

11000/

Bogotá D.C.,

Doctor
Orlando Alfonso Clavijo Clavijo
Secretario
Comisión Séptima Constitucional Permanente
Cámara de Representantes
Congreso de la República
Edificio Nuevo del Congreso - Carrera 7 No. 8-68 Piso 5°
Ciudad

COPIA

ICBF-Cecilia de La Fuente de Lleras
Al contestar cite No. : S-2019-327090-0101
Fecha: 2019-06-07 18:00:37
Enviar a: CONGRESO DE LA REPUBLICA
No. Folios: 4

ASUNTO: Concepto sobre el Proyecto de Ley No. 274 de 2018 Cámara: "Por medio de la cual se establecen lineamientos para la continuidad del talento humano de los programas de atención integral a la primera infancia en todas sus modalidades, que se financien con recursos públicos de cualquier nivel".

Respetado Secretario,

Atendiendo a que la temática abordada dentro de la iniciativa de la referencia está directamente relacionada con la actividad misional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a continuación, me permito presentar el concepto de la entidad frente al proyecto de ley:

De acuerdo con lo señalado en el articulado de la iniciativa y en su exposición de motivos, el objetivo de la norma es el de establecer los lineamientos para la permanencia del talento humano de los programas de atención integral a la primera infancia en todas sus modalidades, que se financien con recursos públicos de cualquier nivel, con el fin de garantizar un servicio de calidad, pertinente e integral que beneficie a las niñas y niños de dichas modalidades.

El proyecto de ley objeto de estudio cuenta con cinco (5) artículos así: 1. Describe el objeto de la norma según lo planteado en el párrafo precedente; 2. Establece que los contratos suscritos entre las Entidades Administradoras del Servicio - EAS y el talento humano para la atención a la primera infancia deben ser renovados siempre y cuando subsista la necesidad contractual que los originó; 3. Señala la obligación de las EAS de realizar evaluaciones periódicas de desempeño del talento humano, con miras a definir la continuidad del vínculo contractual. Adicionalmente, en este artículo se establece el derecho preferente de renovación que tiene el talento humano cuando quiera que sus evaluaciones arrojen resultados positivos, indicándose, además, que la violación de este derecho constituye un incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de dicha entidad; 4. Establece la posibilidad de que la EAS prescinda del derecho preferente que se describe en la ley, en aquellos casos en los cuales la evaluación realizada demuestre el incumplimiento de las obligaciones contractuales o su falta de idoneidad para el desempeño de las funciones y 5. Vigencia y derogatorias, a partir de su publicación y derogando aquellas normas que le sean contrarias.

Al responder cite radicado: 20193.70111792 id: 19531

Folios: 4 Fecha: 2019-06-10 10:35:37

Anexos: 0

Remitente : INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

Destinatario : ORLANDO CLAVIJO CLAVIJO

1. Análisis sobre el proyecto de ley

En primer lugar, es de considerar que dentro de la exposición de motivos se argumenta que la continuidad en la vinculación laboral del talento humano que participa en la atención de la primera infancia está cimentada en el hecho de que esto resulta beneficioso para el desarrollo de los niños y niñas.

Sobre este particular, es necesario realizar algunas consideraciones relacionadas con el derecho a la educación, cuya tutela y protección no está basada en la continuidad de los agentes educativos que intervienen. El derecho a la educación ha sido catalogado como fundamental, inherente a la persona, propio de la esencia del hombre y de su dignidad humana, amparado por la Carta Política¹ y por los tratados internacionales de derechos humanos; específicamente, el artículo 67 superior señala que la educación es “un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social”. Partiendo de estos postulados constitucionales, en su sentencia T-137 de 2015 la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

“este derecho permite la proyección social del ser humano, el acceso al conocimiento, a la ciencia y demás bienes y valores culturales así como la realización de otros derechos fundamentales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el mínimo vital, la libertad de escoger profesión u oficio y la participación política. Su núcleo esencial está representado por el acceso y permanencia en el sistema educativo. Al tratarse además de un servicio público, su prestación está a cargo tanto de las entidades estatales como de los particulares, quienes conjuntamente deben asegurar el adecuado y efectivo cubrimiento del mismo. Dicho carácter le imprime dos (2) rasgos característicos fundamentales: la continuidad en la prestación y el funcionamiento correcto y eficaz del sistema educativo a través del aumento constante de la cobertura y la calidad”. (Se subraya)

En este sentido, puede observarse que la garantía del derecho a la educación está dada a partir de posibilidad de acceso y permanencia en el sistema educativo, lo cual no está relacionado con el hecho de que los agentes educativos continúen en su labor de manera ininterrumpida.

