



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth

Bogotá D.C., 30 de junio de 2016

Expediente: 33130

Radicación: 25000-23-26-000-2004-01381-01

Actor: Asociación Colombiana de Padres con Hijos Especiales (ACPHES)

Demandados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)

Naturaleza: Contractual

Procede la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada en contra de la sentencia del 22 de marzo de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “B”, que declaró la nulidad de los actos administrativos demandados. La sentencia será revocada.

SÍNTESIS DEL CASO

Las partes en contienda suscribieron el contrato 29/04/2001/034, cuyo objeto era la atención y tratamiento de menores de edad en situación de vulnerabilidad por abandono, peligro físico o moral, o con discapacidad, que fueran remitidos por el ICBF. Este contrato fue liquidado unilateralmente por la entidad pública argumentando que el negocio jurídico celebrado era de aporte, y que existieron unos gastos no justificados por el contratista, los cuales generaron un monto a favor del ICBF.

ANTECEDENTES

I. Lo que se pretende

1. Mediante escrito presentado el 12 de julio de 2004 ante el Tribunal



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

Administrativo de Cundinamarca (f. 2-17 c. 1), la Asociación Colombiana de Padres con Hijos Especiales (ACPHES) interpuso oportunamente demanda en el marco de la acción de controversias contractuales en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), con el fin de que se efectuaran las siguientes declaraciones y condenas:

1.- Que es nula la resolución 1827 del 17-10-02 de la Directora de la Regional Bogotá del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato de prestación de servicios # 29/04/2001/034.

2.- Que es nula la resolución 2795 del 31-12-02 confirmatoria de la anterior.

3.- Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se declare:

3.1.- Que la ASOCIACION COLOMBIANA DE PADRES CON HIJOS ESPECIALES, no está obligada a reintegrar al ICBF la suma de \$ 190.842.454.

3.2.- Que el ICBF deberá pagar en favor de la demandante la suma de \$14.512.651 por incremento del 7% a la adición de enero a marzo de 2.002

3.3.- Los \$14.512.651 se ajustarán de acuerdo con esta fórmula adoptada de tiempo atrás por la sección tercera del Consejo de Estado :

$R = R.H. \times I_f / I_i$, según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H), por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia) por el índice inicial (vigente para febrero de 2,002).

3.4—El valor histórico de la condena (\$ 14.512.651) ganará intereses técnicos del 6% anual entre el 1 de abril de 2.002 y la fecha de



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

ejecutoria de la sentencia.

4.- *Pagará, además, la totalidad de los gastos e impuestos relacionados con el dinero a restituir.*

5.-*Se dará aplicación a los artículos 176 y 177 del CCA.*

B.- En subsidio de las peticiones anteriores, y en el evento de cancelación de la suma que ordenó reintegrar el ICBF:

1.- *Que es nula la resolución 1827 del 17-10-02 de la Directora de la Regional Bogotá del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato de prestación (sic) de servicios # 29/04/2001/034.*

2.- *Que es nula la resolución 2795 del 31-12-02 confirmatoria de la anterior.*

3.- *Que el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR/ICBF REGIONAL BOGOTA deberá reintegrar a la ASOCIACION COLOMBIANA DE PADRES CON HIJOS ESPECIALES ACPHES:*

3.1.1.- *La suma de \$190.842.454.*

3.1.2.- *Todas las sumas de dinero complementarias a la anterior y por tiodo (sic) concepto (intereses, gastos, impuestos, etc).*

3.1.3.- *Pagará, además, en favor de la demandante la suma de \$14.512.651 por incremento del 7% a la adición de enero a marzo de 2.002*



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

3.2.- Los valores anteriores se ajustarán de acuerdo con esta fórmula adoptada de tiempo atrás por la sección tercera del Consejo de Estado :

R = R.H. x If / li, según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H), por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia) por el índice inicial.

El índice inicial para el capital del punto 3.1.1. y los valores del punto 3.1.2 es el vigente para la fecha o fechas en que ACPHES realice cada uno de los pagos. El índice inicial para el capital del punto 3.1.3 es el vigente para el mes de febrero de 2,002.

4.--El valor histórico de la condena, por cualesquiera de los conceptos involucrados en las anteriores peticiones, ganará intereses técnicos del 6% anual entre las mismas fechas verificadas para el índice final y la fecha de ejecutoria de la sentencia.

5.- Pagará, además, la totalidad de los gastos e impuestos relacionados con el dinero a restituir.

6.- Se dará aplicación a los artículos 176 y 177 del CCA.

2. La **demanda** presentó como fundamento fáctico de sus pretensiones las siguientes circunstancias:

2.1. La ACPHES – institución demandante- se describe como una entidad reconocida y dedicada a la “*prevención, diagnóstico, tratamiento, habilitación, rehabilitación e integración familiar, educativa, laboral y comunitaria de personas con discapacidad física, sensorial o mental*”. (f. 3 – c. 1)

2.2. En tales condiciones, celebró el “*contrato de prestación de servicios # 29/04/2001/034*” con el ICBF. (Ibíd.)



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

2.3. El objeto de este negocio jurídico se enfocó en prestar el servicio de atención y rehabilitación a niños abandonados, en peligro físico o moral, o con discapacidad, que fueran remitidos por el ICBF para el respectivo tratamiento profesional, *“con plena autonomía técnica y administrativa”*. (Ibíd.)

2.4. El pago por esta prestación *“se convino por el sistema CUPO/NIÑO/MES”* (f. 4 – c. 1).

2.5. Para desarrollar el contrato no se pactó anticipo, ni se efectuaron aportes sino que la entidad contratista sufragó de sus propios recursos, y de manera anticipada, todos los gastos necesarios para ejecutar las obligaciones contractuales. El ICBF *“pagó por mensualidades vencidas, previa acreditación del cumplimiento contractual”*. (f. 4 – c. 1).

2.6. El contrato finalizó el 31 de marzo de 2002. Posteriormente, el 4 de junio de la misma anualidad, la ACPHES entregó un *“acta de liquidación”*, que contenía los reajustes y revisiones de lo ejecutado mientras duró el vínculo contractual. En ella, se estableció *“un saldo en favor de ACPHES por valor de \$ 14.512.651 por incremento del 7% a la adición de enero a marzo de 2.002 por la modalidad de internado.”*, teniendo en cuenta los documentos que reflejaron el modo como transcurrió el contrato (f. 4 – c. 1).

2.7. El representante legal de la ACPHES solicitó, conforme se lo possibilitaba el contrato, la devolución de las sumas que el ICBF adeudaba, sin embargo esto le fue negado.

2.8. La Contraloría General de la República, a través del oficio 11709 del 22 de marzo de 2002, señaló una serie de hallazgos basados en *“información parcial relacionada con el contrato celebrado con ACPHES”*, sin que la actora pudiera controvertir lo afirmado por el ente de control. Con fundamento en este informe, la directora del ICBF – regional Bogotá se abstuvo de suscribir el acta de liquidación del contrato, que ya había sido firmada por la supervisora del contrato y por el contratista.

2.9. El 16 de julio de 2002, la directora del ICBF requirió y cuestionó a la contratista sobre una serie de erogaciones realizadas en el marco del contrato, y señaladas como hallazgos de la Contraloría General de la República. La suma



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

establecida por la entidad ascendía a \$ 205.335.105.

2.10. La contratista, en escrito del 24 de julio de 2002 respondió a la misiva del ICBF, señalando que las inconsistencias contables eran de su resorte; que no tuvieron incidencia en el desempeño contractual, y que estas fueron corregidas. Solicitó nuevamente el reembolso del saldo en su favor, y la revisión de la determinación de reintegrar los dineros señalados en la comunicación reseñada.

2.11. Mediante resolución 1827 del 17 de octubre de 2002, notificada el 25 del mismo mes y año, el ICBF decidió liquidar unilateralmente el contrato.

2.12. Contra el acto de liquidación unilateral, la ACPHES interpuso recurso de reposición, en donde se solicitó –en simultaneidad con la revocatoria de la decisión- que se certificara *“la naturaleza y monto de los aportes que en dinero o en especie le entregó el ICBF a ACPHES para que pudiese desarrollar el objeto contractual”*.

2.13. El coordinador del grupo financiero del ICBF certificó que los pagos realizados con ocasión del contrato *“eran “aportes” del ICBF y que la suma de \$ 223.447.505 estaba involucrada en el valor global girado”* (f. 10 – c.1).

2.14. La resolución 2795 del 31 de diciembre de 2002, notificada a la ACPHES el 22 de enero de 2003, confirmó la liquidación unilateral del contrato.

3. La parte actora formuló cuatro cargos en contra de los actos demandados: (i) incompetencia temporal del ICBF para liquidar unilateralmente el contrato; (ii) violación de normas superiores; (iii) falsa motivación, porque el contrato no es de aportes sino de prestación de servicios; (iv) violación del derecho de audiencia y de defensa.

4. Como concepto de la violación, la demandante indicó que los actos administrativos impugnados son nulos por contrariar los artículos 136 – numeral 10 – literal d) del Código Contencioso Administrativo (C.C.A.); 61 de la Ley 80 de 1993; 127 del Decreto 2388 de 1979 y 40 del Decreto 1137 de 1999.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

II. Trámite procesal

5. El 12 de agosto de 2004, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca **admitió** la demanda y dispuso la notificación de dicha decisión a la entidad demandada (f. 19 – c. 1), la cual fue notificada al ICBF el 13 de octubre de 2004 (f. 23 - c. 1).

6. El ICBF **contestó** la demanda de forma oportuna el 5 de noviembre de 2004 (f. 24-37 c. 1), en donde manifestó su oposición a todas las pretensiones planteadas por la parte demandante.

6.1. Indicó que la interpretación que la ACPHES le otorgó al objeto contractual *“es sesgada y deforma el verdadero contenido de las obligaciones contraídas a través del contrato suscrito por las partes”*, porque entendió que la autonomía del contratista es *“para contratar el personal necesario para desarrollar el objetivo del contrato, sin eludir la vigilancia, por parte del ICBF”* (f. 25 - c. 1).

6.2. Sostuvo que en el contrato no se pactó anticipo, pero –contrario a la parte actora- señaló que sí se efectuaron aportes, en virtud de las funciones propias del ICBF descritas por la Ley 7 de 1979 y el Decreto 2388 de 1979, que en sus palabras consisten en *“proveer a una Institución sea de utilidad pública o social, de los dineros indispensables para la prestación total o parcial del servicio”*, bajo la responsabilidad de la institución, pero con la vigilancia y control del ICBF.

6.3. Afirmó que el ICBF ejerció su facultad de liquidación unilateral del contrato celebrado con la institución demandante dentro de los términos fijados por la ley. Igualmente, estima que el negocio jurídico celebrado si corresponde al “contrato de aporte” regulado por la Ley 7 de 1979, y que dicha calificación no impide el pacto de la prestación de servicios.

6.4. Como conclusión de su escrito, la parte demandada aseguró que los actos demandados están ajustados a derecho, observaron las garantías del debido proceso, y que la liquidación unilateral surgió como resultado *“de las anomalías encontradas por los funcionarios del ICBF, al interior de la organización ACPHES, quienes están investidos de las facultades para efectuar la supervisión del mismo. Esta decisión se tomo (sic) dentro del término de caducidad de la acción , y con fundamento en lo expuesto por la jurisprudencia vigente para*



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

dicha fecha, en consecuencia, la administración ejerció sus facultades sin que se pueda pregonar que carecía de competencia para ello”.

7. Surtido el trámite procesal correspondiente y concluido el periodo probatorio, se corrió traslado a las partes para **alegar** (f. 97 c. 1).

7.1. La demandante (f. 98 – 106 - c.1) hizo un recuento de los argumentos de la demanda, y concluyó que sus pretensiones estaban llamadas a prosperar.

7.2. Por su parte, la demandada (f. 125 – 132 - c.1) insistió en que la liquidación se originó en los gastos “*suntuosos y desmedidos*” (f. 126 c. 1) descritos en los actos administrativos cuestionados, apartados de las finalidades del contrato, del interés general y de los intereses superiores de los menores atendidos. Así mismo, manifestó que los actos fueron expedidos dentro de los términos legales correspondientes “*porque para esa fecha no se había instaurado y admitido demanda ante el contencioso, y la acción de que trata el artículo 87 del C.C.A., no estaba para ese momento caducada*” (f. 130 c. 1).

8. El 22 de marzo de 2006, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera profirió **sentencia** de primera instancia (f. 134-149 c. ppl.), en la que declaró la nulidad de las resoluciones n°. 1827 del 17 de octubre de 2002 y n°. 2795 del 31 de diciembre de 2002 proferidas por el ICBF; se practicó liquidación judicial que arrojó un saldo favorable a la demandante de \$17 100 226; y condenó a la entidad pública a pagar \$2 684 831 por concepto de intereses moratorios, en los siguientes términos:

PRIMERO. DECLÁRASE la nulidad de las Resoluciones No. 1827 de 17 de octubre de 2002 y No. 2795 de 31 de diciembre de 2002, por las cuales se liquidó unilateralmente el Contrato de Prestación de Servicios No. 29/04/2001/034 suscrito entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Asociación Colombiana de Padres con Hijos Especiales.

SEGUNDO. ADÓPTASE como liquidación judicial del Contrato de Prestación de Servicios No. 29/04/2001/034, la expuesta en el numeral 3.5 de la parte motiva de esta providencia, la cual arroja un saldo actualizado de DIECISIETE MILLONES CIENTO DOSCIENTOS VEINTISEIS PESOS M/CTE (\$17'100.226)



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

favorable a la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE PADRES CON HIJOS ESPECIALES – ACPHES.

