

CONCEPTO 38 DE 2015

(abril 17)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF

10400/126820

MEMORANDO

PARA: Defensora de Familia

Grupo de Asistencia Técnica

Regional ICBF – Boyacá

ASUNTO: Solicitud de concepto.

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, 13 y ss. del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y 6o, numeral 4, del Decreto 987 de 2012, se responde la consulta sobre el caso en cuestión, en los términos que siguen:

1. CONSULTA

¿Tienen los hogares de paso que contar con licencia de funcionamiento otorgada por el ICBF, para prestar el servicio público de bienestar familiar?

2. ANÁLISIS

El presente problema jurídico se abordará de la siguiente forma: (2.1) Competencia del ICBF en la expedición de licencias de funcionamiento; (2.2) El Servicio Público de Bienestar Familiar; (2.3) Naturaleza jurídica de los entes territoriales y (2.4) los hogares de paso.

(2.1) Competencia del ICBF en la expedición de licencias de funcionamiento

El artículo 50 de la Ley 75 de 1968 creó el ICBF como un establecimiento público dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, cuyo objeto es propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteger a los niños, niñas y los adolescentes y garantizarles sus derechos.

El artículo 21 de la Ley 7[1] de 1979, al señalar las funciones asignadas al ICBF, incluyó en el numeral 6 la de asistir al presidente de la República[2] “en la inspección y vigilancia sobre las instituciones de utilidad común que tengan como objetivo la protección de la familia, los niños, las niñas y los adolescentes. Dicha función fue fortalecida en el artículo 16 de la Ley 1098 de 2006 al señalar que: “todas las personas naturales o jurídicas, con personería jurídica expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o sin ella, que aún con autorización de los padres o representantes legales alberguen o cuiden a los niños, niñas y adolescentes son sujetos de la vigilancia del Estado”.

En cumplimiento de lo anterior el numeral 8 del artículo 21 de la Ley 7 de 1979 le atribuyó al ICBF la facultad de otorgar personería jurídica a las instituciones que tienen por objeto la protección de los niños, niñas y adolescentes, así como de conceder, suspender y cancelar las licencias de funcionamiento para establecimientos públicos o privados de protección al menor de edad y a la familia y a las instituciones que desarrollen programas de adopción.

Igualmente el Decreto 276[3] de 1988, estableció en su artículo 2 como una de las funciones del ICBF (...) n) Otorgar, conceder y suspender personerías jurídicas, y licencias de funcionamiento a las Instituciones de utilidad común, que presten el servicio de Bienestar Familiar.

El inciso 2 del artículo 16 del Código de la Infancia y la Adolescencia señala: “(...) compete al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como ente rector, coordinador y articulador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, reconocer, otorgar, suspender y cancelar personerías jurídicas y licencias de funcionamiento a las instituciones del Sistema que prestan servicios de protección a los menores de edad o la familia y a las que desarrollen el programa de adopción”.

En este sentido mediante Resolución No. 3899 del 8 de septiembre de 2010, el ICBF estableció un régimen especial para el otorgamiento, reconocimiento, suspensión, renovación cancelación de personerías jurídicas y licencias de funcionamiento a las instituciones que pertenecen al Sistema Nacional de Bienestar Familiar, encargadas de prestar servicios de protección integral a los niños, niñas y adolescentes y autorizar a los organismos acreditados para desarrollar el Programa de Adopción internacional.

En virtud de lo establecido en el artículo 2 de la citada resolución, sus disposiciones se aplican a “(...) las personas jurídicas nacionales o internacionales que presten servicios de protección integral dirigidos a niños, niñas o adolescentes y a sus familias en el territorio nacional, bien sea que

cuenten con personería jurídica expedida por el ICBF o por autoridades diferentes, sin perjuicio de los regímenes especiales o excepcionales que rijan a poblaciones especiales tales como afro-colombianas, indígenas, raizales y ROM.

En este sentido es claro que la licencia de funcionamiento es aplicable exclusivamente a las personas jurídicas.

(2.2) El servicio Público de Bienestar Familiar

Se entiende como Servicio Público de Bienestar Familiar el conjunto de acciones del Estado que se desarrollan para cumplir en forma integral y permanente con el reconocimiento, la garantía, protección y restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como la prevención de su amenaza o vulneración y el fortalecimiento familiar.[4]

El artículo 205 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece que el ICBF es el ente del Sistema Nacional de Bienestar Familiar y tiene a su cargo la articulación de las entidades responsables de la garantía de los derechos, la prevención de su vulneración, la protección y restablecimiento de los mismos en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal.

El Decreto 936 de 2013 indica los principios rectores del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, indicando que:

"El Sistema Nacional de Bienestar Familiar está regido por las normas constitucionales de garantía de los derechos de niños, niñas y adolescentes y de prevalencia de los derechos de la niñez, establecidos en el artículo 44 de la Carta Política; por la Ley 12 de 1991, por medio de la cual se adopta la Convención sobre los Derechos del Niño de la Asamblea General de las Naciones Unidas; por los principios de protección integral; interés superior de

los niños, las niñas y los adolescentes, prevalencia de los derechos, corresponsabilidad, exigibilidad de los derechos y perspectiva de género consagrados en los artículos 7, 8, 9, 10, 11 y 12 de la Ley 1098 de 2006 y por los principios rectores de las políticas públicas de infancia, adolescencia y familia previstos en el artículo 203 de la misma ley”.

