

Respuesta comunidad de Macucichon y sector del Pajaro a queja recibida el viernes, 29 de enero de 2021 a las 20:57 pm

En atención a la petición allegada a través del Bettoresponde@icbf.gov.co, en la cual señala: **“La comunidad de macucichon y todo el sector del Pajaro exigimos que nuestro operador energía vital continúe la atención en nuestro territorio wayuu de no ser así ustedes serán los responsables de la muerte de los niños wayuu por desnutrición no aceptamos mas imposición de operadores en territorio ancestral wayuu”**, nos permitimos dar respuesta de la siguiente manera:

El ICBF reconoce la importancia de garantizar el desarrollo integral de las niñas y los niños de cero a cinco años, mediante la protección y garantía de sus derechos, la educación inicial, cuidado, salud, nutrición, protección y participación, es por ello por lo que nuestras acciones están articuladas con la Ley de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia ‘De Cero a Siempre’ - Ley 1804 de 2016.

Es necesario señalar que la contratación de los servicios de Bienestar Familiar se realizan a través del contrato de aporte, el cual es una modalidad de contratación prevista para la atención del servicio público de bienestar familiar, definida en el Decreto reglamentario No. 2388 de 1979 en su artículo 127, así:

“Artículo 127: Por la naturaleza especial del Servicio de Bienestar Familiar, el ICBF podrá celebrar contratos de aporte, entendiéndose por tal, cuando el instituto se obliga a proveer a una institución de utilidad pública o social de los bienes (edificios, dineros, etc) indispensables para la prestación total o parcial del servicio, actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución, con personal de su dependencia, pero de acuerdo con las normas y el control del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, su vigencia será anual, pero podrá prorrogarse de año en año”.

Esta disposición normativa encuentra plena correspondencia con lo previsto en los artículos 2.4.3.2.7. del Decreto 1084 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Inclusión Social y Reconciliación, en los cuales se destacan:

“ARTÍCULO 2.4.3.2.7. Celebración de contratos con instituciones de utilidad pública o social. El ICBF, podrá celebrar los contratos de que trata el artículo 21, numeral 9 de la Ley 7 de 1979 con instituciones de utilidad pública o social de reconocida solvencia moral y técnica, dando preferencia a las más antiguas y que hayan sobresalido por sus méritos y dotes administrativos

PARÁGRAFO . Cuando no se pueda celebrar contratos con instituciones sin ánimo de lucro, se suscribirán con personas naturales de reconocida solvencia moral.

(...)

ARTÍCULO 2.4.3.2.9. Organismo nacional responsable de la acreditación. Por la naturaleza especial del servicio de bienestar familiar, el ICBF podrá celebrar contratos de aporte, entendiéndose por tal cuando el Instituto se obliga a proveer a una institución de utilidad pública o social de los bienes (edificios, dineros, etc.) indispensables para la prestación total o parcial del servicio, actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución, con personal de su dependencia, pero de acuerdo con las normas y el control del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, su vigencia será anual, pero podrá prorrogarse de año en año”

Comunicación oficial revisada y aprobada por el remitente de la misma

De acuerdo con la Jurisprudencia del Consejo de Estado:

“El contrato de aporte tiene las siguientes características esenciales: i) es un contrato estatal regido por la ley 80 de 1993; ii) se trata de un negocio jurídico atípico, principal y autónomo; iii) oneroso, solemne y formal al igual que todos los contratos estatales, por cuanto se requiere que medie una contraprestación a favor del contratista; constar por escrito y debe estar suscrito por las partes, en los términos consagrados en el artículo 41 de la ley 80 de 1993; iv) bilateral y sinalagmático, en la medida que se desprenden obligaciones y cargas para las dos partes del negocio, esto es, el aportante y el contratista; y vi) conmutativo, toda vez que las prestaciones contenidas en el negocio jurídico son equivalentes, puesto que el contratista asume la prestación de un servicio propio del sistema de bienestar familiar y social a cambio de una contraprestación, al margen de que el contratista pueda ser una institución sin ánimo de lucro.