TERCERO. CONDÉNASE al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR al pago de DOS MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN PESOS M/CTE. (\$2'684.831) a favor de la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE PADRES CON HIJOS ESPECIALES – ACPHES, por concepto de intereses moratorios.

CUARTO. Sin costas.

QUINTO. Dese cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del C.C.A.

8.1. En criterio del *a quo*, para dilucidar el problema jurídico que entraña el cargo de falsa motivación de los actos administrativos demandados, era esencial establecer qué tipo de contrato celebraron el ICBF y la ACPHES.

8.2. Luego de exponer las notas características del contrato de prestación de servicios y del contrato de aporte, consideró que el contrato celebrado entre los dos extremos en pugna fue un contrato de prestación de servicios, por lo que halló acreditada la falsa motivación de los actos acusados, y se abstuvo de estudiar los demás cargos formulados. Para sustentar esta decisión, el Tribunal expuso lo siguiente:

8.2.1. Partiendo de lo señalado en el certificado de existencia y representación de la actora, el Tribunal señala que la ACPHES es una entidad sin ánimo de lucro que no pertenece al Sistema Nacional de Bienestar Familiar, circunstancia jurídicamente impeditiva para celebrar contratos de aporte.

8.2.2. El contrato n°. 29/04/2001/034 contiene un elemento esencial de los contratos de prestación de servicios, y contrario a la naturaleza de los contratos de aporte: la autonomía del contratista.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

8.2.3. En las obligaciones contractuales del ICBF no se encuentra entregar dineros al contratista a título de aporte, sino de pago, conforme lo señala la cláusula cuarta del contrato. Además, de la cláusula sexta del pacto, en donde se estipuló *“el pago por mensualidades vencidas previa presentación de facturas, que debían acompañarse de una certificación sobre el número de cupos realmente utilizados, expedida por el Supervisor del contrato con el visto bueno del contratista”* (f. 146 – c. ppl.), confirma este aserto toda vez que el desembolso requería verificar el cumplimiento del contrato. Añadió el Tribunal que:

... de haberse considerado como aportes debió acordarse de que (sic) la entrega de los dineros se efectuaría anticipadamente, pues sólo de esta manera era posible exigir que fueran destinados a la atención de los menores, y no cuando el servicio ya se había cumplido. (f. 146 – c. 1.)

8.2.4. La vigilancia y control de la inversión de los recursos destinados al contrato, que figura en el negocio jurídico objeto de juzgamiento, no es el único elemento configurador del contrato de aporte.

8.2.5. La cláusula tercera – numeral 2, que estipulaba la obligación del contratista de invertir los recursos entregados por el ICBF exclusivamente en la atención de los menores descritos en desarrollo del contrato, y manejar dichos dineros en una cuenta independiente de los demás ingresos del contratista, es ineficaz. La razón del *a quo* estriba en que, como la naturaleza de los montos desembolsados hacia el contratista es en realidad una contraprestación por sus servicios y no un aporte, estas obligaciones no son eficaces.

8.2.6. El contrato no es de aquellos que se califican como “mixtos”, en tanto debía señalarse explícitamente que lo era en el texto del contrato. Para el Tribunal *“en caso de duda sobre la clase de contrato suscrito (...) la omisión de la administración no podría ser interpretada a su favor, ni la ambigüedad del contrato en detrimento del deudor (art. 1624 C.C.)* (f. 146 – c. 1).

8.2.7. Adicionalmente, de acuerdo con una interpretación acorde a la buena fe, no es admisible que luego de haberse satisfecho el objeto contractual, la entidad decida que estos valores tenían el carácter de aportes y no de pagos, y en consecuencia decidiera tener por no ejecutado el contrato en un valor de \$205



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

355 105, y señalara un saldo a su favor de \$ 190 842 454 en la liquidación unilateral. De aceptarlo, se abriría la compuerta para permitir un enriquecimiento sin causa favorable a la administración.

8.3. Tras encontrar comprobada la falsa motivación alegada por la demandante, el Tribunal efectuó la liquidación judicial del contrato celebrado entre el ICBF y la ACPHES. Por ello, accedió a condenar a la administración al pago del saldo debidamente indexado del monto que resultó a favor del contratista al terminar el contrato, esto es, el valor correspondiente *“al incremento del 7% a la adición de enero a marzo de 2002”* (f. 147 – c. 1. anverso). Condenó al pago de \$17 100 226.

8.3.1. Igualmente, como la actora solicitó *“que los intereses moratorios se liquidaran al 6% anual sobre el monto histórico del capital entre el 1º de abril de 2002 y la fecha de ejecutoria de la sentencia, esto es, sin observancia de lo dispuesto por la Ley 80 de 1993”* (f. 148 – c.1), el Tribunal únicamente accedió a lo calculado conforme a sus pretensiones (\$ 2 684 831).

9. La anterior decisión fue **apelada** oportunamente por la parte demandada (f. 152 c. ppl). En su momento, expresó su discrepancia con el fallo de primera instancia (f. 165-168 – c. ppl), así:

9.1. La ACPHES sí podía celebrar contratos de aporte, porque si bien su acto de creación –que expresa la voluntad unilateral de sus fundadores- no la incluye en el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, el artículo 9 del Decreto 2388 de 1979 menciona que los organismos, instituciones y entidades, públicas o privadas dedicadas habitualmente a actividades o funciones relacionadas con la *“protección preventiva y especial del menor, la garantía de sus derechos y la realización e integración armónica de la familia”* se consideran integrantes del sistema (f. 166 – c. ppl). Actividades desplegadas por la contratista, no solo en desarrollo de este contrato, sino como parte de su desempeño cotidiano. En consecuencia:

... con el solo hecho de realizar actividades propias de protección como las descritas en el objeto contractual, quedan inmersa (sic) por mandato legal en el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, es decir que la sola voluntad de los fundadores no prima, ni deroga la voluntad general consagrada en el Decreto preanotado, hecho este



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

que pretende garantizar los derechos de los menores y la realización de la familia, como la inversión de los recursos en sus necesidades primarias. (f. 166 – c. ppl.).

9.2. La cláusula tercera – numeral segundo del contrato establecía que los recursos desembolsados por el ICBF a la contratista se destinarían a la exclusiva atención de los menores, y que estos contarían con la supervisión financiera del mencionado instituto, establecida con el fin de certificar la adecuada inversión de los recursos. Ello significa que el contrato es de aportes *“porque la única fuente de ingreso para desarrollar el objeto contractual provenían del ente estatal, y para nada se advierte una cofinanciación entre el particular y el Instituto, para el desarrollo del objeto contractual”* (f. 167 – c. ppl.).

9.3. La autonomía del contratista fue pactada para dos eventos: (i) *“ejecutar el objeto del contrato con autonomía técnica y administrativa, pero consintiendo con la orientación que el ICBF realice para el buen manejo del programa”*; (ii) consagrar la ausencia de relación laboral entre el ICBF y el personal que la ACPHES vinculara para desarrollar el objeto contractual, para evitar *“la solidaridad entre el ICBF y el contratista y el personal contratado”*, y poner *“a salvo el patrimonio del ICBF, frente a demandas laborales”* (f. 167 – c. ppl.).

9.4. El artículo 122 del Decreto 2150 de 1995, incorporado al régimen jurídico del contrato, señala la posibilidad de contratar directamente la prestación del servicio público de bienestar familiar con entidades sin ánimo de lucro que pertenezcan al sistema nacional. Con ello, dice el apelante, se corrobora la pertenencia de la actora al mentado sistema, porque al considerar lo contrario hubiera sido imposible vincular a la ACPHES, y debido a que la voluntad que la rige *“es la establecida por el legislador y no la consagrada por los socios o fundadores del ente privado”* (f. 167 – c. ppl.).

10. El 29 de enero de 2007 se corrió traslado a las partes para **alegar de conclusión** ante esta Corporación (f. 175 - c. ppl), oportunidad en la que únicamente la parte demandante y el agente del Ministerio Público se pronunciaron de este modo:

10.1. La parte demandante pidió la confirmación de la sentencia de primera instancia, coincidiendo con la motivación del fallo que le fue favorable (f. 177 - c. ppl).



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

10.2. La Procuraduría Cuarta Delegada ante esta Corporación solicitó que se revoque la sentencia apelada, y en su lugar se nieguen todas las pretensiones de la demanda (f. 178 – 188 – c. ppl). El razonamiento expuesto en el pronunciamiento del agente del Ministerio Público se resume en estos puntos:

10.2.1. Contrario a lo expresado por el Tribunal, el contrato celebrado entre el ICBF y la ACPHES sí era de aporte. De acuerdo al conjunto de normas que rigen este tipo contractual (artículos 127 y 128 del Decreto 2388 de 1979), y al texto suscrito entre las partes, el objeto del contrato sí corresponde a esta clase de negocios:

... puesto que acordaron los co-contratantes la prestación del servicio de atención y rehabilitación de niños abandonados o en peligro, con discapacidad, en las instalaciones del contratista, por el cual la entidad contratante cancelaría un valor cupo/mes/niño; es decir, el ICBF se obligó a proveer los dineros indispensables para la prestación del servicio, que se cumpliría bajo la exclusiva responsabilidad de la contratista, con personal de su dependencia, pero de acuerdo con las normas y el control del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (f. 186 anverso – c. ppl.).

10.2.2. En ese orden de ideas, el ICBF, en uso de sus facultades legales celebró este contrato de aporte con la ACPHES para que esta operara con autonomía técnica y administrativa, y con el personal a su cargo, *“pero, se obligó a aceptar la asesoría que le proporcionara el Equipo Técnico Interdisciplinario Nacional, Regional y/o Zonal del INSTITUTO, a seguir sus recomendaciones, a adoptar oportunamente los correctivos y medidas que le indicaran, a suministrarles la información, documentación y atención solicitada; y, de otra parte, la contratante, tenía a su cargo la vigilancia del cumplimiento y también la inspección de la debida inversión de los recursos entregados”* (f. 186 anverso – c. ppl).

10.2.3. Además de lo anterior, en la cláusula tercera del contrato, la ACPHES se obligó a invertir los recursos entregados por el ICBF para atender a los menores amparados por este contrato; a manejar dichos recursos en una cuenta independiente a los ingresos del contratista y a presentar al coordinador del centro zonal respectivo un informe financiero trimestral que incluye la ejecución de los ingresos y de los gastos provenientes de los recursos aportados por el



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

ICBF. De hecho, la liquidación unilateral tuvo lugar a partir del “*manejo y destino irregular*” de esos recursos. (f. 187 – c. ppl):

No sobra señalar que aún si se llegara a considerar que no se trataba de un contrato de Aporte, con ese argumento no se puede justificar el desconocimiento ni hacer abstracción del contenido de una cláusula contractual que le imponía a la contratista la destinación específica de los recursos. Y fue, precisamente, el desconocimiento de esa estipulación lo que sirvió de base para liquidar el contrato. (f. 187 anverso – c. ppl)

Con estos planteamientos, el Ministerio Público concluyó que no se configuraron los cargos de falsa motivación, ni de violación de normas superiores de los actos impugnados que alegó la parte demandante.

10.2.4. Como el ICBF liquidó unilateralmente el contrato dentro de los 2 años posteriores a la terminación del contrato, y la contratista no había demandado la liquidación por vía judicial, la administración no perdió su competencia temporal para emitir estos actos.

10.2.5. No se presenta nulidad por violación del derecho de audiencia y defensa, porque los actos demandados no le endilgaron responsabilidad fiscal a la contratista. La liquidación hizo un cruce de cuentas de los dineros entregados y los dineros ejecutados, de ninguna forma constituyeron actos de imputación de responsabilidad fiscal.

11. Por haber conocido previamente del asunto como magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el consejero Ramiro Pazos Guerrero manifestó su impedimento para actuar en segunda instancia (f. 258 – c. ppl), el cual fue aceptado por el despacho del consejero ponente mediante auto del 20 de abril de 2016 (f. 259 – c. ppl).

CONSIDERACIONES

I. Competencia



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

12. La Sala es competente para decidir el caso por ser un asunto contractual en el que es parte una entidad estatal de las enunciadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, según lo dispone el artículo 75¹ del mismo estatuto y por cuanto se trata de un recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

12.1. Así mismo, observa la Sala que para el momento de interposición del recurso de apelación (31 de marzo de 2006), habían entrado en vigencia las disposiciones contenidas en la Ley 446 de 1998 en virtud del artículo 1 de la Ley 954 de 2005² motivo por el cual el presente proceso contencioso administrativo, en razón de su cuantía³, tiene vocación de doble instancia, en donde la segunda deberá ser resuelta por esta Corporación.

II. Hechos probados

13. Conforme a las pruebas válidamente aportadas y practicadas durante el proceso, se demostraron estas circunstancias relevantes para la solución del conflicto traído al conocimiento de la Sala.

14. De acuerdo con el certificado de existencia y representación legal allegado al expediente (f. 1-3 c.2) la ACPHES se constituyó como entidad sin ánimo de lucro. En su acto de creación planteó como finalidad “*LA INTEGRACIÓN DE LOS PADRES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD FÍSICA, SENSORIAL O MENTAL Y SU FAMILIA*”, así como “*ESTUDIAR, PROMOVER Y EJECUTAR*

¹ “Artículo 75.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativo (...)”.

