

Concepto ICBF No 27

Fecha: 15/10/2020

ASUNTO: Alcance respuesta emitida con radicado 202010410000229331 del 11 de agosto de 2020. Solicitud de concepto jurídico.

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en el artículo 26 del Código Civil, Ley 1755 de 2015, y el artículo 6°, numeral 4, del Decreto 987 de 2012, se responde la consulta sobre el caso en cuestión, en los términos que siguen:

I. PROBLEMA JURÍDICO

¿Cómo se encuentran regulados los alimentos en Colombia en favor de los niños, las niñas y los adolescentes? ¿Se puede suspender la obligación de pagar la cuota alimentaria a favor de un menor de edad por tener uno de los padres su cuidado temporal? ¿El subsidio familiar hace parte de la cuota alimentaria a favor de los menores de edad?

II. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Con el propósito de dar respuesta al problema jurídico planteado, el presente concepto se referirá a: 2.1. El derecho de alimentos en Colombia; 2.2 Parámetros para la fijación de la cuota alimentaria en favor del niño, la niña o el adolescente; 2.3. Custodia y cuidado personal de los niños, las niñas y los adolescentes; 2.4. El subsidio familiar.

2.1 El derecho de alimentos en Colombia.

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

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 quiénes son los obligados a brindar los alimentos.

Sobre el particular, se considera necesario recordar que la Ley 1098 de 2006 reiteró la obligación alimentaria a cargo de los padres sobre sus hijos menores de edad, establecida

en el Código Civil y derivada de la patria potestad, indicando en el artículo 24,¹ el contenido del derecho a los alimentos y su fijación de acuerdo con la capacidad económica del alimentante.

En cuanto al fundamento, las características y la importancia de la obligación alimentaria, la Corte Constitucional ha manifestado² que su fuente es el deber de solidaridad entre los miembros de la familia y que para su configuración es menester probar la necesidad del alimentario, que en el caso de los niños, niñas y adolescentes se presume, y la capacidad del obligado, sin que ello implique desconocer su propia necesidad de subsistencia.

La jurisprudencia constitucional³ ha reconocido que la obligación alimentaria tiene las siguientes características:

“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

¹ 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.

² Sentencia C-1033 de 2002

³ Sentencia C-727 de 2015. En el mismo sentido la sentencia C-237 de 1997.

la prestación alimentaria hacer efectiva su garantía, cuando el obligado elude su responsabilidad”.

El sustrato esencial de la obligación alimentaria es el principio de equidad y, especialmente, el principio de solidaridad, exigibles en primer lugar a la familia, pues sus miembros tienen el deber de garantizar la subsistencia de quienes no tengan la capacidad de asegurársela.

Para reclamar y hacer efectivo este derecho, la Ley civil y la Ley de infancia y adolescencia han establecido varias vías administrativas y judiciales, tendientes a que los obligados cumplan con la obligación y los niños, las niñas y los 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.

Ahora bien, conforme con el artículo 422 del Código Civil, la obligación alimentaria de los padres, en principio, se mantiene durante toda la vida del alimentario, siempre que permanezcan las circunstancias que dieron origen a su reclamo.⁴ Sin embargo, los desarrollos jurisprudenciales han señalado que la edad límite para que se mantenga la obligación alimentaria a favor de un hijo o hija, es la de dieciocho (18) años. Con todo, la cesación de las obligaciones no es inmediata, pues a partir de esta edad puede decirse que se inicia el desmonte de las obligaciones, sin que ello implique que la ley autorice la aplicación automática de este tipo de ajustes, o que se pierda la solidaridad familiar o el parentesco deje de ser fuente de la obligación de alimentos. Existen excepciones legales como cuando el hijo se encuentra limitado físicamente, o cuando el hijo se encuentre estudiando, caso en el que la obligación alimentaria persiste mientras no cesen las condiciones que dieron lugar a su fijación.

Sobre el tema de la edad, la jurisprudencia cuando el niño, la niña o el adolescente se encuentra estudiando y con el fin de que no se entienda la condición de estudiante como indefinida, ha fijado como edad razonable para el aprendizaje de una profesión u oficio la de 25 años, teniendo en cuenta que la generalidad de las normas relativas a la sustitución de la pensión de vejez y las relacionadas con la seguridad Social.