En efecto, el negocio jurídico de aporte es un contrato estatal especial suscrito entre el ICBF y un contratista, en el que el primero se compromete, como su nombre lo indica, a efectuar aportes o contribuciones en dinero o especie a una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, y especialmente a instituciones de utilidad pública o de beneficencia, o de reconocida capacidad técnica o social con el fin de que atienda bajo su exclusiva responsabilidad y con su propio personal humano y técnico, un área específica del sistema de bienestar social, es decir, aquellas dirigidas a la atención a la integración y realización armónica de la familia, así como a la protección efectiva de la niñez y adolescencia”¹

En virtud de la definición del contrato de aporte, el ICBF puede suscribir estos acuerdos de voluntades con instituciones de utilidad pública o social, actualmente asimiladas a entidades sin ánimo de lucro que tengan por objeto la prestación o atención de necesidades sociales.

Adicionalmente, el artículo 125 del Decreto 2388 de 1979 establece un factor objetivo de prevalencia en selección de contratistas de servicios de bienestar familiar, así:

“Artículo 125. El ICBF, podrá celebrar los contratos de que trata el artículo 21, numeral 9° de la Ley 7a de 1979 con Instituciones de Utilidad Pública o Social de reconocida solvencia moral y técnica, dando preferencia a las más antiguas y que hayan sobresalido por sus méritos y dotes administrativos.

Parágrafo. Cuando no se pueda celebrar contratos con Instituciones sin ánimo de lucro, se suscribirán con personas naturales de reconocida solvencia moral”.

No obstante, se aclara que su modalidad de contratación se hace de manera directa, de conformidad con lo previsto en el artículo 122° del Decreto Ley 2150 de 1995, que establece:

“Artículo 122° - Simplificación de los contratos para la prestación del servicio de bienestar familiar. Se podrán celebrar directamente los contratos para la prestación del servicio de bienestar familiar con entidades sin ánimo de lucro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar”

Entonces, si bien el contrato de aporte se suscribe de manera directa, el ICBF para escoger operadores, en aplicación de los principios del estatuto contractual, como lo es la selección objetiva, planeación, transparencia y legalidad, tiene reglado

Comunicación oficial revisada y aprobada por el remitente de la misma

la manera de escoger operadores de acuerdo con las disposiciones del título 4° del manual de contratación del ICBF, que prevé:

“TÍTULO IV

4. RÉGIMEN ESPECIAL DE APOORTE El contrato de aporte se celebrará bajo la modalidad de contratación directa, de conformidad con lo establecido en el artículo 122 del Decreto Ley 2150 de 1995, el contratista deberá seleccionarse del Banco Nacional de Oferentes conformado para el efecto por el ICBF o de forma directa de conformidad con lo dispuesto en este numeral.

En virtud de los principios de planeación, economía, transparencia, eficiencia, igualdad, responsabilidad y en general en cumplimiento a los principios que rigen la contratación pública y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa y en cumplimiento de la política de austeridad del gasto, las áreas que requieran suscribir un contrato de aporte deberán tener en cuenta las disposiciones contempladas en los documentos y procedimientos que se expidan para la prestación del servicio”

Así pues, en primera medida, la celebración de contratos de aporte se prioriza a través de Bancos Nacionales de Oferentes, en los cuales, se caracteriza la oferta del servicio, con la conformación de una lista de operadores habilitados, en el título IV del Manual de Contratación del ICBF, se define el Banco de Oferentes y sus fines de la siguiente manera:

El Banco Nacional de Oferentes, es el procedimiento administrativo, previo e independiente de los procesos de contratación, del contrato de aporte, en el cual, se consolidan y caracterizan la oferta nacional de entidades con capacidad para prestar el Servicio Público de Bienestar Familiar, en un listado de operadores habilitados, los cuales deberán ser exclusivamente personas jurídicas sin ánimo de lucro, que cuenten con la personería jurídica otorgada por el ICBF vigente o reconocimiento para pertenecer al SNBF por quien corresponda de conformidad con las excepciones aplicables al caso y con la licencia de funcionamiento el evento de requerirse según la modalidad.

