



CONCEPTO 8 DE 2016

(enero 25)

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF

10400/17605685

Bogotá D.C.,

Señora

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: Su consulta con radicado del ICBF No. 1760568525 del 15/12/2015

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, así como en el artículo 6o, numeral 4o, 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

¿Cuáles son los efectos legales de la sentencia de adopción? ¿Cuáles son los requisitos que se exigen para tener derecho a la licencia de maternidad o paternidad de padre adoptante?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Metodológicamente estudiaremos 2.1 La adopción; 2.2) Efectos legales de la sentencia de adopción; 2.3) Requisitos legales para tener derechos a la licencia de maternidad o paternidad de padre y madre adoptante.

(2.1) La adopción

La adopción en Colombia, es considerada como una medida de protección mediante la cual se proporciona a los niños, niñas y adolescentes no sólo un padre o madre, sino una familia que suministre aquello que se considera apropiado para su bienestar y desarrollo pleno e integral, teniendo una especial relevancia constitucional y legal el hacer efectivos los principios del interés superior del niño, niña y adolescente, de protección y prevalencia de sus derechos, tal como lo ordena el artículo 44 de nuestra Constitución, dadas sus condiciones de vulnerabilidad e indefensión, y la especial atención con que se debe salvaguardar su proceso de desarrollo y formación.

La Convención de los derechos del niño, aprobada por Colombia por la Ley 12 de 1991, establece que los niños privados de su familia, o cuyo interés exija que no permanezcan en ese medio, “tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado” que deberá tomar cuidados específicos, entre los cuáles ocupa un lugar especial la adopción, la cual deberá estar organizada de tal manera que “el interés superior del niño sea la consideración principal”. (arts. 20 y 21).

La Ley 1098 de 2006,[1] la cual establece normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, para garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento; en los artículos 61 a 78, 107, 108 y 123 a 127, regulan lo relacionado con institución jurídica de la adopción y el programa de adopciones.

El ICBF como autoridad central en materia de adopción es la entidad autorizada por la ley para adelantar el programa, dictar su lineamiento técnico y para autorizar a las instituciones para que lo desarrollen. Con fundamento en lo dispuesto en el parágrafo[2] del artículo 11 y en el artículo 62[3] del Código de la Infancia y la Adolescencia, aprobó el Lineamiento Técnico Administrativo del Programa de Adopciones mediante la Resolución 3748 del 6 de septiembre de 2010, en el que se determinan generalidades en materia de adopción, procedencia de la adopción, pasos a seguir por los solicitantes colombianos y extranjeros, asignación de la familia al niño, niña o adolescente, proceso judicial, actuaciones administrativas, seguimiento post adopción y reencuentro con la familia de origen.

Este lineamiento establece que los solicitantes para ser padres a través de la adopción deben pronunciarse por escrito sobre la aceptación o no de su asignación al niño, niña o adolescente, asignación que realiza el Comité de Adopciones de la Regional del ICBF o de la Institución Autorizada por el Instituto para desarrollar el programa de adopciones. Si la respuesta de los solicitantes es positiva, el equipo psicosocial realiza un encuentro con ellos para que compartir sus vivencias y resolver las preguntas de los futuros padres, y se prepara el encuentro con el niño, niña o adolescente.

El encuentro es primera evidencia de reconocimiento y aceptación mutua. Es un momento íntimo entre el niño, niña o adolescente y sus futuros padres. Si el encuentro es exitoso, el Defensor de Familia modificará la medida y, mediante acta, establecerá la medida de "ubicación inmediata en medio familiar" de acuerdo a lo dispuesto en el Código de la Infancia y la Adolescencia. La Defensoría de Familia entrevistará a los padres y a los niños para verificar la integración familiar. El informe del Equipo Psicosocial recogerá las observaciones sobre las relaciones entre el niño, niña o adolescente y la familia y el concepto del equipo psicosocial. En caso de ser positiva la integración, el Secretario del Comité de Adopciones expedirá la constancia de la integración y la actualización del certificado de idoneidad.

