República de Colombia
Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
Cecilia De la Fuente de Lleras
Regional Bolívar

BIENESTAR FAMILIAR

TODOS POR UN NUEVO PAÍS
PAZ EQUIDAD EDUCACIÓN

13000
Cartagena D. T. Y C.

ICBF-Cecilia de La Fuente de Lleras
Al contestar cite No. : S-2018-130115-1300
Fecha: 2018-03-08 09:59:29
Enviar a: EMILCE PAUTT DE TORRES
No. Folios: 1

Señora
EMILCE PAUTT DE TORRES
Carrera 9 N°14-36 Oficina 705 Edificio Colombia

Asunto: certificación de tiempo total prestado en servicios como madre comunitaria.

Respetada Señora, **EMILCE PAUTT DE TORRES**

En atención a la solicitud del asunto, presentada a la Dirección Regional del ICBF, según radicados radicado mediante la cual, solicita certificación de tiempo total prestado en servicios como madre comunitaria.

En el marco de nuestras competencias, con el fin de responder de fondo su petición le manifestamos:

Hogares Comunitarios de Bienestar y madre comunitaria.

Estos fueron creados como una estrategia de un Plan de Lucha contra la Pobreza Absoluta y la Generación de Empleo, regulados por la Ley 89 de 1988, el Decreto 2019 de 6 de septiembre de 1989 "*por el cual se reglamenta el parágrafo 2o del artículo primero de la Ley número 89 del 29 de diciembre de 1988*" y el Acuerdo 21 de 1989 de la Junta Directiva del ICBF "*por el cual se dictan procedimientos para el desarrollo del programa hogares comunitarios de Bienestar*".

El art. 1° del Decreto 2019 de 1989 clarifica que los Hogares Comunitarios de Bienestar previstos en el parágrafo 2° del art. 1° de la Ley 89 de 1988 "*se constituyen* ***mediante las becas que asigne el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y los recursos locales, para que las familias en acción mancomunada atiendan las necesidades básicas*** *de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de estratos sociales pobres del país*" (énfasis agregado al original), y en el mismo sentido el art. 1 del Decreto 1340 de 1995.

El Programa fue concebido como un referente comunitario, en virtud de la corresponsabilidad de toda la sociedad y del Estado en la protección de su núcleo fundamental: la familia.

El art. 3 del Decreto 1340 de 1995 establece que "*el funcionamiento y desarrollo del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, es ejecutado directamente por la comunidad a través de Asociaciones de Padres de Familia o de otras organizaciones comunitarias*" [1].

Para tal fin, el ICBF suscribe contratos de aporte con dichas Asociaciones de Padres de Familia o con otras organizaciones comunitarias, "*quienes atenderán niños menores de siete años organizados en grupos con diferentes edades que aseguren el proceso de socialización e interacción familiar*" [2]

Para el financiamiento del programa, el ICBF realiza un aporte a la Asociación de Padres u organización comunitaria quien es la encargada de *administrar* tales recursos los cuales "*se destinarán para financiar la dotación inicial, la capacitación, la beca, la supervisión y la evaluación*" [3]. La beca está formada por "*los recursos, que se asignen a las familias para atender a los niños y por lo tanto se destinarán a: madre comunitaria, reposición de dotación, aseo y combustible, raciones, material didáctico duradero y de consumo para hacer actividades con los niños y apoyo para servicios públicos*" [4].

[1] Decreto 1340 de 1995. Artículo 3º.
[2] Acuerdo 21 de 1996. Articulo Artículo 5º literal d).
[3] *Ibídem*, art. 4º.
[4] *Ibídem*, art. 4º.

Los Hogares Comunitarios de Bienestar funcionan bajo el cuidado de una madre comunitaria si es Hogar Comunitario Familiar o varias madres comunitarias si es Hogar Comunitario Múltiple o Empresarial, escogidas por la Asociación de Padres de Familia o la organización comunitaria.