Bajo esta misma perspectiva, particularmente refiriéndose al derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes, el máximo tribunal constitucional indicó que el Estado tiene la obligación de garantizarles establecimientos apropiados y el acceso digno, integral y de calidad al sistema de educación, así como la permanencia en el mismo sin obstáculos²; reafirmando, el hecho de que la continuidad en la contratación del personal que interviene en el servicio educativo no es un aspecto perteneciente al núcleo fundamental de este derecho.

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha adoptado los lineamientos señalados en la Observación General Número 13 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales

¹ Artículos 1, 44, 67, 70, 305, 334, 356 y 366 de la Carta Política. Artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales

² Ibidem

del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas. Esta Observación establece cuatro (4) características interrelacionadas que debe tener la educación en todas sus formas, a saber:

- Disponibilidad: Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente
- Accesibilidad. Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación.
- Aceptabilidad. La forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y, cuando proceda, los padres.
- Adaptabilidad. La educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados

Con fundamento en esta Observación, la Corte ha indicado que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir educación integral, la cual se satisface cuando se cumplen los mencionados requisitos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad, pero también, cuando el proceso educativo se desarrolla en observancia del conjunto de derechos constitucionales de los menores, como la integridad, la salud, y la recreación, entre otros.

Por lo mencionado hasta este punto, resulta claro que la Constitución, los tratados internacionales, la doctrina de los órganos convencionales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional coinciden en que la protección del derecho a la educación de los menores de edad está dada por la accesibilidad y permanencia en la prestación del servicio, no estando atada a que sean las mismas personas las que acompañen todo el proceso educativo.

Para finalizar este punto, resulta indispensable hacer hincapié en uno de los criterios mencionados por la Corte como parte del derecho a recibir una educación integral: la accesibilidad. Sobre este particular, la mencionada Observación General señala:

La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente:

No discriminación. La educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos no vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos (véanse los párrafos 31 a 37 sobre la no discriminación);

Accesibilidad material. La educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia);

Accesibilidad económica. La educación ha de estar al alcance de todos. Esta dimensión de la accesibilidad está condicionada por las diferencias de redacción del párrafo 2 del

artículo 13 respecto de la enseñanza primaria, secundaria y superior: mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados Partes que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita.

En este sentido, cuandoquiera que el Estado despliegue actividades encaminadas a garantizar el derecho a la educación debe hacerlo con estricta observancia del principio de no discriminación. Así las cosas, si la medida legislativa propuesta busca la continuidad de los agentes educativos que intervienen en la formación de los niños, niñas y adolescentes, no resulta claro el motivo por el cual la medida está limitada a los servicios públicos de primera infancia, si los niños, niñas y adolescentes también pueden ser atendidos en otros servicios. De esta manera, si se busca la garantía del derecho a la educación y se considera que la medida propuesta es conducente para tal fin, resulta indispensable que se justifique por qué se brinda un trato diferenciado a los niños que están amparados por un servicio público, pues esto podría generar una discriminación, contradiciendo el postulado de accesibilidad como parte de la garantía integral del derecho a la educación.

Adicionalmente, atendiendo al trato diferenciado que propone la norma respecto de los agentes educativos vinculados a los programas públicos de atención integral a la primera infancia, resulta necesario realizar un test de igualdad de la norma, más allá de lo planteado previamente en relación con el derecho a la educación.

La Corte Constitucional ha indicado que la herramienta para analizar la posible trasgresión del principio de igualdad como consecuencia de una distinción realizada en una determinada norma es el juicio integrado de igualdad.

