

CONCEPTO 59 DE 2015

(mayo 20)

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF

10400/137660

MEMORANDO

PARA: Grupo Financiero

ICBF – Regional Santander

ASUNTO: Descuentos y embargos respecto de honorarios derivados de contrato de prestación de servicios.

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, 25 del Decreto 01 de 1984 - Código de lo Contencioso 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

¿Es procedente el descuento del 100% de los honorarios producto de un contrato de prestación de servicios? ¿Tiene prevalencia el descuento por concepto de alimentos de cónyuge sobre la orden judicial de embargo decretada y comunicada con anterioridad dentro de un proceso civil?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Metodológicamente estudiaremos: 2.1. El derecho de alimentos; 2.2. La inasistencia alimentaria; 2.3. La conciliación extrajudicial en materia de familia; 2.4. Requisitos de validez de la conciliación; 2.5. La medida cautelar de embargo; 2.6. Prelación de créditos y prelación de embargos.

2.1 El derecho de alimentos

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

"(...) 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 desarrolló 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; li) la capacidad del obligado para brindar la 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 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 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 alimentarla 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 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.

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)

Por su parte, en el Capítulo II del Código de Procedimiento Civil se regula lo relacionado al trámite de los, procesos verbales sumarios, los cuales se surten en única instancia. En ese sentido, en el artículo 435 de la disposición anteriormente citada se enuncian los que en razón a su naturaleza se llevarán por este proceso, entre el que se encuentra “Fijación, aumento, disminución y exoneración de alimentos, y restitución de pensiones alimenticias”.

2.2 La inasistencia alimentaria

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

El delito de inasistencia alimentaria está contemplado en el artículo 233 de la Ley 599 de 2000, que dice:

"Inasistencia alimentaria. El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena será de prisión de dos (2) a cuatro (4) años y multa de quince (15) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor de catorce (14) años.”

De acuerdo a esta normatividad, es preciso señalar que en caso de incumplimiento en el pago de la cuota alimentaria es posible iniciar, además de los procesos judiciales de carácter ejecutivo ante la jurisdicción de familia, una denuncia penal por inasistencia alimentaria, si se demuestra que el alimentante incumple injustificadamente con la obligación legal de asistir y proteger al alimentario.

2.3 La conciliación extrajudicial en materia de familia

La regla general en materia de asuntos conciliables indica que son conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley, independientemente de que la conciliación sea judicial o extrajudicial.[3]

El artículo 31 de la Ley 640 de 2001 determina la competencia de autoridades administrativas para adelantar conciliaciones extrajudiciales en materia de familia, y señalar que:

“La conciliación extrajudicial en derecho en materia de familia podrá ser adelantada ante los conciliadores de los centros de conciliación, ante los defensores y los comisarios de familia, los delegados regionales y seccionales de la defensoría del pueblo, los agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y ante los notarios. A falta de todos los anteriores en el respectivo municipio, esta conciliación podrá ser adelantada por los personeros y por los jueces civiles o promiscuos municipales.

Estos podrán conciliar en los asuntos a que se refieren el numeral 4 del artículo 217 del Código del Menor y el artículo 47 de la Ley 23 de 1991." (Se subraya para destacar).

De acuerdo a la anterior normatividad, los comisarios de familia están facultados para adelantar conciliaciones extrajudiciales en materia de familia, con el fin de agotar el requisito de procedibilidad en los siguientes asuntos:

- La suspensión de la vida en común de los cónyuges;

- La custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los niños, niñas y adolescentes;

- La fijación de la cuota alimentaria;

- La separación de cuerpos del matrimonio civil o canónico;

- La separación de bienes y la liquidación de sociedades conyugales por causa distinta de la muerte de los cónyuges;

- Los procesos contenciosos sobre el régimen económico del matrimonio y derechos sucesorales, y aquellos asuntos definidos por el artículo 40 de la Ley 640 de 2001, como sujetos a conciliación extrajudicial para acreditar requisito de procedibilidad en asuntos de familia.[4]

Así mismo, resulta necesario destacar que NO son conciliables aquellos asuntos que no puedan ser renunciados, transados o desistidos. Precisamente, con esta regla general no son susceptibles de conciliación, de manera general, los derechos fundamentales, normas de orden público, asuntos donde se involucren las buenas costumbres, asuntos legales y constitucionales, derechos

ciertos e indiscutibles de los trabajadores y delitos que no admiten desistimiento, entre otros.

