



CONCEPTO 115 DE 2016

(septiembre 21)

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

10400/091167

Bogotá, D. C.

MEMORANDO

PARA: Directora de Protección

ASUNTO: Solicitud de concepto 1-2016-091167-0101.

Atendiendo al asunto de la referencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 del Código Civil, artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, y numeral 4 del artículo 6 del Decreto 987 de 2012, se procede a emitir concepto en los siguientes términos:

I. SOBRE LA SOLICITUD

Se solicita concepto sobre la procedencia de autorizar la donación por parte de particulares en especial de acreditados para prestar servicios de adopción internacional, a una Institución autorizada

para desarrollar el programa de adopción en Colombia en nombre de la Red de organismos de adopción a nivel latinoamericano, para realizar el primer Congreso Latinoamericano de adopciones.

II. PROBLEMA JURÍDICO

Con base en los anteriores hechos y consideraciones, se identifican los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿La prohibición de donaciones en el programa de adopción, establecida en el Código de la Infancia y la Adolescencia, es de carácter general o tiene excepciones?
2. ¿Pueden las instituciones autorizadas para desarrollar el programa de adopción en Colombia recibir donaciones destinadas a la financiación de eventos internacionales sobre la adopción?

III. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, el presente concepto desarrollará la siguiente estructura. 3.1 Las donaciones en el programa de adopción en Colombia; 3.2 El convenio de la Haya en relación con la adopción; 3.3 La autorización para desarrollar el programa de adopción en Colombia; 3.4 Caso concreto.

3.1. Las donaciones en el programa de adopción en Colombia.

La donación de acuerdo con el artículo 1443 del Código Civil es un contrato por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta. Las partes en este contrato se denominan donante y donatario siendo el primero el que transfiere el bien y el segundo el que lo acepta.

Las entidades sin ánimo de lucro (Fundaciones, Asociaciones, Corporaciones y Entidades del Sector Solidario) son entidades legalmente autorizadas para recibir donaciones si cumplen con los siguientes requisitos:[1] i) haber sido reconocida como persona jurídica sin ánimo de lucro y estar sometida en su funcionamiento a vigilancia oficial, ii) haber cumplido con la obligación de presentar la declaración de ingresos y patrimonio o de renta, según el caso, por el año inmediatamente anterior al de la donación y iii) manejar, en depósito o inversiones en establecimientos financieros autorizados los ingresos por donaciones.

Las donaciones a las Fundaciones, Asociaciones, Corporaciones y Entidades del Sector Solidario pueden ser efectuadas por personas naturales o jurídicas, las cuales son deducibles del impuesto de renta para los contribuyentes obligados a presentar declaración de impuesto de renta.

En Colombia, el programa de adopción como medida de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, se desarrolla bajo la suprema vigilancia del Estado, no obstante, puede ser operado tanto por éste, en cabeza del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, o por Instituciones autorizadas para el efecto.

En tal virtud y dada la necesidad de garantizar que el programa se ejecute de manera transparente, proba y siempre privilegiando los derechos de los niños, niñas y adolescentes y su interés superior, el Código de la Infancia y la Adolescencia, estableció en su artículo 74, la prohibición de pago, en los siguientes términos:

“Prohibición de pago. Ni el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ni las instituciones autorizadas por este para desarrollar el programa de adopción, podrán cobrar directa o indirectamente retribución alguna por la entrega de un niño, niña o adolescentes para ser adoptado. En ningún caso podrá darse recompensa a los padres por la entrega que hagan de sus hijos para ser dados en adopción ni ejercer sobre ellos presión alguna para obtener su consentimiento. Tampoco podrán recibir donaciones de familias adoptantes, previamente a la adopción.

Quedan absolutamente prohibidas las donaciones de personas naturales o instituciones extranjeras a las instituciones colombianas como retribución por la entrega de niños, niñas o adolescentes en adopción.

Parágrafo. Sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar, el incumplimiento de esta disposición acarreará la destitución del funcionario infractor, o la cancelación de la autorización para adelantar el programa adopción si el hecho se hubiere cometido por una institución autorizada”.

Lo anterior significa que la prohibición expresa que realiza la Ley y demás normas está relacionada directamente con las instituciones que desarrollan programas de Adopción.