“Este juicio se compone entonces de dos etapas de análisis. En la primera, (i) se establece el criterio de comparación, patrón de igualdad o *tertium comparationis*, es decir, se precisa si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza. En esta parte, asimismo, (ii) se define si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales. Una vez establecida (iii) la diferencia de trato entre situaciones o personas que resulten comparables, se procede, como segunda parte de este juicio, a determinar si dicha diferencia está constitucionalmente justificada, esto es, si los supuestos objeto de análisis ameritan un trato diferente a partir de los mandatos consagrados en la Constitución Política. Este examen consiste en valorar los motivos y razones que fueron expresados para sustentar la medida estudiada y para obtener la finalidad pretendida. Para tal efecto y como metodología se analizan tres aspectos: (a) el fin buscado por la medida, (b) el medio empleado y (c) la relación entre el medio y el fin”³.

Aplicando este análisis a la norma en comento se tiene lo siguiente:

- El supuesto de hecho que se pretende regular, correspondiente a los niños en primera infancia que se encuentran en servicios públicos de atención integral, resulta comparable con los servicios de atención de los menores de edad en

³ Corte Constitucional. Sentencia C-104 de 2016

general y aquellos que cobijan a las personas en situación de discapacidad, pues se trata de poblaciones sujeto de especial protección constitucional cuya atención debe prestarse por el Estado de manera que se garantice la tutela reforzada que la Constitución y los tratados pertinentes prohíben para ellos.

Teniendo en cuenta lo anterior, al cobijar sólo a los servicios públicos de primera infancia, puede plantearse que existe un trato desigual entre poblaciones en situaciones comparables y cuya atención debe garantizarse de igual manera debido a su especial vulnerabilidad.

- En lo que tiene que ver con si esta distinción en el trato está justificada constitucionalmente, debe mencionarse que la finalidad perseguida es constitucionalmente imperiosa, pues se busca la protección de la primera infancia. Sin embargo, la medida que se pretende adoptar no resulta del todo conducente, porque no es clara la relación causal entre la protección de los derechos de esta población y la garantía de continuidad de los agentes educativos que intervienen en el proceso de formación; máxime cuando la Corte Constitucional ha indicado que la continuidad en el derecho a la educación no está relacionada con que las personas que intervienen estén vinculadas indefinidamente.

Por lo anterior, se considera necesario fortalecer el proyecto de ley, de manera que supere un análisis de constitucionalidad en materia de igualdad.

En segundo lugar, debe considerarse que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, tiene por objeto misional trabajar por la prevención y protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias en Colombia y, en desarrollo de sus competencias brinda atención a niños, niñas, adolescentes y familias, especialmente a aquellos en condiciones de amenaza, inobservancia o vulneración de sus derechos⁴. Asimismo, como ente coordinador, tiene la función de articular con los agentes que hacen parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar –SNBF- las acciones necesarias para lograr la garantía y restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes⁵.

Al respecto, es pertinente señalar que el artículo 21, numeral 9 de la Ley 7 de 1979⁶, le otorga al ICBF la facultad de 9. “Celebrar contratos con personas naturales o jurídicas, públicas o

⁴ Ley 7 de 1979 “Por la cual se dictan normas para la protección de la Niñez, se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones”.

⁵ Decreto 936 de 2013. Artículo 2°. **Sistema Nacional de Bienestar Familiar.** El Sistema Nacional de Bienestar Familiar es el conjunto de agentes, instancias de coordinación y articulación y de relaciones existentes entre estos para dar cumplimiento a la protección integral de los niños, niñas y adolescentes y el fortalecimiento familiar en los ámbitos nacional, departamental, distrital, municipal. Artículo 3°. **Servicio Público de Bienestar Familiar.** Se entiende como Servicio Público de Bienestar Familiar el conjunto de acciones del Estado que se desarrollan para cumplir en forma integral y permanente con el reconocimiento, la garantía, protección y restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como la prevención de su amenaza o vulneración y el fortalecimiento familiar.

⁶ Ley 7ª de 1979 por la cual se dictan normas para la protección de la niñez, se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones. Artículo 11. El Estado impulsará la presencia dinámica de la comunidad en toda actividad donde estén de por medio los intereses de los niños. Artículo 21. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tendrá las siguientes funciones: 9) Celebrar contratos con personas naturales o

privadas, nacionales o internacionales para el manejo de sus campañas, de los establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objetivo”.

