

CONCEPTO 68753 DE 2019

(octubre 1)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

DE: Antonio José Trujillo Illera, Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa, 1-0014

ASUNTO: Viabilidad de inclusión de menores en custodia en los programas de bienestar social del SENA

En atención su comunicación electrónica radicada con número 8-2019-057790 del 27 de agosto de 2019, mediante la cual solicita concepto sobre la viabilidad de incluir en los programas de bienestar social del SENA a menores de edad recibidos en adopción por una servidora pública del SENA; al respecto, de manera comedida le informo.

En su solicitud pone de presente, entre otras cosas, lo siguiente:

“Es pertinente resaltar que el programa de bienestar social, es un proceso de construcción permanente y participativo, que busca crear, mantener y mejorar las condiciones que favorezcan el desarrollo del empleado público, el mejoramiento de su nivel de vida y el de su familia.

En este orden de ideas, a partir de los documentos allegados, se pudo concluir que los niños xxxxx y xxxxxxx se encuentran bajo su custodia y cuidado, lo cual nos lleva a cuestionar ¿los menores al pertenecer al núcleo familiar de la señora xxxxxx, ostentan todos los derechos de beneficiarios como hijos, en virtud de la igualdad, dignidad humana, obedeciendo a los intereses superiores de los niños, con el fin de que gocen de una protección, desarrollo y formación integral?

En consecuencia, ¿Sería pertinente que el SENA acceda a la petición de la señora xxxxxxx, con el fin de proteger y coadyuvar al desarrollo y formación integral de los menores, y conforme a los lineamientos legales, jurisprudenciales y consideraciones expuestos anteriormente?”

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

ANÁLISIS NORMATIVO

En relación con el asunto consultado, es menester precisar que el Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa de la Dirección Jurídica no resuelve casos particulares ni entra a analizar situaciones concretas que son del resorte de las áreas o instancias institucionales que tienen la competencia para abordarlos y resolverlos o brindar la orientación o asesoría pertinente.

Esto es así por cuanto nuestros pronunciamientos, en virtud de lo dispuesto en el artículo [28](#) del

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley [1437](#) de 2011), incorporado por la Ley [1755](#) de 2015, no son obligatorios ni tienen carácter vinculante, motivo por el cual no es dable exigir a la administración que aplique nuestros conceptos como si se tratara de una norma o acto administrativo capaz de producir efectos jurídicos.

Nuestra dependencia emite conceptos de carácter general sobre dudas en la interpretación de las normas jurídicas o cuando quiera que se presenten enfoques diferenciales en su aplicación a fin de dilucidar el tema y lograr la unidad doctrinal.

En este orden de ideas se analizará en abstracto el caso consultado, para que la instancia competente decida lo procedente.

La Ley [1098](#) de 2006^[1] con el fin de garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en un ambiente donde prevalezca la igualdad y la dignidad humana, dispuso en su capítulo II una serie de medidas^[2] para el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes con el objeto de velar por la restauración de su integridad, así como el ejercicio efectivo de los derechos que han sido vulnerados a los menores.

En tal sentido, la citada ley determino en su artículo [56](#) como una medida de restablecimiento de derechos, la ubicación en familia de origen o familia extensa^[3] la cual permite mediante actuación administrativa adelantada por la autoridad competente, la ubicación del niño, niña o adolescente con sus padres o parientes cuando estos ofrezcan las condiciones para garantizarles el ejercicio de sus derechos y atendiendo su interés superior, situación que permite tener la custodia del menor.

Por otra parte, la enunciada ley establece una diferencia conceptual en cuanto a la adopción, toda vez que, “(...) la adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza.” (Subrayas fuera de texto).