La naturaleza jurídica de la relación entre las madres comunitarias y las entidades o personas que participan en el Programa, está regulada por el artículo 4 del Decreto 1340 de 1995, así:

> *"La vinculación de las madres comunitarias, así como la de las demás personas y organismos de la comunidad que participen en el programa de "Hogares de Bienestar", mediante su trabajo solidario, constituye contribución voluntaria, por cuanto la obligación de asistir y proteger a los niños, corresponde a los miembros de la sociedad y la familia; por consiguiente, dicha vinculación no implica relación laboral con las asociaciones y organizaciones comunitarias administradoras del mismo, ni con las entidades públicas que en él participen"* [5].

Inexistencia de la relación laboral con el ICBF.

El ICBF, al suscribir contrato de aporte lo hace con una persona jurídica, una Asociación de Padres, asociaciones comunitarias, u otra entidad sin ánimo de lucro, y estas a su vez efectúan los procedimientos para dar cabal cumplimiento al objeto del contrato de aporte. Por tal motivo la relación contractual que contrae el ICBF es con la persona jurídica y en ningún caso con las personas por éste contratadas.

Por otra parte, la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado ha diferenciado entre la vinculación laboral ordinaria y la vinculación laboral administrativa. En este último caso, además de los elementos que configuran la relación laboral ordinaria, la Constitución y la ley establecen tres (3) elementos adicionales para los empleos públicos, a saber:

> *"1.) La existencia del empleo en la planta de personal de la entidad (art. 122 C. P.). Si el empleo no está previsto en la respectiva planta de personal, es un imposible aceptar que se puede desempeñar lo que no existe. 2.) La determinación de las 'funciones' propias del cargo ya previsto en la planta de personal (Art. 122 de la C. P.). Para la determinación de dichas funciones se tienen en cuenta las de la Entidad, de la dependencia donde se labora y de la labor que cumple; especialmente se observan Los Manuales 'general y el específico' de funciones y requisitos aplicables. La 'obligación' del empleado es la de cumplir los mandatos del ordenamiento jurídico que le competan; la desobediencia tiene relación con dichos mandatos. 3.) La previsión de los recursos en el presupuesto para el pago de los gastos que demande el empleo, tienen que ver con el salario, prestaciones sociales, etc. (Art. 122 de la C. P.)."* [6].

En el presente caso, amén de la carencia de los elementos necesarios para que se configure una relación laboral ordinaria, no se encuentran los elementos necesarios para la existencia de una relación laboral administrativa, porque no existe en la planta de personal el cargo de madre comunitaria.

En los términos antes expuestos se ha pronunciado la especialidad laboral, por ejemplo, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante sentencia de 28 de marzo de 2008 donde mencionó lo siguiente:

> *"Por lo que no obstante ser cierto que el ICBF tiene la obligación de cubrir las cuotas referentes al pago de la seguridad social y prestaciones sociales de las personas que laboran en los hogares infantiles cuando éstas no sean cubiertas por las instituciones que los tienen a su cargo, en virtud a que dentro de sus potestades se encuentra la regulación y el manejo de los recursos destinados al ICBF, esto no se traduce en la existencia de un vínculo laboral entre el personal contratado por*

[5] Corte Constitucional, Sentencia T-628 de 2012.
[6] CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda. Sentencia del día 28 de julio de 2005. Consejero ponente Tarsicio Cáceres Toro.

la Institución y el ICBF; pues como se advierte de las disposiciones que reglan la facultad del ICBF de suscribir tales convenios, entre la persona que contrata el ente para que se desempeñe laboralmente en el programa, con el ICBF no se configura el elemento de subordinación; así mismo, la norma es clara en afirmar que la persona jurídica con la que se contrae el contrato de aporte debe prestar el servicio con personal a su cargo.

