



INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

CONCEPTO 146 DE 2017

(Noviembre 30)

10400/630686

Bogotá D.C.,

Señor

XXXXXX XXXXXX XXXX XXXX

Calle 35 D No. 78 B - 27 sur, bloque 1, entradas 1 y 2 apto 102, súper manzana 7

Barrio Kennedy - Bogotá

Ciudad

Correo electrónico: cadasu859@hotmail.com

ASUNTO: Consulta sobre parámetros para la fijación de la cuota alimentaria a favor de un niño, niña o adolescente y el subsidio familiar.

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, artículos 26 del Código Civil, Ley 1755 de 2015, y numeral 4 del artículo 6 del Decreto 987 de 2012, se procede a emitir, concepto en los siguientes términos:

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Cuál es el porcentaje en que se debe tasar una cuota alimentaria a favor de un menor de edad, teniendo en cuenta el subsidio familiar que éste recibe? ¿Se debe respetar los porcentajes de los subsidios familiares reconocidos incluso a la cónyuge para la tasación de la cuota alimentaria a favor de un menor de edad?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Metodológicamente estudiaremos 2.1) Qué son los alimentos a favor de un niño, niña o adolescente; 2.2) Parámetros para la fijación de la cuota alimentaria y el incremento de la misma; 2.3) El subsidio familiar; 2.4) el caso en concreto.

2.1. Los alimentos a favor de un niño, niña o adolescente

De acuerdo a lo indicado por la Corte Constitucional:

“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 alimentos”.^[1]

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.

Titulares del derecho de alimentos

El artículo 411. Del Código Civil dice que se deben alimentos:

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 posteridad 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.

10) 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)

El derecho de los niños, niñas y adolescentes a recibir alimentos es en sí un derecho fundamental. El artículo 44 de la Constitución Política establece que *“son derechos fundamentales de los niños la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión”*.

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 éste 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 la 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 del 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.”

De las anteriores disposiciones podemos 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.

Estos procedimientos especiales se encuentran previstos en la legislación de familia para proteger los alimentos de los menores de edad, y deben guiarse por el principio desarrollado en la Ley 1098 de 2006, que hace referencia al interés superior en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 80. INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.”

Así las cosas, con los preceptos legales y constitucionales se rodean a los niños, niñas y adolescentes de garantías y beneficios que permite la protección integral en su proceso de formación y desarrollo hacia la adultez, dentro del cual los alimentos juegan un papel primordial.

2.2. Parámetros para la fijación de cuota alimentaria en favor del niño, niña o adolescente y su incremento.

El artículo 24 del Código de la Infancia y la Adolescencia, al definir el concepto del derecho de alimentos, consagra distintos requisitos para fijar la cuota alimentaria, como son: el suministro al niño, niña o adolescente de todo lo indispensable para su sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación y para su desarrollo integral.

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 de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 129 y 130 de la Ley 1098 de 2006, 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 430 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.^[2]

--La cuota alimentaría 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.

En efecto, para la fijación de la cuantía de la cuota alimentaria, la ley ha dicho en cuanto a la capacidad del alimentante, que debe tenerse en cuenta su solvencia económica, la posición social, costumbre y en general todo aquello que pueda tenerse en cuenta para determinar su capacidad económica.

Respecto al incremento de la cuota alimentaria, el párrafo 6º del artículo 129 del Código de la infancia y la Adolescencia, dice sin lugar a equívocos que:

“La cuota alimentaría fijada en providencia judicial, en audiencia de conciliación o en acuerdo privado se entenderá reajustada a partir del primero de enero siguiente y anualmente en la misma fecha, en el porcentaje igual al índice de precios al consumidor, sin perjuicio de que el juez, o las partes de común acuerdo, establezcan otra fórmula de reajuste periódico”.

De acuerdo a lo anterior, el incremento de la cuota alimentaria podrá pactarse de común acuerdo por las partes, sin embargo, si nada se dice, dicha cuota sufrirá un incremento cada año, en el mismo porcentaje en el que el Gobierno establezca el IPC, independientemente que la cuota alimentaria fijada en Colombia la reciba el alimentario en el exterior.

Ahora bien, si por algún motivo las circunstancias que dieron origen a la fijación de la cuota alimentaria varían, esto es, la capacidad económica del alimentante aumenta o disminuye, las partes de común acuerdo podrán modificar la cuota, si ello no se logra, el interesado deberá promover el proceso que corresponda ante el Juez de Familia para la revisión de la misma.

2.3. El subsidio Familiar

El artículo 1 de la Ley 21 de 1982, define el subsidio familiar como:

...una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.

En efecto, la Corte Constitucional en la Sentencia C-508 de 1997,^[3] indicó sobre este tema lo siguiente:

...el subsidio familiar en Colombia ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar. Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. El sistema de subsidio familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento".