A continuación, se enuncian algunos de los asuntos que por expresa prohibición legal no son susceptibles de ser transados, enajenados, gravados o renunciados, y que por lo tanto no pueden ser conciliados en materia de alimentos:

1. Según lo establecido en el Art. 424 del Código Civil, el derecho a pedir alimentos NO es conciliable, pues prohíbe su venta, cesión o renuncia, así como su transmisión por causa de muerte. Con todo, las pensiones alimenticias atrasadas sí son objeto de conciliación, pues pueden renunciarse o compensarse.

Al respecto, cabe señalar que aunque se puede pactar una forma determinada de pagar una obligación alimentaria, o incluso que uno de los padres asuma la obligación de pagar los alimentos de sus hijos, tal decisión no hace tránsito a cosa juzgada y puede ser modificada si cambian las circunstancias fácticas que le dieron origen.

2. El artículo 2472 del Código Civil establece que la transacción de los alimentos futuros de las personas a quienes se deba por ley no vale sin aprobación judicial; ni puede el juez aprobarla si en ella se contraviene lo dispuesto en los artículos 424 y 425 *Ibidem*, es decir, que ella implique una renuncia, cesión, venta o compensación de los alimentos.

Por tal motivo, la conciliación de los alimentos futuros que se deben por ley a una persona no puede valer sin aprobación judicial, aprobación que está presente únicamente en la conciliación judicial, única instancia en la que el juez puede aprobar el acto conciliatorio. Por tales razones, la conciliación sobre alimentos futuros debidos por ley es válida, pero debe hacerse por

expreso mandato legal ante un juez que la apruebe, es decir, debe hacerse en una conciliación judicial y está prohibida para la conciliación extrajudicial.

Vale aclarar que ésta aprobación judicial es únicamente necesaria para aquellos alimentos que se deben por disposición legal, no a los que se pagan voluntariamente, pues en estos últimos si puede existir transacción -y conciliación- sin aprobación judicial, lo que los hace susceptibles de ser tratados en la conciliación extrajudicial.

2.4 Requisitos de validez de la conciliación

Para que un acto jurídico nazca a la vida jurídica, es necesario que cumpla con ciertos requisitos que la teoría jurídica ha denominado de la esencia, requisitos sin los cuales el acto no produce efectos o degenera en otro tipo. La institución de la conciliación no es ajena a este tipo de exigencias, de manera que si no se cumplen los requisitos de existencia de la misma, no se estará frente a una conciliación, sino frente a otro tipo de acto, llámese transacción, amigable composición, mediación, etc., dependiendo de los presupuestos fácticos que hayan dado lugar al acuerdo.

Es requisito especial de existencia de la conciliación que la misma sea realizada en presencia de una persona habilitada por la ley para conciliar en razón de su investidura como conciliador, sujeto éste que distingue la figura de otras y que le brinda su especificidad en el mundo del derecho.

Además, es necesario tener en cuenta que los requisitos generales de validez de los actos jurídicos están establecidos en el Art. 1502 del Código Civil colombiano, requisitos que deben ser cumplidos en su totalidad para que el acto tenga el piso jurídico suficiente que le brinde coercitividad y obligatoriedad a las obligaciones suscritas por las partes. Si tales presupuestos no se encuentran reunidos a cabalidad en el acto jurídico, la ley establece

como consecuencia lo establecido en los Arts. 1740 y ss del Código Civil: la Nulidad.