En desarrollo de la anterior disposición, el artículo 127 del Decreto 2388 de 1979⁷, por medio del cual se reglamentó la Ley 7 de 1979, incluyó en el ordenamiento jurídico el contrato de aporte como un negocio jurídico por medio del cual el ICBF provee a una institución de utilidad pública o social⁸, de reconocida solvencia moral y técnica, de bienes para la prestación total o parcial del servicio de bienestar, bajo responsabilidad exclusiva del contratista.

De esta manera, mediante el contrato de aporte el ICBF presta determinados servicios a través de instituciones de utilidad pública o social⁹; siendo los elementos centrales, por un lado, el hecho de que la entidad con la que se contrata no persigue un ánimo de lucro con la realización de dicha actividad y, por el otro, que se trata de instituciones cuya selección depende de su solvencia moral y técnica¹⁰. Adicionalmente, tratándose de la prestación de un servicio relacionado con la atención de los niños niñas y adolescentes, las entidades involucradas hacen parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 del Decreto 2388 de 1979¹¹.

En este marco, el ICBF ha elaborado el Lineamiento Técnico para la Atención a la Primera Infancia y los Manuales Operativos para la Atención a la Primera Infancia de las modalidades Familiar, Comunitaria, Institucional y Propia e Intercultural, en los cuales se desarrollan, entre otros aspectos, los componentes para la atención, con el fin de acompañar las acciones a desplegar con las características sociales, culturales, políticas y económicas del entorno en el cual se presta el servicio.

Los componentes de la atención responden de manera directa al sentido y propósitos de cada modalidad, y a la concertación realizada con las comunidades en los casos que se requiera, lo que se constituye en la base para la implementación de las estrategias y acciones particulares planteadas para lograr una atención de calidad para que las niñas, niños logren sus realizaciones. Estos componentes son: Familia Comunidad y Redes Sociales, Salud y Nutrición,

jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales para el manejo de sus campañas, de los establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objetivo (...).

⁷ “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”. (Negrilla Fuera de Texto)

⁸ Decreto 685 de 1934 **Artículo 1º.** Institución de utilidad común son todas las identidades que tiene por objeto de presentar servicios a la comunidad con el concepto de beneficios social y que no persiquen fines simplemente lucrativos

⁹ Ibidem.

¹⁰ Decreto 2388 de 1979. Artículo 125. <Artículo compilado en el artículo 2.4.3.2.7 del Decreto Único Reglamentario 1084 de 2015. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1084 de 2015> 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

¹¹ ARTÍCULO 4o. Se entiende por Sistema Nacional de Bienestar Familiar el conjunto de organismos, instituciones, agencias o entidades públicas o privadas que total o parcialmente, atienden a la prestación del servicio.



Proceso Pedagógico y Educativo, Talento Humano, Ambientes Educativos y Protectores y Administrativo y de Gestión.

Así las cosas, es necesario señalar que el Lineamiento Técnico y los Manuales Operativos para la Atención a la Primera Infancia dispone que, para el adecuado desarrollo de los servicios de atención a la primera infancia, se requiere un talento humano cualificado que garantice el cumplimiento de las condiciones de calidad de cada uno de los componentes de la atención, contemplando los perfiles que se consideran idóneos, para garantizar un servicio con calidad, pertinencia e integralidad.

De esta manera, en el marco del papel del ICBF de establecer los lineamientos técnicos para garantizar la idoneidad y aptitud del talento humano que presta los servicios de atención a la primera infancia, a través de contratos de aporte celebrados con Entidades Administradoras del Servicio, resulta indispensable señalar que la continuidad laboral y el derecho preferente de renovación que se propone en la iniciativa desvirtúa la naturaleza del contrato de aporte y del esquema de prestación de servicios antes descritos.

Ello es así, pues el fundamento de esta continuidad es la participación del personal en la atención de un servicio público de primera infancia, lo que implicaría que el nexo contractual de ese talento humano dependa de la entidad estatal, desconociéndose que la participación del ICBF en el asunto corresponde a la entrega de unos recursos para la ejecución de un programa, de acuerdo con unos lineamientos dados previamente, bajo responsabilidad exclusiva del contratista; sin perjuicio de que el Instituto realice la supervisión correspondiente, con miras a garantizar de manera adecuada los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Es decir, al establecer que la contratación del talento humano está atada al servicio prestado por el ICBF, se menoscaba el esquema del contrato de aporte y se consagra a nivel legal, un esquema de tercerización estatal.

