



CONCEPTO 44 DE 2016

(mayo 23)

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

10400/033288

Bogotá D.C,

Doctora

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Asunto: Respuesta solicitud de concepto No. E-2016-033288 -0101

De manera atenta, en atención a la consulta del asunto formulada por el Servicio de Gestión del Fondo de Alimentos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas del Reino de España, relacionada con el reconocimiento a los menores españoles el derecho a anticipos por alimentos impagados, ya sea en virtud de tratado, acuerdo o convenio internacional o en virtud de reciprocidad, de manera atenta, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, artículo 28 de la 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

Con base en la solicitud de concepto, se identifica el siguiente problema jurídico:

¿En Colombia existe una garantía de anticipo o pago de alimentos impagados a cargo del Estado?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, el presente concepto desarrollará la siguiente estructura: 2.1 El derecho de alimentos en Colombia; 2.2 Los tratados internacionales vigentes en materia de alimentos

2.1 El Derecho de alimentos en Colombia

El derecho de los niños, niñas y adolescentes a recibir alimentos es, de acuerdo con el artículo 44 de la Constitución Política, fundamental, "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."

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]

Respecto de los elementos de la obligación alimentaria, la Corte ha manifestado:

"a. La obligación alimentaria no es una que difiera de las demás de naturaleza civil, por cuánto 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 alimentaría 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 alimentaría 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 su 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 propia subsistencia.

En cuanto a los titulares de este derecho, el artículo 411 del Código Civil reconoce a los cónyuges, los descendientes (incluidos los hijos sin importar su origen), los ascendientes, a los hermanos, entre otros, estableciendo así mismo, quienes son los obligados a brindar dichos alimentos.

Es importante destacar que este derecho es reconocido tanto a los nacionales colombianos como a los extranjeros que se encuentren en el territorio nacional, en atención a lo establecido en los artículos 100 de la Constitución Política y 4 del Código de la Infancia y la Adolescencia:

"ARTÍCULO 100. Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.

Así mismo, los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley (...)"

“ARTÍCULO 4o. ÁMBITO DE APLICACIÓN. El presente código se aplica a todos los niños, las niñas y los adolescentes nacionales o extranjeros que se encuentren en el territorio nacional, a los nacionales que se encuentren fuera del país y a aquellos con doble nacionalidad, cuando una de ellas sea la colombiana".

En la legislación colombiana la noción de alimentos se encuentra consagrada en la legislación civil, de familia y en el Código de la Infancia y la Adolescencia, entendido para el caso de los niños, niñas y adolescentes, como todo lo necesario para garantizar su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social. El reconocimiento que se hace a los menores de edad del derecho a los alimentos tiene una finalidad protectora integral basada en su interés superior.

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:

"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".

Para reclamar y hacer efectivo este derecho, la Ley civil y de la infancia y la adolescencia han establecido varias vías, administrativas y judiciales, tendientes a que

los obligados cumplan con la obligación y los niños, niñas y adolescentes cuenten con todo lo necesario para su desarrollo integral. Para tales efectos se encuentran regulados procedimientos especiales, en las diferentes etapas en las que se puede presentar la necesidad: fijación de cuota alimentaria, ejecución y revisión de los mismos.

Así, el proceso especial de alimentos se encuentra consagrado en la Ley 1564 de 2012 - Código General del Proceso-, el cual derogó las normas que la Ley 1098 de 2006 había dejado vigentes del Decreto 2737 de 1989 en esta materia.

Para fijar la cuota alimentaria se puede acudir por vía administrativa a conciliar la misma, ante la Defensoría de Familia, Comisario de Familia o Inspector de Policía del sitio donde se encuentren los hijos, en dicha conciliación se determinará la cuantía de la obligación alimentaria, el lugar y forma de su cumplimiento, la persona a quien debe hacerse el pago, los descuentos salariales, sus garantías y demás aspectos que se estimen necesarios, el cual constituye además un requisito de procedibilidad para acudir en caso necesario y de no llegar a un acuerdo, a la jurisdicción de familia.

La Ley 1098 de 2006 regula en su artículo 111 este 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.

Es así que, cuando un padre incumple el deber legal y moral de suministrar alimentos a sus hijos menores de edad, se puede acudir inicialmente ante la autoridad administrativa competente para que, a través de ésta, se restablezcan los derechos de los niños, niñas y adolescentes adoptando las medidas que se consideren necesarias para obtener la fijación o el pago de las cuotas alimentarias a que tiene derecho el menor de edad, dependiendo el caso en concreto.