Los requisitos generales de validez de los actos jurídicos se pueden dividir, para efectos de realizar un análisis más claro, en: a) La capacidad de las personas que intervienen en el acto; b) un objeto y una causa lícitos; c) una voluntad y un consentimiento libre de vicios; y d) cumplimiento de las formalidades que la ley ha establecido para la validez de ciertos actos.

a) Capacidad: La capacidad, en cuanto a requisito de validez del acto jurídico, constituye una exigencia que la ley reclama a cierta persona poder obligarse válidamente. El Art. 1502 del Código Civil, que se refiere a la capacidad de ejercicio, define la capacidad legal como “la facultad que tiene el sujeto para obligarse por sí mismo y sin que previamente exista autorización o procuración de otra”. La regla general indica que todas las personas son legalmente capaces, salvo aquellas que la ley declara incapaces, sean incapaces absolutos o relativos.

b) Objeto lícito: El Art. 1517 del C.C. hace referencia a que objeto es una cosa sobre la cual cabe recaer la voluntad de dar, hacer o no hacer alguna cosa, es decir, el objeto hace referencia al contenido de las contraprestaciones entre las partes. Para que el objeto produzca los efectos que la ley le ha dado, debe tener ciertos elementos: a) debe ser posible; b) debe ser determinado o determinable; y c) debe ser lícito.

El objeto de la conciliación debe tomarse desde dos perspectivas: respecto de la finalidad que se busca con el proceso conciliatorio y respecto de las contraprestaciones derivadas de los acuerdos consignados en el acta de conciliación. Respecto de la finalidad, la conciliación tiene como objeto la terminación definitiva de un conflicto suscitado entre dos o más partes, por lo que la conciliación debe buscar única y exclusivamente la solución de las controversias. En su aspecto contraprestacional, los acuerdos derivados de la conciliación debe recaer sobre prestaciones y aspectos jurídicos y

patrimoniales que pueden ser transigidos, dispuestos o desistidos por parte de su titular.

Si los aspectos conciliados no se encontraban en el comercio, o su disposición contraviene el orden público y las buenas costumbres, o hay expresa prohibición legal de disposición, el objeto sobre el cual recae el acuerdo tiene naturaleza ilícita, y por lo tanto está viciado de nulidad. De acuerdo con lo establecido en el Art. 1521 C.C., hay objeto ilícito en la conciliación: 1. De las cosas que no están en el comercio. 2. De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona. 3. De las cosas embargadas por decreto judicial.

Causa lícita: En su artículo 1524 inciso 2o, el Código Civil precisa que la causa es el motivo que induce al acto o contrato, motivo que no puede contrariar la ley, la moral, el orden público, o las buenas costumbres. Cuando la causa que motivó la suscripción del acuerdo no cumpla con los requisitos ya mencionados, el acto conciliatorio queda viciado de nulidad relativa, por cuanto no está dentro de las causales que establece el Art. 1741 C.C. como generadoras de nulidad absoluta.

Consentimiento libre de vicios: Para que el acta de conciliación y los acuerdos conciliatorios contenidos en ella no nazcan a la vida jurídica viciados de nulidad, el consentimiento de quienes intervienen en su suscripción debe estar libre de vicio alguno que afecte su validez. El Art. 1508 del Código Civil establece que los vicios del consentimiento son error, fuerza y dolo.

Plenitud de las formalidades: Para la validez de ciertos actos deben cumplirse ciertas formalidades especiales que la ley ha establecido. Al respecto, debe decirse que las formalidades especiales que la legislación ha establecido para la validez del acta de conciliación son los contenidos en el Art. 1 de la ley 640 de 2001, que se ha entendido como el contenido del acta de conciliación, es decir: 1. Lugar, fecha y hora de la audiencia 2. Identificación del conciliador 3. Identificación de las personas citadas, con señalamiento expreso de las que

asisten a la audiencia 4. La relación suscita de las pretensiones motivo de la conciliación 5. El acuerdo logrado por las partes con indicación de la cuantía, modo, tiempo y lugar del cumplimiento de las obligaciones pactadas

En atención a lo expuesto, cuando una conciliación no contenga alguno de los elementos antes mencionados no es posible lograr su ejecución en términos jurídicos, por no contener las precisiones que el derecho exige, generando con ello inclusive su nulidad.

2.5 La medida cautelar de embargo

Los embargos son medidas cautelares de protección que ordenan los Jueces de la República (civiles, laborales, familia, penales, administrativos, autoridades administrativas con poderes de cobro coercitivo) para garantizar y asegurar el pago de una obligación por parte del deudor, pues mediante ellas, se impide la venta o traspaso de bienes o dinero, para que con estos se pague lo debido.