² “Parágrafo. Las normas de competencia previstas en esta ley se aplicarán, mientras entran a operar los Juzgados Administrativos, así:

Los Tribunales Administrativos conocerán en única instancia de los procesos cuyas cuantías sean hasta de 100, 300, 500 y 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes previstas en el artículo 42, según el caso, y en primera instancia cuando la cuantía exceda de los montos.”

³ En la demanda se estimó la cuantía del proceso en la suma de \$190.842.454, porque esta cifra es la reclamada por el ICBF en los actos administrativos demandados. De acuerdo con los artículos 42 de la Ley 446 de 1998 (que introdujo el artículo 134B del Código Contencioso Administrativo) y 1 de la Ley 954 de 2004, aplicables a este asunto, la acción de controversias contractuales sería conocida por los Tribunales Administrativos en primera instancia, siempre que la cuantía del proceso sobrepasara los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el momento de la presentación de la demanda. En este caso, para el año 2004, ese tope equivalía a \$179'000.000, monto superado por las cuantías formuladas en este proceso.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

PLANES Y PROGRAMAS SOCIALES DE CARÁCTER ECONÓMICO, CULTURAL, CIENTÍFICO, RECREATIVO, DEPORTIVO Y, EN GENERAL, TODA ACTIVIDAD QUE IMPLIQUE EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, ESPECIALMENTE EN CUANTO SE RELACIONE CON LA PREVENCIÓN, DIAGNÓSTICO, TRATAMIENTO, HABILITACIÓN, REHABILITACIÓN E INTEGRACIÓN FAMILIAR, EDUCATIVA, LABORAL Y COMUNITARIA.” (f. 1 – c.2).

14.1. En esa dirección, se encuentra habilitada para:

ADELANTAR TODAS LAS GESTIONES QUE (...) SE REQUIERAN CELEBRANDO LOS CONVENIOS O CONTRATOS QUE ESTIME CONVENIENTES CON ENTIDADES PÚBLICAS O PRIVADAS PARA LA ATENCIÓN INTEGRAL DE LA FAMILIA... (f. 1 anverso – c.2)

14.2. Sin embargo, en el acto de creación de la ACPHES los asociados establecieron que:

PARA TODOS LOS EFECTOS LEGALES A QUE HAYA LUGAR LA ASOCIACIÓN ACLARA QUE NO ES ENTIDAD VINCULADA AL SISTEMA NACIONAL DE BIENESTAR FAMILIAR Y QUE LOS PLANES Y PROGRAMAS ENUNCIADOS EN SUS FINALIDADES Y OBJETIVOS LOS DESARROLLARÁ A TRAVÉS DE LOS ENTES ESPECIALIZADOS QUE SEAN PERTINENTES (Ibíd.)

15. El 2 de enero de 2001, la ACPHES (contratista) y el ICBF celebraron el denominado “*CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE PROTECCIÓN A NIÑOS, NIÑAS Y JÓVENES ABANDONADOS O EN PELIGRO FÍSICO O MORAL CON DISCAPACIDAD*” (f. 43-50 – c.1). De las cláusulas que integran este negocio jurídico, se destacan las siguientes:

15.1. El objeto contractual, pactado en estos términos:



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

PRIMERA. OBJETO DEL CONTRATO.- *El CONTRATISTA se obliga para con EL INSTITUTO a prestar el servicio de atención y rehabilitación requeridos por niños, niñas y jóvenes abandonados o en peligro físico o moral, con discapacidad, remitidos por EL INSTITUTO que requieran tratamiento profesional especializado por presentar discapacidad física, mental, sensorial o múltiple, severa, moderada o leve, conforme a lo establecido en el FORMATO PARA LA DESCRIPCIÓN DEL PROCESO DE ATENCIÓN, (ANEXO 1), en aplicación del instrumento de ESTANDARES DE CALIDAD de los procesos de protección integral, los cuales hacen parte integral del presente contrato, en las instalaciones del CONTRATISTA (...) teniendo en cuenta las características de estos menores.*

PARÁGRAFO. *EL CONTRATISTA prestará el servicio de atención teniendo en cuenta el nivel de desarrollo de los niños, niñas, o familiares, las normas vigentes para los sectores de salud y educación. En concordancia con el Artículo 83 del Código del Menor, entiéndese por atención integral “El conjunto de acciones que se realizan a favor de los menores tendientes a satisfacer un adecuado ambiente educativo y la participación de la familia y la comunidad. La atención integral se brindará básicamente a través de actividades de integración escolar, formación prelaboral y laboral, acceso a servicios de salud, y demás procesos necesarios para el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y jóvenes, con la participación de las entidades que conforman el Sistema Nacional de Bienestar Familiar. Cuando se trata de menores con limitaciones físicas, sensoriales o mentales, debe garantizarse el acceso a educación especial. (f. 44 – c.1).*

15.2. La cantidad de cupos contratados: 113 en modalidad internado, 35 en seminternado y 20 en externado. El ingreso y egreso de menores a las instalaciones de la contratista debía estar precedido de “una boleta de ubicación, expedida por el Defensor de Familia” o en su ausencia, del coordinador del centro zonal correspondiente, en remisión que debía ser ratificada por el defensor de familia posteriormente.

15.3. Las obligaciones a cargo del contratista, que en lo pertinente para este caso enunciamos así:

TERCERA. OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA.- *En desarrollo del objeto del presente contrato, EL CONTRATISTA se obliga a: 1) Respetar y salvaguardar los derechos fundamentales del menor, consagrados en el artículo 44 de la Constitución Política, y en las*



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

normas del Código del Menor; atendiendo al menor de acuerdo con los lineamientos señalados por EL INSTITUTO y que EL CONTRATISTA acepta de manera expresa; así como también teniendo en cuenta los Reglamentos e Instructivos que se expidan; así como también los servicios según la discapacidad. Igualmente, atenderá al menor conforme a los Términos de su Propuesta, aclaraciones y ajustes a los mismos, aceptados por EL INSTITUTO, los cuales forman parte integral del presente contrato. 2) Invertir los recursos entregados por EL INSTITUTO, exclusivamente en la atención de los menores objeto de este contrato y manejar estos recursos, en una cuenta independiente de los demás ingresos del CONTRATISTA. Deberá presentar un informe financiero trimestral, de acuerdo con el FORMATO FINANCIERO (ANEXO 3) que hace parte integral del presente contrato. 3) Aceptar la asesoría que le proporcionen a la Institución, el Equipo Técnico Interdisciplinario Nacional, Regional y/o Zonal del INSTITUTO, para mejorar la calidad de atención y de vida de los menores que atiende el CONTRATISTA, siguiendo sus recomendaciones y adoptando oportunamente los correctivos y medidas que estos le indiquen. 4) Facilitar las visitas del Equipo Técnico Interdisciplinario Nacional, Regional y/o Zonal, para verificar las condiciones en que se encuentran los menores, suministrándoles la información, documentación y atención solicitada, con el fin de que se puedan tomar las medidas del caso. 5) Abrir a cada menor una carpeta donde se incluya la copia de la Historia Socio-Familiar remitida por el INSTITUTO incluyendo la fotografía del menor, registro de la valoración inicial realizada por el médico, las valoraciones periódicas mensuales o bimensuales y las actuaciones de todos los profesionales que intervengan en el plan de atención preestablecido para el caso. 6) Suministrar cualquier información que requiera EL INSTITUTO para verificar el cumplimiento de obligaciones contractuales, legales o laborales, tales como nómina, constancias de pago, contratos laborales, títulos profesionales, hojas de vida, aportes patronales, pago de prestaciones sociales, honorarios, etc. 7) Remitir dentro de los dos primeros días hábiles del mes, el Registro de Niños y Niñas atendidos, el cual debe estar firmado por el representante Legal. 8) A la terminación del contrato, presentar un estado de cuenta sobre la ejecución del mismo suscrito por el CONTRATISTA que cubra toda la vigencia del mismo. 9) A la terminación del contrato EL CONTRATISTA deberá suscribir dentro del término establecido en la cláusula Décimo Octava (18) del presente contrato, la respectiva Acta de Liquidación. 10) Mantener un aviso o valla en una parte visible que indique la pertenencia de la Entidad al Sistema Nacional de Bienestar Familiar y la prestación del Servicio Público de Bienestar Familiar. 11) Informar previamente al INSTITUTO, cualquier cambio de las instalaciones donde se prestará el servicio



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

y/o cualquier cambio de domicilio y/o teléfono. 12) Afiliar a los menores atendidos, al Régimen Subsidiado en Salud, según lo establecido en el Acuerdo No.77 del Consejo Nacional de Seguridad en Salud. 13) Mantener la capacidad operativa y de disponibilidad de cupos contratados con el ICBF, objeto de este contrato. 14) EL CONTRATISTA no podrá suspender el servicio, ubicar a los menores bajo su cuidado en otra institución o devolverlos al INSTITUTO, sin autorización previa del Defensor de Familia competente, cuando el niño, la niña o el joven cumplen con las características de la población para la cual el servicio es contratado. 15) Aplicar en los dos meses siguientes a la iniciación de la ejecución del contrato, el instrumento ESTANDARES DE CALIDAD de los procesos de protección integral. 16) Presentar al Defensor de Familia asignado, a los 30 días siguientes al ingreso del niño, niña o joven un informe evaluativo que contemple: fortalezas personales, familiares, sociales, y los derechos que le fueron vulnerados, con el correspondiente plan de acción individual que busque la restitución y garantía permanente de los derechos fundamentales; siguiendo los lineamientos impartidos por ICBF; (...) 18) Informar previamente por escrito y con anterioridad cualquier posible cambio de las instalaciones al supervisor del contrato, quien teniendo en cuenta los estándares de calidad, dará concepto favorable para el traslado del servicio, con el fin de solicitar a la Instancia competente, la modificación al contrato. (...) 23) Dar estricto cumplimiento a los requerimientos que impartan los Niveles Nacional Regional y Zonal. (f. 45-46 – c.1).

15.4. Según el texto contractual (cláusula cuarta), el contratista contaba con facultades para ejecutar el objeto del contrato “*con plena autonomía técnica y administrativa, en sus instalaciones, utilizando personal propio bajo su dirección y responsabilidad exclusivas*” (f. 47 – c.1). En esa medida, el personal a cargo del contratista no tendría relación laboral o contractual con el ICBF, y los contratos celebrados por el contratista para cumplir con sus obligaciones serían de su responsabilidad. No obstante, se pactó lo siguiente:

Sin perjuicio de la autonomía técnica y administrativa EL INSTITUTO deberá vigilar el cumplimiento de las obligaciones contractuales e inspeccionar la debida inversión de los recursos entregados. (ibíd.)

15.5. Dentro de las obligaciones del ICBF se indicaron las siguientes:

1) *Pagar al CONTRATISTA el valor de los cupos en la forma y*



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

términos pactados. 2). Ejercer asesoría y asistencia técnica a través del Equipo Técnico Interdisciplinario Nacional, Regional o Zonal de acuerdo con las necesidades que se presenten en el desarrollo del presente contrato. Igualmente realizar a través del supervisor, el seguimiento y control de la ejecución del contrato. 3) Remitir al niño, niña o joven a la institución, mediante boleta de ubicación, firmada por el Defensor de Familia, anexando copia de la Historia Socio-Familiar del menor (...) 4) Asesorar, acompañar y concertar con EL CONTRATISTA, el diseño y puesta en marcha del Plan de Mejoramiento Institucional (...) 5) Expedir con destino a la Secretaría de Salud respectiva, una certificación que identifique a los menores que estén bajo medida de protección del INSTITUTO, con el fin de que sean afiliados al Régimen Subsidiado en Salud (...) (ibíd.)

15.6. Como valor del contrato se convino que era *“hasta la suma de \$1.048.673.219,00, a razón de \$611,574,00 para internado, \$444,715,00 para seminternado y \$240,818,00 para externado, valor cupo/niño/mes.”* Este último valor se definió como *“la capacidad instalada y de atención integral disponible de una unidad de servicio, que cancela el ICBF por la atención de los niños, niñas y jóvenes, objeto del contrato”.* (ibíd.)

15.7. Se estipuló que el pago se haría por mensualidades vencidas, previa presentación de facturas que debían ir acompañadas de *“una certificación sobre el número de cupos realmente utilizados, expedida por el Supervisor del contrato”.*

15.8. El supervisor del contrato tenía como función, además de la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones contractuales, y de efectuar el seguimiento de la ejecución del contrato, la siguiente: *“(...) Para efectos del pago, expedir las certificaciones a que haya lugar conforme a lo pactado en el contrato y presentarlas en las dependencias encargadas de efectuarlo.”* (f. 48 – c.1)

15.9. Este contrato tuvo una vigencia inicial de 12 meses, comprendidos entre el 2 de enero y el 31 de diciembre de 2001.

15.10. La cláusula decimoctava, referente a la liquidación, indicó que el contrato *“deberá liquidarse de común acuerdo por las partes, dentro de los dos (2) meses siguientes a la terminación o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación unilateral, mediante la suscripción de un acta de liquidación”* (f. 50)



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

– c.1), de lo contrario, mencionó que se aplicaría el artículo 61 de la Ley 80 de 1993.

16. Las partes suscribieron adiciones *“en valor y en plazo”* al contrato 29/04/2001/034.

16.1. La primera tuvo lugar el 28 de diciembre de 2001, (f. 51-52 – c.1). El valor adicionado fue de *“\$207.323.586,00, para la atención de 113 cupos en internado (...) a un costo cupo mes de \$611,574, para internado”* (f. 51 – c.1); y la vigencia se extendió hasta el 31 de marzo de 2002.

