



Concepto 89461 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000089461

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000089461

Fecha: 03/03/2020 05:51:48 p.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEO. Madre Comunitaria. RAD. 20202060040222 del 31 de enero de 2020.

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual consulta si como madre comunitaria, al cambiar de empresa a una cooperativa de nombre precoopvivere como auxiliar pedagógica, perdería su antigüedad, porqué su contrato cambiaría de integral a prestación de servicios, así mismo solicita información encaminadas a determinar si en este año solo contratan licenciadas su perfil profesional como quedaría, me permito manifestarle lo siguiente.

De conformidad con el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

Razón por la cual, no es de nuestra competencia intervenir en situaciones particulares, actuar como ente de control, investigación, ni señalar los procedimientos a seguir.

No obstante, lo anterior, a manera de información me permito manifestarle lo siguiente:

EL ARTÍCULO 123 de la Constitución Política de Colombia establece:

«ARTÍCULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.»

De acuerdo con lo anterior, los servidores públicos que prestan sus servicios al estado, pueden clasificarse como miembros de las corporaciones públicas, empleados públicos y trabajadores oficiales.

Es oportuno señalar que servidor público es toda persona natural que mediante relación de trabajo y bajo continuada dependencia y subordinación ejerce funciones públicas en forma permanente o temporal a una entidad estatal, atribuidas al cargo o la relación laboral y que constan en la Constitución Política, la ley o el reglamento o le son señaladas por autoridad competente.

Respecto de la vinculación laboral de las madres comunitarias con las entidades administradoras del programa de hogares comunitarios de bienestar, se tiene que el Decreto 1072 de 2015, dispone:

«ARTÍCULO 2.2.1.6.5.2. Modalidad de vinculación. Las Madres Comunitarias serán vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo suscrito con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y contarán con todos los derechos y garantías consagradas en el Código Sustantivo de Trabajo, de acuerdo con la modalidad contractual y las normas que regulan el Sistema de Protección Social.

ARTÍCULO 2.2.1.6.5.3. Calidad de las madres comunitarias. De conformidad con el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012, las Madres Comunitarias no tendrán la calidad de servidoras públicas. Sus servicios se prestarán a las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios, las cuales tienen la condición de único empleador, sin que se pueda predicar solidaridad patronal con el ICBF.

ARTÍCULO 2.2.1.6.5.4. Empleadores. Podrán ser empleadores de las madres comunitarias, las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar que hayan sido constituidas legalmente, con capacidad contractual, personería jurídica y que cumplan los lineamientos establecidos por el ICBF.

ARTÍCULO 2.2.1.6.5.5. Garantía y control sobre el cumplimiento de las obligaciones laborales y de protección social por parte de los empleadores. Las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar constituirán las garantías requeridas para el cumplimiento de las acreencias laborales a favor de las Madres Comunitarias, las cuales deberán mantener su vigencia en los términos legales, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2923 de 1994.

PARÁGRAFO. En caso que las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar incumplan con sus obligaciones laborales o de seguridad social respecto de las Madres Comunitarias, el ICBF podrá dar por finalizado el respectivo contrato de aporte y hacer efectivas las pólizas, para garantizar las prestaciones laborales de las Madres Comunitarias.» (Subrayado Nuestro)

De conformidad con la normativa anterior, las Madres Comunitarias son vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo suscrito con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y contarán con todos los derechos y garantías consagradas en el Código Sustantivo de Trabajo, de acuerdo con la modalidad contractual y las normas que regulan el Sistema de Protección Social. También se deja claro que las madres comunitarias, en ningún caso, tendrán la calidad de servidoras públicas.

Sobre este particular, es importante traer a colación la sentencia por la Corte Constitucional, SU-079 de 2018, oportunidad en la que se deja sentada la posición frente a la naturaleza de la vinculación de las madres comunitarias:

«26. En punto a la relación jurídica entre las madres comunitarias, el ICBF y las entidades administradoras u operadoras del Programa Hogares Comunitarios, con anterioridad a la Ley 1607 de 2012 y el Decreto 289 de 2014, como atrás se indicó, el artículo 4º del Decreto 1340 de 1995 estableció que la vinculación de las madres comunitarias en dicho programa “no implica relación laboral con las asociaciones que para tal efecto se organicen, ni con las entidades públicas que participen en el mismo” (Destaca la Sala). Asimismo, el artículo 16 del Decreto 1137 de 1999¹, señaló que la participación de la comunidad en el desarrollo de los programas adelantados por el ICBF “en ningún caso implicarán una relación

laboral con los organismos o entidades responsables por la ejecución de los programas", pues dicha participación se trata de un trabajo solidario y una contribución voluntaria brindada por ésta

(...)

