

Señor:
Juez Constitucional (Reparto).
Istmina -Choco-
E.S.D

ACCIÓN DE TUTELA.

ACCIONANTE: FUNDACIÓN PERTENENCIA, CON NIT No:
830506297-4,

ACCIONADO: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR
FAMILIAR (ICBF), CON NIT NO.899999239-2, REPRESENTADA
LEGALMENTE POR LA DOCTORA LINA MARIA ARBELÁEZ
ARBELÁEZ.

JORGE IGNACIO TAMAYO GÓMEZ, quién se identifica con la cédula de ciudadanía No.71.334.714 expedida en el municipio de Medellín, Antioquia y con Tarjeta Profesional No.161.041 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación de la FUNDACIÓN PERTENENCIA, con número de NIT: 830506297-4, representada legalmente por señora MARLEN YECED COPETE PEREA, identificada con la cédula de ciudadanía No.35.696.039 de Istmina-Choco , a través del poder conferido que se anexa; así como agente oficioso de los setenta (70) trabajadores de la FUNDACIÓN PERTENENCIA interpongo acción de tutela en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF), con NIT No.899999239-2, representada legalmente por la doctora LINA MARIA ARBELÁEZ ARBELÁEZ, buscando el amparo constitucional de los siguientes derechos fundamentales que se nos vienen conculcando:

Derechos fundamentales y principios constitucionales vulnerados

Derecho al trabajo

En palabras de nuestra Corte Constitucional se tiene que dentro de la nueva concepción del Estado como Social de Derecho, debe entenderse la consagración constitucional del trabajo no sólo como factor básico de la organización social sino como principio axiológico de la Constitución Política de 1991; y además, que constituye la actividad libre y lícita del

hombre, que no sólo contribuye a su desarrollo y dignificación personal sino también al progreso de la sociedad, bien que se trate de una actividad independiente o subordinada.

En este sentido se tiene que la fundación PERTENENCIA actualmente cuenta con 70 trabajadores -58 mujeres y 12 hombres-, que se quedarían sin su única fuente de ingreso y sin la posibilidad de su desarrollo profesional por una irresponsabilidad del ICBF.

Derecho al mínimo vital

Se deriva de los principios de Estado Social de Derecho, dignidad humana y solidaridad.

Uno de los derechos más característicos de un Estado Social de Derecho es el mínimo vital. Según la Corte Constitucional, este derecho se deriva de los principios de Estado Social de derecho, dignidad humana y solidaridad, en concordancia con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad. Este derecho adquiere relevancia en situaciones humanas límites, relativas a la extrema pobreza y la indigencia, cuando frente a las necesidades más elementales y humanas, el Estado y la sociedad no responden de manera congruente.

De esta forma estamos hablando de que los trabajadores de la FUNDACIÓN PERTENENCIA, pertenecen a las comunidades del Carmen de Atrato e Istmina del departamento del Choco y no continuarles sus contratos implicaría dejarlos en una condición sumamente vulnerable y ad portas de la extrema pobreza.

Debido proceso

La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud

legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable.

De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas.

Libre concurrencia

El principio de libre concurrencia se manifiesta en la igualdad de oportunidades para quienes participan en un proceso de selección contractual y en la competencia que se pueda dar en el mismo, lo que sin duda beneficiará a la Administración, pues la libre concurrencia plural de interesados al mercado, busca ante todo determinar los procesos de contratación pública bajo senderos de competencia real con el fin de obtener a través de la presencia plural de oferentes interesados interactuando, una oferta adecuada al mercado y, por lo tanto, óptima para la Administración pública contratante. (...) Eventualmente, adjudicatario de un contrato estatal pueda asistir al proceso de formación del mismo, sin que se le impongan limitaciones irracionales e injustificadas a su participación.

Y aquí es donde se le vulnera la posibilidad de participar en la convocatoria del ICBF al prohibírsele estar en el listado de proveedores por un error que tuvo la entidad contratante con el manejo de su base de datos y software que no puede ser imputable a la FUNDACIÓN PERTENENCIA.

Transparencia y selección objetiva

La contratación estatal, como actividad administrativa, constituye un instrumento facilitador del cumplimiento de los fines y funciones del Estado y la satisfacción de las necesidades e intereses colectivos, mediante el cual las diversas entidades que lo componen pueden recurrir a los particulares o a otras entidades estatales, que cuenten con los elementos o la idoneidad requerida para el cumplimiento de algunas de sus tareas, cuando éstas no puedan satisfacer tales necesidades de manera directa.

Por ello, la actividad contractual de la Administración debe sujetarse a una serie de directrices que logren mantenerla encausada hacia el cumplimiento de los fines y funciones señalados en la Constitución y en la ley y hacia la satisfacción del interés general, directrices que, por la magnitud y diversidad de las situaciones que han de cobijar, deben estar dotadas de un elevado nivel de abstracción y generalidad, constituyendo así verdaderos principios regentes de la actividad administrativa del Estado en materia contractual.

Ahora bien, cabe señalar que los principios de la contratación estatal "(...) no son simples definiciones legales, sino normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento en toda la contratación estatal, sea cual fuere la modalidad en que ésta se realice (...) son aplicables de manera estricta (...)"