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

El artículo 24 del Código de la Infancia y la Adolescencia, al definir el concepto del derecho de alimentos, señala que se debe garantizar el suministro al niño, niña y adolescente de todo lo indispensable para su sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación y para su desarrollo integral, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante.

⁴ Sentencia C-875 de 2003.

De igual manera, el artículo 129 de la Ley 1098 de 2006, establece que el juez fijará la cuota provisional de alimentos cuando exista prueba del vínculo que origina la obligación y que, de no tener prueba de la solvencia económica del alimentante, podrá establecerlo teniendo en cuenta su patrimonio, posición social, costumbre y todos aquellos antecedentes que sirvan para evaluar su capacidad económica. Por su parte, el Código Civil consagra que la tasación de los alimentos se hará con base a las facultades del deudor y las circunstancias domésticas. El Juez tiene el poder de reglar la forma y cuantía de los mismos⁵.

Para la Honorable Corte Constitucional son tres los requisitos para tener en cuenta en la fijación de la cuota alimentaria: "...Los requisitos o condiciones para adquirir el derecho de alimentos son el vínculo jurídico filial o legal, la necesidad del alimentario y la capacidad económica del alimentante. Cuando termina o varía alguno de ellos, el derecho de alimentos se modifica o extingue"⁶

Es preciso inferir que en la legislación colombiana no existe una fórmula exacta que determine la cuantía de la obligación alimentaria para el obligado (a). No obstante, de acuerdo con lo arriba analizado, existen factores a tenerse en cuenta, los cuales se encuentran en los artículos 129 y 130 de la Ley 1098 de 2006, como son:

- Las obligaciones alimentarias del obligado (a) con otras personas que por ley también le deben 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 la Infancia y la 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 vigente⁷.
- La cuota alimentaria se reajustará periódicamente cada 1° 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 el evento en que el alimentante tenga los recursos necesarios para pagar una cuota alimentaria superior a la que el Estado impone, le corresponde al Defensor de Familia, Comisario de Familia, Inspector de Policía o Juez de Familia asignar una cuota que no sólo sea acorde a la capacidad económica del alimentante, sino que responda con los requerimientos o necesidades del niño, niña o adolescente, es decir, no se le puede exigir

⁵ Artículos 419 y 423 del Código Civil.

⁶ Sentencia C-017 de 2019.

⁷ Artículo 129 de la Ley 1098 de 2006.

al alimentante una cuota cuyo valor exceda las necesidades reales que presenta el menor de edad.

2.3. Custodia y cuidado personal de los niños, las niñas y los adolescentes.

La Convención Americana de los Derechos del Niño, dispone en su orden en los artículos 7, 8 y 9 que los menores de edad tienen derecho desde su nacimiento, a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos, a mantener relaciones personales y contacto directo de modo regular cuando estén separados de uno o ambos padres, salvo cuando las circunstancias lo exijan, con el objeto de conservar el interés superior del menor de edad.

De la misma manera, los tratados sobre Derechos Humanos se refieren al tema, como es el caso de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, cuyo principio 2, dispone que la niñez (...) “gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad” (...).

En similar sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por el Congreso de la República mediante la Ley 12 de 1991, destaca, entre otros, específicamente las obligaciones que tienen los padres respecto de sus hijos, y enfatiza que le corresponde al Estado prestar apoyo a los padres, así como la obligación de velar por el bienestar de niños, niñas y adolescentes, cuando sus familiares no estén en condición de asumir por sí mismos dicha tarea. Igualmente, resalta que los Estados Partes deben poner el máximo empeño en garantizar que ambos padres tengan obligaciones comunes en lo relacionado con la crianza y el desarrollo del niño. Finalmente, al reconocer el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

Por su parte, el artículo 44 de la Constitución Política Colombiana señala que la custodia y cuidado personal hace parte integral de los derechos fundamentales del niño. Por tal razón en principio esos derechos, en especial el del cuidado personal, no pueden delegarse en terceros, ya que ellos nacen de la especialísima relación que surge entre padres e hijos.

En desarrollo de lo anterior, el artículo 23 de la Ley 1098 de 2006, indica que la custodia y cuidado personal es un derecho de los niños y una obligación de los padres o representantes legales; la misma se traduce en el oficio mediante el cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta, siempre con la mira puesta en el hijo, en el educando, en el incapaz de obrar y auto regular en forma independiente su comportamiento.

