

Concepto ICBF No 25

Fecha: 24 de Noviembre 2021

ASUNTO: Su solicitud de concepto respecto de la fijación y aumento de cuota alimentaria.

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 da respuesta, en los términos que siguen:

I. PROBLEMAS JURÍDICOS

1- *En los casos en los cuales la madre de un menor de edad necesita que el padre pague una cuota de alimentos para el sostenimiento del hijo en común y esta sea alta (por ejemplo, de dos millones de pesos) pero el juez determine que no puede pagar dicha cantidad [¿] es imposible acudir a la jurisdicción para que esta suma sea pagada por alguno de los abuelos (Ascendientes, primer grado de orden alimentante, artículo 411 numeral 3)?*

2- *[¿] Qué responsabilidad, disciplinaria, penal o administrativa se desprende de la Comisaria (o) de Familia de un municipio el cual dispone en plena audiencia de conciliación que no es posible solicitar una cuota alimentaria si el padre está “cumpliendo” con dicha cuota (así esta sea radicalmente menor a la que se necesita) impidiendo que los abuelos puedan pagar una cuota alimentaria real y según la necesidad del alimentado y en concordancia con la capacidad del alimentante?*

3- *[¿] Qué responsabilidad, disciplinaria, penal o administrativa se desprende de la Comisaria (o) de Familia de un municipio la cual dispone en plena audiencia de conciliación que si el padre paga alguna cuota a la madre no tiene derecho a solicitar una mayor según la capacidad adquisitiva de los abuelos y la necesidad del alimentado toda vez que el padre ya paga una cuota y ordena conformarse con esta así los derechos del menor se vean en peligro [?]*

II. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Para dar respuesta al problema jurídico se abordará el asunto analizando los siguientes temas: 2.1 Generalidades de la obligación alimentaria. 2.2. Obligación alimentaria respecto de los ascendientes de los padres.

2.1 Generalidades de la obligación alimentaria.

El derecho de alimentos deriva del vínculo familiar y representa también una obligación que tiene fundamento en el principio de la solidaridad bajo la premisa de que el alimentario no está en 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 hijos sin importar su origen), los ascendientes, los hermanos, entre otros, y dispone quiénes son los obligados a brindarlos.

“Artículo 411: Se deben alimentos:

- 1) *Al cónyuge.*
- 2) **A los descendientes.**
- 3) *A los ascendientes.*
- 4) *A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpo sin su culpa.*
- 5) *A los hijos naturales, su posteridad y a los nietos naturales.*
- 6) *A los ascendientes naturales.*
- 7) *A los hijos adoptivos.*
- 8) *A los padres adoptantes.*
- 9) *A los hermanos legítimos.*
- 10) *Al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada.” (Negrilla fuera de texto)*

Es necesario recordar que la Ley 1098 de 2006 -Código de Infancia y Adolescencia- reiteró la obligación alimentaria a cargo de los padres sobre sus hijos menores de edad derivada de la patria potestad. En el artículo 24 estableció el contenido del derecho a los alimentos y su fijación de acuerdo con la capacidad económica del alimentante:

“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.” (Negrilla fuera de texto)*

Al respecto, la jurisprudencia constitucional¹ ha manifestado que 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.

Además de definir los sujetos obligados a suministrar alimentos y quiénes tienen el derecho a recibirlo y exigirlos, el Código Civil, así como el de Infancia y Adolescencia, han establecido vías administrativas (actuaciones ante Defensor de Familia y Comisario de Familia) y judiciales (Jueces de la República) para establecer la materialización del derecho a recibir alimentos. Para

¹ Corte Constitucional. Sentencias C-727 de 2015 y C-237 de 1997

ello han sido regulados procedimientos especiales para la fijación, ejecución y revisión de cuota alimentaria.

En la legislación colombiana no existe una fórmula exacta que determine la cuantía de la obligación alimentaria. Sobre los **criterios o parámetros para la fijación de cuota alimentaria** en favor del menor de edad, el artículo 24 de la Ley 1098 de 2016 define que el suministro de lo necesario para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación y educación integral debe realizarse en el marco de la capacidad económica del alimentante, esto es, según sus reales posibilidades materiales. Esto implica que al momento de ser valoradas por la instancia administrativa o judicial deberán ser revisadas atendiendo también a las condiciones y circunstancias establecidas en los artículos 129 y 130 de la Ley 1098.

Para determinar la cuantía de la cuota alimentaria se estudian factores como las obligaciones alimentarias existentes a cargo del alimentante en relación con otras personas a las que por ley también deba alimentos (hijos, cónyuges, padres, etc.) y las necesidades fácticas, sociales y económicas del menor de edad. Es decir, el derecho-obligación para recibir y dar alimentos incluye necesariamente la evaluación de la necesidad del beneficiario y la capacidad del obligado a darlos.