"Referirse a la transparencia dentro del Estado social y democrático de derecho significa abordar uno de sus principales sustentos, que se caracteriza por proporcionar elementos suficientes para una verdadera convivencia, para el respecto a la igualdad de los asociados, y en especial para garantizar el ejercicio del poder sobre las bases de imparcialidad y publicidad, tendientes a evitar actuaciones oscuras, ocultas y, por lo tanto, arbitrarias de los servidores públicos en desarrollo de sus competencias o atribuciones. Desde el punto de vista de la ciencia política, implica referirse a un elemento consolidador de la institucionalidad y de la ruptura con el ejercicio personalizado o subjetivo del poder, que como es evidente atenta contra los postulados del interés público y general".

No hay transparencia cuando se le imposibilita a una ESAL participar como proveedor del ICBF por una inadecuada planeación de la entidad pública.

La transparencia es uno de los principios en los que se fundamenta la Ley 80 de 1993 y está relacionado con la pulcritud y claridad con que han de realizarse las actuaciones de la Administración al momento de llevar a cabo el proceso de construcción de un contrato, con el fin, en otras cosas, de combatir los posibles eventos de corrupción que podrían asomar durante este proceso.

Como es apenas obvio, la máxima en comento reviste una especial importancia frente a la actividad contractual de la Administración pública, por cuanto el desconocimiento de la misma durante la formación de los contratos estatales comporta inescindiblemente una violación al principio de selección objetiva y, en consecuencia, la nulidad absoluta del contrato estatal surgido en tales condiciones por objeto ilícito, pues de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público; y además, al celebrar un contrato sin observancia del principio de selección objetiva se presentaría un abuso o desviación de poder".

Se trata entonces de un principio que busca dotar de una serie de garantías la actividad contractual estatal para que ésta se lleve a cabo con plena publicidad, con respeto de la igualdad de oportunidades de quienes pretenden contratar con el Estado, de manera imparcial, y con el fin de satisfacer el interés general, todo con el objeto de que la Administración elija la oferta más favorable a sus intereses.

Así las cosas, en relación con el principio de transparencia, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha señalado que:

"Mediante la transparencia se garantiza la igualdad y el ejercicio del poder con acatamiento de la imparcialidad y la publicidad. Transparencia quiere decir claridad, diafanidad, nitidez, pureza y translucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, lo nebuloso, la bruma maligna que puede dar

sustento al actuar arbitrario de la administración. Así, la actuación administrativa, específicamente la relación contractual, debe ser ante todo cristalina".

El artículo 24 del Estatuto General Contratación de la Administración Pública desarrolla el principio de transparencia, el cual se manifiesta de varias formas: i) en el deber de publicidad de los informes, conceptos y decisiones de la Administración; ii) en el derecho de contradicción que quienes participan en el proceso de contratación; iii) en la obligación de la Administración de fijar de forma clara los requisitos objetivos necesarios para participar, así como a definir reglas objetivas y, por supuesto, darlos a conocer según las formas establecidas en la ley para ello; iv) así mismo, señalar claramente las reglas de adjudicación del contrato; v) y finalmente, motivar los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual, salvo las excepciones legales.

Ahora bien, el principio de transparencia mantiene estrechas relaciones con los demás principios a los que hace referencia las disposiciones de contratación administrativa y los postulados de la función administrativa. Así:

De acuerdo con el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal deben ceñirse a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, sin dejar de lado los postulados que rigen la función administrativa, esto es que esa función está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse de acuerdo con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad.

El principio de transparencia en la contratación estatal comprende aspectos tales como la claridad y la nitidez en la actuación contractual para poder hacer efectiva la supremacía del interés general, la libre concurrencia de los interesados en contratar con el Estado, la igualdad de los oferentes, la publicidad de todo el iter contractual, la selección objetiva del contratista, el derecho a cuestionar o controvertir las decisiones que en esta materia realice la Administración, etc.".

En definitiva, el principio de transparencia, actúa como garantía de otros principios de la contratación estatal, por ello su finalidad es, entre otras, asegurar que se lleven a cabo procesos de selección objetivos, que la Administración tome decisiones motivadas que se hagan públicas y que puedan ser controvertidas por los interesados.

Principio de Igualdad

El principio de igualdad ha sido recogido por la casi la totalidad de las Constituciones modernas y la colombiana no es una excepción. Este postulado se encuentra en el preámbulo de nuestra Constitución como eje fundamental del Estado; también está previsto en el artículo 13 como principio y derecho fundamental; y finalmente, está regulado en el artículo 209 como principio que debe regir el ejercicio de la función administrativa.

En primer término se puede afirmar que el contenido esencial de este principio implica la igualdad formal ante la ley, es decir, que la ley debe ser igual para todos, lo que significa que, en principio, todas las personas deben recibir el mismo trato, salvo aquellas que pertenezca a un grupo que presente ciertas condiciones especiales, caso en el cual, se aceptan tratos diferenciados, a fin de garantizar la igualdad material para quienes se encuentren en una situación de desventaja, trato éste que debe estar sujeto a un juicios de razonabilidad y proporcionalidad.

Al estudiar el principio de igualdad en materia de contratación estatal se observa que este encuentra varias manifestaciones en la Ley 80 de 1993 (artículos 24 y 30) y en la Ley 1150 de 2007 (artículo 5) toda vez que para la selección del contratista, cualquiera que sea el procedimiento que la Administración utilice para ello, todos los participantes deben estar en condiciones de igualdad.

