

RESPUESTA Derecho de Petición sobre la EAS Fundación para el Desarrollo Social, Rural y Empresarial del Caribe presentado por un ANÓNIMO a través de correo electrónico correo.funcionarias@gmail.com el día 01-02-2021 a las 13:52 horas.

Reciba un cordial saludo,

En atención al oficio allegado a través de los correos de la Directora General del ICBF Lina.ArbelaezA@icbf.gov.co y Betto Responde Bettoresponde@icbf.gov.co y nos permitimos dar respuesta de la siguiente manera:

En primer lugar, debe indicarse que el ICBF, al suscribir un contrato de aporte para la prestación de los servicios de Bienestar Familiar, lo hace con una persona jurídica a la que le corresponde realizar los procedimientos para dar cabal cumplimiento al objeto del contrato, entre ellos, la contratación del talento humano para garantizar la atención a la primera infancia en el marco de los componentes de atención.

De conformidad con lo anterior, es de resaltar que la relación contractual que contrae el ICBF, en virtud del contrato de aporte, es únicamente con la persona jurídica, es decir, la EAS, quien cuenta con autonomía para la vinculación de las personas naturales que contrate, ya sea mediante un contrato laboral o de prestación de servicios.

Esta situación se encuentra regulada en el marco jurídico que debe aplicar el ICBF en su actividad contractual, específicamente en el Decreto 1084 de 2015, “por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Inclusión Social y Reconciliación”.

El referido decreto, en su artículo 2.4.3.2.7. **CELEBRACIÓN DE CONTRATOS CON INSTITUCIONES DE UTILIDAD PÚBLICA O SOCIAL**, contempla lo siguiente:

“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...”

Por su parte, el artículo 2.4.3.2.9. **ORGANISMO NACIONAL RESPONSABLE DE LA ACREDITACIÓN**, del decreto dispone:

“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.” (Se destaca)

Comunicación oficial revisada y aprobada por el remitente de la misma

Así las cosas, el ICBF, en el clausulado que establece para la celebración de contratos de aporte, incluye disposiciones respecto del talento humano, en aplicación de las normas referidas anteriormente.

Es ese orden de ideas se expidieron las “CLAUSULAS CONTRACTUALES Y LINEAMIENTOS GENERALES DEL CONTRATO DE APOORTE PARA LA ATENCION A LA PRIMERA INFANCIA, EN EL MARCO DE LOS NUMERALES 4.2, 4.3 Y 4.4 DEL MANUAL DE CONTRATACIÓN DEL ICBF” que, en su Cláusula 15. AUSENCIA DE RELACIÓN LABORAL, dispone:

“El presente contrato no genera vínculo laboral alguno entre el personal de la EAS, sus dependientes y/o subcontratistas con el ICBF; sus derechos se limitarán de acuerdo con la naturaleza del contrato a cumplir cabalmente las obligaciones derivadas del mismo en su calidad de gerente integral del proyecto y a exigir las que correspondan al ICBF, ***teniendo en cuenta que los compromisos y obligaciones adquiridos por la EAS son independientes y diferentes de las actividades que desarrolla el ICBF. El personal que emplee para la ejecución del contrato tendrá la vinculación correspondiente con la EAS y por ninguna causa generará con el ICBF relación laboral o contractual alguna.*** Si por cualquier razón dicho personal, ya sean sus trabajadores o los de sus subcontratistas, demandan al ICBF, la EAS se compromete a pagar las condenas, los costos, los gastos y las costas del proceso, para lo cual autoriza expresamente al ICBF desde la celebración del presente contrato, para que contrate con cargo a la EAS los abogados y demás personal que necesite para su defensa, previo aviso y acuerdo con la EAS. De igual manera cualquier reclamación o demanda de parte de un trabajador por motivos de estabilidad reforzada o fuero de maternidad durante la ejecución del contrato, correrá a cargo de la EAS quien garantizará en todo momento los pagos que correspondan de tal estado. Así mismo y de manera previa a la liquidación, se dejará constancia que no existe reclamación o solicitud alguna por cualquier concepto en materia laboral.” (Se destaca)

No obstante, el ICBF, ha adoptado cláusulas contractuales para el cumplimiento de las normas aplicables en cuanto al talento humano. Así las cosas, la CLÁUSULA 2. OBLIGACIONES GENERALES DE LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DEL SERVICIO dispone:

“2.16 Cumplir con las normas laborales aplicables al talento humano y, en particular, cumplir con las obligaciones con el Sistema General de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Laborales, así como con el pago de los aportes parafiscales asociados a los contratos de trabajo que celebre, respecto de lo cual se obliga a mantener indemne al ICBF.”