Una vez se haya establecido dicha relación paterno-filial, es decir, que se haya surtido el proceso determinado legalmente y sea decretada la adopción mediante acto administrativo, se producen unos efectos jurídicos señalados expresamente en la ley así:

“(...) Artículo [64](#). Efectos jurídicos 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. (...)” (Subrayas fuera del texto)

Ahora bien, es pertinente aclarar que en virtud de lo dispuesto en el artículo [288](#) del Código Civil, la patria potestad corresponde a “el conjunto de derechos y obligaciones que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone”

Aunado a lo anterior, con relación a los derechos que otorga la patria potestad a los padres del menor de edad, en Sentencia C-145 de 2010, la Corte Constitucional indicó:

“(…) estos se reducen a: (i) al usufructo de los bienes del hijo, (ii) al de administración de esos bienes, y (iii) al de representación judicial y extrajudicial del hijo. En relación con el derecho de representación, la legislación establece que el mismo es de dos clases: extrajudicial y judicial. El primero, se refiere a la representación que ejercen los titulares de la patria potestad, sobre los actos jurídicos generadores de obligaciones que asume el hijo, y que no involucran procedimientos que requieran decisión de autoridad. El segundo, el de representación judicial comporta las actuaciones o intervenciones en procedimientos llevados a cabo, no sólo ante los jueces, sino también ante cualquier autoridad o particular en que deba participar o intervenir el hijo de familia, ya sea como titular de derechos o como sujeto a quien se le imputan responsabilidades u obligaciones. En cuanto a los derechos de administración y usufructo, éstos se armonizan con el de representación, y se concretan en la facultad reconocida a los padres para ordenar, disponer y organizar, de acuerdo con la ley; el patrimonio económico del hijo de familia y lograr de él los mejores rendimientos posibles, constituyéndose, el usufructo, en uno de los medios con que cuentan para atender sus obligaciones de crianza, descartándose su utilización en beneficio exclusivo de los padres. En relación con los derechos sobre la persona de su hijo, que se derivan de la patria potestad, se relacionan con el derecho de guarda, dirección y corrección, materializado en acciones dirigidas al cuidado, la crianza, la formación, la educación, la asistencia y la ayuda del menor, aspectos que a su vez constituyen derechos fundamentales de éste.(…)”

En tal sentido, en Concepto 112 de 2013^[4] el Instituto Colombiano de bienestar Familiar (ICBF), señaló, entre otras cosas, lo siguiente:

“(…) La patria potestad es una institución jurídica creada por el derecho, no en favor de los padres sino en interés de los hijos no emancipados, para facilitar a los primeros la observancia adecuada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación. Desde este punto de vista, la patria potestad descansa sobre la figura de la autoridad paterna y materna, y se constituye en el instrumento adecuado para permitir el cumplimiento de las obligaciones de formación de la personalidad del menor, atribuidos en virtud de la relación parental, a la autoridad de los padres (...)

(…) Consideramos importante aclarar que en Colombia no es lo mismo la patria potestad a la custodia y cuidado personal de un niño niña o adolescente, toda vez que la custodia y cuidado personal se traduce en el oficio o función mediante el cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta del niño, niña o adolescente y la cual corresponde de consuno a los padres legítimos, extra matrimoniales o adoptivos y se podrá extender a una tercera persona y la patria potestad hace referencia al usufructo de los bienes administración de esos bienes, y poder de representación judicial y extrajudicial del hijo, en cabeza de los padres y que solo el Juez de Familia podrá disponer en un tercero.(…)

(...) Según consideraciones de la Corte Constitucional Colombiana con la custodia,^[5] se busca, “...como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad”.

Cuando se otorga la custodia del menor de edad a familiares u otras personas, no se transmite la patria potestad^[6] y adicionalmente no sustrae a los padres de las obligaciones contempladas por la ley para con sus hijos.(...)” (Subrayas fuera de texto).

La Resolución 059 de 2016, modificada por la Resolución [2001](#) de 2016, por la cual se establecen lineamientos para el Programa de Bienestar Social e Incentivos para los Empleados Públicos de carrera administrativa y libre nombramiento y remoción del SENA, en su artículo [1](#)o dispone:

“ARTÍCULO [1](#). Para los efectos de la presente resolución, se definen los conceptos aplicables al programa de bienestar social y al sistema de estímulos para los empleados públicos. (...) Familia El grupo familiar podrá estar integrado por el cónyuge o compañero (a) permanente, los padres del empleado público que dependan económicamente de él, los hijos menores de 18 años (naturales, adoptivos e hijastros o entenados) o discapacitados que dependan económicamente de él. Entiéndase por familia en su concepto amplio al incorporar al hijo o hija de uno sólo de los cónyuges, respecto del otro, es decir, los hijastros o entenados. (...)” (Se resalta en negrilla)

Por medio de la Resolución [059](#) de 2016,^[7] modificada por la Resolución [2001](#) de 2016, se establecieron lineamientos correspondientes para el Programa de Bienestar Social e Incentivos para los empleados públicos de carrera administrativa y libre nombramiento y remoción, señalando puntualmente dentro del marco de sus consideraciones por medio de fundamentos jurisprudenciales y normativos, y en su artículo [1](#)o que se entenderán incluidos dentro del programa en comento, los hijos menores de 18 años (consanguíneos, adoptivos e hijastros o entenados) o discapacitados mayores que dependan económicamente de él.