16.2. La segunda se originó el 2 de enero de 2002 (f. 59-60 – c.2). Allí se adicionó el valor del contrato:

...en la suma de SESENTA MILLONES DOSCIENTOS SETENTA MIL SETECIENTOS VEINTICINCO MIL (sic) PESOS MONEDA CORRIENTE (\$60.270.725.00) M/CTE, de los cuales la suma de CUARENTA MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y TRES MIL SETECIENTOS VEINTICINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$49.963.725,00) estarán destinados para atender 35 cupos por el término de tres (3) meses contados a partir del 2 de enero de 2002 en la modalidad semiinternado (sic); y la suma de DIEZ MILLONES TRESCIENTOS SIETE MIL PESOS MONEDA CORRIENTE estarán destinados para la atención de 20 cupos por el término de (2) meses contados a partir del 1 de febrero de 2002. (f. 59 – c. 2)

16.2.1. La vigencia de esta adición fue *“de tres (3) meses, contados a partir del 2 de enero de 2002 en la modalidad semiinternado (sic) y de dos (2) meses contados a partir del 1 de febrero de 2002 en la modalidad externado”* (Ibíd.).

16.2.2. Esta adición fue aclarada por el ICBF el 11 de marzo de 2002, indicando que *“el valor cupo mes de la adición para la modalidad externado (...) es de \$257.675 y para seminternado es de \$475.845. (f. 63 – c.2).*

17. Durante todo el año 2001, y los meses de enero a marzo de 2002, el supervisor del contrato y el representante legal de la ACPHES certificaron la atención a niños, niñas y jóvenes conforme lo pactado, distinguiendo entre cupos



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

contratados y cupos atendidos. Así mismo, se aportaron los comprobantes de pago al contratista, en el mismo lapso, por valores que fueron equivalentes a los certificados mensualmente (f. 59-89 - c.1).

18. La ACPHES se comunicó con el ICBF a través de un oficio con fecha de junio 4 de 2002, en donde remitió *“la liquidación correspondiente al Contrato No. 29/04/2.001/034 y sus dos adiciones”* (f. 23 – c.2). Esta carta adjuntó un formato de acta de liquidación del ICBF, únicamente suscrita por el representante legal de la contratista (f. 24 – c.2).

19. A través de la resolución 1827 del 17 de octubre de 2002, el ICBF liquidó unilateralmente el *“contrato de prestación de servicios No. 29/02/2001/034”* suscrito con la ACPHES (f. 4-13 – c.2).

19.1. Parte de las motivaciones del acto administrativo se refieren al informe rendido tras una visita del equipo de apoyo del grupo financiero a la ACPHES⁴, que refiere:

19.1.1. El arriendo de las sedes donde se ejecutaban las obligaciones del contrato, aunque las instalaciones figuraban como activos fijos de la institución a 31 de diciembre de 2001.

19.1.2. La compra de un equipo de audiometría y de un *“Video Bean”*, aunque *“el contrato no contempla este tipo de compras”* (f. 5 – c.2).

19.1.3. Las erogaciones por concepto de mantenimiento y reparaciones de una de las sedes de la institución, a pesar de que *“el contrato no contempla este tipo de compras”* (f. 6 – c.2).

19.1.4. Gastos en alimentación, con desfase entre lo informado y lo verificado en los soportes de \$ 2'829.344

19.1.5. Gastos en *“EDUCACIÓN, CAPACITACIÓN, SALUD, RECREACIÓN,*

⁴ Este informe no fue aportado al expediente.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

DEPORTE, CULTURA Y ATENCIÓN A LA COMUNIDAD”, en donde se encontró una diferencia entre lo informado al ICBF y los soportes de \$12'791.656.

19.1.6. *“Así mismo, existe un total de valores girados a la Directora Señora JENNY GOMEZ, cuyos soportes no son consistentes”, que ascendían a \$68'294.800.*

19.1.7. En otros gastos, relacionó *“Tiquetes a España y gastos de viaje, según comprobantes de egreso (...)”* por valor de \$ 5'225.422. Sostuvo que *“el contrato no contempla este tipo de gastos”* (f. 7 – c.2)

19.1.8. El total de los valores no justificados por la ACPHES era, de acuerdo al informe, de \$ 205'355.105.

19.2. El acto administrativo menciona que la ACPHES rindió descargos sobre los señalamientos efectuados en el informe, frente a los cuales el ICBF indicó que en lugar *“de dar una suficiente ilustración y dar una explicación clara a los dineros por legalizar, se plantean situaciones diferentes, que lo que (sic) conlleva a determinar es que existe gran desorden administrativo, contable y financiero”* (f. 9-10 – c.2).

19.3. La resolución señala que la contratista fue citada por el ICBF para suscribir el acta de liquidación *“mediante oficios de fechas 9 y 12 de septiembre”*. Sin embargo, la respuesta de la ACPHES fue que *“ya había suscrito un acta, la cual no fue suscrita por la Dirección Regional por carecer del control financiero y legal necesarios, los cuales no eran posibles, teniendo en cuenta la revisión financiera y contable que se adelantaba a la ejecución del contrato”*. Finalmente, la contratista no compareció a los llamados del ICBF.

19.4. La liquidación unilateral se efectuó de acuerdo con estos valores (f. 12 – c.2):

VALOR CONTRATO PRINCIPAL			\$ 1.048.673.219,00
--------------------------------	--	--	------------------------



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

VALOR ADICIONES \$207.323.586 60.270.725			\$ 267.594.311.00
			\$ 1.316.267.350.00
VALOR PAGADO SEGÚN COMPROBANT E No 326, 1288, 1289, 1838, 2284, 3038, 3883, 4553, 5498, 6142, 6849, 7358, 310, 580 Y 1272		\$1.298.175.130.0 0	
VALOR DESCUENTOS (no girado por cobertura no atendida)		\$18.092.400.00	
VALOR REAJUSTES Y REVISIÓN DE PRECIOS PACTADOS EN EL CONTRATO (Incremento 7% adición)		\$14.512.651.00	\$14.512.651.00
VALOR EJECUTADO	\$1.107.332.676,0 0		
VALOR NO EJECUTADO	\$223.447.505.00		
Valor descuentos \$18.092.400.00 aplicados			
Valor a reintegrar \$205.355.105.00 al ICBF			



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

SUMAS IGUALES	\$1.330.780.181.o o	\$1.330.780.181.o o	\$1.330.780.181.o o
VALOR A CARGO DEL CONTRATISTA (A REINTEGRAR AL ICBF) POR GASTOS EJECUTADOS QUE NO CORRESPONDEN AL OBJETO DEL CONTRATOS (sic), SEGÚN INFORME DE SUPERVISIÓN FINANCIERA (...)			\$205.355.105.oo
VALOR A FAVOR DEL CONTRATISTA (A PAGAR AL CONTRATISTA POR EL ICBF) POR INCREMENTO DEL 7% A LA ADICIÓN DE ENERO A MARZO DE 2.002			\$14.512.651.oo
SALDO A CARGO DEL CONTRATISTA Y POR INTEGRAR AL ICBF:			\$190.842.454.oo

20. La ACPHES interpuso recurso de reposición contra el acto de liquidación unilateral,⁵ decidido a través de la Resolución 2795 del 31 de diciembre de 2002 en el sentido de confirmar el acto refutado.

20.1. El contratista argumentó que el contrato celebrado entre ACHPES e ICBF era un contrato de prestación de servicios. La entidad pública contestó:

... si bien es cierto, el enunciado del contrato en cuestión establece la prestación de un servicio, es necesario remitirnos para tal fin a la Ley 7 de 1.979 y su decreto reglamentario 2388 del mismo año, que el Instituto podrá celebrar contratos con personas naturales o jurídicas (...) y en virtud de lo expuesto, por tratarse de un servicio especial del Servicio de Bienestar Familiar, se podrán celebrar contratos de aporte.

(...) Queda establecido con lo expuesto, la aplicabilidad de la especialidad de la contratación, lo que enmarca los principios de la prestación de un Servicio Público en la ejecución de los contratos, lo que no puede enmarcarse exclusivamente en la modalidad de prestación de servicios, profundizando en su argumentación con la existencia de los considerandos tenidos en cuenta en el encabezado del contrato mismo y en las cláusulas especiales pactadas y aceptadas por el contratista, como la de destinar el presupuesto asignado únicamente en la ejecución del objeto contractual. (f.17 – c.2)

⁵ No fue aportado al expediente.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

20.2. El ICBF sostuvo que no existió plena autonomía del contratista, sino que esta únicamente se pactó *“frente al personal a su cargo y las calidades del servicio a prestar”* (f. 19 – c.2).

20.3. De acuerdo con el acto, el sistema de forma de pago *“CUPO/NIÑO/MES, no resta importancia a las demás obligaciones contractuales tales como la presentación y legalización de cuentas frente a la ejecución del contrato, de donde se concluyó que existían saldos sin ejecutar en la destinación específica contratada y por ende es obligación del ICBF proceder a través del acta de liquidación, a efectuar dichos ajustes y estipular los saldos a su favor”* (f. 19 – c.2).

20.4. Igualmente, sostuvo que *“teniendo en cuenta la especialidad de la contratación del Instituto, se establece que el dinero aportado es recurso público, administrado por un tercero que presta el Servicio Público de Bienestar Familiar, bajo las directrices del ICBF”* (Ibíd.).

20.5. Añadió que *“frente a la atención de los menores se tuvo en cuenta la constatación y certificación expedida por el Supervisor del contrato, sin embargo se tendría que entrar a determinar la calidad del servicio o que el presupuesto asignado no se hubiera destinado al cumplimiento del objeto contractual, invirtiéndose en asuntos que no tiene (sic) que ver con las estipulaciones suscritas. En tal caso, no se podría haber ejecutado y se constituyen en saldos por no ejecución”* (f. 19-20 – c.2).

III. Problema jurídico

20. De acuerdo con lo alegado en la demanda, lo decidido en la sentencia de primera instancia y lo expuesto en la apelación, la Sala acometerá la problemática jurídica que fundamentó el cargo de falsa motivación de los actos administrativos demandados, próspero en el Tribunal *a quo*, esto es, el atinente a la naturaleza jurídica del contrato 29/04/2001/034: ¿Se trata de un contrato de prestación de servicios (como lo predica la demandante) o de un contrato de aporte (siguiendo la óptica del ICBF)?



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

21. De otra parte, si el análisis efectuado en esta sentencia de segunda instancia concluye que no existió la falsa motivación –contrario a lo que estimó el *a quo*-, la Sala estudiará los restantes cargos formulados por la demanda (párr. 3).

IV. Análisis de la Sala

IV.I. Estudio del cargo de falsa motivación: ¿El contrato 29/04/2001/034 es de aportes o de prestación de servicios?

22. La actora sostuvo que hubo falsa motivación en los actos administrativos de liquidación unilateral porque estos aplicaron normas extrañas al contrato de prestación de servicios que, en su parecer, celebró con el ICBF. “*Es falso que el contrato fué (sic) de aportes y es igualmente falso que el ICBF le aportó a ACPHES dinero para desarrollar al contrato*”, puntualizó. (f. 15 – c.1).

23. Resolver la problemática sobre la **naturaleza del contrato** 29/04/2001/034, implica advertir, de antemano, que el nombre otorgado por las partes al negocio que estas celebran no incide en su régimen ni en sus efectos jurídicos. En efecto, que las partes hayan dado en denominar al contrato en comento como “*de prestación de servicios*” es indiferente para efectuar su calificación. Sobre este particular, cabe recordar que la Sala ha sostenido que:

... la naturaleza del vínculo contractual o la identificación del tipo comercial celebrado no constituye una cuestión que dependa, en exclusiva y ni siquiera principalmente, de la denominación que al convenio decidan otorgar las partes, sino que dicha naturaleza o modalidad derivan, fundamentalmente, de la función económico-social que el acto jurídico esté llamado a cumplir o, en otros términos, de los elementos que permiten configurar el tipo contractual del cual se trate; de ahí que el contrato, como forma específica de negocio jurídico, se califique como la más cotidiana y usual forma de disposición de intereses en procura de una función práctica, económica o social y que en consideración a la función o funciones que les corresponda desplegar, el ordenamiento jurídico instituya categorías o tipos de contratos dentro de un esquema fáctico concreto, definitorio de su naturaleza, clase o especie, algunas de ellas reguladas expresamente por el legislador, otras por la sociedad –de suerte que surgen incluso de los usos y de las prácticas sociales– y otras por el tráfico jurídico mismo,



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

diferenciándose así los contratos típicos y nominados de los atípicos y los innominados...⁶

24. Ahora bien, la jurisprudencia se ha referido al **contrato estatal de prestación de servicios**, partiendo de la definición contenida en el artículo 32 – numeral 3 de la Ley 80 de 1993, vigente para el momento de celebración del contrato entre la ACPHES y el ICBF. Así se ha pronunciado la Sala:

Sobre el particular, sea lo primero destacar que el contrato de prestación de servicios nació del contrato de arrendamiento o locatio, que tenía como modalidades de ejecución las obras (locatio operis), el transporte (locatio conductio), o los servicios personales (locatio operarum). Figura esta última que se generalizó para dar paso a la concepción actual de este negocio jurídico, al cual el Estado moderno ha recurrido, para cumplir las múltiples y crecientes funciones a su cargo y ante precisos requerimientos de conocimiento profesional, técnico, o científico o por insuficiencia del personal vinculado a su planta de personal a través de un acto condición (funcionarios) o mediante contrato de trabajo (trabajadores oficiales).