En el marco de la necesaria articulación y coordinación el mismo Decreto dispone los objetivos del Sistema de Bienestar Familiar, así:

1. Lograr la protección integral de la primera infancia, la infancia y la adolescencia y promover el fortalecimiento familiar a través de una respuesta articulada y oportuna del Estado bajo el principio de corresponsabilidad con la familia y la sociedad.
2. Promover la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas de primera infancia, infancia y adolescencia y fortalecimiento familiar en los ámbitos nacional y territorial con enfoque diferencial.
3. Lograr que la primera infancia, la infancia y la adolescencia y el fortalecimiento familiar sean una prioridad social, política, técnica y financiera en el ámbito nacional y territorial.
4. Mejorar el ejercicio de la participación y movilización social en torno a la protección integral de la primera infancia, la infancia, la adolescencia y el fortalecimiento familiar en los niveles nacional y territorial.
5. Evaluar y hacer seguimiento del estado de realización de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

(2.3) Naturaleza jurídica de los entes territoriales

Nuestra Constitución Política, marco supremo que define los pilares sobre los cuales se estructura el Estado, ha establecido dentro de sus principios fundamentales que:

“Colombia es un estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales” (...)

(...) y además, señala como fines esenciales.

“Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”.

Por su parte, el artículo 286 del mismo Ordenamiento Superior determina que:

“Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas”.

Respecto a las entidades territoriales la Corte Constitucional,[5] ha manifestado:

“El carácter de entidad territorial implica pues, el derecho a gobernarse por autoridades propias, a ejercer las competencias que les correspondan, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y, por último, participar en las rentas nacionales. De esta forma, tal reconocimiento se traduce en autonomía política, esto es, la capacidad de elegir a sus gobernantes (alcalde, concejales, ediles, personero y contralor), autonomía administrativa, es decir la facultad de manejar los asuntos de su jurisdicción, tales como la organización de los

servicios públicos, la administración de sus bienes y la solución de todos los problemas que surjan en desarrollo de sus actividades y finalmente, autonomía fiscal, que implica la potestad para fijar tributos, participar en las rentas nacionales y administrar sus recursos”.

Quiere decir lo anterior que las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses de acuerdo a lo consagrado en la Constitución Política y la Ley.

Es importante resaltar que entre otros uno de los principios del ordenamiento territorial está el de “la economía y el buen gobierno”, a través del cual se debe garantizar la planeación y participación de los entes territoriales en el desarrollo de sus regiones, auto sostenibilidad económica, el saneamiento fiscal, promoviendo así mecanismos asociativos que privilegien la optimización del gasto público y el buen gobierno en su conformación y funcionamiento, así como la posibilidad de desarrollar alternativas de asociación, contratos o convenios.

(2.4) Hogares de paso

De acuerdo con el lineamiento técnico para la modalidad de hogar de paso para niños, niñas y adolescentes con sus derechos amenazados, inobservados o vulnerados, aprobado mediante resolución No. 6021 del 30 de diciembre de 2010, los hogares de paso son una medida de restablecimiento de derechos, consistente en la ubicación inmediata y provisional de niños, niñas y adolescentes con familias que forman parte de la red de hogares de paso organizada en cada municipio o departamento en el marco del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

Dichos hogares son conformados por familias que pertenecen a la Red de Hogares de Paso que son “el grupo de familias registradas en el programa de protección de los niños, las niñas y los adolescentes que están dispuestas a

acogerlos, de manera voluntaria y subsidiada por el Estado, en forma inmediata, para brindarles el cuidado y atención necesarios (art. 58, Ley 1098 de 2006).[6]

Con relación a la operación de los hogares de paso es pertinente indicar que esta puede desarrollarse también a través de personas jurídicas o por las entidades territoriales.

5. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta las consideraciones de orden legal expuestas se puede concluir lo siguiente:

PRIMERA: La licencia de funcionamiento es aplicable exclusivamente a las personas jurídicas, en razón a lo anterior: (i) si una entidad se encuentra interesada en operar el servicio público de bienestar familiar en la modalidad de hogar de paso, deberá contar con la respectiva licencia de funcionamiento otorgada por el ICBF; (ii) si la operación de los hogares de paso se realiza a través de familias que pertenecen a la red de hogares de paso, no necesita licencia de funcionamiento y (iii) si la operación se realiza a través de una entidad territorial, tampoco necesita licencia de funcionamiento atendiendo la naturaleza jurídica de estas.

El presente concepto[7] no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2001 <sic, es 2011>, Código de Procedimiento Administrativo y de lo 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. Por la cual se dictan normas para la protección de la niñez, se establece el Sistema nacional de Bienestar Familiar se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones.

2. Constitución Política artículo 189.

3. Por el cual se modifica parcialmente los estatutos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

4. Decreto 036 de 2013

5. Corte Constitucional. Sentencia C-1051 de 2001, norma acusada “LEY 53 DE 1989 “Por la cual se asignan funciones al Instituto Nacional del Transporte, se adicionan las relacionadas al tránsito terrestre automotor en todo el país y se conceden facultades extraordinarias para reformar el Código Nacional de Tránsito Terrestre. “Artículo 12. Para la creación de los organismos de tránsito a nivel municipal se requerirá concepto previo

favorable de las oficinas departamentales de planeación. M.P. Jaime Araujo Rentería.

6. ARTÍCULO 58. RED DE HOGARES DE PASO. Se entiende por Red de Hogares de Paso el grupo de familias registradas en el programa de protección de los niños, las niñas y los adolescentes, que están dispuestas a acogerlos, de manera voluntaria y subsidiada por el Estado, en forma inmediata, para brindarles el cuidado y atención necesarios. En todos los distritos, municipios y territorios indígenas del territorio nacional, los gobernadores, los alcaldes, con la asistencia técnica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, organizarán las redes de hogares de paso y establecerá el registro, el reglamento, los recursos, los criterios de selección y los controles y mecanismos de seguimiento y vigilancia de las familias, de acuerdo con los principios establecidos en este Código.

7. “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 Carbonell.