A. Son finalidades de un Banco Nacional de Oferentes: “(...)

- 1. Consolidar la oferta nacional de entidades con capacidad para prestar el Servicio Público de Bienestar Familiar.*
- 2. Determinar mediante un proceso objetivo y transparente, si las entidades interesadas cuentan con las condiciones mínimas (i) jurídicas, (ii) técnicas, (iii) administrativas y financieras, (iv) de experiencia y (v) de infraestructura exigidas por el ICBF para ser consideradas idóneas.*
- 3. Caracterizar la oferta de prestadores disponible para la selección de los contratistas que prestarán el Servicio Público de Bienestar Familiar.”²*

En esta misma línea, los criterios de conformación de Bancos Nacionales de Oferentes están contemplados en el Manual de Contratación del ICBF vigente para la conformación de cada Banco, y las invitaciones públicas de cada modalidad del servicio.

El proceso de conformación del Banco Nacional de Oferentes integra en sus aspectos dos elementos a saber: en primer lugar los relacionados con la definición de los criterios de habilitación de aquellos interesados en integrar la lista de conformación del Banco y en segundo lugar aspectos del procedimiento administrativo reglado por parte de la entidad para

² Numeral 4.2.1 del Manual de Contratación del ICBF.

Comunicación oficial revisada y aprobada por el remitente de la misma

efectos de desarrollar el proceso de selección de los operadores por parte de las Direcciones Regionales a nivel nacional para la prestación de los servicios de bienestar familiar.

Respecto al Banco Nacional de Oferentes para contratar los servicios de primera infancia, hay que señalar que mediante Resolución No. 5743 del 30 octubre 2020, modificada por la Resolución 6028 del 18 noviembre de 2020 y la Resolución 6694 del 16 diciembre de 2020 se determinaron los criterios en el marco de la aplicación del principio de selección objetiva para la selección de las entidades que prestarán el Servicio Público de Bienestar Familiar.

Ahora bien, con base en estos criterios la herramienta BETTO recolecta la información derivada de las manifestaciones de interés presentadas por los operadores para la acreditación de los requisitos de verificación y de selección, agrupa la información y procesa un resultado con base en el resultado de cada uno de los requisitos mencionados anteriormente.

Finalmente hay que señalar que las reglas de selección son aspectos de valoración definidos en el marco del procedimiento administrativo de selección, con base en el cual de manera objetiva se comparan los aspectos acreditados por los diferentes interesados que manifiestan interés en el curso de las diferentes invitaciones regionales.

Es pertinente indicar que los actos administrativos mencionados tienen carácter general, toda vez que son una manifestación normativa específicamente regulatoria, de facultad exclusiva del ICBF, en la medida en que orientan y regulan los procesos contractuales para la selección de entidades que una vez habilitadas en el Banco Nacional de Oferentes IP 003 de 2019, estén interesadas en prestar los servicios en el territorio nacional.

Los criterios de verificación, selección y de desempate establecidos son los consignados en los precitados actos administrativos tal como se relacionan a continuación:

1. CRITERIOS DE VERIFICACIÓN.

Una vez recibidas las manifestaciones de interés por parte de los interesados a través del medio que se disponga para tal fin, se procederá a efectuar revisión de los siguientes criterios de verificación:

1. Capacidad residual de contratación.
2. Talento humano.
3. Infraestructura.
4. Índice de Desempeño Entidades Administradoras de Servicio IDEAS (no aplica para los interesados que no hayan suscrito contratos de aporte para la prestación de servicios de Primera Infancia).

2. CRITERIOS DE SELECCIÓN.

Luego de ser identificados los oferentes que cumplieron con los requisitos de verificación se procederá a efectuar revisión de los criterios de selección, otorgando la puntuación correspondiente y estableciendo el orden de elegibilidad. El oferente singular o plural (consorcios y uniones temporales) que obtenga mayor puntaje es quien deberá ser seleccionado para la suscripción de los contratos de aporte.