De tal manera que para favorecer el proceso de consolidación de una familia a través de la adopción, además de la preparación del niño y de la familia y de la evaluación de ésta, el sistema favorece el fortalecimiento de la adaptación del niño, niña o adolescente a su nueva familia y entorno. Para ello, se crean espacios amparados por la Ley para que el niño, niña o adolescente comparta con la familia nuclear inicialmente (Padres adoptantes), con la familia extensa y red de apoyo paulatinamente, a través de intercambios, que brinden seguridad y confianza necesarias para su posterior proyección social.

Finalmente, se requerirá presentar la demanda correspondiente ante el juez de familia o promiscuo de familia, puesto que la adopción requiere de sentencia judicial.

(2.2) Efectos legales de la sentencia de adopción

Respecto a los efectos jurídicos de la adopción, el artículo 64 de la Ley 1098 de 2006, señala:

“ARTICULO 64. EFECTOS JURIDICOS DE LA ADOPCIÓN. La adopción produce los siguientes efectos:

1. Adoptante y adoptivo adquieren, por la adopción, los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo.

2. La adopción establece parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante, que se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines de estos.

3. El adoptivo llevará como apellidos los de los adoptantes. En cuanto al nombre, sólo podrá ser modificado cuando el adoptado sea menor de tres (3) años, o consienta en ello, o el Juez encontrare justificadas las razones de su cambio.

4. Por la adopción, el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad, bajo reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9o del artículo 140 del Código Civil.

5. Si el adoptante es el cónyuge o compañero permanente del padre o madre de sangre del adoptivo, tales efectos no se producirán respecto de este último, con el cual conservará los vínculos en su familia.”

Tal y como se advirtió anteriormente cumplido el trámite administrativo por el ICBF, con las evaluaciones y documentación correspondiente, procede entonces para el (los) solicitante (s), a través de Apoderado Judicial, adelantar el Proceso Judicial ante el Juez de Familia o Promiscuo de Familia, del domicilio de la persona o entidad a cuyo cargo

esté el cuidado del niño, con el propósito que se decrete mediante sentencia judicial la adopción.

En lo que respecta a los efectos de la sentencia de adopción la Ley de infancia y Adolescencia, y el artículo 126 en su numeral 5, establece:

"...5. Contenido y efectos de la sentencia. La sentencia que decrete la adopción deberá contener los datos necesarios para que su inscripción en el registro civil constituya el acta de nacimiento y reemplace la de origen, la cual se anulará. Una vez en firme se inscribirá en el Registro del Estado Civil y producirá todos los derechos y obligaciones propios de la relación paterno o materno-filial, desde la fecha de presentación de la demanda. En todo caso, en la sentencia deberá omitirse mencionar el nombre de los padres de sangre. (...)"

Dicha sentencia podrá ser apelada. Es importante anotar que es a partir de la ejecutoria de esa sentencia judicial, la adopción adquiere su carácter de irrevocable y por ende sus efectos son definitivos.[4] Por lo tanto, la selección de la familia por el comité de Adopciones, en lista de espera no significa que tengan derechos adquiridos, sino meras expectativas.

(2.3) Requisitos legales para tener derechos a la licencia de maternidad o paternidad de padre y madre adoptante

Conforme lo dispone el Código de la Infancia y la Adolescencia los padres adoptantes de un niño, niña o adolescente tienen derecho al disfrute y pago de la licencia de maternidad y paternidad prevista en la legislación laboral.[5]

Igualmente, establece la garantía de derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes adoptados, ordenando su afiliación a la correspondiente EPS o ARS, desde el momento de su entrega a los padres adoptantes por parte del ICBF.

Sobre el descanso remunerado en la época del parto, artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1 de la Ley 1468 de 2011 establece:

“El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

Artículo 236. Descanso remunerado en la época del parto.

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de catorce (14) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

2. Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor.

3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:

a) El estado de embarazo de la trabajadora;

b) La indicación del día probable del parto, y

c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente capítulo para la madre biológica se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. La licencia se extiende al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente. (Negrilla fuera de texto)

Estos beneficios no excluyen al trabajador del sector público.

(...)

El numeral tercero de la anterior disposición legal establece que para los efectos de la licencia de maternidad, la trabajadora debe presentar al patrono un certificado médico, en el cual debe constar entre otros aspectos, la indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto. A su vez, el numeral cuarto, ordena que todas las provisiones y garantías establecidas para la madre biológica en el capítulo correspondiente a las prestaciones patronales comunes, se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. Prestación que es extensiva al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente.