En igual sentido la Resolución 4274 de 2013 del ICBF, dispone en sus artículos 2 y 5:

"Prohíbese la financiación de proyectos de ayuda humanitaria por parte de organismos acreditados y autorizados en Colombia dentro del programa de adopción con recursos provenientes de familias adoptantes o que se encuentren en proceso de adopción”.

(...)

"Reiterar acorde con la regulación legal vigente en materia de adopciones, que: 1. Ni el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ni las instituciones autorizadas por este para desarrollar el programa de adopción, podrán cobrar directa o indirectamente retribución alguna por la entrega de un niño, niña o adolescente para ser adoptado; 2. En ningún caso podrá darse recompensa a los padres por la entrega que hagan de sus hijos para ser dados en adopción ni ejercer sobre ellos presión alguna para obtener su consentimiento; 3. Tampoco podrán recibir donaciones de familias adoptantes previamente a la adopción; 4. Quedan absolutamente prohibidas las donaciones de personas naturales o instituciones extranjeras a las instituciones colombianas como retribución por la entrega de niños, niñas o adolescentes en adopción". (subrayado fuera de texto)

Lo anterior significa que, en principio, la entrega de un apode económico, como puede ser una donación, se entiende como una dádiva o retribución directa o indirecta para la entrega de niños, niñas o adolescentes en adopción, no obstante, en cada caso en particular se debe verificar que dicha entrega no está motivada por los supuestos tácticos que están proscritos de conformidad con lo establecido en el artículo 74 de la Ley 1098 de 2006. Dejando claro que, frente al proceso de adopción existen unos costos establecidos y permitidos como son gastos médicos, atención psicológica, gastos administrativos y judiciales los cuales se encuentran publicados en la página web del ICBF.

3.2. El Convenio de la Haya en relación con la adopción.

El Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, acogido en La Haya durante la 17a sesión de la conferencia de derecho internacional privado, el 29 de mayo de 1993, fue adoptado como legislación interna entre otros países por Colombia mediante la Ley 265 de 1996 y tiene como objeto establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que reconoce el derecho internacional, y consagra en los artículos 8 y 32, que: i) Las autoridades centrales tomarán, directamente o con la cooperación de autoridades públicas, todas las medidas apropiadas para prevenir beneficios materiales indebidos en relación a una adopción y para impedir toda práctica contraria a los objetivos del Convenio; ii) Nadie puede obtener beneficios materiales indebidos, como consecuencia de una intervención relativa a una adopción internacional; iii) Sólo se podrán reclamar y pagar costes y gastos directos, incluyendo los honorarios profesionales razonables de las personas que han intervenido en la adopción; iv) Los directores, administradores y empleados de organismos que intervengan en la adopción no podrán recibir remuneraciones desproporcionadas en relación a los servicios prestados.

La Oficina Permanente del Convenio de La Haya en la Guía de Buenas Prácticas, creadas con la finalidad de asistir a los Estados (sean o no Estados contratantes), en la implementación práctica del

Convenio de manera que se alcancen los objetivos relativos a la protección del niño adoptado internacionalmente, ha manifestado lo siguiente:

"Una adopción internacional ética, por tanto, requiere que el principio de subsidiariedad, de conformidad con el artículo 4 b) del Convenio, se aplique en el Estado de origen y que se determine la adoptabilidad del niño, previo a cualquier consideración de la adopción internacional

Si los Estados de origen aplican el principio de subsidiariedad de manera más efectiva, deben fortalecer sus sistemas de protección de la infancia. Los Estados de recepción pueden y deberían asumir un rol importante en ayudar a fortalecer los sistemas de protección de la infancia en los Estados de origen. La responsabilidad no debería, en general, imponerse a los organismos acreditados, puesto que la protección de la infancia es una responsabilidad del Estado (véase la discusión en el capítulo 10 y la Recomendación de la Comisión Especial de 2000 que hace referencia al apoyo de los "países de recepción", mencionada en el párr. 420 más abajo).

