



Función Pública

Concepto 389851 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000389851

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000389851

Fecha: 14/12/2019 01:36:28 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES ¿Se encuentra inhabilitada una candidata al concejo que suscribió contrato con el ICBF en calidad de representante de una entidad sin ánimo de lucro y percibe ingresos como madre comunitaria? Radicación No. 20192199000372942 del 13 de Noviembre de 2019.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si se encuentra inhabilitada una candidata al concejo que suscribió contrato con el ICBF en calidad de representante de una entidad sin ánimo de lucro y percibe ingresos como madre comunitaria, me permito informarle que:

Respecto de la inhabilidad consagrada en el numeral 3° del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, modificatorio del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, indica que para que haya lugar a ésta se requiere i) Intervenir en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel dentro del año anterior a la fecha de la elección, ii) En interés propio o de terceros y iii) que dichos contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo Municipio o distrito.

En ese sentido, sobre la diferencia entre la celebración y ejecución de contratos, el Consejo de Estado en Sentencia del 31 de agosto de 2006, radicado 4033, Magistrado Ponente: Reinaldo Chavarro Buriticá, señaló:

"(...)

"...esta Sala ha entendido por intervención en la celebración de contratos aquellas gestiones o actuaciones que indiquen una participación personal y activa en los actos conducentes a la celebración del mismo y permitan develar un claro interés sobre el particular. De esta manera, la intervención en la celebración de contratos comprende un concepto amplio que no solamente involucra a terceros que participan personal y activamente en las actividades precontractuales, sino también a las partes del contrato, en donde la participación personal se entiende directa.

De otra parte, ha establecido que lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la celebración de contratos y no su ejecución¹. Igual consideración expresó respecto de la intervención en la gestión de negocios".

En la sentencia C- 618 de 27 de noviembre de 1997 la Corte Constitucional señaló que dicha inhabilidad perseguía las siguientes finalidades constitucionales:

"evitar una confusión entre intereses públicos y privados. En efecto, quien ha intervenido en nombre propio o de terceros en la celebración de un contrato con la administración, en principio defiende los intereses particulares frente a los intereses del Estado, mientras que el alcalde tiene exactamente la función contraria, pues su función es la preservación de los intereses del municipio, por lo cual le corresponde incluso ejercer un control sobre los propios contratistas. Por ello, y como bien lo señalan los intervinientes, resulta razonable evitar que llegue a ser jefe de la administración local quien, como particular, ha participado en una contratación que interesa al municipio, sin que medie un plazo prudente que garantice la no incidencia del funcionario en las medidas, recursos y evaluaciones que se encuentran en cabeza de la administración.

De otro lado, la inhabilidad también puede cumplir otra finalidad constitucionalmente relevante, pues obstaculiza el aprovechamiento de recursos públicos para desfigurar los procesos electorales. En efecto, un contratista, por el hecho de adelantar obras de "utilidad para la comunidad, puede llegar a ejercer una cierta influencia local, que podría aprovechar en los procesos electorales municipales, con lo cual se viola la igualdad en este campo y se altera la propia dinámica de la participación política.

La Sección, por su parte, sostuvo en varias ocasiones que la inhabilidad solo podía predicarse frente a quienes intervienen en la celebración de contratos en interés particular (propio o de un tercero) y no frente a quienes celebraran contratos en su calidad de funcionarios públicos y en nombre de entidades públicas, pues en tal caso actúan como representantes del interés general y en cumplimiento de un deber legal.²" (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo con el anterior pronunciamiento, lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la celebración de contratos y no su ejecución. En consecuencia, puede inferirse que la fecha a tener en cuenta para que se configure la causal de inhabilidad relacionada con la celebración de contratos es el momento de su suscripción y no su ejecución.

Ahora bien, 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 fuera del texto)

De acuerdo con lo 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 el 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 respondió 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 atribuírsele 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 trata 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.

De igual manera, de conformidad con el numeral 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, que fue modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000⁸, no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado concejal municipal o distrital quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.

En ese sentido, para abordar la inhabilidad relacionada con la celebración de contratos, se indica que el solo hecho de ser Madre Comunitaria no comporta automáticamente causal e inhabilidad que le impida a ésta, postularse como candidata a cargos de elección popular, en este caso, aspirar a ser elegida como concejal, ya que como se dejó indicado anteriormente, la relación contractual de la madre comunitaria es con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, y no directamente con el ICBF.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Dirección Jurídica de acuerdo con lo que se ha dejado indicado en el presente concepto, si una persona intervino en la celebración o celebró un contrato con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, para el caso en consulta como representante legal de una entidad sin ánimo de lucro se encuentra inhabilitada para ser Concejal Municipal.

Para mayor información 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

Proyecto: Sandra Barriga Moreno

Aprobó: Dr. Armando López Cortes

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Sentencia de 6 de marzo de 2003 proferido por la Sección 58 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, entre otras.
2. Sentencias 2143 de 11 de febrero de 1999 y de 24 de agosto de 2001, radicación 2583, proferidas por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado.
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. “Por el cual se dictan disposiciones sobre el desarrollo del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar”.
5. “Por el cual se organiza el Sistema Administrativo de Bienestar Familiar, se reestructura el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones”.
6. 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”.*
7. “Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 36 la Ley 1607 de 2012 y se dictan otras disposiciones”.
8. Fecha a partir de la cual su vinculación laboral fue reglamentada con el Decreto 289 de 2014.

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:09:20