La fijación de la cuantía de la cuota alimentaria no es estática en el tiempo, pues debe ser actualizada, es decir, reajustada a partir del primero de enero siguiente a la fecha en que fue fijada y anualmente en la misma fecha, en porcentaje igual al índice de precios al consumidor, sin perjuicio de que las partes de común acuerdo establezcan otra fórmula de reajuste periódico (artículo 129, inciso 7).² Además, el monto de **cuota alimentaria puede modificarse** (aumentarse o disminuirse) cuando cambien las condiciones del alimentante y alimentado, para lo cual deberá agotarse el requisito previo de la conciliación y ante las eventuales diferencias, acudir a la instancia judicial.

Resulta necesario indicar que respecto del **trámite administrativo** para la definición de cuota alimentaria, el artículo 111 de la Ley 1098 consagró que el Defensor o Comisario está facultado para fijar alimentos de manera provisional cuando habiendo sido notificado en debida forma la parte obligada, esta no concurre a la diligencia o habiendo asistido no se llegue a un acuerdo conciliatorio. En los casos de no acuerdo, deberá acudir ante la jurisdicción para que los alimentos sean determinados mediante una decisión judicial. En los demás casos, es decir, aquellos en que se logre un acuerdo conciliatorio entre las partes, bastará con ello para resolver el asunto.

Las autoridades administrativas antes quienes se adelante el mismo actúan como servidores públicos, condición esta que les hace destinatarios de un régimen legal bajo el cual se examina su gestión profesional y del cual el ICBF carece de competencia para pronunciarse.³ El ICBF no es superior jerárquico de los Comisarios de Familia ni actúa convalidando o dejando sin vigencia las decisiones que hubieren sido concertadas ante ellos. Así, no corresponde al Instituto

² ICBF. Oficina Asesora Jurídica. Concepto N° 27 de 2020.

³ Decreto 987 de 2012. Por el cual se modifica la estructura del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "Cecilia de la Fuente de Lleras" y se determinan las funciones de sus dependencias.

investigar o sancionar las conductas que pudieran ser reprochables en el actuar personal o profesional de los Comisarios de Familia.⁴

2.2 Obligación alimentaria respecto de los ascendientes de los padres.

En concepto N°139 de 2014 esta Oficina Asesora indicó que a falta o insuficiencia de los padres del menor de edad, correspondería determinar a la autoridad administrativa en orden de prelación a los abuelos como ascendientes, el brindarle los alimentos que requieran los nietos menores de edad. Para que ello ocurra, es necesario que se acredite la insuficiencia de los padres para el suministro de alimentos a los que legalmente se encuentren obligados. Así, se trata de un escenario especial en la medida en que no se trata de imponer obligaciones mecánicas o automáticas a los abuelos, sino poderlos obligar una vez se verifique la insuficiencia económica del primer obligado.

El Código Civil señala en su artículo 260:

“La obligación de alimentar y educar al hijo que carece de bienes, pasa, por la falta o insuficiencia de los padres, a los abuelos por una y otra línea conjuntamente.

El juez reglará la contribución, tomadas en consideración las facultades de los contribuyentes, y podrá de tiempo en tiempo modificarla, según las circunstancias que sobrevengan”

La exigibilidad del pago de alimentos a los abuelos depende de la definición de una obligación alimentaria respecto de su nieto(a); es decir, que no se encuentra sujeta a la voluntad de colaboración o ayuda que en su condición de familiares presten, sino de una imposición legal previa acreditación de la imposibilidad, ausencia o insuficiencia del padre. Esto implica, en otras palabras, que la responsabilidad de los abuelos en el pago de alimentos es de carácter subsidiario.

III. CONCLUSIONES Y RESPUESTAS A LA CONSULTA

Teniendo en cuenta las consideraciones de orden legal analizadas, podemos concluir:

Primero: La fijación de cuota alimentaria con cargo a los ascendientes de los padres del menor de edad, opera a partir de un criterio subsidiario, una vez se acredite la imposibilidad, ausencia o insuficiencia del progenitor. Los interesados pueden acudir a la jurisdicción para reclamarla y

⁴ Ley 734 de 2002, Ley 1952 de 2019 y Ley 2094 de 2021.

Ley 1123 de 2007. Por la cual se establece el código disciplinario del abogado.

Como servidor público, el Comisario de Familia se encuentra sujeto a las regulaciones instituidas para el control de su actividad desde los aspectos disciplinarios, fiscales, penales y los asociados a su desempeño según su perfil profesional.

corresponderá a los jueces adoptar una decisión sobre la misma. En estos casos también deberá agotarse de manera previa, el requisito de conciliación prejudicial.

Segundo y tercero: Los comisarios de familia son servidores públicos y en ejercicio de las funciones propias del cargo que desempeñan se encuentran sujetos a un régimen legal bajo el cual pueden ser investigadas sus acciones u omisiones. La titularidad para el ejercicio de la investigación y la eventual imposición de sanciones respecto de aquellas, corresponde ejercerla a autoridades distintas al ICBF (Procuraduría General de la Nación y Fiscalía General de la Nación), quienes son los únicos llamados a determinar según cada caso, la existencia o no de responsabilidad y antijuridicidad.

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 el artículo 6 numerales 4, 8 y 20 del Decreto 987 de 2012.

Atentamente,

ÉDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO
Jefe Oficina Asesora Jurídica