De ahí que, la necesidad de servicios para su funcionamiento o para el cumplimiento de actividades dirigidas a la sociedad, ha dado lugar a contratarlos con personas naturales o jurídicas externas, no vinculadas como servidores o funcionarios de la Administración, a través de contratos de prestación de servicios. Así, la Ley 80 de 1993 en el artículo 32, numeral 3o, dispuso lo siguiente:

“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 18 de marzo de 2010. Rad. 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390). C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.

De conformidad con la anterior definición, es viable predicar las siguientes características y notas predominantes de los contratos de prestación de servicios:

a) Pueden ser celebrados por cualquier entidad estatal que tenga capacidad para contratar, según lo previsto en el artículo 2 numeral 1. de la Ley 80 de 1993.

b) Es posible su celebración con personas naturales o con personas jurídicas. Con personas naturales cuando se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad que no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Y, no obstante que la norma no lo señala, es conforme a derecho concluir que también es admisible suscribir este tipo de contratos con personas jurídicas, como así lo indica el artículo 24, numeral 1º, letra d), en el cual se señala la posibilidad de acudir a los mismos “[p]ara la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas (...).”

c) Tienen por objeto desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones a cargo de la entidad contratante, con la condición de que tales actividades o funciones no puedan cumplirse con el personal de planta por ser insuficiente o porque se requieran conocimientos especializados.

d) La relación que se genera entre entidad contratante y contratista no goza del carácter de relación laboral.

e) No pueden pactarse por término indefinido, sino por el plazo estrictamente necesario e indispensable (inciso 2o. del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993).



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

Precisamente, la naturaleza excepcional de este negocio jurídico de la administración y las dos últimas características anotadas previenen que no se utilice el contrato de prestación de servicios para establecer plantas paralelas con carácter permanente en las entidades públicas, en desconocimiento del régimen laboral, tal y como lo ha advertido esta Corporación al recalcar que no puede suplirse la vinculación de los servidores públicos a los cuadros del servicio oficial a través de estos contratos.⁷

f) En el marco de la Ley 80 de 1993, los contratos que celebran las entidades públicas -incluyendo los de prestación de servicios- se rigen por las disposiciones civiles y comerciales que disciplinan el tipo negocial utilizado por la administración y las especiales previstas en dicho estatuto público contractual (artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993).

g) No son obligatorias las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad, salvo en materia de prestación de servicios públicos, en los términos del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, pero ello no obsta para que si se estima conveniente se puedan pactar.⁸

25. Como un apunte adicional, cabe señalar que la exigencia de que el contrato estatal de prestación de servicios solo pueda celebrarse cuando la entidad no posea el personal de planta o se requieran conocimientos especializados, ha sido precisada por las posteriores reformas legales al estatuto de contratación pública, particularmente las introducidas por la Ley 1150 de 2007 (artículo 2 – numeral 4 – literal h.), norma que subdividió el género “contrato de prestación de servicios” en dos especies: de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. La Sala Plena de la Sección, en sentencia de unificación, precisó las diferencias entre una y otra categoría, así:

⁷ [141] “CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 1 de noviembre de 1994, Exp. 7960. También la CORTE CONSTITUCIONAL, en Sentencia C-154 de 1997, al declarar exequible el numeral 3º del inciso 2º del artículo 32, distinguió los contratos de prestación de servicios de los laborales y precisó que los primeros podía devenir en los segundos cuando se presentaran sus elementos (contrato realidad: subordinación, dependencia, etc), cualquiera que fuera la denominación que le haya dado la entidad pública.”

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Rad. 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715) y otros acumulados. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

d) El contrato propiamente dicho de prestación de servicios profesionales.

100.- En este sentido, y efectuando un análisis exclusivamente sobre los fundamentos legales expuestos, serán entonces contratos de **“prestación de servicios profesionales”** todos aquellos cuyo objeto esté determinado materialmente por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, al igual que a desarrollar estas mismas actividades en aras de proporcionar, aportar, apuntalar, reforzar la gestión administrativa o su funcionamiento con conocimientos especializados, siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas catalogadas de acuerdo con el ordenamiento jurídico como profesionales. En suma, lo característico es el despliegue de actividades que demandan la aprehensión de competencias y habilidades propias de la formación profesional o especializada de la persona natural o jurídica, de manera que se trata de un saber intelectual cualificado.

101.- Por consiguiente, el uso de esta concreta figura contractual queda supeditado a las necesidades a satisfacer por parte de la Administración Pública y la sujeción al principio de planeación; lo que encuentra su manifestación práctica en la elaboración de los estudios previos a la celebración del negocio jurídico, pues es allí donde deberán quedar motivadas con suficiencia las razones que justifiquen que la Administración recurra a un contrato de prestación de servicios profesionales.

e) El contrato de prestación de servicios de simple apoyo a la gestión.

102.- Por otra parte, con estos mismos fundamentos se entiende entonces por contratos de **“apoyo a la gestión”** todos aquellos otros contratos de **“prestación de servicios”** que, compartiendo la misma conceptualización anterior, esto es, el desempeño de actividades identificables e intangibles, el legislador permite que sean celebrados por las entidades estatales pero cuya ejecución no requiere, en manera alguna, de acuerdo con las necesidades de la administración (previamente definidas en los procesos de planeación de la Entidad),



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

de la presencia de personas profesionales o con conocimientos especializados, sean estas naturales o jurídicas.

103.- Se trata entonces de los demás contratos de prestación de servicios, caracterizados por no ser profesionales o especializados, permitidos por el artículo 32 No 3º de la Ley 80 de 1993, esto es, que involucren cualesquiera otras actividades también identificables e intangibles que evidentemente sean requeridas por la entidad estatal y que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad de apoyo, acompañamiento o soporte y de carácter, entre otros, técnico, operacional, logístico, etc, según el caso, que tienda a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa⁹ o funcionamiento de la correspondiente entidad, pero sin que sean necesarios o esenciales los conocimientos profesionales o especializados para su ejecución, los cuales, como se ha advertido, se reservan exclusivamente para el “contrato de prestación de servicios profesionales”, y no para éstos de simple “apoyo a la gestión”.

104.- De esta forma el concepto de “apoyo a la gestión” entraña un claro apoyo a la actividad de las entidades estatales que debe entenderse de conformidad con la sistemática expuesta a propósito del contrato de prestación de servicios y que de manera restrictiva tiene relación con la administración o el funcionamiento de la entidad estatal correspondiente, conforme a las prédicas y exigencias del artículo 32 No 3º de la Ley 80 de 1993.¹⁰

26. De otra parte, lo primero que cabe destacar sobre los **contratos de aporte** celebrados por el ICBF es su particular régimen jurídico, formado por un marco general de habilitación para celebrar contratos, dado por la Ley 7 de 1979 (artículo 21 – numeral 9), por la posibilidad de auxiliar a los organismos que presten los servicios de bienestar familiar (artículo 21 – numeral 14), y una normatividad encargada de especificar sus elementos particulares: el decreto reglamentario 2388 de 1979. A continuación, se citan en lo pertinente los mencionados preceptos, vigentes para la época en la que se celebró el contrato y en toda su extensión por su importancia para la decisión que nos atañe:

⁹ [89] “Diferentes al desempeño de funciones públicas administrativas (véase nota de pie de página No. 86 de esta providencia).”

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia del 2 de diciembre de 2013. Rad. 11001032600020110003900 (41719). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

Ley 7 de 1979 - Artículo 21. *El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tendrá las siguientes funciones:*

(...) 9. Celebrar contratos con personas naturales o 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.

(...)14. Crear programas de protección preventiva y especial para menores de edad, lo mismo que auxiliar técnica y económicamente a los organismos de esta naturaleza existentes en el país, cuando lo considere conveniente.

Decreto 2388 de 1979¹¹:

Artículo 123. El ICBF, cuando las necesidades del servicio así lo demanden, podrá celebrar contratos con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras.

Estos contratos se considerarán como administrativos y deben contener, entre otras, las cláusulas que sobre garantías, caducidad administrativa y reclamaciones diplomáticas, la Ley exige para los del Gobierno. La declaratoria de caducidad, llegado el caso, se hará mediante resolución motivada firmada por el Director General, y de acuerdo con el procedimiento señalado en el Decreto 150 de 1976¹².

Artículo 124. De las controversias relativas a estos contratos conoce la jurisdicción contenciosa administrativa según las reglas de competencia.

Artículo 125. El ICBF, podrá celebrar los contratos de que trata el artículo 21, numeral 9° de la Ley 7ª de 1979 con Instituciones de Utilidad Pública o Social de reconocida solvencia moral y técnica,

¹¹ Hoy día recogidos por el Decreto 1084 de 2015 (Único del Sector de Inclusión Social y Reconciliación), en sus artículos 2.4.3.2.5. a 2.4.3.2.10.

¹² Hoy en día la Ley 80 de 1993.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

dando preferencia a las más antiguas y que hayan sobresalido por sus méritos y dotes administrativos.

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

Artículo 126. En todo caso, los contratos deben ceñirse en su celebración, desarrollo, cumplimiento e interpretación, a la naturaleza y a las modalidades del servicio de bienestar familiar.

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

Artículo 128. Los contratos de aporte que el ICBF celebre para la prestación de los servicios de bienestar familiar sólo están sujetos a las cláusulas obligatorias de todo contrato administrativo.

El Instituto también podrá celebrar contratos innominados y de carácter mixto.

26.1. Como se desprende de su articulado, aunque tenga rasgos específicos delineados a través de los preceptos que lo rigen, este tipo contractual es evidentemente estatal, y en lo que no dispongan las normas anteriormente citadas, se somete a las normas generales de la contratación pública. Para la Sala, el contrato de aporte es *“una clase de convención atípica encaminada a que el ICBF –en virtud de su función de propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteja al menor de edad y le garantice sus derechos– suscriba con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales el manejo de sus campañas, de los*



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objetivo.”¹³

26.2. Ahondando en las características del contrato estatal de aporte, en la providencia recién citada la Sala puntualizó:

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

En efecto, el negocio jurídico de aporte es un contrato estatal especial suscrito entre el ICBF y un contratista, en el que el primero se compromete, como su nombre lo indica, a efectuar aportes o contribuciones en dinero o especie a una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, y especialmente a instituciones de utilidad pública o de beneficencia, o de reconocida capacidad técnica o social con el fin de que atienda bajo su exclusiva responsabilidad y con su propio personal humano y técnico, un área específica del sistema de bienestar social, es decir, aquellas dirigidas a la atención a la integración y realización armónica de la familia, así como a la protección efectiva de la niñez y adolescencia.¹⁴

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de agosto de 2010. Rad. 76001-23-25-000-1995-01884-01(16941). C.P. Enrique Gil Botero. En este aspecto, reitera lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil de la misma Corporación, mediante concepto del 2 de diciembre de 1996. Rad. 907. C.P. Luis Camilo Osorio Isaza.

¹⁴ *Ibíd.*



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

27. Al compararlo con el contrato de prestación de servicios, la sentencia citada manifestó lo siguiente:

En ese orden de ideas, al margen de las similitudes que pudieran evidenciarse entre el contrato de aporte y el de prestación de servicios, lo cierto es que aquél reviste una serie de particularidades que no permiten asemejarlo a este último, máxime si el negocio jurídico de aportes supone la intervención de la entidad pública quien se vincula al negocio en una participación de capital o de especie que se traslada de manera definitiva o temporal a favor del contratista para que éste asuma una actividad de bienestar social – integración de la familia o de la protección de la infancia– a cambio de una contraprestación.

(...) En consecuencia, el contrato de aporte en su condición de contrato atípico se caracteriza porque tiene un sujeto activo calificado y cualificado por la ley, ya que se trata de un negocio jurídico que sólo puede ser suscrito por el ICBF, en el que la entidad pública entrega unos bienes (tangibles o intangibles) al contratista para que este último asuma, a cambio de una contraprestación, la ejecución de un servicio propio del sistema de bienestar social bajo su exclusiva responsabilidad y con personal técnico y especializado a su cargo.

En esa línea de pensamiento, a esa convención le resultan aplicables los principios del artículo 209 de la Constitución Política, así como los principios y reglas contenidas en la ley 80 de 1993 y normas complementarias, razón por la que en la selección del contratista juegan un papel preponderante aspectos tales como la transparencia, la selección objetiva y planeación, entre otros, máxime si como lo señala expresamente la ley, resulta prioritario que se seleccione a instituciones o personas que acrediten idoneidad en el manejo de la actividad cuya prestación pretende que el contratista asuma, debido a la relevancia de la función a ejecutar, esto es, la protección de la familia y de los niños y niñas, la primera núcleo esencial de la sociedad en los términos establecidos en el artículo 42 de la Carta Política, y los últimos eje central y primordial de la sociedad, cuyos derechos prevalecen sobre los de los demás, como se reconoció expresamente por el Constituyente en el artículo 44 ibidem.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

Así las cosas, el contrato de aporte no sólo difiere sustancialmente de cualquier otro negocio jurídico en su objeto, sino de igual manera en su causa, toda vez que la actividad que se asume por el contratista (objeto) es de carácter esencial y de específica relevancia para la sociedad y para el Estado –y no simplemente una función administrativa o propia de la entidad pública–, y la causa es específica consistente en la finalidad de procurar la integración de la familia y la protección de la niñez.¹⁵

28. Parafraseando lo sostenido por los antecedentes jurisprudenciales citados, son claramente distinguibles los contratos de aporte con los de prestación de servicios, aunque estos posean algunos elementos similares. Aunado al objeto y a la causa de todos los contratos de la administración pública, que no son otros que el cumplimiento de los fines y principios del conglomerado de entidades públicas, y la satisfacción de los intereses de la colectividad¹⁶, es posible identificar algunas cualidades comunes a ambos tipos contractuales, por ejemplo, que no engendra relaciones jurídicas de carácter laboral¹⁷.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ “5.1. *El objeto de los contratos que celebran las entidades públicas, persigue el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Por consiguiente, la causa del contrato es la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general a cuyo logro deben colaborar quienes contratan con la administración, no obstante que pretendan obtener con su ejecución un beneficio económico inicialmente calculado.*” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “B”. Sentencia del 31 de agosto de 2011. Rad. 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080). C.P. Ruth Stella Correa Palacio).