A su turno, los artículos 27 y 28 ibídem rezan: *Darán derecho al subsidio familiar las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que a continuación se enumera:*

1o. Los hijos legítimos los naturales, los adoptivos y los hijastros.

2º. Los hermanos huérfanos de padre.

3º. Los padres del trabajador.

Para los efectos del régimen del subsidio familiar se consideran personas a cargo las enumeradas, cuando convivan y dependan económicamente del trabajador y; además se hallen dentro de las condiciones señaladas en los artículos siguientes.

Parágrafo. El cónyuge o compañero permanente del trabajador; así como las personas relacionadas en el presente artículo podrán utilizar las obras y programas organizados con el objeto de reconocer el subsidio en servicios.

Artículo 28. Los hijos legítimos, los naturales, los adoptivos, los hijastros y los hermanos huérfanos de padres se consideran personas a cargo hasta la edad de dieciocho (18) años. Sin embargo, a partir de los doce (12) años se deberá acreditar la escolaridad en establecimiento docente oficialmente aprobado con un mínimo de cuatro (4) horas diarias o de ochenta (80) mensuales.

Cuando la Persona a cargo sobrepase la edad de dieciocho (18) años y empiece o esté haciendo estudios postsecundarios, intermedios o técnicos dará lugar a que por él se pague el subsidio familiar, hasta la edad de 23 años cumplidos, acreditando la respectiva calidad de estudiante post-secundario, intermedio o técnico.

De acuerdo a la normatividad y jurisprudencia que existe sobre este asunto, debe ser claro que el subsidio familiar no se constituye en salario ni se computa como factor del mismo, s triplemente se trata de un beneficio otorgado al trabajador para aliviar las cargas que tiene respecto del sostenimiento de su familia.

2.4. El caso en concreto

Sea lo primero señalar que no es competencia de ésta Oficina Asesora Jurídica resolver inquietudes sobre casos específicos, razón por la cual se analizará las preguntas planteadas por el consultante en términos generales.

Tal y como lo hemos analizado en éste concepto, es competencia de las autoridades judiciales, establecer el porcentaje en que se fijará una cuota alimentaria a favor de un niño, niña o adolescente, teniendo en cuenta las necesidades del menor de edad, y la capacidad económica de cada padre y el número de hijos que tenga a su cargo.

Así pues, el Juez de Familia, podrá fijar una cuota alimentaria con base en las pruebas legalmente aportadas al proceso, de la cual se podrá ordenar su embargo o descuento directo de nómina, sobre lo que constituya salario, con el fin de garantizar su pago mensual.

Ahora bien, respecto al subsidio familiar reconocido a favor del alimentario, dicho rubro no hace parte de la cuota alimentaria, sin embargo, el Juez de Familia, dentro de las facultades que le otorga la Ley, puede ordenar al pagador de quien tiene la obligación alimentaria que le consigne o pague el porcentaje que corresponda al menor de edad para que sea éste quien disfrute directamente de dicho beneficio.

Por último, es preciso indicar que cuando las circunstancias que dieron lugar a la fijación de una cuota alimentaria han variado, las partes de común acuerdo o a través de un proceso judicial, pueden modificarla bien sea aumentándola o reduciéndola, según sea el caso, o si se considera que la cuota alimentaria se encuentra indebidamente tazda, se puede igualmente solicitar su revisión ante la autoridad judicial correspondiente.

Por último, es preciso indicar que el presente concepto^[4] 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 los numerales 8 y 15 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

NOTAS AL FINAL:

1. Sentencia C-919 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería

2. Artículo 129 de la Ley 1098 de 2006.

3. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa

“Como al realizar las referidas intervenciones la Administración debe aplicar el derecho, no siempre a través de funcionarios con conocimientos jurídicos, o cuando la debida ejecución de la ley requiere precisiones de orden técnico, se hace necesario que aquélla haga uso del poder de instrucción, a través de las llamadas circulares del servicio, o de conceptos u opiniones, y determine el modo o la forma como debe aplicarse la ley en los distintos niveles decisorios. Con ello se busca, la unidad de la acción administrativa, la coordinación de las actividades que desarrollan los funcionarios pertenecientes a un conjunto administrativo, la uniformidad de las decisiones administrativas e igualmente, la unidad en el desarrollo de las políticas y directrices generales trazadas por los órganos superiores de la Administración, con lo cual se cumple el mandato del Constituyente contenido en el art. 209 de la Constitución, en el sentido de que la función administrativa se desarrolle con fundamentos en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, eficiencia e imparcialidad.(...) cuando el concepto tiene un carácter autorregulador de la actividad administrativa y se impone su exigencia a terceros, bien puede considerarse como un acto decisorio de la Administración, con las consecuencias jurídicas que ello aparea. En tal virtud, deja de ser un concepto y se convierte en un acto administrativo, de una naturaleza igual o similar a las llamadas circulares o instrucciones de servicio.” Corte Constitucional. Sentencia C - 877 de 2000 M P. Antonio Barrera Carbonell.

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