Los organismos acreditados habitualmente aceptan o requieren contribuciones y donaciones de los futuros padres adoptivos para los Estados de origen, para ayudar a construir los servicios de protección de la infancia. Las contribuciones y donaciones a veces son justificadas alegando que asistirán a los Estados de origen en la implementación del principio de subsidiariedad. Desafortunadamente, a veces, tienen el efecto opuesto, cuando estos fondos estimulan la actividad de proporcionar niños para la adopción internacional. Puesto que el dinero resulta de los pagos obligatorios y voluntarios de los futuros padres adoptivos, inconscientemente o de otra forma, a menudo tienen la expectativa de recibir a un niño porque el dinero ha sido pagado.

Además, un Estado de origen que espera asegurar un flujo constante de fondos externos para apoyar los esfuerzos de protección de la infancia puede sentirse obligado a garantizar un flujo constante de niños para la adopción internacional. Aquello contradice el propósito de la adopción internacional, tal y como se manifiesta anteriormente (...).

9.5 Los riesgos de permitir las contribuciones

Se han identificado los siguientes riesgos relacionados con las contribuciones (algunos de estos riesgos también se aplican a las donaciones):

- el Estado de origen puede volverse dependiente de los fondos de la adopción internacional;

- las contribuciones pueden crear un incentivo para promover la adopción internacional, en vez de promover las soluciones nacionales y fortalecerla capacidad de implementar mejor el principio de subsidiariedad;
- si el monto no está establecido, las contribuciones pueden tener el efecto negativo de alargarla estadía de un niño en una institución, cuando la institución espera mantener un flujo continuo de fondos para el cuidado del niño;
- algunos proyectos de cooperación financiados por las contribuciones de los organismos acreditados pueden tener como objetivo obtener un mayor número de niños para la adopción internacional;
- cuando la adopción internacional está fomentada por la demanda y se ofrecen incentivos financieros, puede que no se investigue la adoptabilidad de forma adecuada, y que la subsidiariedad no se implemente correctamente; y
- es ingenuo asumir que las numerosas formas de contribuciones y donaciones no tienen ninguna influencia en los resultados de las adopciones internacionales.”[2] (subrayado fuera de texto)

Como se puede observar y de acuerdo a lo anterior tanto para el ICBF como para los organismos autorizados para prestar servicios de adopción le está prohibido recibir de manera directa o indirecta retribución alguna por parte de personas naturales o jurídicas en contraprestación a la entrega de un niño, niña o adolescente. Adicionalmente la guía de buenas prácticas, si bien reconoce que las contribuciones y las donaciones en materia internacional no están prohibidas, reconoce que estas pueden generar unos efectos adversos al programa de adopción, tal es este como la expectativa de un "flujo niños" para adoptar e incluso la influencia en el proceso mismo.

3.3. La autorización para desarrollar el programa de adopción en Colombia.

El artículo 21 de la Ley 7 de 1979, al señalar las funciones asignadas al ICBF, incluyó en el numeral 6 la de asistir al presidente de la República 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.

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,[3] 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 prestar servicios de adopción internacional.

La Resolución establece respecto de la licencia de funcionamiento para desarrollar el programa de adopción que, "la persona jurídica deberá estar organizada como Institución sin ánimo de lucro y destinarla totalidad de sus recursos al desarrollo de sus objetivos estatutarios".

Asimismo, el artículo 19, dispone dentro de los requisitos técnico-administrativos que deben acreditar las personas jurídicas que soliciten la licencia de funcionamiento para desarrollar el programa, lo siguiente:

“1. Contar con el programa del servicio de adopción, donde se describan y desarrollen las actividades y temas a abordar, la metodología, los tiempos y responsables de los componentes siguientes: preparación, el acompañamiento, evaluación y seguimiento posadopción a las familias solicitantes, de conformidad con el Lineamiento Técnico del Programa de Adopciones”.

Como puede verse, las Instituciones a quienes el ICBF les ha conferido licencia de funcionamiento para desarrollar el programa de adopción en Colombia, tienen claramente definido su margen de acción, de acuerdo con sus estatutos y los lineamientos técnicos del programa de adopción, en el cual la figura de la representación o la actuación en nombre de otras entidades u organismos nacionales o internacionales, no se encuentra establecida.