En efecto, para el caso de las madres comunitarias, su participación en dicho programa suponía una labor solidaria y una contribución voluntaria en beneficio de los menores objeto del mismo, que responde a la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, de acuerdo con el artículo 44 superior. En esa medida, el artículo 4º del Decreto 1340 de 1995² expresamente previó que la vinculación de las madres al aludido programa "no implica relación laboral con las asociaciones que para tal efecto se organicen, ni con las entidades públicas que participen en el mismo" (Destaca la Sala). En el mismo sentido, el artículo 16 del Decreto 1137 de 1999³, precisó que la participación de la comunidad en el desarrollo de los programas adelantados por el ICBF "en ningún caso implicarán una relación laboral con los organismos o entidades responsables por la ejecución de los programas".

En igual dirección, la jurisprudencia constitucional ha entendido que la relación entre las madres comunitarias y los entes vinculados al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, es de orden contractual civil⁴ y de allí "no se desprende una vinculación de carácter laboral", en los términos de la sentencia SU 224 de 1998. Esta consideración fue justamente la que tuvo en cuenta la Sala en el Auto 186 de 2017 para declarar la nulidad parcial de la sentencia T-480 de 2016, por cambio de jurisprudencia y no atenerse a la línea en vigor, al haber determinado dicho fallo de revisión que entre el ICBF y las madres comunitarias accionantes había existido un contrato de trabajo realidad, como se reseñó páginas atrás.

Debe recordarse que solo a partir del año 2014 con la expedición del Decreto 289⁵, las madres comunitarias fueron vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo con las entidades administradoras del Programa, quien es su único empleador, contando desde entonces con todos los derechos y garantías propios de una relación laboral.

Igualmente, tratándose de las madres sustitutas, se tiene que su labor responde al enfoque solidario y de corresponsabilidad social en beneficio de los menores en situación de vulneración de derechos. Es por esto que el entonces Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) en su artículo 79 estableció que "el hogar sustituto no tendrá derecho a reclamar remuneración alguna por el cuidado del menor, ni por ello se configurará relación laboral o contractual onerosa con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar". En el mismo sentido, el artículo 59 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), prevé que "en ningún caso se establecerá relación laboral entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y los responsables del hogar sustituto".

En suma, la actividad ejercida tanto por las madres comunitarias (hasta el 12 de febrero de 2014)⁶ como por las sustitutas en sus respectivos programas, no supuso una relación de carácter laboral con el ICBF, toda vez que su participación voluntaria en los mismos respondía a una manifestación de la solidaridad y corresponsabilidad que convoca al Estado, la familia y la sociedad para asegurar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Por tanto, al no poderse legalmente estructurar una relación de trabajo entre las accionantes y el ICBF, para la Corte no existía obligación alguna en cabeza de la entidad accionada de reconocerla y de pagar las prestaciones sociales inherentes a la misma como tampoco el pago de aportes parafiscales en favor de aquellas.

Si bien se encuentra acreditado en los expedientes acumulados mediante constancias, certificaciones y declaraciones, que la mayoría de las accionantes efectivamente se desempeñaron de forma permanente o periódica como madres comunitarias y sustitutas en distintas regiones del país, lo cierto es que el ICBF no está llamado a responder por los derechos fundamentales por ellas invocados, pues ha sido la ley y el reglamento, quienes han establecido las características del régimen jurídico de los hogares comunitarios y sustitutos de bienestar, no pudiendo la entidad actuar en contravía del ordenamiento que la rige⁷.