Así, sin duda, se advierte que se trata de un principio con un contenido bastante amplio. Es decir, se estaría haciendo referencia al deber de la Administración y al derecho de quienes pretender contratar con el Estado a que: i) la adjudicación de los contratos se realice a la mejor propuesta; ii) el Estado garantice la mayor concurrencia de ofertas; iii) ninguno de los oferentes sufra una discriminación no justificada; iv) todos los participantes tengan el mismo plazo para presentar sus ofertas;

v) las mismas se sometan por igual a los términos señalados por la Administración; vi) y el Estado justifique con criterios objetivos cuál fue la mejor propuesta; entre otros.

Como se observa, resulta imposible señalar mediante una lista cerrada el contenido del principio de igualdad en la contratación estatal y esto sólo puede hacerse de modo ejemplificativo; sin embargo, lo cierto es que este principio es de vital importancia pues los demás principios que rigen dicha actividad, como, por ejemplo, la selección objetiva, la transparencia, la publicidad, la legalidad, la libre concurrencia, entre otros, buscan garantizarlo.

Así lo ha entendido el Consejo de Estado, que al respecto ha señalado lo siguiente:

"El principio de igualdad implica el derecho del particular de participar en un proceso de selección en idénticas oportunidades respecto de otros oferentes y de recibir el mismo tratamiento, por lo cual la administración no puede establecer cláusulas discriminatorias en las bases de los procesos de selección, o beneficiar con su comportamiento a uno de los interesados o participantes en perjuicio de los demás. En consecuencia, en virtud de este principio los interesados y participantes en un proceso de selección deben encontrarse en igual situación, obtener las mismas facilidades y estar en posibilidad de efectuar sus ofertas sobre las mismas bases y condiciones.

Por ende, este principio implica, entre otros aspectos, que las reglas deben ser generales e impersonales en el pliego de condiciones; otorgar un plazo razonable para que los interesados puedan preparar sus propuestas (No. 5 artículo 30 de la Ley 80 de 1993); la prohibición de modificar los pliegos de condiciones después del cierre de la licitación, y como contrapartida que los proponentes no puedan modificar, completar, adicionar o mejorar sus propuestas (No. 8 art. 30 ídem); dar a conocer a los interesados la información relacionada con el proceso (presupuesto oficial, criterios de selección, pliego de condiciones, etc.) de manera que estén en posibilidad real de ser tenidos en cuenta por la administración; aplicar y evaluar las propuestas bajo las mismas reglas y criterios, verificando que todas las propuestas cumplan con los

requisitos y condiciones establecidas en los pliegos, sin que puedan rechazarse ofertas por elementos u omisiones no sustanciales e irrelevantes; y, obviamente, la de culminar el proceso de selección con el respectivo acto de adjudicación del contrato ofrecido a quien haya presentado la mejor propuesta, sobre las mismas condiciones que rigieron el proceso".

Así las cosas, el principio de igualdad implica la garantía para las personas naturales y jurídicas que pretendan contratar con el Estado de que las oportunidades para todos serán las mismas y que el Estado, finalmente, elegirá la oferta más favorable para la Administración.

En conclusión, "(...) el principio de la igualdad de trato entre todos los posibles oferentes, tiene una doble finalidad: de una parte, como garantía de imparcialidad para los administrados y de protección de sus intereses y derechos, que se traduce en la prohibición para la Administración de imponer condiciones restrictivas, irrazonables y desproporcionadas para participar, de suerte que los interesados cuenten con idénticas oportunidades en un proceso de contratación; y de otra parte, también como garantía para la administración, toda vez que su rigurosa observancia incrementa la posibilidad de obtención de una pluralidad de ofertas y, por ende, de una mejor selección del contratista y de la propuesta más favorable".

Este fallo técnico y tecnológico se sale de las manos de la FUNDACIÓN PERTENENCIA y nos está imposibilitando contratar con el ICBF.

Principio de No- abuso del derecho

Cabe empezar por mencionar que el sistema jurídico colombiano proscribire, en general, el ejercicio abusivo del derecho. En el artículo 95 de la Constitución Política de 1991 las personas y los ciudadanos tienen el deber ineludible de "respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios".

El abuso del derecho, según lo ha destacado la Corte Constitucional, supone que su titular haga de una facultad o garantía subjetiva un uso contrapuesto a sus fines, a su alcance y a la extensión característica que le permite el sistema. Se presenta cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo se desbordan los límites que el ordenamiento le impone a este,

con independencia de que con ello ocurra un daño a terceros. Es la conducta de la extralimitación la que define al abuso del derecho, mientras el daño le es meramente accidental.

Para identificar este tipo de conductas, el juez en cada caso concreto, debe orientarse a establecer “sobre la base de elementos objetivos demostrados en el proceso, [si de la conducta del titular del derecho, puede] construir su pleno convencimiento de un ejercicio abusivo y malintencionado de un derecho determinado”, que por lo general será el que trascienda el marco y la finalidad que el Constituyente y el Legislador le han otorgado a una facultad individual.