3.4 Caso concreto

La Directora de Protección, solicita concepto jurídico para resolver el siguiente interrogante:

"¿Puede el ICBF autorizar a la Fundación de Ayuda a la Niñez Abandonada en nombre de la Red de Organismos de Adopción a nivel Latinoamericano (RELAC) para obtener patrocinios y apoyo económico de particulares, en especial de organismos acreditados para prestar servicios de adopción internacional, para la realización del Primer Congreso Latinoamericano de Adopciones los días 27 y 28 de octubre de 2016 en Bogotá, evento a cargo de la Red Latinoamericana de Organismos de Adopción?"

Para el caso concreto, manifiesta la Directora de Protección en la solicitud de concepto que la Red Latinoamericana de Organismos de Adopción RELAC, es un organismo que agrupa 15 instituciones latinoamericanas autorizadas para adelantar procesos de adopción, cuyo objetivo es la promoción de la adopción como una opción válida para la restitución de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Se indica adicionalmente, que el apoyo económico que recibiría la Institución Autorizada para desarrollar el Programa de Adopción, sería en nombre de la Red Latinoamericana de Organismos de Adopción RELAC, y con destino a la financiación de un Congreso Latinoamericano de Adopciones, organizado por dicho organismo.

Frente a lo anterior, esta Oficina considera en primer lugar que la naturaleza jurídica de dicho organismo no se encuentra clara, dado que no es una institución autorizada ni un organismo acreditado por el Estado Colombiano, que pueda válidamente actuar en nuestro País en el programa de adopción.

De otra parte, tampoco se entiende la razón por la cual la Institución Autorizada en Colombia recibiría en su nombre los apodes económicos para el evento, figura de representación que como se manifestó anteriormente, resulta extraña al objeto del programa de adopción y a la autorización dada por el Estado Colombiano, que está circunscrita al desarrollo del programa en Colombia, no a la representación y promoción de organismos de carácter internacional.

Finalmente, sin perjuicio de lo anterior, y en cuanto al evento propiamente dicho, se considera que, si el mismo tiene una finalidad académica, de debate y construcción de mejores prácticas para el desarrollo de la adopción en los países latinoamericanos, en principio no se encontraría dentro de las prohibiciones establecidas en la normativa citada. No obstante, se debe ser cuidadoso respecto de los siguientes aspectos:

1. Se debe evaluar que el evento no promocióne la adopción internacional en primera instancia, sino que se respete el principio de subsidiariedad de ésta y la promoción y privilegio de la adopción nacional, en consonancia con lo establecido en el Código de la Infancia y la Adolescencia y el

Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

2. En la entrega de recursos a cualquier título, a una Institución autorizada para desarrollar el programa, se debe garantizar que no se genere una expectativa en los organismos y demás particulares, respecto de los procesos de adopción en curso o futuros que se pudieran desarrollar, puesto que ello generaría un riesgo para la transparencia del programa e incurriría en las prohibiciones consagradas en la normativa vigente.

IV. CONCLUSIONES

1. En Colombia, tanto el ICBF como los organismos autorizados para prestar servicios de adopción tienen prohibido recibir de manera directa o indirecta retribución alguna por parte de personas naturales o jurídicas en contraprestación a la entrega de un niño, niña o adolescente. Esta prohibición tiene como fundamento asegurar que la adopción garantice la finalidad para la cual se encuentra autorizada, esto es, la garantía y restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y que se realice conforme a principios de transparencia, ética y probidad y atendiendo siempre el interés superior de los sujetos de derechos en favor de quien se promueve.

2. La guía de buenas prácticas para la adopción, si bien manifiesta que las contribuciones y las donaciones en materia internacional no están prohibidas, reconoce que estas pueden generar unos efectos adversos al programa de adopción, tales como la expectativa de un “flujo niños” para adoptar e incluso la influencia en el proceso mismo. Motivo por el cual es necesario que en cada caso se estudie detalladamente la finalidad de las contribuciones y/o donaciones, para garantizar los principios antes señalados.

Por último, es preciso indicar que 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 los numerales 8 y 15 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

MARÍA TERESA SALAMANCA ACOSTA

Jefe Oficina Asesora Jurídica (e)

* * *

1. Artículo 125-1 Estatuto Tributario

2. Guía No. 2. Acreditación y organismos acreditados para la adopción

3. Modificada parcialmente por las Resoluciones 3435 y 9555 de 2016

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