Estos embargos se encuentran restringidos por los mandamientos constitucionales, tales como, la vida digna y el mínimo vital, los cuales en harás de no afectar el ingreso básico de los trabajadores restringe el embargo del salario mínimo permitiendo solo: i) El embargo de la quinta parte de su excedente y ii) El 50% en caso de deudas de alimentos y cooperativas. Estas prohibiciones están expuestas en el Código Sustantivo de Trabajo, artículos 154 al 156.

Sin embargo, esta protección que da el Código Laboral a una parte del ingreso de un trabajador dependiente, NO ha sido otorgada a los trabajadores independientes o contratistas que devengan honorarios en virtud de un contrato de prestación de servicio, debido a que para el legislador estas personas pueden devengar más ingresos aparte de los honorarios, pues ellos, no están imposibilitados a suscribir otros contratos como si lo están los

trabajadores, por lo que a su parecer el embargo de sus honorarios no afecta el mínimo vital.

Pero dicha presunción mencionada en el punto anterior, no es del todo acertada, pues existen contratistas que solo tienen suscrito un contrato de prestación de servicio, por lo que sus honorarios son los únicos ingresos, constituyendo por ello, los honorarios como su mínimo vital, lo cual llevó a la Corte Constitucional a analizar el tema y a establecer que las restricciones al embargo también deben ser aplicadas a los honorarios, cuando se demuestre que su sostenimiento económico depende directamente del pago de dicha prestación, pues en este caso constituyen una remuneración básica y vital.

Es decir que, la Corte hace extensiva las reglas de embargo de salarios a los honorarios estableciendo su embargabilidad solo a la quinta parte del excedente al salario mínimo y el 50% para deudas alimentarias y de cooperativas, al respecto señala que:

“...El ordenamiento jurídico colombiano ha querido proteger ciertos bienes de las consecuencias de las medidas cautelares propias de la ejecución de deudas dinerarias, salvaguardando, entre otros, los ingresos básicos del trabajador bajo la presunción de que el salario constituye su única fuente de ingresos y que, en consecuencia, configura el elemento necesario para su subsistencia y la de su familia.

(...)

Sin embargo, no ha establecido la misma protección a favor de las personas que tienen un contrato de prestación de servicios y que, como resultado del mismo, reciben honorarios en lugar de salario. Lo anterior por cuanto los contratos de prestación de servicios no excluyen la posibilidad de que una misma persona celebre libremente otros contratos de similares características que le permitan obtener ingresos económicos complementarios. De esta

suerte, no se presume una afectación al mínimo vital cuando se embargan los honorarios de un contratista pues se parte del supuesto de que esta persona cuenta con fuentes de ingresos alternas al no estar sujeta a la subordinación ni a la exclusividad propia del contrato laboral.

(...)

De esta manera, si bien es cierto que no se debe presumir la afectación al mínimo vital del contratista con ocasión del embargo de sus honorarios, cuando este acredita siquiera sumariamente que esta es su única fuente de ingresos, se debe (i) evitar el embargo total o parcial de dicha acreencia cuando es inferior al salario mínimo legal mensual vigente; (ii) restringir el embargo hasta la quinta parte del monto que excede el salario mínimo, y (iii) permitir el embargo de hasta el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios únicamente cuando se busca el pago de deudas contraídas con cooperativas legalmente autorizadas, o para cubrir pensiones alimenticias que se deban de conformidad con los artículos 411 y concordantes del Código Civil.

(...)

Dando aplicación a esta regla, diferentes Salas de Revisión de esta Corporación han hecho extensiva la protección del salario del trabajador a los honorarios de los contratistas cuando su sostenimiento económico depende directamente del pago de dicha prestación.”[5]

2.6 Prelación de créditos y prelación de embargos

Sea lo primero determinar que aunque la prelación de embargos y la prelación de créditos pueden estar relacionados, son conceptos jurídicos muy diferentes, en lo referente a este tema la Corte Constitucional en una sentencia de tutela se encargó de definirlos en los siguientes términos:

“El embargo es una medida cautelar que opera en materia de registro, cuya finalidad es evitar la insolvencia del deudor y garantizar que los bienes que éste posea y sean objeto de registro sirvan para responder por la obligación debida.