La actuación a la que puede atribuírsele un abuso del derecho resulta ambivalente para el ordenamiento jurídico. Mientras da la apariencia de estar conforme a derecho, en realidad lo contradice en forma inusual o atípica. Entonces, cuando en principio la conducta es legítima porque está amparada por una regla que habilita al sujeto a actuar como lo hace, a la luz de un ejercicio hermenéutico que trasciende la disposición normativa singularmente considerada y bajo una óptica sistémica del ordenamiento, se llega a la conclusión opuesta.

Entonces, el abuso del derecho se configura cuando se fractura la relación finalística que hay entre (i) la dimensión particular del derecho subjetivo y (ii) la proyección social con la que aquel se ha previsto. Se trata por lo general de situaciones en las que, en aplicación de una disposición normativa que desarrolla un derecho subjetivo, éste se desvía y logra un alcance más allá de sí mismo. Usualmente se advierte en escenarios judiciales cuando genera una lesión a un interés ajeno, no contemplada por el ordenamiento y, en esa medida, ilegítima.

Esta figura jurídica alerta sobre la falta de armonía material entre las facultades que el derecho subjetivo otorga individualmente y la función finalística que cumple en el ordenamiento y, a través de él, en la sociedad. Asegura coherencia en el sistema jurídico, al imponer una relación simbiótica entre las potestades particulares y los fines a los que se orientan las diversas disposiciones normativas que las contienen. Por ende, reivindica una interpretación compleja del ordenamiento jurídico, en la que así como las disposiciones normativas deben responder a

aquellas de más alta jerarquía y a los principios que las inspiran, los derechos subjetivos otorgados no pueden leerse en forma atómica.

Desde esta óptica, el abuso del derecho es una institución jurídica que, en un claro rechazo por la visión de los derechos subjetivos como garantías absolutas para sus titulares, asume el ejercicio de los derechos en contexto, no solo jurídico sino también social. Trata de reivindicar las prerrogativas individuales como facultades o permisiones que tienen fines que trascienden la dimensión individual e individualista de los derechos.

En este marco interpretativo, los derechos subjetivos se integran en un sistema mucho más amplio que los dota de sentido, alcance y al que en últimas debe responder la interpretación que se haga de ellos. En dicho marco, por supuesto, se encuentran los principios del derecho, los principios constitucionales y aquellos que informan cada sub sistema del ordenamiento jurídico, esto es, a las diversas jurisdicciones conocidas, dadas las características particulares de las específicas relaciones sociales que cada una de ellas regula.

La aplicación de cualquier disposición normativa en independencia de estos principios, contraviene las directrices del ordenamiento, las constitucionales y las que distinguen entre sí a sus distintas ramas. En un escenario semejante la evolución social de los sistemas jurídicos, su riqueza y complejidad actual, queda reducida a un ejercicio mecánico de subsunción que desarticula el sistema y desconoce la larga historia del derecho, y con él en últimas de la sociedad.

Como quiera que en un ejercicio abusivo del derecho el sentido que se imprime a la norma que se busca aplicar, resulta ser un contrasentido, aquel impacta el sistema jurídico en forma ajena a los fines y principios que lo orientan, e incluso de modo totalmente opuesto a ellos. Por lo general surge a través de una interpretación aislada de una regla, que sacada del contexto normativo del que hace parte, produce una ventaja irrazonable para quien busca su aplicación y, al mismo tiempo, una desventaja para otros.

Por lo tanto, desde una perspectiva integral del sistema jurídico, el abuso del derecho siempre acarrea un daño inadmisibles –concreto o sistémico, directo o indirecto-, en tanto implica la disfunción del sistema o subsistema de derecho, para concretar intereses individuales a ultranza. Bajo este calificativo -abuso del derecho- se agrupan las actuaciones concretas de un sujeto que, en ejercicio de un derecho subjetivo desborda el alcance de éste y, al hacerlo, compromete antijurídicamente los intereses de otra(s) persona(s), particular o conjuntamente consideradas, ya por que exista una clara intención de causar un daño singular o ya porque simplemente actúe fuera de los fines legítimos que se atribuyen al derecho en ejercicio.

En últimas, el abuso del derecho se caracteriza por causar, en ejercicio de un derecho subjetivo, un resultado incompatible con los fines y los principios a los que responde la disposición normativa que le da cuerpo y legitimidad al interés particular reivindicado.

Cuando la conducta abusiva se predica del ejercicio de un derecho subjetivo que se encuentra desarrollado por una ley, el abuso del derecho se aproxima al fraude a la ley y los límites entre ambas figuras se vuelven difusos. En esas situaciones, el abuso del derecho y el fraude a la ley confluyen en un mismo resultado, como dos dimensiones del mismo problema; una subjetiva y otra objetiva, respectivamente. Ninguno, ni el abuso del derecho y el fraude a la ley, puede dar lugar a derechos adquiridos.

La extralimitación del ejercicio de un derecho no puede apreciarse a través del análisis de las pautas previstas por una única regla particular. Como quiera que la disposición normativa responde a uno e incluso a varios sistemas y subsistemas interpretativos, que la dotan de sentido y a su vez la limitan, su valoración aislada es la que puede engendrar un contrasentido y acarrear un abuso del derecho, en algunos casos compatible con el fraude a la ley.