En esta misma línea y ahondando en el hecho de que la normativa propuesta podría desdibujar el hecho de que el ICBF no tiene ningún vínculo con el talento humano, es de mencionar que el artículo 3 del proyecto señala la obligación de las EAS de realizar "evaluaciones de desempeño", las cuales, según lo previsto en la Resolución 0010 del 06 de enero de 2017¹², son aplicables exclusivamente a los servidores públicos.

Adicionalmente, esta continuidad laboral ofrece una dificultad frente al escenario del cambio de los lineamientos establecidos por el ICBF, pues si en aras de garantizar la atención integral de niños, niñas y adolescentes, se modifican las exigencias profesionales y de experiencia del talento humano en un determinado caso, resultaría problemático que dichos trabajadores ostenten un derecho de preferente de renovación.

Asimismo, es pertinente señalar que las EAS son personas jurídicas privadas a las que se les está imponiendo el deber de contratar un grupo de personas determinadas, lo cual representa una limitación de la libertad de empresa reconocida en el artículo 333 superior; de manera que es necesario fortalecer el fundamento de la iniciativa en este sentido.

¹² Por la cual se establece el Sistema Propio de la Evaluación del Desempeño Laboral para las Entidades del Sector Presidencia de la República y se dictan otras disposiciones.



Para finalizar este punto, es necesario mencionar que el ICBF ha venido realizando un trabajo articulado con las EAS y gestionando los recursos necesarios que permitan la continuidad del talento humano, siempre y cuando este cumpla con los requisitos.

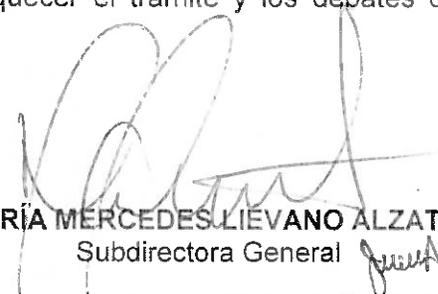
En tercer lugar, debe tenerse en cuenta que una ley es un mandato de contenido general, abstracto e impersonal que, con carácter imperativo y permanente, regula y gobierna la vida en sociedad de los habitantes del territorio nacional¹³. En el caso bajo estudio, la iniciativa propuesta está dirigida a un grupo muy particular de trabajadores que prestan servicios en el marco de la atención a la primera infancia, lo cual podría resultar contrario al espíritu impersonal y abstracto que deben tener las normas. Máxime, cuando estas personas no se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad ni ostentan un rango de particular protección constitucional.

2. Conclusión

De conformidad con lo indicado hasta este punto, aun cuando el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar estima las finalidades perseguidas por el proyecto de ley 274 de 2018 – Cámara “Por medio de la cual se establecen lineamientos para la continuidad del talento humano de los programas de atención integral a la primera infancia en todas sus modalidades, que se financien con recursos públicos de cualquier nivel”, se considera que es indispensable tener en cuenta las observaciones presentadas en este documento en el proceso legislativo que se llevará a cabo.

En los anteriores términos se emite el presente concepto, no sin antes reiterar la disposición de este Instituto en atender los requerimientos y solicitudes del H. Congreso de la República, los cuales contribuyen a enriquecer el trámite y los debates de las importantes iniciativas sometidas a su consideración.

Cordialmente,



MARÍA MERCEDES LIEVANO ALZATE
Subdirectora General

C.C. Jhon Arley Murillo Benítez – Representante a la Cámara por Circunscripción Especial Afrodescendientes, Comisión Séptima Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes - Congreso de la República.

Aprobó: Mónica Alexandra Cruz Omaña - Jefe Oficina Asesora Jurídica (E) // Andrés Ortigón – Asesor de la Dirección General // Carlos Aparicio – Director de Primera Infancia // Angie Reyes – Directora de Contratación //

Revisó: Paulo Realpe // Oficina Asesora Jurídica // Julie Tatiana Cervantes Cruz // Dirección de Primera Infancia // Jorge Alfonso Díaz – Subdirección General

Proyectó: Nicolás Rubio – Oficina Asesora Jurídica // Liseth Katherine Romero Villa - Dirección de Primera Infancia // Juan Felipe Valencia Montoya – Dirección de Primera Infancia //

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-439 de 2016