Los criterios de selección y el puntaje de cada uno de ellos será el siguiente:

1. Experiencia en el territorio: 20 puntos.
2. Experiencia territorial adicional: 25 puntos.
3. Trayectoria y sanciones: 35 puntos.
4. Contrapartida: 20 puntos

Comunicación oficial revisada y aprobada por el remitente de la misma

3. CRITERIOS DE DESEMPATE.

Posterior a la aplicación de los criterios de selección, en caso de que 2 o más entidades resulten empatadas, se aplicarán los siguientes criterios de desempate de manera sucesiva. Esto implica que en caso de que se aplique el primer criterio y se logre definir el empate no se aplica el segundo criterio.

1. Valor técnico agregado.
2. Discapacidad.
3. Sorteo.

Una vez se establece el orden de elegibilidad, las Direcciones Regionales deberán efectuar verificación de la documentación presentada y los respectivos soportes del oferente que resulte en el primer orden de elegibilidad.

En todo caso, estos ajustes a la forma de verificación y aplicación de los criterios objetivos de selección, se han construido en estricto cumplimiento a los postulados y principios que rigen la función administrativa y la contratación estatal, los cuales están definidos en la Constitución y en el Estatuto General de la Contratación Pública, así como en observancia a las reglas, procedimientos y requisitos previstos en la Ley, y de acuerdo con los Lineamientos Generales de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente. Esto con el único objetivo de garantizar la transparencia dentro de la actividad contractual, en pro del interés superior del niño, atendiendo la imparcialidad y la igualdad de los interesados, al prever criterios objetivos de verificación, selección, y de desempate, con el fin de seleccionar los ofrecimientos más favorables para la prestación de los servicios de bienestar familiar a cargo de la Dirección de Primera Infancia.

Ahora bien, con el ánimo de garantizar la transparencia en la contratación de estos servicios, la selección objetiva y contar con los operadores idóneos, la Entidad implementó la herramienta tecnológica de inteligencia artificial creada por el ICBF, denominada BETTO, (Bienestar, Eficiencia, Transparencia, Tecnología y Oportunidad), que fue diseñada para facilitar los procesos de invitación, evaluación y selección de los operadores habilitados en el Banco Nacional de Oferentes para los servicios de educación inicial en el marco de la atención integral a cargo de la Dirección de Primera Infancia. Esta herramienta es una solución tecnológica, de analítica avanzada y características de algoritmos de inteligencia artificial y aprendizaje automático, que permiten realizar acciones basados en una serie de factores determinados por el ICBF, que para este caso son los criterios de verificación, selección y desempate en caso de requerirse.

Con relación a la queja formulada, se observa que el peticionario manifiesta su inconformismo frente a la no continuidad del mismo operador que preste los servicios a los niños y las niñas de la comunidad, y a la no posibilidad de injerencia de la comunidad en la decisión del operador que les prestará los servicios.

En este sentido, en Sentencia T-466 de 2016, la Corte Constitucional analizó específicamente un caso de la población indígena Wayúu y fue determinante al sostener que la autonomía de los pueblos indígenas puede ser limitada cuando se tenga certeza de que existe una situación de vulneración de los derechos de los niños indígenas y que la intensidad de esta limitación puede ser mayor dependiendo del grado de afectación. En estos eventos no se requiere la concertación con las comunidades. Claro está, aclaró el alto Tribunal, existe la obligación de las autoridades del Estado de actuar de manera razonable y proporcional, afectando en la menor medida posible el derecho a la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas.

En este mismo sentido, el alto tribunal constitucional profirió la sentencia T-201 de 2017 en la cual reiteró que la escogencia del operador de los programas de atención del ICBF en las comunidades étnicas **no** tiene la virtualidad de configurar una afectación directa de la identidad cultural de las comunidades étnicas y, por ende, no resulta procedente realizar un proceso de consulta previa para realizar dicha contratación.

Comunicación oficial revisada y aprobada por el remitente de la misma

De igual forma, reconoció que el ICBF para el desarrollo de sus programas, específicamente del Programa de Atención a la Primera Infancia, *“cuenta con un plan étnicamente diferenciado que le permite aplicar dichos componentes especiales cuando se aproxima a la comunidad”*.