Conviene entonces llamar la atención sobre el hecho de que, si bien normalmente se distingue entre principios y reglas, el operador jurídico debe interpretar las normas de tal forma que se integren sus fines y objetivos, en aras de la congruencia interna del sistema jurídico

colombiano. Ello implica un análisis de los derechos en un marco mucho más amplio que el del tenor literal de cualquier disposición normativa, inspirado por los fines y principios que les irradian y ello conlleva sin duda apartarse de la noción absoluta de los derechos como potestades particulares incontestables para adentrarse en una noción más social y funcional del derecho.

Entonces, para determinar hasta qué punto la actuación que se despliega en ejercicio de un derecho se compadece con él y cuándo abandona el sentido sistémico de las normas para conducir a resultados jurídicos incompatibles con el ordenamiento, es necesario contemplar el marco normativo del que es parte la regla que se pretende aplicar.

HECHOS:

PRIMERO: El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF- es una entidad que trabaja por la prevención y protección integral de la primera infancia, la adolescencia y las familias en Colombia.

SEGUNDO: Dentro de su objeto social y para poder cumplir con sus fines misionales el ICBF contrata con particulares especializados, con trayectoria y con reconocida idoneidad para que desarrollen actividades especializadas como cuidar a los niños, brindarles alimentación, prestarles atención psicológica, todo esto durante su primera infancia. Para cumplir con dichas obligaciones periódicamente realiza convocatorias públicas con el fin de que participen como oferentes las empresas o fundaciones que cumplan con los requisitos exigidos y de esta manera colaborar con el desarrollo integral de la niñez, infancia y adolescencia en Colombia.

TERCERO: La FUNDACIÓN PERTENENCIA, con NIT No. 830506297-4, representada legalmente por la señora MARLEN YECED COPETE PEREA ha sido proveedora del Instituto Colombiano de Bienestar

Familiar-ICBF- por más de diez (10), años, cumpliendo cada año los requisitos exigidos por la ley. (Prueba No. 1 y 2.)

CUARTO: Se tiene que la FUNDACIÓN PERTENENCIA, con NIT No. 830506297-4, viene prestándole servicios de educación inicial en el marco de la atención integral como contratista al ICBF en los municipios de Istmina y del Carmen de Atrato del departamento del Choco. Para dicha atención se sirve de aproximadamente setenta (70) colaboradores -12 hombres y 58 mujeres-, todos trabajadores de la región y en su mayoría mujeres cabeza de familia. (Prueba No. 3)

QUINTO: El Instituto Colombiano Bienestar Familiar-ICBF- el 22 de junio del 2021 a través del banco nacional de oferentes, realizó la invitación IP 003-19-BNOPI 1921 (2021) a través de la página SIPA/BNOPI y SECOP 1, la cual fue habilitada para actualizar la base de datos de los proveedores inscritos y recibir nuevos oferentes, donde tenían que subir los requisitos habilitantes y de calificación y de esta manera escoger la lista de los proveedores del servicio.

SEXTO: En los términos establecidos por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF-, a través de la invitación IP 003-19-BNOPI 1921 (2021), se determinó inicialmente la recepción de actualización de proveedores y de nuevos oferentes hasta el 23 de junio del 2021, pero debido a fallas técnicas en la plataforma virtual del -ICBF-, se expidieron dos (2) adendas extendiendo el plazo hasta el 30 de junio del 2021. (Prueba No.4)

SÉPTIMO: La Fundación PERTENENCIA recopiló toda la información requerida para continuar siendo proveedor de uno de los servicios del -ICBF-, en atención a que ha sido contratista por más de diez (10) años, y ha cumplido con todos los requisitos que se le han exigidos año tras año, cada vez que se actualiza el banco nacional de oferentes para todo el territorio patrio. (Prueba No. 5)

OCTAVO: El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF- habilitó la página SIPA/BNOP, con el fin de que todos los proveedores suban la información requerida, pero esta presentó fallas técnicas y tecnológicas durante el proceso de selección IP 003-19-BNOPI 1921 (2021), principalmente durante el mes de junio del 2022.

NOVENO: La fundación PERTENENCIA, dentro del plazo establecido en el cronograma empezó a subir la información solicitada, como la ha venido haciendo año tras año; sin embargo cuando trato de anexar la información para presentarse a la convocatoria IP 003-2019(2021), la página SIPA/BNOP presentaba varias inconsistencias técnicas, pues esta informaba que la documentación requerida ya se había cargado en la base de datos del -ICBF- a un cien (100%), cuando no era cierto pues a la fundación le faltaban unos documentos por anexar (Prueba No. 6).

DECIMO: Frente a esta falla técnica, consistente en que el sistema no permitía cargar la documentación requerida en la página SIPA/BNOP, la cual es la base de datos que dispuso el -ICBF- para recibir y actualizar la información de sus proveedores, el 22 de junio del 2021 por medio de correo electrónico, la FUNDACIÓN PERTENENCIA se comunicó a la sala de información y de orientación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- para buscar apoyo acerca de cómo anexar los requisitos exigidos para seguir siendo proveedor de la entidad.¹

DECIMO PRIMERO: El ICBF, el 22 de junio del 2021 a través de su funcionaria ELIANA DURAN² realiza la verificación de los datos de la fundación PETENENCIA y escucha las inquietudes de la señora CARMEN RIVAS ARIAS³ quién le informa sobre los inconvenientes que

¹ La comunicación con -ICBF- es por medio del chat: interaccionchat@icbf.gov.co

² ELIANA DURAN, funcionaria del ICBF; la cual pertenece de la interacción del chat de -ICBF-

³ CARMEN RIVAS ARIAS, funcionaria de la fundación PERTENENCIA la cual ocupa el cargo: Auxiliar Administrativa.

presenta la página SIPA/BNOPI, pues registraba que la información ya estaba radicada y anexada (subida) al 100% cuándo esto no era cierto.