¹⁷ En relación con los contratos de aporte, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación se refirió a este aspecto en estos términos: “1. Los “Contratos de aportes” que celebra el ICBF con personas naturales no generan relación laboral entre ellos. Las personas naturales que desempeñan actividades de dirección u organización de los Hogares Infantiles, únicamente tienen relación laboral con las entidades encargadas de su administración y manejo, las cuales generalmente son organizaciones comunitarias no gubernamentales sin ánimo de lucro, o de naturaleza semejante. Además de las personas vinculadas por contrato laboral, hay otras cuya contribución del trabajo es voluntaria, en cumplimiento de las responsabilidades solidarias de protección a la niñez y por tanto no tiene carácter de trabajadores. 2. Los particulares que celebran con el ICBF “contratos de aportes” no establecen relación laboral con esta entidad, según se consignó en la primera respuesta. Sin embargo, las personas que colaboran en los Hogares mediante contrato laboral, esta relación se establece con las asociaciones o entidades no gubernamentales o con los propios Hogares Infantiles cuando éstos estén dotados de personería jurídica; en tales casos se trata de trabajadores particulares que no tienen carácter de servidores públicos; en consecuencia, no son empleados públicos ni trabajadores oficiales. 3. Las personas vinculadas a los Hogares Infantiles que tienen celebrado contrato de aporte con el ICBF no configuran relación laboral con este organismo, pero eventualmente sí con el Hogar Infantil correspondiente o con la organización comunitaria no gubernamental a cuyo cargo esté el Hogar. 4. Los trabajadores que prestan los servicios y trabajan en favor de los Hogares Infantiles, no pueden presentar pliegos de



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

29. Por lo demás, y como lo decía la Sala en el pronunciamiento anteriormente referenciado, los aspectos que distinguen un tipo contractual del otro son de muy variada índole, siendo aún más notoria la diferencia de linaje entre los dos, cuando el análisis se enfoca en las peculiaridades del contrato de aporte.

29.1. En este tipo de contratos, la finalidad es desarrollar el servicio público de bienestar familiar, que el artículo 3 del Decreto 2388 de 1979 definía como *“el conjunto de actividades del Estado, encaminadas a satisfacer en forma permanente y obligatoria las necesidades de la Sociedad Colombiana relacionadas con la integración y realización armónica de la familia, la protección preventiva y especial del menor necesitado y la garantía de sus derechos”*¹⁸, concepto que se articula actualmente con los deberes contenidos en la Constitución Política de Colombia¹⁹.

29.1.1. En consecuencia, en el contrato de aporte, la causa expuesta funge como elemento esencial del negocio jurídico en comento, en tanto *“influye sobre la configuración y tipificación del negocio, decide sobre su justificación y validez, y controla la vida de sus efectos”*²⁰; y al mismo tiempo, fundamenta que sea el ICBF, como la entidad pública encargada de la ejecución de las políticas en

peticiones al ICBF porque éste no es su patrono laboral.” (Concepto del 2 de diciembre de 1996, ya citado).

¹⁸ Actualmente, el artículo 2.4.1.3. del Decreto 1084 de 2015 (Único del Sector de Inclusión Social y Reconciliación), recoge este concepto: *“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.”*

¹⁹ *“En relación con la protección de la infancia, la niñez y la adolescencia, la Constitución Política estableció diversos principios, derechos y garantías fundamentales que se traducen en los siguientes postulados: i) el principio de protección constitucional reforzada contenido en el inciso tercero del artículo 13 superior; ii) el principio de interés superior de los niños y niñas y de prevalencia de los derechos de éstos sobre los derechos de los demás (inciso final artículo 44 C.P.) ; iii) la protección especial a los derechos a la integridad física, a la salud, a la seguridad social, a la alimentación equilibrada, al nombre, a la nacionalidad, a tener una familia y no ser separado de ella, al cuidado y el amor, a la educación y a la cultura, a la recreación y a la libre expresión de su opinión (artículo 44 C.P.); iii) el deber en cabeza del Estado de protección especial contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos, y iv) la titularidad de protección de los derechos de los niños y niñas del país por parte de la familia, la sociedad y el Estado.”* (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “A”. Sentencia del 23 de junio de 2011. Rad. 41001-23-31-000-1994-07893-01(20324). C.P. Mauricio Fajardo Gómez).

²⁰ BETANCOURT REY. Miguel. *“Derecho Privado. Categorías Básicas”*. 1ª ed. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá D.C. 1994, p. 209.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

materia de protección a los menores de edad, la única persona jurídica de derecho público capaz de suscribir estos contratos de aporte con cualquier entidad apta para colaborar en la prestación del servicio público de bienestar familiar.

29.1.2. Claramente este aspecto separa el contrato de aportes del de prestación de servicios, cuya finalidad es enteramente más amplia, en tanto se halla ligada a la generalidad (el cumplimiento adecuado de las funciones de la entidad pública), y a la satisfacción de las necesidades coyunturales de la administración. E igualmente, en el contrato de prestación de servicios puede obrar como entidad contratante cualquiera de las señaladas en el artículo 2º - numeral 1º de la ley 80 de 1993, incluyendo –por supuesto- al ICBF.

30. El objeto de todo contrato de aporte es la provisión o entrega de bienes del ICBF a otra institución que se encarga de prestar el servicio público de bienestar familiar, a diferencia del contrato de prestación de servicios. Nótese que no se trata únicamente de la colaboración de una institución apta para atender una necesidad afín con las funciones de la entidad contratante, que es el contenido amplio del contrato de prestación de servicios²¹; también es la participación de la contratante, transfiriendo sus bienes hacia la contratista que realiza la prestación indirecta del servicio.

30.1. El parámetro jurisprudencial citado anteriormente (párr. 26.1., 26.2 y 27) postula elementos del contrato de aporte como la onerosidad, la conmutatividad, y la paridad entre las obligaciones del aportante (ICBF) y la institución colaboradora, para reseñar que de este negocio jurídico debe surgir una contraprestación al contratista. Empero, este reconocido factor no ostenta un lugar predominante sobre la prestación misma del servicio de bienestar familiar, que hemos identificado como el ingrediente distintivo más importante de este tipo de contratos, y que concreta la preeminencia de los derechos de la población beneficiada por este servicio.

30.2. En efecto, la Sala entiende que en la interpretación de los contratos de aporte, debe tenerse en cuenta que la satisfacción del servicio público de bienestar familiar irradia la totalidad de las cláusulas pactadas entre las partes, de tal suerte que en la consideración del operador jurídico debe prevalecer, en

²¹ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Rad. 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832). C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

caso de duda, que la consagración legal y reglamentaria de este contrato atípico posee una exclusiva razón de ser: que se brinde el servicio “*público y esencial de bienestar familiar encaminado a la protección específica de la niñez colombiana y, de manera concreta, a la protección y efectividad de los derechos contenidos en el artículo 44 de la Carta Política*”²², sobre el cual el ICBF ejerce facultades de dirección, inspección, vigilancia y control.

31. Conforme a las normas y a la jurisprudencia citada, la selección de un contratista de aporte y uno de prestación de servicios se rige por los mismos principios y reglas -constitucionales y legales- de la contratación pública general, advirtiendo la autorización legal para celebrar directamente este tipo de contratos²³, y haciendo énfasis en que un contratista de aporte debe tener cualidades especiales para prestar el servicio público encomendado, es decir, debe acreditar que ostenta las condiciones de idoneidad necesarias para atender todas las necesidades de los menores y las familias objeto de protección del ICBF.

31.1. Ahora, el decreto reglamentario privilegia que el contratista sea una entidad sin ánimo de lucro (D. 2388/79 – art. 125), en una manifestación propia de la actividad administrativa de fomento, a través de la cual la entidad pública (en este caso, el ICBF) estimula y promueve que este tipo de organizaciones, en consideración a la finalidad social que las orienta, ejerzan voluntariamente tareas que satisfagan necesidades públicas o de interés general, y susciten el cumplimiento indirecto de la finalidad perseguida por la administración.²⁴ Es interesante marcar que este pensamiento no solo inspiró al creador de la norma reglamentaria, sino también al constituyente, como lo expresa el artículo 355 – inciso 2º de la Carta Política²⁵.

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “C”. Sentencia del 9 de mayo de 2011. Rad. 05001-23-31-000-2001-01546-02(36912). C.P. Enrique Gil Botero.

²³ Decreto Ley 2150 de 1995: “**ARTÍCULO 122. SIMPLIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE BIENESTAR FAMILIAR.** Se podrán celebrar directamente los contratos para la prestación del servicio de bienestar familiar con entidades sin ánimo de lucro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.”

²⁴ Cfr. JORDANA DE POZAS, Luis. “*Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo*”. En: Revista de Estudios Políticos nº 48. Instituto de Estudios Políticos. 1949. Madrid, p. 41-54. Disponible en página web: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2127752.pdf> Fecha de consulta: 16-may-2016.

²⁵ “*En armonía con la transcripción anterior, el ámbito propio del artículo 355, en sus dos incisos, el primero en cuanto prohíbe explícitamente las donaciones y auxilios, y el segundo, que permite la celebración de contratos para el cumplimiento de actividades de interés público, acordes con los planes de desarrollo, con personas jurídicas privadas, sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, es el de la acción benéfica del Estado, de las actividades de fomento que*



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

31.2. Con todo, es necesario advertir que la persona (natural o jurídica) que celebra un contrato de aporte con el ICBF, al suscribir voluntariamente el acto que lo liga con la entidad pública, y ejercer actividades propias del servicio público de bienestar familiar, se integra, por esas sencillas circunstancias, al sistema nacional de bienestar familiar, puesto que así lo dispone la definición incorporada en el artículo 4º - inciso 1º del decreto 2388 de 1979:

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.

31.3. En el mismo sentido, se aprecia que el artículo 8º del reglamento indica:

“Hacen parte también del Sistema Nacional de Bienestar Familiar las entidades públicas o privadas, de carácter nacional, distrital, departamental, comisarial, intendencial o municipal, que habitualmente realicen actividades relacionadas con la protección preventiva y especial del menor, la garantía de sus derechos y la realización e integración armónica de la familia.”

31.4. Es decir que, para el caso concreto, el ingreso al sistema nacional de bienestar familiar no depende del acto de creación de la persona jurídica que presta el servicio de forma indirecta, sino de la prestación que esta realiza a partir de sus obligaciones contractuales. No se desprende de una formalidad, sino de la puesta en marcha de actividades que, bajo la dirección, vigilancia y control del ICBF, satisfagan la necesidad tantas veces mencionada de protección de la población infantil y de las familias en situación de vulnerabilidad.

32. Sumado a lo anterior, el contratista de aporte cuenta con un margen de autonomía para llevar a cabo su actividad, el cual está delimitado por las normas especiales que gobiernan este tipo contractual. De acuerdo con los artículos 126

dentro de un Estado Social de Derecho corresponden como función propia, insoslayable, a la organización estatal. Se trata de apoyar la acción de organizaciones de origen privado, que en ejercicio de la autonomía de iniciativa para el desarrollo de las más variadas actividades que las personas realizan en sociedad (Constitución Política, art. 38), buscan la satisfacción de finalidades no simplemente lucrativas.” (Corte Constitucional. Sentencia C-712 del 3 de septiembre de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis).



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

y 127 del decreto 2388 de 1979, la “*celebración, desarrollo, cumplimiento e interpretación*” están sometidos a “*la naturaleza y a las modalidades del servicio de bienestar familiar*”, y el contratista, si bien responde por las calidades del servicio que presta y por el personal que contrata para cumplir con sus obligaciones contractuales, opera “*de acuerdo con las normas y el control del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*”.

32.1. No se trata, en consecuencia, del mismo grado de autonomía que se predica de los contratos de prestación de servicios, donde existe “*autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico*”, es decir, “*un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor*”²⁶. En el contrato de aporte, la intervención del ICBF a través de sus facultades de formulación de políticas, coordinación, vigilancia, control y asesoría de las instituciones que forman parte del sistema de bienestar familiar²⁷ recorta, aunque no elimina, la autonomía del contratista de aporte, quien deberá ejecutar el objeto contractual con sujeción a las directrices que emite la entidad contratante en torno a la prestación del servicio, y someterse al control que el ICBF realiza sobre el cumplimiento de las obligaciones del contrato, las condiciones del servicio prestado, y –señaladamente- la destinación específica de los recursos aportados, no solo porque así se lo ordenen las normas especiales, además por ser un deber legal desprendido del estatuto general de la contratación estatal (ley 80 de 1993 - art. 4 – num. 4)²⁸.