El legislador consagra la prelación del embargo decretado con base en título hipotecario o prendario de bienes sujetos a registro. Al respecto, el artículo 558 del C. de P. Civil señala:

ART. 558.- Prolación de embargos. En caso de concurrencia de embargos sobre un mismo bien, se procederá así:

1. El decretado con base en título hipotecario o prendario sujeto a registro, se registrará aunque se halle vigente otro practicado en proceso ejecutivo seguido para el pago de un crédito sin garantía real sobre el mismo bien; éste se cancelará con el registro de aquél. Por consiguiente, recibida la comunicación del nuevo embargo, simultáneamente con su registro, el registrador deberá cancelar el anterior, dando inmediatamente informe escrito de ello al juez que lo decretó, quien, en caso de haberse practicado el secuestro, remitirá al juzgado donde se adelanta el ejecutivo hipotecario o prendario copia de la diligencia para que tenga efecto en éste y oficie al secuestre para darle cuenta de lo anterior.

En tratándose de bienes no sujetos a registro, cuando el juez del proceso con garantía prendaria, antes de llevar a cabo el secuestro, tenga conocimiento de que en otro ejecutivo sin dicha garantía ya se practicó, libraré oficio al juez del proceso para que proceda como se dispone en el inciso anterior. Si en el proceso con garantía real se practica secuestro sobre bienes que hubieren sido secuestrados en proceso ejecutivo sin garantía real, el juez de aquél libraré oficio al de éste para que cancele tal medida y comunique dicha decisión al secuestre. (...)

De acuerdo con lo anterior; la medida de embargo de un bien sujeto a registro decretada en proceso ejecutivo que se adelante para el pago de un crédito que no esté respaldado por una garantía real sobre el mismo bien, será desplazada al operar la prelación del embargo decretado con base en título hipotecario o prendario. En estos casos, recibida la comunicación del nuevo embargo, simultáneamente con su registro, el registrador deberá cancelar el anterior, dando inmediatamente informe al juez que lo decretó.

3. Otra es la figura de la prelación de créditos, establecida por el legislador para determinar el orden y la forma en que debe pagarse cada uno de ellos. Como lo ha señalado esta Corporación, la prelación de créditos es una institución que rompe el principio de igualdad jurídica de los acreedores, de modo que debe ser interpretada restrictivamente, ya que no hay lugar a decretar preferencias por analogía; por lo tanto, en materia de créditos sólo existe aquella configuración de preferencias expresamente contemplada en la ley.

Así, el Código Civil agrupa los créditos en cinco clases y éstas a su vez son estructuradas en órdenes o causas internas de preferencia. Al respecto, esta Corporación expuso en la sentencia C-092 de 2002 las características de cada clase en la prelación de créditos adoptada por el legislador. Ellas son:

a) Los créditos de primera clase afectan a todos los bienes del deudor y no se transfieren a terceros poseedores. Estos créditos tienen preferencia sobre todos los demás, las acreencias se pagan en el mismo orden de numeración en que aparecen incluidas en el artículo 2495 del Código Civil, cualquiera que sea la fecha del crédito y, si existen varios créditos dentro de una misma categoría, se cancelan a prorrata si los bienes del deudor no son suficientes para pagarlos íntegramente.

Dentro de esta clase se encuentran los créditos por alimentos a favor de menores, los salarios y prestaciones provenientes del contrato de trabajo, las

costas judiciales que se causen en interés general de los acreedores, las expensas funerales del deudor difunto, los gastos de la enfermedad de que haya fallecido el deudor, los artículos necesarios de subsistencia suministrados al deudor y su familia durante los últimos tres meses y, por último, los créditos del fisco y los de las municipalidades por concepto de impuestos (art. 2495 C.C.).