Tres aspectos relevantes sobre el artículo 236,[6] son: (i) La legislación al equiparar la adopción al hecho del parto, protege los derechos de los niños, niñas y adolescentes en situación de adoptabilidad, (ii) Al asimilar la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta, el empleado deberá Informar a su empleador que se encuentra tramitando un proceso de adopción, por lo menos con dos semanas de anticipación a la entrega oficial del niño niña o adolescente, y (iii) Que esta; garantía se hizo extensiva a favor de los menores de 18 años de edad dados en adopción.

El término de esta licencia que constituye un derecho de naturaleza prestacional, tiene como propósito permitir a los padres atender sus necesidades propias y las del niño, niña o adolescente, así como también brindarle al menor de edad las condiciones que permitirán su desarrollo físico, emocional y afectivo, su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad.

En este orden de ideas, es necesario que el niño, niña o adolescente adoptado cuente con la presencia física permanente del o de los padres adoptantes desde el momento del encuentro, fecha en que se considera debería iniciarse el término de la licencia de maternidad o paternidad, desde esta etapa debe garantizársele al menor de edad la construcción de un vínculo afectivo fuerte, seguro y definitivo, que se logra exclusivamente con el contacto directo, la interrelación y el compartir permanente durante los primeros meses de integración, ya que el niño o adolescente necesita asimilar y tener la seguridad de que éstos serán sus padres definitivos. Así, los solicitantes de ser padres a través de la adopción, tendrán derecho a esta prestación social a partir de la entrega oficial del niño, niña o adolescente, con el propósito que se le garanticen las prestaciones previstas en el ordenamiento legal vigente y al niño su interés superior y sus derechos fundamentales prevalentes.

En lo que respecta, al momento en el: cual se tiene derecho a la licencia de maternidad por adopción, la Corte Constitucional,[7] al analizar los argumentos dados por el Juzgado Catorce (14) Penal del Circuito de Bogotá que negó esta prestación social a una madre adoptante por considerar que este derecho se da a partir del momento en el que la sentencia judicial que decreta la adopción sea inscrita en el registro civil, señaló:

"...Frente al condicionamiento que realiza el juez de segunda instancia, según el cual la solicitud de la licencia de maternidad sólo es procedente a partir del momento en el que la sentencia judicial que decreta la adopción sea inscrita en el registro civil y reemplace el acta de nacimiento de origen, es necesario establecer que dicha interpretación no se acompaña con lo dispuesto en el artículo 236 del CST. Sobre el particular la norma señala expresamente que la fecha del parto se asimila a la de la entrega oficial del menor que se adopta, no a la de la inscripción de la sentencia judicial que decreta el nacimiento del vínculo filial y el respectivo cambio del registro civil.[8]

Por tanto, si se siguiera dicha línea de argumentación, se tendría que la prestación de licencia de maternidad que, como se ha mencionado, tiene como finalidad esa integración y adaptación inicial a la nueva familia, se vería desnaturalizada puesto que se condicionaría a la duración del proceso de adopción que regularmente tiende a extenderse, momento para el cual ya ha transcurrido la fase de contacto y ajuste inicial.

Sumado a lo anterior, al observar el acta de entrega formal de la niña, suscrita por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar el 31 de mayo de 2010, se tiene que en ella se consigna la obligación de la madre adoptante de "velar por ella física, moral y económicamente, además de brindar toda la atención para su cabal desarrollo integral",[9] lo que implica el deber de establecer vínculos entre la señora Mimi y la niña Lennon que favorezcan y estimulen sentimientos de apego, afecto y pertenencia a un núcleo familiar que proteja, proporcione y suple todas sus necesidades con el fin de alcanzar su pleno desarrollo.

Para la Sala, la formación de estos vínculos no puede esperar a la terminación del extenso proceso de adopción ya que es precisamente al momento formal de la entrega, en el que se comienza el proceso de empalme y construcción de los lazos afectivos. Con mayor razón, si se considera que se trata de una niña que por su edad ha sido obligada a una historia familiar y a unas vivencias y patrones inadecuados de crianza con su familia de origen y su entorno social, que conforme a las consideraciones de esta providencia tiene la potencialidad de generar ansiedad y temor al enfrentarse a situaciones y experiencias nuevas y al establecimiento de nuevos vínculos y cambio de ambiente."