DECIMO SEGUNDO: La funcionaria del ICBF el 22 de junio del 2021, informa que para solucionar los inconvenientes técnicos y tecnológicos presentados se debe seguir los pasos que indica la guía del ingreso a la plataforma SIPA/BNOPI a través de la página <https://boncooferente.icbf.gov.co/sipa/portal/listainvitaciones/bno/InvitacionActividades/9> y que de persistir los errores debe de comunicarse a la línea 018000112880. (Prueba No.7)

DÉCIMO TERCERO: Como los problemas con la plataforma no se pudieron solucionar con la guía que nos adjuntaron, ya que la pagina SIPA/BNOPI, seguía indicando que ya había completado todo el proceso de la actualización de la información, nos comunicamos con la dirección de información y tecnología -DIT- del -ICBF-, en donde nos atiende por chat la señora ZULENA ALAPHÉ⁴, a la cual le ponemos de presente los problemas presentados en la actualización de la información como proveedores del -ICBF-. (Prueba No. 8)

DÉCIMO CUARTO: Por estos problemas la señora ZULENA ALAPHÉ nos asesora y capacita y para finalizar nos dice que consultemos la página

<https://bancooferente.icbf.gov.co/sipa/portal/ListaInvitaciones/bno/InvitacionActividades/9>, donde se puede verificar si la información ya fue cargada completamente.

DÉCIMO QUINTO: En este orden de ideas la señora CARMEN LUZ RIVAS ARIAS, en representación de la fundación PERTENENCIA, consulta el link enviado por la señora ZULENA ALAPHÉ, en donde se confirma que la información se subió al 100%.

⁴ ZULENA ALAPHÉ funcionaria del -ICBF- la cual pertenece de la interacción del chat de -ICBF

DÉCIMO SEXTO: Se debe tener en cuenta que los problemas con la plataforma SIPA/BNOPI, se siguieron presentando a gran escala y para todos los oferentes, tan es así que el -ICBF- modifica el cronograma licitatorio con dos (2) adendas⁵ y extiende del 23 al 30 de junio del 2021, la fecha límite para las manifestaciones de interés.

DÉCIMO SÉPTIMO: En atención a que ya se habían cumplido con todos los requisitos y la verificación que la fundación PERTENENCIA realizó con la asesoría de la señora ZULENA ALAPHÉ, la cual había dado como resultado que se cumplió con todos los requisitos exigidos por el ICBF, no se realizaron más tramites.

DÉCIMO OCTAVO: Con fecha del 16 de julio del 2021, se publica el informe preliminar de evaluación de la actualización de la información financiera y la verificación de las personerías jurídicas de las entidades habilitadas del banco nacional de oferentes de primera infancia-IP-003-2019(2021) y según el ICBF- la fundación PERTENENCIA no había presentado manifestación de interés y por ende no aparecía en el listado ni obtuvo resultado alguno⁶.

DÉCIMO NOVENO: Ante esta situación el 17 de julio del 2021 la fundación PERTENENCIA informa al -ICBF- a través del correo electrónico: capacitacionpi@icbf.gov.co y al señor MANUEL MORENO⁷, que a pesar de haber aportado la información al banco oferentes, la fundación PERTENENCIA no aparece en el consolidado final de la evaluación preliminar del -ICBF- y que además con la suficiente antelación se había informado por diferentes medios habilitados por la entidad pública, los errores que presentaba la página, para subir la información; en esta solicitud se anexan los pantallazos de

⁵ Tal como se afirma en los considerandos de la Resolución 7723 del 15 de octubre del 2021.

⁶ Considerando No. 13 de la resolución 7723 del 15 de octubre del 2021.

⁷ MANUEL MORENO, directivo del ICBF Bogotá.

la información que reflejaba el sistema, donde se habían cumplido con todos los requisitos. (Prueba No. 9).

Ese requerimiento⁸ se envió a los siguientes e-mails:

- capacitaciondpi@icbf.gov.co
- manuelmorerenom@icbf.gov.co

VIGÉSIMO: El -ICBF-, el 17 de julio a través de e-mail, informa que el requerimiento con radicado 1762681997, será direccionado al área competente para el trámite correspondiente. (prueba No.10)

VIGÉSIMO PRIMERO: El 21 de julio del 2021, la fundación PERTENENCIA solicitó la revisión del cargue de la información del banco de oferentes IP 0031921-(2021) dirigida los doctores CLAUDIA GELVES⁹ y DIEGO FERNANDO PARDO LOPEZ¹⁰ (donde se requería que revisara el cargue de la información de la fundación PERTENENCIA), solicitud que se respaldó con tres (3) pantallazos; en esta solicitud también se le informo que se había tratado de subsanar la información, realizando nuevamente el cargue, pero el sistema no lo permitió pues solicitaba nuevamente que el -ICBF- habilitara la página para el cargue de los documentos.(Prueba No 11).