(...)"[6]

Conforme a lo expuesto, se tiene que la figura de la prelación de los créditos tiene por objeto regular como se pagarán los mismos cuando existe una concurrencia de acreedores, en el entendido que todos se encuentran en igualdad de condiciones, y excepcionalmente pueden existir causas especiales para preferir ciertos créditos. Sobre el particular mediante sentencia C- 092 de 2002, la Corte Constitucional consideró que:

"(..) el legislador prevé un sistema de preferencias, dependiendo de la calidad del crédito. La prelación de créditos es pues, el conjunto de reglas que determinan el orden y la forma en que debe pagarse cada uno de ellos. Se trata entonces de una institución que rompe el principio de igualdad jurídica de los acreedores, de modo que debe ser interpretada restrictivamente, ya que no hay lugar a decretar preferencias por analogía; sólo existen aquellas expresamente contempladas en la ley".

Ahora bien parte, en lo referente a la concurrencia de medidas cautelares de embargo por distintas jurisdicciones, el artículo 542 del Código de Procedimiento Civil dispone que cuando en un proceso laboral o de jurisdicción coactiva se decreta el embargo de bienes embargados en uno civil, la medida deberá comunicarse de manera inmediata al juez civil mediante oficio en el cual debe reseñarse el nombre de las partes y los bienes que se trate, y al momento del remate se deberá hacer efectiva la preferencia de los créditos correspondientes, sin que con ello se extinga la primera medida decretada. Es claro que el objeto de esta disposición es precisamente que los

acreedores satisfagan sus créditos con la mayor premura, razón por la cual prevalece el embargo decretado previamente sin importar la naturaleza del proceso ejecutivo en el que fueron decretadas. De esta manera, la finalidad de la norma va encaminada a hacer efectivo los créditos con privilegio, según lo consagrado en las normas sustantivas a las que se ha hecho referencia.

Si bien la anterior norma no hace alusión a los procesos seguidos para obtener o garantizar el cumplimiento de una obligación alimentaria, la Corte Constitucional mediante sentencia T-557 de 2002 consideró que si un juez de familia que adelante un proceso de alimentos a favor de menores de edad, decreta una medida cautelar sobre un bien que fuere anteriormente embargado en otro proceso de diferente jurisdicción, dicha hipótesis se encontraba regulada por el artículo 542 del C.P.C. teniendo en cuenta que el artículo 50 del mismo estatuto dispone que: "Cualquier vacío en las disposiciones del presente Código, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas con los principios constitucionales y los generales de derecho procesal", y sobre dicho tema precisó que:

"De acuerdo con el contenido de los anteriores preceptos, la medida de embargo de un bien sujeto a registro decretada por el juez de familia en un proceso de alimentos de menores está regulada por lo dispuesto en el artículo 542 del C. de P. Civil, razón por la cual este funcionario judicial deberá dar aplicación al procedimiento allí establecido.

Por lo tanto, el juez de familia, por oficio en el que se indicarán el nombre de las partes y los bienes de que se trata, deberá comunicar inmediatamente al juez civil de la medida de embargo. Por su parte, el juez civil adelantará el proceso hasta el remate de dichos bienes, pero antes de la entrega de su producto al ejecutante, solicitará al juez de familia la liquidación definitiva y en firme, debidamente especificada, del crédito que ante él se cobra y de las costas, y con base en ella, por medio de auto, hará la distribución entre todos los acreedores, de acuerdo con la prelación establecida en la ley sustancial.

5. Así entonces, los derechos de las menores hijas de la accionante serán garantizados por el juez civil que adelanta el respectivo proceso, pues él tiene la obligación de dar oportuna y plena aplicación a la prelación de créditos, en el orden en que lo ha señalado la legislación y lo ratifica la jurisprudencia de esta Corporación, según las cuales en el primer orden de la primera clase se encuentran precisamente los créditos por alimentos a favor de menores."

Resulta pertinente resaltar que el artículo en cita fue objeto de estudio y nuevos pronunciamientos por parte del máximo Tribunal Constitucional, en sentencias C-664 de 2006 y T-915 de 2008, en las cuales se concluyó que:

"Entonces, de una interpretación sistemática de la legislación civil y del artículo 542 del C. P. C., que además ha sido acogida por la doctrina y por la jurisprudencia de esta Corporación, resulta que esta disposición legislativa garantiza el interés superior de los menores y la primada del derecho sustancial -en este caso específico la prelación sustancial de créditos- cuando se han decretado medidas cautelares en procesos ejecutivos adelantados ante distintas jurisdicciones.

