son las competencias de los Defensores de Familia en materia de alimentos?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Con el objeto de resolver el problema jurídico planteado, analizaremos los siguientes puntos: 2.1 Derecho de alimentos. 2.2. Trámite administrativo y judicial para la exigibilidad del derecho a los alimentos. 2.3. Facultades del Defensor de Familia en Materia de Alimentos. 2.4. Caso en concreto.

2.1. DERECHO DE ALIMENTOS

De acuerdo a lo indicado por la Corte Constitucional, el derecho de alimentos se define como:

“(…) aquel 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. Así, la obligación alimentaria se establece sobre tres condiciones fundamentales: i) la necesidad del beneficiario; ii) la capacidad del obligado para brindarle asistencia prevista en la ley, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia y, iii), el especial deber de solidaridad que existe entre uno y otro en atención a sus circunstancias recíprocas”.^[1]

Igualmente, la Corte Constitucional ha señalado como características de la obligación alimentaria las siguientes:

“a. La obligación alimentaria no es una que difiera de las demás de naturaleza civil, por cuanto presupone la existencia de una norma jurídica y una situación de hecho, contemplada en ella como supuesto capaz de generar consecuencias en derecho.

b. Su especificidad radica en su fundamento y su finalidad, pues, la obligación alimentaria aparece en el marco del deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia y tiene por finalidad la subsistencia de quienes son sus beneficiarios.

c. El deber de asistencia alimentaria se establece sobre dos requisitos fundamentales: i) la necesidad del beneficiario y ii) la capacidad del obligado, quien debe ayudar a la subsistencia de sus parientes, sin que ello implique el sacrificio de propia existencia.

d. La obligación de dar alimentos y los derechos que de ella surgen tiene unos medios de protección efectiva, por cuanto el ordenamiento jurídico contiene normas relacionadas con los titulares del derecho, las clases de alimentos, las reglas para tasarlos, la duración de la obligación, los alimentos provisionales (arts. 411 a 427 del Código Civil); el concepto de la obligación, las vías judiciales para reclamarlos, el procedimiento que debe agotarse para el efecto (arts. 133 a 159 del Código del Menor), y el trámite judicial para reclamar alimentos para mayores de edad (arts. 435 a 440 Código de Procedimiento Civil), todo lo cual permite, al beneficiario de la prestación alimentaria hacer efectiva su garantía, cuando el obligado elude su responsabilidad”.[2]

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

Al respecto, el Título XXI del Código Civil regula lo relacionado a los alimentos que se deben por ley a ciertas personas, y en su artículo 411 establece como titulares del mismo:

“1o) Al cónyuge

2o) A los descendientes.

3o) A los ascendientes.

4o) A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpo sin su culpa.

5o) A los hijos naturales, su posterioridad y a los nietos naturales.

6o) A los ascendientes naturales.

7o.) A los hijos adoptivos

8o) A los padres adoptantes

9o) A los hermanos legítimos

10o) Al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada.

La acción del donante se dirigirá contra el donatario.

No se deben alimentos a las personas aquí designadas en los casos en que una ley se los niegue". (Subrayado fuera de texto).

Los elementos constitutivos del derecho a los alimentos se corresponden con varios de los derechos consagrados en el artículo 44 de la Constitución como derechos fundamentales de los niños, los cuales tienen el derecho fundamental a recibir alimentos, el cual se extiende a la recepción de las cuotas alimentarias que se presumen indispensables para garantizar su desarrollo pleno e integral.

El anterior precepto constitucional está íntimamente relacionado con la noción de alimentos dispuesto en la legislación civil, de familia y en el Código de la Infancia y la Adolescencia, pues este concepto encierra lo necesario para el desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social del niño o adolescente. El reconocimiento que se hace a los menores de edad del derecho a los alimentos tiene una finalidad protectora integral basada en el interés superior del menor.

En efecto, el artículo 24 de la Ley 1098 de 2006, “Por el cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, estableció la siguiente definición de los alimentos:

“Artículo 24. Derecho a los alimentos. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica de alimentante. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto”.