Con respecto al trámite judicial, las demandas sobre alimentos se tramitarán a través de un proceso verbal sumario, de conformidad con las reglas del Código General del Proceso y unas especiales establecidas en los artículos 129 y siguientes del Código de la Infancia y la Adolescencia, 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.

Para garantizar el cumplimiento de los alimentos en favor de los menores de edad, el artículo 397 del Código General de Proceso establece en el párrafo segundo que:

En los procesos de alimentos a favor de menores se tendrán en cuenta, además, las siguientes reglas:

1. Están legitimados para promover el proceso de alimentos y ejercer las acciones para el cumplimiento de la obligación alimentaria, sus representantes, quien lo tenga bajo su cuidado, el Ministerio Público y el Defensor de Familia.
2. En lo pertinente, en materia de alimentos para menores, se aplicará la Ley 1098 de 2006 y las normas que la modifican o la complementan.

Los artículos 129 y siguientes de la Ley 1098 de 2006, consagran algunas disposiciones especiales en el proceso judicial de alimentos, aplicables tanto en la fijación como en la ejecución de los mismos:

- 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.

El incumplimiento a la obligación alimentaria en Colombia tiene también varias consecuencias jurídicas, esto es, la civil a través del proceso ejecutivo de alimentos y la penal en tanto que esta conducta se considera de acuerdo con la normativa penal lesiva de integridad familiar y por ello se encuentra consagrada en el artículo 233 de la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos:

“El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes

La pena será de prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor”.

La inasistencia alimentaria como puede verse es el incumplimiento injustificado de no suministrar la cuota alimentaria que por Ley está en obligación de aportar.

2.2. Los tratados internacionales vigentes en materia de alimentos

En materia de alimentos, a partir del 10 diciembre de 1999 entró en vigor la "Convención sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero", adoptada en Nueva York, el veinte (20) de junio de mil novecientos cincuenta y seis (1956) y ratificada por la Ley 471 del 5 de agosto de 1998 Dicha ley fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-305/99 del 5 de mayo de 1999 y el 5 de mayo se efectuó el depósito de Ratificación del Convenio.

La Convención tiene como finalidad[3] facilitar a los ciudadanos la obtención de alimentos que pretendan tener derecho a recibir de otra persona, cuando no estuviere en su País de residencia.

Dicha gestión se llevará a cabo a través de autoridades judiciales o administrativas en cada País adherido al tratado.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-305 de 1999, declaró la exequibilidad de la Convención en los siguientes términos:

"La Convención que se examina tiene un objeto muy específico, dar urgente solución a la situación de las personas sin recursos que tienen derecho a obtener alimentos de otras que se encuentran en el extranjero. Se trata, pues, de un convenio multilateral que pretende facilitar los procedimientos jurídicos que procuran la efectividad de un derecho básico garantizado en los ordenamientos civiles de los Estados, cuando la persona requerida, en razón de su relación familiar o de otra índole que justifica su apoyo económico a la necesitada según la ley correspondiente se encuentra fuera de la jurisdicción estatal que la obliga y que tiene previstos medios coercitivos para la exigibilidad de las prestaciones que debe. El contenido de lo propuesto, al cual el Gobierno de Colombia puede adherir después de esta Sentencia, respeta plenamente los principios y mandatos de la Constitución Política. Se declarará su exequibilidad".

Debe precisarse que solo pueden hacer uso de este Convenio Multilateral los Países que se hubieren adherido al mismo, como ocurre con el Estado Español.

Para el trámite propiamente dicho de obtención de alimentos a favor de una persona que se encuentre en territorio de uno de los Estados contratantes, la Convención establece que debe realizarse mediante la intervención de instituciones intermediarias y autoridades remitentes. En Colombia, el Gobierno Nacional designó como autoridad remitente al Consejo Superior de la Judicatura, por intermedio de su Sala Administrativa y como autoridad intermediaria al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, quien ejerce esta función a través de la Subdirección de Adopciones de acuerdo con lo establecido en el numeral 16 del artículo 41 del Decreto 987 de 2012:

“Ejercer funciones de Autoridad Central y coordinar el cumplimiento de los Convenios de La Haya relativos a la protección del niño, niña o adolescente, la cooperación con relación a la Adopción Internacional de 1993, el de los aspectos civiles de la sustracción

internacional de niños, niñas y adolescentes de 1980 vía Convención de obtención de alimentos en el extranjero de New York 1956 en el que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es institución intermediaria, además de los Convenios en los que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar sea designado como Autoridad Central”.