33. Visto lo anterior, en relación con el **asunto particular**, se observa que en las cláusulas del contrato estatal objeto de controversia existen coincidencias con el tipo contractual que la Sala ha expuesto bajo el nombre de “contrato de aporte”.

33.1. El objeto pactado (párr. 15.1.) conlleva la prestación del servicio de bienestar familiar (la atención y rehabilitación de niños, niñas y adolescentes remitidos por el ICBF para su protección y tratamiento), conforme a los parámetros que, para el efecto, dictara la entidad contratante.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

²⁷ Cfr. Ley 7 de 1979 - Artículo 21

²⁸ Dice esta norma: “*DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: (...) 4. Adelantarán revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, y promoverán las acciones de responsabilidad contra éstos y sus garantes cuando dichas condiciones no se cumplan.*”



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

33.2. De acuerdo al texto del contrato, la dirección del ICBF en relación con el servicio de bienestar familiar incidía permanentemente en la ejecución del objeto contractual, y particularmente en la satisfacción de las prestaciones a cargo del contratista, que debía seguir los reglamentos, instrucciones, lineamientos y formatos expedidos por la contratante para prestar su servicio, así como permitir la intervención y control de la entidad para verificar el cumplimiento del contrato, y el tratamiento de los menores atendidos.

33.3. Así mismo, dentro de las obligaciones del contratista (párr. 15.3.), se pactó que debía aceptar la asesoría del equipo interdisciplinario nacional, regional y/o zonal del ICBF (numeral 3); facilitar las visitas para verificar las condiciones de los menores atendidos (numeral 4); colocar *“un aviso o valla en una parte visible que indique la pertenencia de la Entidad al Sistema Nacional de Bienestar Familiar y la prestación del Servicio Público de Bienestar Familiar”* (numeral 10); *“informar previamente al INSTITUTO, -sobre- cualquier cambio de las instalaciones donde se prestará el servicio y/o cualquier cambio de domicilio y/o teléfono”* (numeral 11); presentar informes del avance en el tratamiento de los menores *“siguiendo los lineamientos impartidos por ICBF”* y dar *“estricto cumplimiento a los requerimientos”* de los niveles nacional y territorial del ente público (numeral 23).

33.4. Con ello, se descarta que el contratista haya contado con un grado de autonomía propio de un contrato de prestación de servicios. No puede arribarse a una conclusión distinta, cuando se pactan cláusulas y obligaciones encaminadas a una intervención permanente del ICBF en la prestación del servicio, tanto en la forma como debían atenderse a los menores, como en la asesoría que debía recibir de los grupos interdisciplinarios de la entidad estatal, e incluso a través de la obligación de informar el cambio de instalaciones o líneas telefónicas, o la instalación de una valla indicativa de pertenencia al sistema nacional de bienestar familiar. Aspectos como estos, morigeran la supuesta autonomía plena técnica y administrativa, únicamente quedando algunos aspectos librados de la inspección, vigilancia y control del ICBF, por ejemplo, la contratación con terceros o la vinculación del personal para cumplir con el objeto contractual.

34. Ahora bien, de las cláusulas referidas al régimen económico del contrato se tiene que en las obligaciones del contratista (párr. 15.3.) consta el deber de *“Invertir los recursos entregados por EL INSTITUTO, exclusivamente en la*



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

atención de los menores objeto de este contrato y manejar estos recursos, en una cuenta independiente de los demás ingresos del CONTRATISTA” (numeral 2). Igualmente, al referirse a la autonomía del contratista (párr. 15.4.), se señaló que el ICBF debía “inspeccionar la inversión de los recursos entregados”.

34.1. Para la Sala, es claro que estas cláusulas previeron la entrega de recursos propios del ICBF para financiar la prestación del servicio, y dispusieron la vigilancia de la entidad pública de los dineros que fueran objeto de esta entrega. Cualidades que identifican, como lo ha señalado esta providencia, al contrato de aporte.

35. Por otra parte, el valor y precio del contrato (párr. 15.6.), la forma de pago (párr. 15.7.), y la labor del supervisor consistente en verificar la atención efectiva de los menores remitidos por el ICBF (párr. 15.7. y 15.8.) son cláusulas que no pueden interpretarse de modo aislado con el resto del contrato, puesto que el papel del juez ante el pacto celebrado por las partes es encontrar el verdadero sentido que estas buscaron al suscribir su acuerdo, y darle un sentido diferente a cada parte del negocio sin tener en cuenta las demás, derivaría en un despropósito para con el querer de los contratantes, y desquiciaría la labor judicial. Así, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que:

... dentro de las reglas que se deben observar en la interpretación judicial del contrato, como negocio jurídico bilateral que es, para encontrar el verdadero sentido y alcance de la declaración de voluntad cuya preexistencia se supone allí expresada, ya que su ausencia no puede suplirla el juez, tiene dicho la doctrina que deben estudiarse todas sus estipulaciones en forma coordinada y armónica, sin interpretar sus cláusulas aisladas unas con otras como entes autónomos, pues de obrar así se corre el riesgo de asignarle un sentido que pugne con la intención de los contratantes, o a dar cabida a restricciones o ampliaciones que modifiquen los efectos propios del tipo de contrato celebrado y los fines buscados por las partes.²⁹

35.1. Dentro del contexto hasta aquí expuesto, la Sala entiende que estas cláusulas expresan y desenvuelven la voluntad, patente en otros apartes, de celebrar un contrato de aporte. En efecto, la definición de “cupo/niño/mes”,

²⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de marzo de 1996. Rad. 4798. M.P. Pedro Lafont Pianetta.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

utilizada por las partes para avaluar el coste del contrato, se refiere el apoyo económico brindado por el ICBF a la institución contratista, calculado en virtud de la capacidad del contratista, y de la atención efectivamente prestada a los menores. Labores que, evidentemente, desarrollan la actividad básica del ICBF: la prestación del servicio de bienestar familiar.

35.2. Igualmente, cuando las cláusulas contractuales hablan de pago, entiende la Sala que estos montos no estaban dirigidos a servir de contraprestación al contratista, e ingresar a su patrimonio, sino que era el vocablo para determinar la vía de cumplimiento de las obligaciones de entregar los aportes, a cargo del ICBF, que iban exclusivamente dirigidos a la prestación de los servicios contemplados en el contrato. No sobra advertir que, rectamente entendido, el pago es la satisfacción efectiva de lo que se debe, independientemente de la clase de obligación que se esté solventando con esa conducta. Al respecto, afirma la doctrina:

No tiene, en el Derecho, la palabra pago la acepción en que ordinariamente se la emplea en el lenguaje corriente. En el lenguaje corriente la expresión pago se la emplea generalmente para referirse al cumplimiento de una obligación de dar; y aun restringiendo más su alcance y esta es la acepción generalmente admitida, se entiende por pago en el lenguaje vulgar, la entrega de una cantidad de dinero.

No es esta la acepción que la palabra pago tiene en el Derecho; la palabra pago se refiere al cumplimiento de toda obligación. Cada vez que el deudor satisfaga al acreedor entregándole la cosa debida o absteniéndose de ejecutar el hecho prohibido, ejecuta el pago, porque en Derecho el pago es el cumplimiento de toda obligación, y en Derecho paga tanto el deudor que entrega la cosa que debe, como el que ejecuta el hecho debido, o el que se abstiene de ejecutar el hecho prohibido.³⁰

36. En síntesis, el contrato 29/04/2001/034 es de aporte, a pesar de que las partes le hayan conferido un nombre distinto. La Sala arriba a esta conclusión, en vista de que:

³⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ. Arturo. “Derecho Civil. Teoría de las Obligaciones. Versiones taquigráficas de la cátedra del Derecho Civil”. Imprenta El Esfuerzo. Santiago de Chile. 1976, p. 330.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

36.1. El objeto contractual es la prestación del servicio de bienestar familiar.

36.2. La ejecución del contrato, en lo concerniente al modo de prestar la atención a los menores, estaba marcado por la permanente dirección, inspección, vigilancia y control por parte del ICBF, circunstancia que reducía la autonomía de la contratista.

36.3. La ACPHES, al obligarse voluntariamente a satisfacer los servicios característicos de este negocio jurídico, sí hizo parte del sistema nacional de bienestar familiar, aunque sus estatutos hayan contemplado lo contrario.

36.4. Los intercambios económicos entre las partes contemplaban un valor unitario denominado “*cupo/niño/mes*” que, contextualizada dentro las demás cláusulas contractuales, y conforme al material probatorio allegado por las partes, se entiende como la cantidad de dinero entregado por el ICBF con el propósito de prestar el servicio de bienestar familiar, y que fue pagado por la entidad demandada durante toda la vigencia de acuerdo a lo demostrado en el plenario (párr. 17).

37. Es importante precisar que, como lo ha sostenido esta Corporación (párr. 25.2 y 26) la configuración jurídica del contrato de aporte, en tanto contrato estatal, no niega la presencia de la contraprestación al contratista como un elemento propio de este negocio jurídico. Lo que se afirma es que, en este tipo de convenciones, este elemento no prima sobre la prestación esencial de esta clase de contratos, porque su consagración jurídica especial se justifica por la salvaguarda de la población infantil y adolescente, tratada y atendida por medio de este acuerdo.

38. Así mismo, la Sala encuentra que en el caso concreto, la parte demandante no demostró que el vocablo “*cupo/niño/mes*” correspondiera a un método pactado entre las partes que contemplara total o parcialmente la contraprestación económica de sus servicios, cuando tenía la carga de probar este hecho para que sus pretensiones fueran exitosas. En casos donde se



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

inobserva este deber de conducta procesal, la Sala ha desarrollado ampliamente sus repercusiones³¹, así:

51. Las consecuencias de la omisión probatoria advertida en el plenario obedecen a lo dispuesto por el artículo 177 del C. de P. Civil³², de conformidad con el cual “[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, norma que consagra, en estos términos, el principio de la carga de la prueba que le indica al juez cuál debe ser su decisión cuando en el proceso no se acreditan los hechos que constituyen la causa petendi de la demanda o de la defensa, según el caso³³. Carga de la prueba sustentada, como ha precisado la Sección³⁴, en el principio de autoresponsabilidad³⁵ de las partes, que se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa exigible a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable³⁶.

52. Sobre la carga de la prueba ha señalado la doctrina:

La noción de la carga ha sido elaborada principalmente a base de su diferenciación del concepto de obligación; se ha observado acertadamente que mientras el incumplimiento de una obligación lleva consigo la aplicación de una sanción, el incumplimiento de una carga no origina nunca sanción alguna sino simplemente un perjuicio para la persona a quien la carga grava (...). Esto quiere decir que la carga es meramente la consideración del resultado perjudicial que se produce por la falta de ejercicio de un derecho subjetivo, es el mismo derecho subjetivo sub specie de dicho resultado (...). [A]sí, en la prueba interesa, más que el derecho de la parte a probar, la carga de

³¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “B”. Sentencia del 29 de octubre de 2012. Rad. 13001-23-31-000-1992-08522-01(21429). C.P. Danilo Rojas Betancourth.

³² [17] *Norma vigente y aplicable para la fecha del sub lite, teniendo en cuenta que en materia probatoria, en los procesos contencioso administrativos, por expresa disposición del artículo 168 del Código Contencioso Administrativo (también vigente para la época de este proceso), se deben aplicar, en cuanto resulten compatibles, las normas del C. de P. C., en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.*

³³ [18] *“Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 17 de marzo de 2010, exp. 15.682, C.P. Mauricio Fajardo Gómez”.*

³⁴ [19] *“Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de abril 16 de 2007, Rad. AP-44001-23-31-000-2005-00483-01, C.P. Ruth Stella Correa Palacio”.*

³⁵ [20] *“Parra Quijano, Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2004, p. 242.”*

³⁶ [20] *“Betancur Jaramillo, Carlos, De la Prueba Judicial, Ed. Dike, Medellín, 1982, p. 147.”*



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

esta prueba, es decir, las consecuencias que produce la falta de ejercicio de tal derecho.³⁷

53. Además, ha manifestado la doctrina que son tres las reglas que informan la carga de la prueba, a saber:

a) *Onus probandi incumbit actori*, o sea que al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en que funda su acción;

b) *Reus, in excipiendo, fit actor*, o sea que el demandado, cuando excepciona o se defiende, se convierte en demandante para el efecto de tener que probar a su turno los hechos en que funda su defensa; y

c) *Actore non probante, reus absolvitur*, es decir que el demandado ha de ser absuelto de los cargos o acción del demandante, si éste no logró en el proceso probar los hechos constitutivos de su demanda.³⁸

54. En consideración a lo anterior, bien ha puntualizado esta Sección:

Si bien el derecho procesal tiene la finalidad de ‘servir de instrumento necesario para la concreción y efectividad de las normas sustanciales’³⁹, la Constitución de 1991 ‘lo elevó a rango constitucional en su artículo 228, pues son las normas procesales probatorias de una especial relevancia ya que tal como se repite desde siempre y concreta el aforismo romano ‘Idem est non esse aut non probari’, igual a no probar es carecer del derecho, pues de poco sirve ser titular de una determinada relación jurídica u ostentar una precisa calidad de tal orden, si en caso de que se pretenda desconocer o discutir o sea necesario evidenciarla, no estamos en capacidad de acreditar esa titularidad ante quien nos la requiere, en cuestiones públicas o privadas’⁴⁰.