"Por tanto, como se ha reiterado por ésta Sala, para estar en presencia de una relación laborales indispensable que concurran tres requisitos prestación personal del servicio, remuneración y subordinación, advirtiendo que en el asunto de examen no se presenta éste último, pues la subordinación de la actora fue ante el Club de Leones del Socorro; y la obligación que asumió el ICBF de pagar los aportes al sistema de seguridad social no genera la subordinación que se reclama en la demanda; pues la contratación que tiene por fin consumar la función social para la cual fue diseñado el programa de los hogares infantiles, bajo la modalidad de los contratos de Aporte, ostenta naturaleza distinta de los normalmente signados por la administración pública

"Es por lo que en ningún desatino incurrió el juez de primera instancia al concluir que la relación de trabajo acreditada por la demandante lo fue con el Club de Leones del Socorro; pues de conformidad con Las Leyes que rigen La materia – Ley 7 de 1979-, las personas que laboran en los hogares infantiles dirigidos por los entes que celebran los Contratos de Aporte con el ICSF, sostienen vínculos laborales con la entidad contratista, independientemente de que las mismas cumplan sus funciones bajo los parámetros establecidos por el ICSF, por potestad que es legislativa" (subrayado fuera de texto).

Así entonces, de lo anteriormente expuesto se pueden extraer tres (3) argumentos que evidencian la inexistencia de vínculo laboral entre el ICBF y las madres comunitarias:

1. La existencia de normas de carácter legal y reglamentario que excluyen de manera expresa vínculo laboral entre el ICBF y las Asociaciones de Padres u otras asociaciones comunitarias, entre tales asociaciones y las madres comunitarias, así como entre el ICBF y las madres comunitarias.
2. Inexistencia de vínculo contractual alguno entre las madres comunitarias y el ICBF.
3. Y, en todo caso, inexistencia de subordinación, teniendo en cuenta lo siguiente:
   - Inexistencia de jerarquía organizacional, institucional o cualquiera otra.
   - Las funciones y las obligaciones que desarrollan las madres comunitarias tienen su fuente en la distribución de competencias prevista en el artículo 44 de la Constitución Política.
   - Inexistencia de facultad disciplinaria por parte del ICBF frente a las madres comunitarias.
   - Los requerimientos de idoneidad a las madres comunitarias no significan subordinación o dependencia.
   - La corresponsabilidad en la protección integral de la familia, prevista en el artículo 42 de la Constitución Política.
4. Inexistencia de los elementos necesarios para la existencia de una relación laboral administrativa e inexistencia en la planta de personal del ICBF el cargo de madre comunitaria.

Vale la pena señalar que, en virtud de la normatividad anterior y los precedentes citados, la postura fijada por la Corte Constitucional en Sentencia T-480 de 2016 no es jurisprudencia pacífica, al respecto es preciso que se tenga en cuenta las consideraciones expuestas por la Honorable Magistrada Maria Victoria Calle Cadena en el salvamento de voto de la citada providencia:

"La Corte tenía entonces fundamentos para tomar decisión que les garantizara el acceso a la seguridad social, a quienes carecían de ella; es decir, debía ampararlas frente a la vejez, la invalidez y la muerte, sin que fuera necesario para ello ***declarar infundadamente un contrato realidad****."*

"Ahora bien, como esto comprendía un amplio universo de beneficiarios, y el Estado debe tener un tiempo suficiente para cumplir una orden de acatamiento complejo, la decisión debía tener carácter progresivo, lo anterior, sin perjuicio de que cada tutelante pudiera demostrar,

individualmente ***y en el escenario judicial pertinente*** *(ordinario, o de tutela cuando se dieran las condiciones, la existencia de un contrato realidad, probado por sus características efectivamente acreditadas en la práctica."*

Bajo el contexto anterior, existe una imposibilidad para el ICBF de poder suministrar la información requerida respecto a: i) certificación de la fecha que inicio a su labor como Madre Comunitaria de Bienestar, ii) Certificación sobre el tiempo total del servicio prestado como Madre Comunitaria de Bienestar, ya que la misma esta en cabeza del operador para el cual usted prestó sus servicios (entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar), por lo tanto es este el ente idóneo para suministrar la información pretendida.

Cordialmente,

LENNY CUELLO ESCOBAR
Directora (e) ICBF Regional Bolívar

Proyectó: Lina Castillo – Abogada (contratista) – Grupo Jurídico
Revisó: Castula Teresa Escandón Reyes – Coordinadora Grupo Jurídico
SIM: 1504454