Finalmente se puede concluir que los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho fundamental a recibir alimentos, el cual se extiende a la recepción de las cuotas alimentarias que se presumen indispensables para garantizar su desarrollo pleno e integral. Tales derechos están protegidos por procedimientos especiales, como son los procesos de fijación de cuota alimentaria, ejecución y revisión de los mismos.

2.2. TRÁMITE ADMINISTRATIVO Y JUDICIAL PARA LA EXIGIBILIDAD DEL DERECHO A LOS ALIMENTOS

El artículo 111 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, consagra las reglas para la fijación de cuota alimentaria por vía administrativa, así:

“La mujer en estado de embarazo podrá pedir alimentos en favor de su nascituro, respecto del padre legítimo o del extramatrimonial que haya reconocido la paternidad.

El Defensor de Familiar deberá citar a audiencia de conciliación al obligado a suministrar alimentos cuando conozca su dirección para recibir notificaciones.

Cuando el Defensor de Familia no conozca la dirección del obligado deberá elaborar un informe que suplirá la demanda y lo remitirá al Juez de Familia para que inicie el respectivo proceso judicial.

Cuando el obligado no haya concurrido a la audiencia a pesar de ser citado en debida forma, o habiendo concurrido no se haya logrado acuerdo conciliatorio, el Defensor de Familia fijará cuota provisional de alimentos.

Cuando las partes no estuvieren de acuerdo con la cuota provisional de alimentos fijada por el Defensor de Familia, deberán expresarlo a la autoridad administrativa a más tardar dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, caso en el cual, el Defensor de Familia elaborará un informe que suplirá la demanda y lo remitirá al Juez de Familia para que se inicie el respectivo proceso judicial.

Cuando las partes logren conciliar se levantará un acta donde se indicará: el monto de la cuota alimentaria y la fórmula para el reajuste periódico, el lugar y forma de su cumplimiento; la persona a quien debe hacerse el pago, los descuentos salariales; las garantías que ofrece el obligado y demás aspectos que sean necesarios para el cabal cumplimiento de la obligación alimentaria.

Cuando sea necesario el Defensor de Familia promoverá la audiencia de conciliación sobre custodia, régimen de visitas y demás aspectos conexos”.

Es así que la Ley 1098 de 2006 regula en su artículo 111 un trámite administrativo específico para la fijación de cuota alimentaria en favor de niños, niñas y adolescentes, se trata de un procedimiento garantista al darle la potestad al Defensor de Familia de asignar cuota provisional de alimentos, cuando habiendo sido notificado en debida forma la parte obligada no concurra o habiendo asistido no se llegue a un acuerdo conciliatorio, así mismo, reconoce el derecho al debido proceso y a la defensa de las partes asistentes ya que al existir oposición con respecto a la decisión administrativa, estas tienen derecho a expresarlo dentro de los cinco (5) días siguientes, caso en el cual el proceso será remitido el Juez de Familia quien decidirá la Litis.

Con respecto al trámite judicial, las demandas sobre alimentos se tramitarán a través de un proceso verbal sumario, de conformidad con las reglas del art. 435 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, ante el Juez de Familia del domicilio del niño, niña o adolescente y se podrá presentar a través de apoderado judicial o sin éste, en todo caso el Juez deberá resolver el proceso en el término máximo de un año.[3]

De conformidad con la Ley 640 de 2001 artículo 35, tratándose de demanda de fijación de cuota alimentaria, el solicitante debe agotar primero el requisito de procedibilidad

(conciliación prejudicial)[4] ante los conciliadores autorizados por la ley,[5] excepto cuando se solicite la práctica de una medida cautelar,[6] caso en el cual puede acudir directamente a la jurisdicción de familia.

Por su parte, los artículos 129 y siguientes de la Ley 1098 de 2006, consagran algunas disposiciones especiales con respecto al proceso judicial de alimentos, en los siguientes términos:

“El Juez de Familia en el auto que corre traslado de la demanda deberá fijar cuota provisional de alimentos cuando exista prueba del vínculo que origina la obligación alimentaria.