Por su parte, la CLÁUSULA 3. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DE LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DEL SERVICIO DURANTE LA FASE DE IMPLEMENTACIÓN DEL CONTRATO dispone:

“3.4.9. Presentar informe financiero mensualmente al supervisor, los primeros cinco (5) días hábiles siguientes al mes ejecutado, que tenga como soportes las certificaciones de pago a **Comunicación oficial revisada y aprobada por el remitente de la misma**

proveedores y servicios públicos derivados del presente contrato, así como de los salarios, prestaciones sociales y aportes al Sistema de Seguridad Social Integral de los trabajadores a su cargo, certificado que deberá ser emitido por el Revisor Fiscal, Contador Público de la Entidad o Representante legal, según aplique; y copia del extracto bancario o informe de los movimientos bancarios, según aplique, de la cuenta exclusiva para el manejo de los recursos aportados por el ICBF."

"3.4.7. Realizar de manera oportuna el pago de salarios, prestaciones, aportes a seguridad social y parafiscales del personal vinculado laboralmente por la EAS para la atención del servicio, preferiblemente por transferencia bancaria."

"3.4.8. Realizar de manera oportuna los pagos a proveedores preferiblemente por transferencia bancaria. Cuando por condiciones excepcionales (geográficas y ubicación) no sea posible que el tercero tenga acceso a la apertura de una cuenta, el pago se hará de acuerdo con el mecanismo que se apruebe en el marco del Comité Técnico Operativo."

Adicionalmente, la CLÁUSULA 24. CONTROL A LA EVASIÓN AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y PAGOS PARAFISCALES establece:

"En el evento en que no se hubieran realizado totalmente los aportes correspondientes, el ICBF deberá retener las sumas adeudadas al sistema en el momento de la liquidación y efectuará el giro directo de dichos recursos a los correspondientes sistemas con prioridad a los regímenes de salud y pensiones, lo anterior como medida frente a la evasión en el pago de los respectivos aportes. (Ley 789 de 2002 art. 50)."

Adicionalmente, se debe aclarar que la contratación mediante la modalidad de prestación de servicios es una tipología de contratación que tiene cabida en el ordenamiento, en virtud de la autonomía contractual contenida en el artículo 1495 de Código Civil y sub siguientes, por lo que, per se, la utilización de esta figura no viola norma laboral alguna.

Finalmente, respecto a la afirmación realizada en su oficio "nos aterra que haya quedado en Betto entre los primeros, como si fuera el mejor, siendo lo contrario" y "sabemos que BETTO se equivocó al escoger esta Fundación sin ninguna ética y moral (...)" es importante realizar las siguientes precisiones:

Betto, es una solución tecnológica, de analítica avanzada y características de algoritmos de inteligencia artificial y aprendizaje automático. Realiza predicciones basadas en grandes volúmenes de información de carácter estructurada y semiestructurada. Usa diversas fuentes de información y construye modelos de aprendizaje automático, frecuencias y reconocimiento de patrones, que permiten realizar acciones basados en una serie de factores determinados por el ICBF.

Los criterios para tener en cuenta para la selección de los operadores fueron:

Comunicación oficial revisada y aprobada por el remitente de la misma

1. Criterios de verificación

| Criterio | Verificación | Cálculo | Uniones Temporales y Consorcios |
|--------------------|---|--|--|
| Capacidad Residual | Capacidad residual con los contratos vigentes | Capacidad operativa en SMLMV menos Contratos en ejecución en SMLMV | Ponderado de acuerdo con el porcentaje de participación en la UT o Consorcio |
| Talento Humano | Mínimos de talento humano de la guía de Primera Infancia | N/A | Se requiere que al menos uno de los integrantes cumpla con los mínimos |
| Infraestructura | Mínimos de infraestructura de la guía de Primera Infancia | N/A | Se requiere que al menos uno de los integrantes cumpla con los mínimos |
| IDEAS | Exclusión de las EAS con calificación baja o aceptable (menor a 80) | <ul style="list-style-type: none"> - 30% Registro de Información - 30% Verificación de condiciones de calidad - 30% Operación en territorio - 10% Procesos sancionatorios ejecutados | Se tomará el puntaje del IDEAS más bajo de los integrantes |