CONCLUSIONES

Acorde con lo enunciado en el acápite de análisis normativo y teniendo en cuenta la diferenciación conceptual entre custodia y adopción expuesta normativa y jurisprudencialmente, únicamente los hijos menores de 18 años bien sean consanguíneos, adoptivos e hijastros o entenados, tienen derecho de acceder al programa de bienestar social e incentivos para los empleados públicos de carrera administrativa y libre nombramiento y remoción vigente para el SENA.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley [1755](#) de 2015.

Cordial saludo,

Antonio José Trujillo Illera

Coordinador

Grupo de Conceptos Jurídicos y

Producción Normativa

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Ley [1098](#) de 2006 “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”.
2. “Artículo [53](#). Medidas de restablecimiento de derechos. Son medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes las que a continuación se señalan. Para el restablecimiento de los derechos establecidos en este código, la autoridad competente tomará alguna o varias de las siguientes medidas:
 1. Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico.
 2. Retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado.
 3. Ubicación inmediata en medio familiar.
 4. Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso.
 5. La adopción.
 6. Además de las anteriores, se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes.
 7. Promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar.

Parágrafo 1o. La autoridad competente deberá asegurar que en todas las medidas provisionales o definitivas de restablecimiento de derechos que se decreten, se garantice el acompañamiento a la familia del niño, niña o adolescente que lo requiera.”

3. Artículo [56](#). Ubicación en familia de origen o familia extensa. Modificado por el Artículo [217](#) de la Ley 1753 de 2015:

ARTÍCULO [217](#). Ubicación en medio familiar. Modifíquese el artículo [56](#) de la Ley 1098 de 2005, el cual quedará así:

“ARTÍCULO [56](#). Ubicación en medio familiar. Es la ubicación del niño, niña o adolescente con sus padres, o parientes cuando estos ofrezcan las condiciones para garantizarles el ejercicio de sus derechos y atendiendo su interés superior.

La búsqueda de parientes para la ubicación en medio familiar, cuando a ello hubiere lugar, se realizará en el marco de la actuación administrativa, esto es, durante los cuatro meses que dura la misma, o de la prórroga si fuere concedida, y no será excusa para mantener al niño, niña o adolescente en situación de declaratoria de vulneración. Los entes públicos y privados brindarán acceso a las solicitudes de información que en dicho sentido eleven las Defensorías de Familia, las cuales deberán ser atendidas en un término de diez (10) días. El incumplimiento de este término constituirá causal de mala conducta.

Si de la verificación del estado de sus derechos se desprende que la familia carece de recursos

económicos necesarios para garantizarle el nivel de vida adecuado, la autoridad competente informará a las entidades del Sistema Nacional de Bienestar Familiar para que le brinden a la familia los recursos adecuados mientras ella puede garantizarlos.

4. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000112_2013.htm

5. Corte Constitucional, Sentencia T – 510 de junio 19 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

6. Artículos [288](#) y [315](#) del Código Civil Colombiano “La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone. - Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro”, y “La emancipación judicial se efectúa, por decreto del juez, cuando los padres que ejerzan la patria potestad incurran en alguna de las siguientes causales: 1. Por maltrato del hijo. 2- Por haber abandonado al hijo. 3. Por depravación que los incapacite de ejercer la patria potestad. 4. Por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año. - En los casos anteriores podrá el juez proceder a petición de cualquier consanguíneo del hijo, del abogado defensor de familia y aún de oficio”.

7. Por la cual se establecen lineamientos para el Programa de Bienestar Social e Incentivos para los Empleados Públicos de carrera administrativa y libre nombramiento y remoción del SENA.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