En ese orden, no puede atribuirse válidamente al ICBF haber ejecutado durante la existencia de los programas de hogares comunitarios y sustitutos actuaciones ilegales tendientes a desconocer relaciones de carácter laboral con las madres encargadas de los mismos, pues el ordenamiento jurídico como la jurisprudencia constitucional reiterada, no admitieron tal hipótesis.» (Subrayado fuera de texto)

Por consiguiente, en criterio de la Corte Constitucional, la actividad ejercida tanto por las madres comunitarias como por las sustitutas, no supone una relación de carácter laboral con el ICBF, toda vez que se trataba de una labor solidaria y una contribución voluntaria en beneficio de los menores objeto del mismo, de ahí que la relación entre las madres comunitarias y los entes vinculados al Programa de Hogares Comunitarios

de Bienestar fuere de orden contractual civil; en este sentido, no fue sino a partir del año 2014 con la expedición del Decreto 289 que las madres comunitarias fueron vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo con las entidades administradoras del Programa, quien es su único empleador.

Ahora bien, en relación con la vinculación mediante un contrato de prestación de servicios, la Ley 80 de 1993, señala:

«ARTICULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

1o. Contrato de obra.

(...)

3o. Contrato de prestación de servicios

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. (...)

Las personas vinculadas mediante contrato de prestación de servicios no se encuentran dentro de una relación laboral, en ese sentido no son considerados servidores públicos, sino particulares contratistas, y su relación contractual está regulada por las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993 y las demás normas que regulan la materia.

El contrato de prestación de servicios no supone las mismas condiciones de una relación legal y reglamentaria con la administración (empleado público) o de un contrato laboral, teniendo en cuenta que en la prestación de servicios no hay subordinación, lo que se traduce en que el contratista no cumple un horario de trabajo propiamente dicho, sino que debe cumplir con el objetivo para el que ha sido contratado en el plazo acordado, cosa distinta es que las actividades que se deben desarrollar para dar cumplimiento al objeto contractual deban realizarse por necesidades del servicio en determinadas horas.

En consecuencia, para el presente caso, podrá verificar con la empresa precoyvivere la naturaleza de su vinculación, así como las funciones o actividades que se desprenden de su actividad contractual, resaltando que, a partir de la suscripción del mencionado contrato, se genera una nueva relación con la citada empresa.

Finalmente, es oportuno resaltar que este Departamento no tiene competencia para pronunciarse en materia de contratación, por lo que no es procedente pronunciarse en torno a posibles contrataciones de licenciados, para lo cual podrá dirigirse directamente a la respectiva entidad o empresa que adelantará la misma, con el fin de obtener información sobre el particular.

Con respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Luz Rojas

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. "Por el cual se organiza el Sistema Administrativo de Bienestar Familiar, se reestructura el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones".

2. "Por el cual se dictan disposiciones sobre el desarrollo del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar".

3. "Por el cual se organiza el Sistema Administrativo de Bienestar Familiar, se reestructura el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones".

4. Sentencia T-269 de 1995: "Sin duda, alrededor de la relación surgida entre ambas partes -una entidad sin ánimo de lucro, de beneficio social, vinculada al Sistema Nacional de Bienestar Familiar, y un particular que nunca ostentó la calidad de empleado-, se puede decir que fue de orden civil; bilateral, en la medida en que los contratantes se obligaron recíprocamente: la madre, a la satisfacción del interés de su contraparte, o sea la adecuada prestación de una serie de servicios a los niños usuarios y a sus padres, y la asociación, al apoyo debido y al pago de la beca suministrada por el I.C.B.F.; consensual, puesto que no requirió de ninguna solemnidad; onerosa, porque daba derecho a la madre comunitaria para percibir parcialmente parte de la beca mencionada".

5 "Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 36 la Ley 1607 de 2012 y se dictan otras disposiciones".

6. Fecha a partir de la cual su vinculación laboral fue reglamentada con el Decreto 289 de 2014.

7. Al respecto no debe olvidarse que esta Corporación, en sentencia C-337 de 1993, señaló que el ejercicio de la actividad de la Administración se construye bajo el principio de la legalidad de los actos públicos. Tal principio consiste en que "los servidores públicos tan solo pueden realizar los actos previstos por la Constitución, las leyes o los reglamentos, y no pueden, bajo ningún pretexto, improvisar funciones ajenas a sus competencias".

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:27:22