2. Criterios de Selección

| Criterio | Puntaje | Cálculo | Uniones Temporales y Consorcios |
|-------------------------|---------|---|---|
| Experiencia Territorial | 20 | <ul style="list-style-type: none"> • 20 experiencia en el municipio • 10: experiencia en al menos dos municipios del departamento • 5: experiencia en al menos dos departamentos | Se suma la experiencia y divide por el número de integrantes |
| Experiencia Adicional | 25 | Σ del número en meses de experiencia adicional en el municipio (25), departamento (10) y nación (5) | Se suma la experiencia y divide por el número de integrantes |
| Contrapartida | 20 | % adicional de aporte para dotación, talento humano adicional, equipos de medición y mejoramiento de infraestructura | Se suma la contrapartida de cada uno de los oferentes que la conforman |
| Trayectoria y Sanciones | 35 | <ul style="list-style-type: none"> • 30 Sanciones • 5 Trayectoria |  |

Comunicación oficial revisada y aprobada por el remitente de la misma

| | | | |
|-------------|----|---|---|
| Sanciones | 30 | <p>Escala de medición de las sanciones de la OAC y Dirección de Contratación</p> | <ul style="list-style-type: none"> Se otorga la totalidad del puntaje al operador que no cuente con procesos sancionatorios ejecutoriados Para los demás, 0 puntos |
| Trayectoria | 5 | <p>Documento de personería jurídica (se revisa la fecha de reconocimiento) y Declaración juramentada con la relación de contratos (se toma la fecha del primer contrato para calcular la trayectoria) firmada por representante legal y revisor fiscal (cuando aplique)</p> | <ul style="list-style-type: none"> Se otorga la totalidad del puntaje al operador que cuente con mayor trayectoria Para los demás cálculo se hace de manera inversamente proporcional |

3. Criterios de Desempate

| Criterio | Puntaje | Cálculo | Uniones Temporales y Consorcios |
|------------------------|--|--|--|
| Valor técnico agregado | Porcentaje presentado por la EAS en la propuesta | % de aporte para el control social y cualificación del talento humano | Se suma la contrapartida de cada uno de los oferentes que la conforman |
| Discapacidad | N/A | <ul style="list-style-type: none"> Certificación de trabajadores en situación de discapacidad de MinTrabajo Certificado del representante legal o del revisor fiscal | Se requiere que al menos uno de los integrantes cumpla con los mínimos |

En caso de que persista el empate, se realizará un sorteo

Así las cosas, la herramienta no realiza apreciaciones ni llega a conclusiones basadas en presuntas irregularidades en la ejecución de los contratos de los operadores que no han cursado el debido proceso e investigación ante las autoridades competentes. El algoritmo tenía criterios específicos con la única finalidad de arrojar un resultado respecto a un operador que pudiera prestar un servicio de manera eficaz, con calidad y oportunidad.

Comunicación oficial revisada y aprobada por el remitente de la misma

De conformidad con lo expuesto anteriormente, se concluye lo siguiente:

- El ICBF no tiene la posibilidad invadir la autonomía con la que cuentan las EAS para la ejecución del contrato respecto de la vinculación del talento humano.
- El ICBF no tiene relación directa con los trabajadores y contratistas de los operadores.
- Sobre el ICBF no recae ninguna obligación legal de intervenir en las situaciones con contenido laboral que surjan entre la EAS y sus trabajadores y contratistas.
- Desde el ámbito de competencia con que cuenta el ICBF se han tomado las medidas de índole contractual adecuadas y viables para garantizar el cumplimiento de las normas aplicables en materia laboral por parte de las EAS.

Finalmente, debe señalarse que la Resolución 0320 del 27 de enero de 2021, en el artículo segundo, a través del cual se adicionó el literal j) al artículo primero de la Resolución 5743 de 2020, modificado por las Resoluciones 6028 y 6694 de 2020, establece:

“(…) j) Una vez realizada la validación de los criterios de verificación y selección por parte de la herramienta BETTO, establecido el orden de elegibilidad para cada contrato y verificados los toques de cupos establecidos en el numeral anterior, los Directores Regionales deberán solicitar al interesado ubicado en el primer orden de elegibilidad o subsiguientes en caso de ser necesario el agotamiento de dicho orden de elegibilidad, allegar la documentación que soporte el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Resolución No. 5743 de 2020 y sus modificaciones, la cual debe ser entregada por el interesado en un término máximo de un (1) día hábil contado a partir del envío de la solicitud por parte del ICBF.