El Juez deberá adoptar las medidas necesarias para que el obligado cumpla lo dispuesto en el auto que fije la cuota provisional de alimentos, en la conciliación o en la sentencia que los señale, para ello decretará embargo, secuestro, avalúo y remate de los bienes o derechos del ejecutado.

Cuando se tenga información de que el obligado ha incurrido en mora por más de un mes, el Juez competente dará aviso al Departamento Administrativo de Seguridad ordenando se impida la salida del país hasta tanto no preste garantía suficiente del cumplimiento de la obligación alimentaria.

Mientras el deudor no cumpla o se allane a cumplir la obligación alimentaria que tenga respecto del niño, niña o adolescente, no será escuchado en la reclamación de la custodia y cuidado personal ni en ejercicio de otros derechos sobre él o ella.

Cuando el obligado a suministrar alimentos fuere asalariado, el Juez podrá ordenar al respectivo pagador consignar a órdenes del Juzgado hasta el cincuenta por ciento (50%) del salario mensual y hasta el mismo porcentaje de sus prestaciones sociales”.

Finalmente, es preciso aclarar que en la legislación colombiana no existe una fórmula exacta que determine la cuantía de la obligación alimentaria para el progenitor o progenitora, sin embargo, existen factores a tenerse en cuenta para ello, como son:

- Las obligaciones alimentarias del progenitor o progenitora con otras personas que por ley también le debe alimentos (ej. Otros hijos, cónyuge, padres, etc.)

- El límite máximo del embargo del salario del alimentante asalariado es del 50% por parte de la autoridad judicial, de conformidad con el artículo 130 del Código de Infancia y Adolescencia.

- La capacidad económica del alimentante.

- Las necesidades fácticas, sociales y económicas del niño, niña o adolescente.

- Si el obligado a suministrar alimentos no labora o sus ingresos son irrisorios, el cálculo de la cuota alimentaria se determina sobre el salario mínimo legal vigente.

- La cuota alimentaria se reajustará periódicamente cada 1o de enero siguiente, teniendo como base el índice de precios al consumidor sin embargo, el juez o las partes pueden pactar otra fórmula de reajuste periódico.

2.3. FACULTADES DEL DEFENSOR DE FAMILIA EN MATERIA DE ALIMENTOS

La actividad de todos los operadores del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, con mayor énfasis los de naturaleza administrativa creados para asumir la defensa y protección de niños, niñas y adolescentes como esencia del núcleo familiar, es una actividad reglada y determinada por los parámetros constitucionales que indican que no existirán cargos sin que la ley y la Carta Política los hayan previsto con asignación de sus respectivas funciones.

El Defensor de Familia es un Servidor Público del Estado, dependiente del ICBF, vinculado a través de las disposiciones de carrera administrativa, con funciones administrativas y excepcionalmente judiciales, las cuales están dirigidas a promover la protección integral, interés superior y prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, con el fin de evitar su amenaza, inobservancia o vulneración restablecerlos de manera eficaz, oportuna y efectiva.

Es importante precisar que más allá de la atribución interna de funciones que pueda hacer el ICBF a nivel Nacional o Regional para atender las necesidades de la prestación del servicio, la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes no puede estar sujeta a formalidades administrativas de competencias internas de funciones que afecten directamente a aquellos, máxime si se tiene en cuenta los principios de interés superior y prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental.

El Código de la Infancia y la Adolescencia, en su artículo 82, numeral 11 y 12, contempla la intervención del Defensor de Familia en los procesos y trámites judiciales en defensa de los niños, niñas y adolescentes en los que se discutan sus derechos; así mismo, para representarlos en las actuaciones judiciales o administrativas cuando no asista su representante legal o cuando éste sea quien amenaza o vulnera sus derechos.

Las funciones establecidas en esta ley señalan que la atención a los niños, niñas y adolescentes debe realizarse de manera integral teniéndolos como sujetos de derechos, no solamente cuando sus derechos son vulnerados sino previendo esta circunstancia, en coordinación con los operadores jurídicos y las personas llamadas a protegerlos en corresponsabilidad con la familia, la sociedad y el Estado, atendiendo el espíritu constitucional que armoniza con las normas internacionales consagradas a favor de la niñez, la infancia y la familia.