Por otra parte, resulta pertinente señalar que esta misma línea ha sido desarrollada por parte del Consejo de Estado que, en sede constitucional, frente a aquellas acciones de tutela cuyas pretensiones estaban dirigidas a que el ICBF adelante el proceso de consulta previa tendiente a la escogencia del operador, denegó el amparo solicitado por considerar que, si bien la Constitución Política reconoce el derecho de las comunidades étnicas a ser consultadas frente a las medidas que los involucren, este derecho no es absoluto y encuentra uno de sus límites en el interés superior del niño.

En sentencia del 02 de marzo de 2017 este alto tribunal a través de su Sección Segunda, consideró que *“la no escogencia del operador del programa de atención a la primera infancia, no genera per se afectación de la idiosincrasia de la comunidad afro descendiente de los municipios de Valle de Cauca, puesto que cualquier operador que se designe puede respetar sus usos, costumbres y tradiciones ancestrales, desde que se le brinden los parámetros y lineamientos pertinentes”*. De igual manera, recordó que la contratación estatal, cualquiera que sea su modalidad o su objetivo, debe supeditarse a las normas que la rigen, **por tanto, imponer un operador para que desarrolle los programas de primera infancia, exclusivamente debido a su pertenencia a la comunidad, “podría dar pie a la malversación de los recursos o desconocimiento de los parámetros técnicos y logísticos y la consecuente afectación del servicio prestado”**.

Siguiendo esta línea, la Sección Quinta del Consejo de Estado en pronunciamiento posterior, fue enfática en determinar que la contratación de un operador no afecta la identidad cultural de la comunidad étnica y que el proceso de contratación debe cumplir con todos los parámetros establecidos por el legislador. Sin embargo, con el ánimo de amparar los derechos de las comunidades, ordenó al ICBF para casos futuros propiciar espacios de concertación en los que se fijen las condiciones de desarrollo de estos programas, los cuales no pueden ser indefinidos, porque *“Bajo ninguna circunstancia el trámite de la consulta previa puede entorpecer o limitar la prestación del servicio a favor de los niños, por lo que ante la falta de acuerdo entre las comunidades y el ICBF en un término prudencial, la entidad estará obligada a adoptar las medidas tendientes al desarrollo del programa”*.

Finalmente se precisa que la escogencia de este operador está sujeta al cumplimiento de los requisitos descritos en el procedimiento administrativo de selección, el cual se encuentra publicado en SECOP I y que fue explicado en el presente documento. Con dichos requisitos se garantiza que la escogencia del operador corresponda con aquel que cuente con la idoneidad, experticia y experiencia para la prestación del servicio.

Cordialmente,

ORIGINAL FIRMADO
LILIANA PULIDO VILLAMIL
Subdirectora General
ICBF

ORIGINAL FIRMADO
CLAUDIA ALEJANDRA GELVEZ
Directora de Primera Infancia
ICBF

ORIGINAL FIRMADO
LUZ ADRIANA RIOS GIRALDO
Subdirectora de Operaciones de la Atención
a la Primera Infancia
ICBF

ORIGINAL FIRMADO
ALVARO ANDRÉS RUEDA ZAPATA
Director de Información y Tecnología
ICBF

Comunicación oficial revisada y aprobada por el remitente de la misma

ORIGINAL FIRMADO

HELEN ORTIZ CARVAJAL 

Directora de Contratación
ICBF

ORIGINAL FIRMADO

CAROLINA DEL PILAR TORRES

Contratista Subdirección General
ICBF

ORIGINAL FIRMADO

CIELO ALEXANDRA VEGA NAVARRO

Contratista Dirección de Primera Infancia
ICBF

ORIGINAL FIRMADO

VIVIANA GARCÍA PINZON

Contratista Dirección de Contratación
ICBF

ORIGINAL FIRMADO

LUZ YADIRA VELOSA POVEDA

Contratista Dirección de Información y Tecnología
ICBF

CC. MARTHA ISABEL TOVAR TUMERQUE – DIRECTORA (E) REGIONAL ICBF GUAJIRA

Revisó: María Camila Díaz-Contratista Dirección Contratación.

Proyectó: Carlos Tello. – Contratista Dirección de Contratación

Comunicación oficial revisada y aprobada por el remitente de la misma