Presentada la documentación el Director Regional efectuará la verificación correspondiente en el marco del comité de contratación de la Regional en un término máximo de un (1) día hábil, con el fin de garantizar que las entidades con las cuales se tiene previsto la suscripción del contrato, sean las más idóneas para la prestación del servicio.

A su vez, deberán revisar que el interesado ubicado en primer orden de elegibilidad o subsiguientes en caso de ser necesario el agotamiento de dicho orden de elegibilidad, tenga vigente la personería jurídica, esto es, que no haya sido cancelada, ni suspendida y en este último evento verificar que a la fecha se hayan superado las circunstancias que dieron origen a la suspensión. De igual forma, constatar que no haya sido objeto de declaratorias de caducidad, así como verificar la no existencia de antecedentes fiscales, disciplinarios, judiciales, de medidas correctivas, delitos sexuales, que le exige la ley a quienes suscriben contratos con el Estado y demás documentos que se consideren pertinentes para realizar la respectiva verificación por parte de la Director Regional.

Comunicación oficial revisada y aprobada por el remitente de la misma

En el evento en que el interesado ubicado en primer orden de elegibilidad no presente la documentación en el término descrito anteriormente, o presente documentación incompleta, o manifieste su desistimiento en suscribir el contrato, deberá ser rechazado y se continuará con la verificación de la entidad ubicada en el segundo orden de elegibilidad y así sucesivamente. (...)

De allí que, la Dirección Regional en el marco del Comité de Contratación Regional y previo a la suscripción del contrato, verificará la documentación que soporte lo contenido en las manifestaciones de interés de los oferentes, esto con el propósito de comparar los aspectos sustanciales de sus ofrecimientos, en forma tal que se pueda escoger entre ellos el que resulte más idóneo. En suma, es menester que, para garantizar la eficacia y validez de estos soportes, se adelante dicha revisión, ya que de ello gira en torno la función que emerge de las necesidades reales que se pretenden satisfacer para la atención, que es brindar el servicio de educación inicial en el marco de la atención a la Primera Infancia de forma oportuna, pertinente, eficaz y de calidad. Ahora, de encontrarse irregularidades las Direcciones Regionales en el marco de sus competencias adoptarán las medidas que consideren pertinentes, continuado con la verificación de la entidad ubicada en el segundo orden de elegibilidad y así sucesivamente.


Para finalizar, se informa que las evaluaciones realizadas en el marco de este proceso de contratación para la prestación de los servicios integrales a la Primera Infancia durante la vigencia 2021, se realizaron dando cumplimiento a las políticas establecidas dentro del Manual de Contratación del ICBF, así como las disposiciones constitucionales y legales que rigen la contratación estatal, y lo establecido en la Resolución No. 5743 de 2020 de la Subdirección General del ICBF y sus modificaciones.

Para información adicional sobre los resultados de los procesos de contratación para la prestación de los servicios integrales a la Primera Infancia en la vigencia 2021, la información se encuentra publicada en el siguiente link: <https://www.icbf.gov.co/proceso-de-seleccion-servicios-integrales-de-primera-infancia-2021>

Por las consideraciones anteriores, muy comedidamente se informa que no se resolverá de manera favorable su solicitud toda vez que se considera que las condiciones establecidas por parte del ICBF, respecto de la ejecución de los contratos de aporte, se encuentran en consonancia con las normas laborales vigentes y conforme a la competencia con que se cuenta respecto de la situación presentada por usted.

Cordialmente,

(ORIGINAL FIRMADO)
LILIANA PULIDO VILLAMIL
Subdirectora General
ICBF

(ORIGINAL FIRMADO)
CLAUDIA ALEJANDRA GELVEZ 
Directora de Primera Infancia
ICBF

Comunicación oficial revisada y aprobada por el remitente de la misma

(ORIGINAL FIRMADO)
LUZ ADRIANA RÍOS GIRALDO
Subdirectora de Operación de la Atención
a la Primera Infancia
ICBF

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

(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 de la Dirección de Información y Tecnología
ICBF

C.C. JHONY BUELVAS
Director Regional Sucre ICBF

Revisó: Luz Adriana Ríos Giraldo – Subdirectora de Operación de la Atención a la Primera Infancia
Revisó: Stefanny Villamizar Montero – Contratista Dirección de Primera Infancia
Proyectó: Verónica Sánchez Peñaranda – Contratista Dirección de Primera Infancia

Comunicación oficial revisada y aprobada por el remitente de la misma