Además de las funciones establecidas en la Ley 1098 de 2006 el Defensor de Familia debe adelantar en materia de alimentos lo previsto en el Código Civil, Ley 75 de 1968, Ley 575 de 2000, Ley 640 de 2001, Código de Procedimiento Civil, Decreto 1260 de 1970, Decreto 1379 de 1972, Decreto 2272 de 1989 entre otras.

2.4 CASO EN CONCRETO

Dado que la petición reviste las características de un concepto jurídico, pero se basa en un caso particular y concreto, es necesario aclarar que la respuesta de esta Oficina Asesora Jurídica se limitará a analizar el problema jurídico planteado en abstracto, como corresponde con los límites que impone el ámbito de nuestra competencia.

Las preguntas del caso en concreto:

1. “¿El defensor de familia tiene competencia del asunto, aun cuando un Juzgado de Familia conoce del caso, por demanda Ejecutivo de Alimentos?”

En materia de competencias de los Defensores de Familia se pueden consultar entre otros los artículos 82, 96 a 111 de la Ley 1098 de 2006, los artículos 7 y 8 del Decreto 4840 de 2007 y lo dispuesto en el Capítulo I, Título I, Libro Primero, del Estatuto del Defensor de Familia.

2. “¿El Defensor de Familia puede desconocer el párrafo 9 del art. 129 de la Ley 1098 de 2006, y escuchar en reclamación al padre deudor? En caso afirmativo ¿en qué supuestos?”

La disposición prevista en el artículo 129 de la Ley 1098 de 2006 se ubica en el Título II, sobre la garantía de derechos y prevención, Capítulo V que habla del procedimiento judicial y reglas especiales, de tal suerte que es la autoridad competente en cada caso en particular el llamado a determinar si el deudor incumplido puede o no ser escuchado dentro del respectivo procedimiento, atendiendo no solo lo dispuesto en la norma en cita, sino además, los intereses superiores del niño, niña o adolescente.

2. “¿Se puede interponer medida de amonestación por no asistir a citaciones de autoridad administrativa? ¿Cuál es el procedimiento para interponer la medida y su forma de notificación?”

La amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico es una de las medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes previstas en el artículo 53 de la Ley 1098 de 2006, el artículo 54 de la misma ley, consiste “(...) en la conminación a los padres o a las personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente sobre el cumplimiento de las obligaciones que les corresponden o que la ley les impone. Comprende la orden perentoria de que cesen las conductas que puedan vulnerar o amenazar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, con la obligación de asistir a un curso pedagógico sobre derechos de la niñez, a cargo de la Defensoría del Pueblo, so pena de multa convertible en arresto”. En cuanto a la imposición de la medida de restablecimiento y su forma de notificación, se debe atender a lo dispuesto en los artículos 99 a 102 de la Ley 1098 de 2006.

4. “¿Puede una trabajadora social del ICBF trasladarse a realizar verificación de derechos, sin orden de defensor de Familia? En caso afirmativo ¿Qué norma legal o administrativa sustenta el procedimiento?”

De conformidad con el artículo 79 de la Ley 1098 de 2006 las Defensoría de Familia son dependencias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de naturaleza multidisciplinaria, encargadas de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, las mismas deben contar con equipos técnicos interdisciplinarios integrados, por lo menos por un psicólogo, un trabajador social y un nutricionista, siendo deber del Defensor de Familia dirigir el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, tal como lo prevé los artículos 81 99 y 100 de la citada Ley.

Finalmente, es preciso indicar que el presente concepto no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 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 los numerales 8 y 15 del Decreto 987 de 2012.

Finalmente, es preciso indicar que el presente concepto no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 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 el Instituto, de conformidad con los numerales 8 y 15 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

* * *

1. Corte Constitucional. Sentencia C-029 del 28 de enero de 2009. M. P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

2. Corte Constitucional. Sentencia T-199 del 26 de marzo de 2009. M. P. Cristina Pardo Schlesinger

3. Código General del Proceso. Art. 121

4. Ley 640 de 2001. Art. 35

5. Ley 640 de 2001. Art. 31

6. Código General del Proceso, art. 590 párrafo 1o.

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