Sobre este punto, considera la Corte que es claro que si la legislación equiparó la adopción al hecho del parto, lo hizo justamente para proteger también los derechos de las niñas y de los niños en situación de adoptabilidad para asegurar la integración a la nueva familia en condiciones de calidad y de dignidad, se tendría que la prestación de licencia de maternidad, tiene como finalidad esa integración y adaptación inicial a la nueva familia, la cual se vería desnaturalizada puesto que se condicionan a la duración del proceso de adopción que regularmente tiende a extenderse, momento para el cual ya ha transcurrido la fase de contacto y ajuste inicial.

Quiere decir lo anterior, que la madre adoptiva tiene derecho a esta prestación social, a partir de la entrega formal del menor de edad que se adopta, derecho que no se puede condicionar a la espera a la terminación del extenso proceso de adopción ya que es precisamente al momento formal de la entrega, en el que se comienza el proceso de empalme y construcción de los lazos afectivos.

3. CONCLUSIONES

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta las consideraciones de orden legal expuestas, podemos concluir que:

Primero: Con la sentencia de adopción se consolidan los derechos y obligaciones propios de la relación paterno o materno-filial, así como los efectos contemplados en el artículo 64 de la Ley 1098 de 2006 desde la presentación de la demanda, adquiriendo la adopción su carácter de irrevocable y definitivo.[10]

Segundo: La ley hace extensivo a los padres adoptivos el derecho a la licencia de maternidad y demás derechos conferidos a las madres gestantes en los mismos términos y cuando fuere procedente, asimilando la fecha del parto a la entrega oficial del menor de edad que se adopta.

Tercero: La ley no contempla equivalencias entre el tiempo de gestación de una madre biológica y tiempo de espera para la asignación de un niño, niña o adolescente a una madre adoptiva.

Por último, 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 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.

** * **

1. Código de la Infancia y la Adolescencia

2. PARÁGRAFO. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como ente coordinador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, mantendrá todas las funciones que hoy tiene (Ley 75/68 y Ley 7ª/79) y definirá los lineamientos técnicos que las entidades deben cumplir para garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes y para asegurar su restablecimiento. (...)

3. LA AUTORIDAD CENTRAL EN MATERIA DE ADOPCIÓN. La autoridad central en materia de adopción es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. - Solamente podrán desarrollar programas de adopción, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las instituciones debidamente autorizadas por este.

4. Sentencia T 844- de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub "Adopción-Irrevocabilidad no significa que en casos en donde se han desconocido derechos fundamentales del niño, niña y adolescente y los de su familia ésta no sea procedente como excepcionalísimo".

5. *Artículo 127. Seguridad Social de los Adoptantes y Adoptivos. El padre y la madre adoptantes de un menor tendrán derecho al disfrute y pago de la licencia de maternidad establecida en el numeral 4 del artículo 34 de la Ley 50 de 1990 y demás normas que rigen la materia, la cual incluirá también la licencia de paternidad consagrada en la Ley 755 de 2002, incluyendo el pago de la licencia a los padres adoptantes.*

Los menores adoptivos tendrán derecho a ser afiliados a la correspondiente EPS o ARS, desde el momento mismo de su entrega a los padres adoptantes por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

6. *Modificado por el Art 1 Ley 1468 de 2011*

7. *Sentencia T-172/11 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio*

8. *Numeral 4o Artículo 236 del CST "(...) Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente capítulo para la madre biológica se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante del menor de siete (7) años de edad, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. La licencia se extiende al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente." Subrayado por fuera del texto original (Aparte tachado declarado inexecutable).*

9. *Folio 19*

10. *Sentencia T 844- de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub "Adopción-Irrevocabilidad no significa que en casos en donde se han desconocido derechos fundamentales del niño, niña y adolescente y los de su familia ésta no sea procedente como excepcionalísimo".*

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. 200 de la Constitución, en el sentido de que la función administrativa se desarrolla 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 Carbonell.

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