VIGÉSIMO SEGUNDO: Posteriormente el -ICBF- autoriza subir de nuevo la información a la plataforma para quedar habilitados como proveedores, a lo cual el sistema nos otorga el radicado -0-. (Prueba No 12).

VIGÉSIMO TERCERO: El -ICBF- publica el informe de verificación de requisitos definitivos el 11 de agosto del 2021, donde no aparece la ESAL que representamos, por lo que se envía otro derecho de petición a la doctora CLAUDIA GALVES con copia a la doctora LINA MARIA

⁸ Requerimiento del 17 de julio, se le asigno el numero: 1762681997.

⁹ CLAUDIA GELVES director técnico del ICBF Bogotá.

¹⁰ DIEGO FERNANDO PARDO LOPEZ, contratista de la subdirección de operación de atención a la primera infancia del – ICBF-.

ARBELAEZ¹¹ donde se solicita la revisión del proceso de cargue de los documentos y se volvió a contar todas las acciones realizadas por la fundación PERTENENCIA, en aras de dar cumplimiento a los requisitos exigidos para poder participar como proveedor del servicio ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF-; en esta solicitud se enviaron las evidencias que respaldaba lo narrado y solicitado . (prueba No. 13)

VIGÉSIMO CUARTO: A pesar de las solicitudes presentadas y de los derechos de petición entregados el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF- a través de la resolución 5045 del 13 de agosto del 2021, publico el acto administrativo definitivo con el listado de los proveedores, en la que no figura la fundación PERTENENCIA.

VIGÉSIMO QUINTO: El 14 de agosto del 2021, se interpuso recurso de reposición contra la resolución 5045 del 13 de agosto del 2021, en él se le solicitaba la revisión por parte de Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF- del proceso de cargue la información, pues a pesar de que se informó las fallas técnicas que presentaba la página, el -ICBF-hizo caso omiso, por lo que se debía incluir a la fundación PERTENENCIA en el banco de oferentes, toda vez que estos errores no le son atribuibles a la fundación. (Prueba No. 14).

VIGÉSIMO SEXTO: Posteriormente el 15 de octubre del 2021, se expide la resolución 7723 donde no se repone el acto administrativo 5045 del 13 de agosto del 2021, la cual se notifica por correo electrónico el 19 de octubre del 2021, argumentando que la información no se subió por un error de digitación de la información de la fundación PERTENENCIA, lo cual no se ajusta a la realidad, en atención a que todo se debió a problemas técnicos y tecnológicos de la plataforma SIPA/BNOPi, que se presentaron durante el mes de junio del 2021. (Prueba No.15)

¹¹ LINA MARIA ARBELAEZ directora del ICBF

PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Subsidiariedad. Como ya se anotó, la naturaleza excepcional de la acción de tutela conlleva que el amparo no puede ser utilizado como mecanismo principal para ventilar asuntos cuyo conocimiento le ha sido deferido para nuestro caso a la jurisdicción contenciosa administrativa, lo que impone que, previo a acudir al juez constitucional, deban agotarse las etapas y las formas previstas en el ordenamiento jurídico para cada proceso, a menos que dichos medios se aprecien inidóneos o ineficaces para el caso concreto.

Quiere decir lo anterior que, en principio, si las pretensiones de los peticionarios están vinculadas a aspectos como la nulidad y restablecimiento del derecho por una resolución del ICBF tomada con un claro abuso y desviación de poder el llamado, en primer lugar, a tramitar su reclamación sería el juez administrativo. El problema radica en que acudir a los remedios tradicionales implicaría la vulneración del derecho al trabajo de 70 personas que laboran para la fundación PERTENENCIA que se quedarían sin trabajo en menos de un mes, ya que la prestación del servicio como contratistas empieza en marzo del 2022 y por una decisión como mínimo irresponsable del ICBF no podemos participar; igualmente se materializaría un claro abuso del derecho y una flagrante vulneración al debido proceso, al mínimo vital, a la libertad de participación en licitaciones públicas, transparencia y selección objetiva.

Ahora bien: pese a la existencia de estos espacios procesales para que los jueces de la República entren a dirimir los conflictos que surgen entre las y los asociados y adopten los remedios jurídicos a que haya lugar, la Corte Constitucional ha reconocido que los mecanismos de defensa ordinarios pueden, en algunas circunstancias, adolecer de falta de idoneidad para dispensar una protección adecuada a los derechos involucrados, o no ser lo suficientemente expeditos para garantizar una salvaguarda oportuna e integral de los mismos, como es el caso que nos ocupa, que un proceso ordinario contencioso administrativo no sería idóneo ni oportuno.

Puntualmente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la falta de idoneidad del mecanismo ordinario ocurre “cuando, por ejemplo, no

permite resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrece una solución integral frente al derecho supuestamente comprometido. En este sentido, la Corte Constitucional ha dicho que: ‘el requisito de la idoneidad ha sido interpretado por la Corte a la luz del principio según el cual el juez de tutela debe dar prioridad a la realización de los derechos sobre las consideraciones de índole formal. La aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, teniendo en cuenta, las características procesales del mecanismo, las circunstancias del peticionario y el derecho fundamental involucrado.