Cabe recordar que como antes se sostuvo la finalidad de las medidas cautelares es en última instancia garantizar la satisfacción de los créditos debidos, y en esa medida los embargos y secuestros decretados en los procesos ejecutivos por alimentos pretenden garantizar la satisfacción de este tipo de créditos, finalidad última que consigue el artículo 542 del C. P. C."

Es necesario señalar que la prelación de créditos[7] y la prelación de embargos[8] no aplican en materia laboral, donde existe una regulación distinta de la establecida en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil, en donde, ya sea para los empleados del sector privado o del sector público, salvo las deducciones legalmente establecidas, solo se pueden efectuar deducciones ordenadas judicialmente o autorizadas por el trabajador, y, dentro de las obligaciones que pueda contraer el trabajador, solo una de

ellas se privilegia sobre las demás, las de alimentos cuando exista una orden judicial.

En atención a lo expuesto, y teniendo en cuenta que en el caso objeto de consulta se señala que se trata de una persona vinculada al ICBF mediante contrato de prestación de servicios, resultan aplicables las normas señaladas en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil, puesto que no existe una relación laboral con la entidad; motivo por el cual, es necesario destacar que la prelación de créditos para las obligaciones alimentarias debe ser estudiada de forma diferente en los eventos en que quienes los solicitan son menores de edad o sujetos de especial protección constitucional a cuando no lo son, pues los primeros se encuentran en el primer orden de los de la primera clase por expreso mandato legal,[9] mientras que los otros son créditos de quinta clase.

3. CASO EN CONCRETO

A continuación procede la Oficina Asesora Jurídica a dar respuesta puntual a los interrogantes planteados:

“¿La conciliación extrajudicial es un medio eficaz para ordenar el descuento del 100% de honorarios de una cuota alimentaria?”

En atención a las consideraciones de orden legal analizadas, esta Oficina Asesora Jurídica considera que no es procedente la autorización que da una persona para el descuento del 100% de los honorarios que percibe por un contrato de prestación de servicios, cuando con ello se afecte su mínimo vital; motivo por el cual, los acuerdos de una obligación alimentaria a cargo del contratista deberán surtirse con observancia de los límites y reglas establecidas en la Ley.[10]

“¿La conciliación extrajudicial de cuota alimentaria prevalece sobre una medida cautelar decretada por un Juez con anterioridad a la audiencia de conciliación?”

Tal y como se señaló, si bien los créditos derivados de obligaciones alimentarias de menores de edad tiene prelación sobre los de carácter civil, en el caso en concreto se trata de un acuerdo de conciliación para la cónyuge, los cuales no tienen prelación alguna, menos cuando con ello se busca desatender una orden judicial.

En cuanto a la prelación de medidas cautelares es necesario señalar que tal figura se encuentra regulada por el artículo 542 del C. de P. C., vigente todavía para la jurisdicción civil y de familia, el cual no contempla la posibilidad de levantar una orden judicial de embargo por la mera voluntad del acreedor, sin importar que ésta haya sido autorizada dentro de diligencia de conciliación.

Finalmente, es preciso indicar que el presente concepto[11] no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en el artículo 25 del Decreto 01 de 1984 - Código 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.

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. Ley 640 de 2001, artículo 19.

4. Resolución 5878 de 2010 por medio del cual se aprueba el Lineamiento técnico para Comisarias de Familia.

5. sentencia T-725 del 2014 M.P. Dra. Maria Victoria Calle Correa

6. Sentencia T-557 del 19 de julio de 2002. M. P. Jaime Córdoba Triviño

7. Código de Procedimiento Civil - Artículo 558

8. Código Civil - Artículo 2494 y ss

9. Código de la Infancia y la Adolescencia - Artículo 134

10. Código Civil, Código Sustantivo del Trabajo, Ley de la Infancia y la Adolescencia.

11. “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 apareja. 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 Carbonel.