Al ICBF como institución intermediaria le corresponde cumplir las siguientes funciones: 1. Recibir las solicitudes de obtención de alimentos que sean enviadas por las autoridades remitentes de cualquier Estado parte de la convención. 2. Tomar todas las medidas apropiadas para obtener el pago de alimentos, inclusive por transacción. En caso necesario, podrá iniciar y proseguir una acción de alimentos, y hacer ejecutar cualquier sentencia, decisión u otro acto judicial. 3. Mantener informada a la autoridad remitente, por los distintos medios de comunicación que tenga a su alcance.

En el instructivo de la Convención de Alimentos "IT10.MPM5.P2" versión 3, aprobado el 19 de junio de 2015, se establecen las actuaciones a cargo de la Subdirección de Adopciones de recibir las solicitudes y verificar los documentos remitidos, así como el traslado del caso al Centro Zonal de la Regional del domicilio del demandado o requerido. Así mismo se establecen las actuaciones a cargo del Coordinador del Centro Zonal del ICBF y del Defensor de Familia:

"El Coordinador del Centro Zonal entrega la solicitud al Defensor de Familia para que este adelante la fase administrativa del proceso consistente en:

- Realizar la apertura del caso.

- Citar al alimentante y procurar el ofrecimiento voluntario de alimentos o acuerdo entre las partes.

- Fijar una cuota provisional si no hay ofrecimiento o acuerdo.

- Presentar la demanda de alimentos al Juez de Familia del domicilio del demandado.

- Presentar si es del caso objeciones o recursos cuando el proceso no se surte atendiendo a los derechos de las partes o no son acordes con el objeto de la convención en defensa de los derechos de los niños, las niñas y adolescentes o sus familias. SIM

- Solicitar al juez y remitir a la Sede de la Dirección General del ICBF, copia de la sentencia que pone fin a la solicitud de alimentos".

3. CASO EN CONCRETO

El Servicio de Gestión del Fondo de Alimentos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas del Reino de España, por intermedio de la Cancillería de Colombia solicita concepto respecto de la existencia de un reconocimiento del Estado Colombiano (Fondo de Garantía) a los menores españoles del derecho a anticipos por alimentos impagados, con fundamento en un tratado, acuerdo o convenio internacional o en virtud de reciprocidad, que permita como en ese País que los menores de edad extranjeros sean beneficiarios de un derecho de alimentos judicialmente reconocido por los tribunales españoles e impagado.

Como puede verse si bien, Colombia es parte en la Convención, las acciones que se desarrollan en virtud de la misma, se limitan a la tramitación de los procesos existentes en la legislación nacional, esto es, los señalados en el acápite 2.1, para la fijación, ejecución o modificación de la obligación alimentaria, sin que se establezca por el tratado, una garantía especial a favor de los niños, niñas y adolescentes relativa a la obligación del Estado de pagar las obligaciones incumplidas.

4. CONCLUSIÓN

Con fundamento en las normas jurídicas presentadas, se puede concluir que:

4.1. Si bien en Colombia se encuentra reconocido el derecho de alimentos a los niños, niñas y adolescentes como un derecho fundamental, este se encuentra a cargo de los padres en primer lugar y en su defecto en cabeza de otros parientes de acuerdo con el orden establecido en la Ley.

4.2. En tal virtud, no existe un fondo de garantía o similar a cargo del Estado Colombiano para alimentos impagados o incumplidos por parte de los responsables, ni para nacionales colombianos ni para extranjeros.

De otra parte, 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 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 FERNÁNDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

* * *

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

2. Sentencia T-199 del 26 de 2009

3. “Artículo 1. 1. La finalidad de la presente convención es facilitar a una persona, llamada en lo sucesivo demandante, que se encuentra en el territorio de una de las Partes Contratantes, la obtención de los alimentos que pretende tener derecho a recibir de otra persona, llamada en lo sucesivo demandado, que está sujeta a la jurisdicción de otra Parte Contratante. Esta finalidad se perseguirá mediante los servicios de organismos llamados en lo sucesivo Autoridades Remitentes e Instituciones Intermediarias. 2. Los medios jurídicos a que se refiere la presente convención son adicionales a cualesquiera otros medios que puedan utilizarse conforme al derecho interno o al derecho internacional, y no sustitutivos de los mismos”.

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