Así las cosas, tenemos que la custodia se refiere al cuidado de los niños, las niñas y los adolescentes, que por ley les corresponde a los padres.

Esta figura de la custodia y cuidado personal de los menores de edad, de conformidad con lo dispuesto por el Código de la Infancia y la Adolescencia, se encuentra dentro de los asuntos de naturaleza conciliable, es decir, que pueden ser convenidos o acordados ante la autoridad administrativa, entre los padres en caso de ser necesario. Por ello se entiende que en los eventos en los que se trate de hijos extramatrimoniales, el cuidado lo tendrá el padre que conviva con el menor de edad. En casos de divorcio, nulidad de matrimonio, separación de cuerpos o suspensión de la patria potestad, la autoridad administrativa tendrá la facultad de confiar el cuidado de los hijos a uno de los padres, o al pariente más próximo, según le convenga al niño, niña o adolescente.

2.4. 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”

La Corte Constitucional en sentencia C-508 de 1997⁸, 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, el artículo 27 *ibidem* señala que: “Darán derecho al subsidio familiar las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que a continuación se enumeran:

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

⁸ Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

2. Los hermanos huérfanos de padre.
3. 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 personas relacionadas en el presente artículo podrán utilizar los obras y programas organizadas con el objeto de reconocer el Subsidio en servicios”.

De acuerdo con 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, simplemente se trata de un beneficio otorgado al trabajador para aliviar las cargas que tiene respecto del sostenimiento de su familia. Claro está, este es un factor que puede constituir una mejora en los ingresos y la capacidad económica y que, por tanto, debería ser tenida en cuenta al momento de calcular la cuota de los alimentos.

III. CONCLUSIONES Y RESPUESTAS A SU CONSULTA

Teniendo en cuenta las consideraciones de orden legal analizadas, respondemos a sus interrogantes con las siguientes conclusiones:

Primero: El derecho de alimentos se deriva 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.

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.

Segundo: La tasación de los alimentos se hará con base al vínculo jurídico filial, la capacidad económica del alimentante y las necesidades del niño, la niña o el adolescente. Si no se puede establecer la capacidad económica del obligado, deberá presumirse que devenga al menos el salario mínimo legal.

Tercera: En la Legislación Colombiana no existe una fórmula exacta que determine la cuantía de la obligación alimentaria para el obligado. De acuerdo con lo consagrado en los artículos 129 y 130 de la Ley 1098 de 2006 para establecer la capacidad económica del

obligado deberán tenerse en cuenta aspectos como los establecidos en este concepto en el capítulo 2.2.

Cuarto: Las necesidades de los menores de edad que se deben atender al momento de la fijación de la cuota alimentaria, se encuentran indicadas en el artículo 24 del Código de la Infancia y la Adolescencia, al establecer que se debe garantizar la habitación, el vestido, la asistencia médica, la recreación, la educación y todo lo necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes.

De igual manera se precisa que no existen reglas específicas para probar dichas necesidades; le compete a la autoridad bien sea administrativa o judicial garantizar al menor de edad el cien por ciento de los alimentos utilizando los medios de prueba consagrados en la ley.

Quinto: El Estado debe garantizar que ambos padres tengan obligaciones comunes y equilibradas en lo relacionado con la crianza y el desarrollo del niño, niña o adolescente. Es competencia de la autoridad administrativa o judicial determinar de acuerdo con la capacidad económica de cada uno de los obligados, la proporción de la cuota alimentaria que les corresponde a favor del niño, niña o adolescente. También será esa autoridad la que tendrá la posibilidad de valorar qué incidencia tiene en cada caso el cuidado de uno de los padres sobre la cuota de alimentos.

Sexto: El Subsidio familiar constituye, por regla general, un factor que aumenta la capacidad económica del obligado a dar alimentos y, por tanto, el Jefe de Familia, dentro de las facultades que le otorga la Ley, podrá ordenar al pagador de quien tiene la obligación alimentaria que le consigne o pague el porcentaje que corresponda al menor de edad.

El presente concepto no resulta 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 con 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 institucionales, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 4, 8 y 20 del artículo 6 del Decreto 987 de 2012.

EDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO

Jefe Oficina Asesora Jurídica.