Es así como una de las reglas técnicas del derecho probatorio es la de la carga de la prueba, la cual parte del supuesto de que

³⁷ [21] “Guasp, Jaime; *Concepto y Método de Derecho Procesal*. Editorial Civitas S.A., Madrid-España, 1997, p. 38.”

³⁸ [22] “Rocha Alvira, Antonio; *De la Prueba en el Derecho*, Clásicos Jurídicos Colombianos. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1990, p. 61 y 62”.

³⁹ [23] “López Blanco, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil Pruebas*, Tomo III, Dupre Editores, Bogotá D. C. 2001, p. 15.”

⁴⁰ [24] “*Ibidem*.”



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

‘son los sujetos de derecho que intervienen en el proceso sobre los que gravita fundamentalmente el deber de procurar que las pruebas se practiquen o aporten y por eso que a su iniciativa para solicitarlas e interés para llevarlas a efecto se atiende de manera primordial. (...) El concepto de carga de la prueba es central para entender el porqué de ciertas decisiones judiciales, pues en aquellos eventos donde la ausencia de pruebas se presenta, no puede el juez abstenerse de decidir y es así como se impone un fallo en contra de quien tenía radicada la carga de la prueba’⁴¹. Es evidente que nadie mejor que el interesado para conocer los medios de prueba que deben emplear, con el fin de demostrar los hechos en que están fundamentando sus pretensiones.⁴²

39. Así las cosas, en el presente asunto no se configuró el cargo de falsa motivación de los actos administrativos endilgados sustentado en que el contrato 29/04/2001/034, celebrado entre el ICBF y la ACPHES, era de prestación de servicios y no de aporte, y por lo tanto esta censura no prospera.

IV.II. Estudio del cargo de violación de normas superiores.

40. La demandante sostiene (f. 12-14 – c.1) que los actos administrativos de liquidación unilateral infringieron las normas en que debieron fundarse porque el ICBF se equivocó en la calificación del contrato y “de los dineros que entraron a las arcas de ACPHES”, acudiendo “a la metáfora y a la analogía para dictar una medida expropiatoria” de los recursos que, en su parecer, le pertenecen.

40.1. Sustenta este cargo en el artículo 127 del Decreto 2388 de 1979, que detalla el contrato de aporte; y en el artículo 40 del Decreto 1137 de 1999, el cual sujeta los contratos de aporte a lo dispuesto en el régimen de contratación administrativa⁴³.

⁴¹ [25] “Op. Cit. Pág. 26.”

⁴² [26] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de marzo de 2004, radicación número: 44001-23-31-000-2003-0166-01 (AP), C.P. Ramiro Saavedra Becerra.”

⁴³ Sostiene este precepto, aún vigente: “Todos los contratos que celebre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se sujetarán a las ritualidades, requisitos, formalidades, términos y condiciones que establecen las disposiciones del régimen estatal de contratos, aplicables a los establecimientos públicos del orden nacional, de conformidad con lo señalado en el régimen de contratación administrativa”.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

40.2. Igualmente, afirma la actora que los actos demandados, al acoger las conclusiones arrojadas por el informe efectuado por la Contraloría General de la República, incurrió en la violación de normas atinentes al juicio de responsabilidad fiscal.

41. Para decidir este cargo, la Sala reitera que, de acuerdo con lo probado en el proceso, el contrato analizado es de aporte. Por ello, los recursos entregados por el ICBF estaban encaminados a satisfacer la prestación del servicio público de bienestar familiar, no a ser erogados por conceptos ajenos a este servicio, como lo mencionaron los informes que motivaron los actos demandados (párr. 19.8).

41.1. En efecto, conforme a lo acreditado en el plenario, es remarcable que en este negocio jurídico los dineros aportados por el ICBF y recibidos por el contratista no eran de su libre disposición, ni podían ser gastados en cosas distintas de las que la prestación del servicio de bienestar familiar le demandara. Ello se infiere de las obligaciones de la ACPHES a invertir los recursos exclusivamente en la atención de los menores, a impedir que estos peculios se integraran a sus demás ingresos, y a presentar informes financieros donde debía dar cuenta del empleo de las sumas aportadas (párr. 15.3).

41.2. Igualmente, no sobra advertir que, siguiendo los artículos 125 y 129 del Decreto 2388 de 1979, los contratistas de aporte son –de preferencia– instituciones sin ánimo de lucro, como la actora (párr. 14). Como ya se explicó en otro aparte de esta sentencia (párr. 31.1), que el contratista de aporte posea esta especial cualificación obedece a la función del Estado de impulsar y apoyar a las personas jurídicas que, en desarrollo de su objeto, realizan actividades benéficas para la sociedad.

41.3. El contrato de aporte carecería de todo sustento si se entendiera que los aportes del ICBF entran a formar parte de las arcas del contratista, otorgándole a estos dineros un tratamiento de provecho o de utilidad, y comprendiendo al contratista como una institución con ánimo de lucro. De este modo, se malograría la finalidad de las normas rectoras de este contrato, y se deformaría la voluntad de los asociados de no perseguir ventajas económicas a través la actividad de la persona jurídica que crean.

42. De otra parte, yerra la actora en considerar que la sola mención de un informe emitido por la Contraloría General de la República como antecedente



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

fático de la decisión administrativa sea capaz de distorsionar los actos de liquidación unilateral, e invada los juicios propios de los procedimientos de responsabilidad fiscal. Es decir que la entidad contratante no realizó, a través de los actos demandados, ningún veredicto de responsabilidad fiscal, ni le impuso alguna sanción perteneciente a dicho ámbito, (i) porque carecería de competencia para ello y (ii) porque obró en uso de una facultad eminentemente contractual.

42.1. En efecto, los actos administrativos del ICBF significaron el ejercicio de la potestad -legalmente reconocida- de liquidación unilateral del contrato estatal que, en este caso, fue sustentado parcialmente en hallazgos encontrados por el órgano de control fiscal, y respecto de los cuales la contratista no ofreció una explicación convincente. Indudablemente, el contenido de las resoluciones impugnadas corresponde al que esta Corporación ha delineado de los actos de liquidación, esto es:

... un corte de cuentas, para definir, en últimas, quién debe a quién y cuánto, es decir (...) establecer el estado económico final del contrato, finiquitando de esa forma la relación negocial...⁴⁴

43. Por lo anterior, el cargo de violación de normas superiores no se abre paso.

IV.III. Estudio del cargo de incompetencia temporal: Reiteración jurisprudencial sobre la competencia de la administración para liquidar unilateralmente los contratos estatales

44. Arguye la demandante que, de acuerdo con la cláusula de liquidación del contrato (párr. 15.10), y con los artículos 61 de la Ley 80 de 1993 y 136 numeral 10 del C.C.A., el ICBF sobrepasó el término que tenía para liquidar unilateralmente el contrato 29/04/2001/034. En este orden de ideas, asegura que al proferir la liquidación unilateral el 17 de octubre de 2002, notificada el 26 del mismo mes y año:

⁴⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “B”. Sentencia del 10 de marzo de 2011. Rad. 27001-23-31-000-1995-02484-01(15935). C.P. Danilo Rojas Betancourth.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

... la directora del ICBF pretermitió todos los plazos por cuanto la fecha límite para la liquidación unilateral venció el 31 de julio de 2.002 en atención a que el contrato concluyó el 31 de marzo de 2.002 y los dos meses pactados para la liquidación de mutuo acuerdo se vencieron el 31 de mayo de 2.002. (f. 12 – c.1)

45. La redacción original de los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993⁴⁵, vigentes para la época en la que los actos administrativos fueron emitidos, disponía lo siguiente:

ARTÍCULO 60. DE SU OCURRENCIA Y CONTENIDO. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

ARTÍCULO 61. DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL. Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre

⁴⁵ Es decir, sin las modificaciones y derogatorias efectuadas por la Ley 1150 de 2007 y el Decreto Ley 19 de 2012.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición.

46. Es necesario advertir, de entrada, que el contrato analizado debía liquidarse, puesto que reunía los requisitos legales que hacían necesaria esta exigencia.

46.1. A través de la cláusula decimoctava del contrato celebrado entre el ICBF y la ACPHES (párr. 15.10.), las partes convinieron en un plazo inicial de dos (2) meses, contados a partir de la terminación del contrato, para liquidarlo de común acuerdo. En este caso, dicho término finalizó el 31 de mayo de 2002 –contados a partir del fenecimiento del plazo del contrato-, sin que se hubiere pactado la liquidación por esta vía.

46.2. De haberlo querido así, las partes también podrían haber liquidado bilateralmente el contrato dentro de los cuatro (4) meses que la norma vigente por entonces les confería para hacerlo. A pesar de que el 4 de junio de 2002 la ACPHES propuso una fórmula de liquidación (párr. 18), este término también transcurrió sin que se produjera un arreglo sobre este punto, con lo cual este periodo finalizó el 31 de julio de 2002. A partir de la extinción de este plazo, el ICBF adquirió competencia para adelantar la liquidación unilateral, de acuerdo al artículo 61 de la Ley 80 de 1993, antes citado.

46.3. La actora aduce que la entidad demandada sólo contaba con dos (2) meses a partir del momento en que se finalizaron los cuatro (4) meses dispuestos por el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 para liquidar unilateralmente el negocio jurídico que las ligaba.

46.4. Empero, la postura de la demandante no concuerda con los múltiples pronunciamientos jurisprudenciales que, desde hace mucho tiempo, sostienen la carencia de perentoriedad del término de liquidación unilateral entendiendo la necesidad de que los contratos estatales que así lo requieran, se finiquiten.⁴⁶ En

⁴⁶ *“También ha precisado la Sala que dicho término no es perentorio, vale decir, que pasados ahora 6 meses de haberse vencido el plazo del contrato sin que éste se haya liquidado no se pierde competencia para hacerla. Pueden practicarla los contratantes por mutuo acuerdo o la administración unilateralmente, ya que el fin último es que el contrato se liquide y se definan las prestaciones a cargo de las partes. Debe advertirse, sin embargo, que ante la preceptiva del literal d. numeral 10 del actual art. 136 del C.C.A, esa facultad subsiste sólo durante los dos años siguientes al vencimiento de esa obligación, que no es otro que el término de caducidad*



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

ese orden de ideas, la Sala ha señalado que el término con el que cuenta la administración para efectuar la liquidación unilateral coincide con el de los dos (2) años que se tienen para demandar por la acción de controversias contractuales, conforme al artículo 136 numeral 10 del C.C.A., modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998⁴⁷.

46.5. De este modo, la Sala ha consolidado un criterio pacífico en torno al término que tienen las entidades del Estado para liquidar unilateralmente un contrato estatal, que bien puede resumirse en estas líneas:

Ahora bien, en lo relativo a la competencia temporal de la administración para liquidar los contratos estatales, conforme a lo previsto en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 con la reforma introducida por la ley 446 de 1998, se tiene que una vez vencido el plazo contractual la administración dispone de 4 meses para efectuar la liquidación bilateral, en caso de no realizarse así tiene 2 meses más para hacerlo unilateralmente y en el evento en que así no lo hubiere hecho, podrá intentarla hasta antes de que transcurra el término de 2 años más para que opere la caducidad de la acción contractual.⁴⁸

47. Así las cosas, el término con el que contaba el ICBF para liquidar unilateralmente el contrato no era el 31 de julio de 2002, término con el que, hasta ese momento, se estaban venciendo los cuatro (4) meses señalados por la Ley 80 de 1993 para intentar la liquidación bilateral. Efectivamente, añadiendo el plazo legal del artículo 136-10 del C.C.A., es decir el de dos meses para realizar

para el ejercicio de la acción contractual. Dentro de este término, el contratista podrá pedir no sólo la liquidación judicial del contrato sino que se efectúen las declaraciones o condenas que estime pertinentes (art. 87 c.c.a).” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de agosto de 2001. Rad. 25000-23-26-000-1996-4384-01(14384). C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁴⁷ Indica esta norma: “Artículo 136. Caducidad de las acciones. (...) 10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así: (...) d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar...”

⁴⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “C”. Sentencia del 16 de marzo de 2015. Rad. 52001-23-31-000-2003-00665-01(32797). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

la liquidación unilateral, la administración podía emitir válidamente los actos administrativos que pusieran fin a la relación contractual hasta el 30 de septiembre de 2004, fecha en la que caducaba la acción de controversias contractuales.

47.1. En consecuencia, es evidente que a la ACPHES tampoco le asiste razón en este cargo, circunstancia que lo hace improcedente.

IV.IV. Estudio del cargo de violación al derecho de defensa y de audiencia formulado por la parte demandante

48. La demandante afirma que esta causal de nulidad “*cumple una labor de síntesis y de resumen de las ya analizadas*” (f. 15 – c.1), y en ella condensa los tres cargos arriba analizados: la violación de normas superiores, la falsa motivación, y la falta de competencia.

49. Planteado en los términos formulados por la actora, la Sala, sin mayor esfuerzo, concluye que este cargo también está llamado al fracaso, al haber encontrado que ninguno de los demás cargos tenía vocación de prosperidad.

VI. Costas

50. No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia apelada, esto es, la proferida el 22 de marzo de 2006, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SEGUNDO: En su lugar, **DENIÉGUENSE** las pretensiones de la demanda.

TERCERO: DEVUÉLVASE, en firme este proveído, el expediente al Tribunal de origen.

CUARTO: Sin condena en costas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Sala

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

RAMIRO PAZOS GUERRERO



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

Magistrado

Impedido