Evaluando el caso bajo estudio a la luz de dichos parámetros, en nuestro concepto los medios de defensa judicial a disposición de la accionante -FUNDACIÓN PERTENENCIA- carecen de plena idoneidad para resolver la litis planteada, comoquiera que el proceso de contratación con el ICBF corresponde al año 2022 y empieza la ejecución en menos de un mes, y un proceso ordinario demoraría en promedio tres años, lo que en la práctica comprometería la tutela judicial efectiva.

Además de la notoria falta de idoneidad de la que adolecen los medios judiciales ordinarios de cara al caso concreto, en el presente asunto convergen diferentes preceptos constitucionales que habilitan la intervención prevalente del juez constitucional teniendo en cuenta las circunstancias subjetivas especiales que ponen de relieve la vulnerabilidad de la tutelante -LA FUNDACIÓN PERTENENCIA- y de su equipo de trabajo, en tanto 70 personas dependen de los ingresos de esos convenios con el ICBF para su subsistencia, y su mínimo vital está en peligro inminente. Entre tales preceptos se encuentran el mandato de igualdad real y efectiva (artículo 13 C.P.); la obligación del Estado de proteger a la mujer embarazada -se tienen varias trabajadoras embarazadas y de apoyar a la madre cabeza de familia (artículo 43 C.P.); y, el principio de interés superior de las niñas y los niños (artículo 44 C.P.). Bajo esta comprensión, y denotando que la censura involucra un presunto acto de discriminación contra la peticionaria, es pertinente un análisis dúctil de la procedencia de la acción de tutela, valorando las circunstancias de debilidad manifiesta que se predicen de los sujetos de especial protección constitucional inmersos en el conflicto sometido a examen, atendiendo a un principio de proporcionalidad en cuanto las cargas que se les imponen en orden a acceder a la justicia de manera oportuna y eficaz.

Así las cosas, estimamos que la acción de tutela de la referencia satisface los requisitos mínimos de procedencia, por lo que lo sometemos a su juicioso estudio como juez constitucional.

PRUEBAS:

1. Certificado de existencia y representación de la fundación pertenencia (9 folios).
2. Copia de la cedula de ciudadanía de la señora MARLEN YECED COPETE PEREA. (1 Folio).
3. Listado de la nómina de la fundación PERTENENCIA (4 folios).
4. Adenda No.001 (3 folios).
5. Certificación de contratos ejecutados y terminados (2 folios).
6. Pantallazo que muestra cargue al 100% (1 folio).
7. Copia de transcripción del chat del 22 de junio del 2021, comunicación con ELIANA DURAN y CARMEN LUZ RIVAS ARIAS (2 folios).
8. Copia de transcripción del chat del 22 de junio del 2021, comunicación con ZULENA y CARMEN LUZ RIVAS ARIAS (1 folio).
9. E-mail enviado al -ICBF-, fechado el 17 de julio del 2021 con los pantallazos (2 folios).
10. Respuesta de -ICBF-, fechado el 18 de julio del 2021, remitiendo la petición al área competente (2 folios).
11. Derecho de petición del 21 de julio del 2021 (3 folios).
12. Pantallazo con el radicado cero-0- (1 folio).
13. Derecho de petición del 11 de agosto del 2021 (7 folios).
14. Recurso de reposición del 14 agosto del 2021 (2 folios).

15.Resolución No. 7723 del 15 de octubre del 2021. (11 folios).

16.carta de manifestación de interés del 21 de julio del 2021 (5 folios).

17.Requisitos habilitantes de la fundación PERTENENCIA (52 folios).

NOTIFICACIONES Y DIRECCIONES

El ICBF recibirá notificaciones en la dirección electrónica notificaciones.judiciales@icbf.gov.co y en la avenida, carrera 68 No. 64C 75 de la ciudad de Bogotá.

La FUNDACIÓN PERTENENCIA recibirá notificaciones en la carrera 8 BRR CUBIS SEC ANCIANATO, ISTMINA, CHOCO, COLOMBIA y en la dirección electrónica fundacionpertenenciachocoana@gmail.com, y al celular 3117329216.

El suscrito apoderado en la dirección electrónica lopeztamayo.abogados@gmail.com y en el celular 3053558008.

SOLICITUD

Se le solicita a su honorable despacho judicial se le garanticen los derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, al debido proceso, a la libre concurrencia, transparencia, selección objetiva, no abuso del derecho y se revoquen los actos administrativos 5045 del 13 de agosto del 2021 y 7723 del 15 de octubre del 2021 que niegan la actualización de la información como oferente de la fundación PERTENENCIA con Nit No. 830506297 en el banco nacional de oferentes de primera infancia para los servicios de educación inicial en el marco de la atención integral a cargo de la dirección de primera infancia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -IP-003-2019 (2021) y en su lugar se permita su inscripción como proveedor y así poder participar en los procedimientos administrativos de selección durante el año 2022.



JORGE IGNACIO TAMAYO GÓMEZ

C.C.No.71.334.714 de Medellín, Antioquia

T.P.No.161.041del C.S. de la J.

Email: lopeztamayo.abogados@gmail.com

Móvil: 305-3558000

Dirección: Carrera 76 No.43-13, Sector Laureles
Medellín, Antioquia.