



**Análisis normativo del Contrato de Aporte en contratación atípica para la atención de los NNA en el ICBF con relación a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, contenidos en la Ley 80 de 1993**

**AUTORES**

**Erika Johana Asprilla Valencia**

**Leonardo de Jesús Díaz Ortiz**

**ASESOR**

**PhD (C). Juan Esteban Alzate Ortiz**

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO**

**Magister en Derecho Administrativo**

**Universidad Autónoma Latinoamericana**

**Escuela de Posgrados**

**Medellín**

**2020**



## Resumen

Se presenta un análisis del Contrato de Aporte en contratación atípica para la atención de los NNA en el ICBF Con relación a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, contenidos en la Ley 80 de 1993.

Se acude como método a la investigación cualitativa, con enfoque de investigación dogmática y como técnicas de recolección de información se utilizó el rastreo documental.

Entre los hallazgos se destaca que el ICBF, acude a la figura de tercerización, y son estos últimos los que asumen las responsabilidades por cualesquiera daños o irregularidades cuando no cumplan con el objeto contractual.

### ***Palabras clave:***

Contrato de Aporte. Niños, niñas y adolescentes. Principios de contratación estatal. Colombia  
Compra Eficiente.

## Tabla de contenido

Resumen .....	2
Abstract.....	6
1. Introducción.....	7
1.1. Justificación .....	16
1.2. Objetivos.....	17
1.2.1. Objetivo general. ....	17
1.2.2. Objetivos específicos.....	17
1.3. Metodología .....	18
1.3.1. Método: investigación cualitativa.....	18
1.3.2. Enfoque: Investigación dogmática .....	20
1.4. Técnicas de recolección de información.....	21
1.4.1. Rastreo documental .....	21
1.5. Antecedentes de la investigación.....	21
1.6. Marco teórico (Teorías de los contratos) .....	23
2. Capítulo I. -Principios de transparencia, economía y responsabilidad en la contratación estatal desde la Ley 80 de 1993 .....	27
2.1. El principio de transparencia .....	29
2.2. El Principio de economía.....	34

2.3.	Principio de responsabilidad .....	37
2.4.	Cómo deben ser los procesos de selección .....	39
2.5.	Sobre los contratos estatales .....	46
2.6.	Conclusión al capítulo I. ....	51
3.	Capítulo II. Contrato de Aporte para la atención de los NNA en el ICBF como modalidad de contratación atípica contenidas en la Ley 80 de 1993 .....	52
3.1.	Excepciones contractuales .....	53
3.2.	Más del Contrato de Aporte.....	59
3.3.	Conclusión al capítulo II.....	69
4.	Capítulo III. Cumplimiento de los principios de transparencia, economía y responsabilidad en la contratación estatal en el Contrato de Aporte atípico para la atención de los NNA desde el ICBF en la Ley 80 de 1993.....	70
4.1	La tercerización en el ICBF.....	76
4.2	Conclusión capítulo III .....	79
	Conclusiones.....	81
	Referencias .....	84

## **Abstract**

An analysis of the Contribution Contract in atypical hiring for the care of children and adolescents in the ICBF is presented in relation to the principles of transparency, economy and responsibility, contained in Law 80 of 1993.

Qualitative research is used as a method, with a dogmatic research approach, and document tracking was used as information gathering techniques.

Among the findings, it stands out that the ICBF goes to the outsourcing figure, and it is the latter who assume the responsibilities for any damages or irregularities when they do not comply with the contractual object.

### ***Keywords:***

Contribution Contract. Boys, girls and adolescents. State contracting principles. Colombia  
Buying Efficient.

## 1. Introducción

Se iniciará este el abordaje a partir de la Ley 7 de 1979, con la que se emitieron normas para la protección de la niñez, allí se estableció el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reorganizó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, entre otras disposiciones.

En dicha Ley, se instituyó que “El ICBF podrá celebrar contratos con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales e internacionales para el manejo de sus campañas, de los establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objetivo” (Ley 7, 1979, art. 21, núm. 21).

Este mismo Decreto Reglamentario de la Ley 7 de 1979 expresa en su artículo 128 que: “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”. (Decreto 2388, 1979, art.128). Luego el Decreto 2388 de 1979, en el artículo 127 determina la naturaleza especial al 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. (Decreto 2388, 1979, art.127).

Seis años después en 1985, la Junta Directiva del ICBF dio a la figura del Hogar Infantil el carácter de Unidad de Protección y Atención al Niño y a la Familia. Se pretendió que el Hogar Infantil fuera el lugar donde se atendieran múltiples servicios de bienestar, constituyéndose en el núcleo generador de acciones de protección para los NNA y la familia, con la participación responsable y organizada de la comunidad.

Con la consolidación de la organización de las nuevas modalidades, se vio la necesidad de fusionar alrededor del Hogar Infantil, su modalidad tradicional y las no convencionales, integrando así la Unidad de Protección como una red de servicios integrados, en donde a través de la participación comunitaria, se desarrollarían acciones preventivas con el niño, el joven y la familia, buscando cambios permanentes en el mejoramiento de las condiciones de vida de estos grupos poblacionales.

Esta propuesta buscó unificar la dispersión de servicios, para generar una prestación de un servicio más eficaz del ICBF con las comunidades, y empezó a vincular a todos los miembros de la familia, a las instituciones públicas, a las organizaciones comunitarias que tenían objetivos afines para desarrollar acciones integradas. (González y Durán, 2012).

No obstante, esta última intención, el Estado colombiano en materia de contratación estatal, erigió como norma básica la Ley 80 de 1993 denominada Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la cual ha estado vigente por veintisiete (27) años y ha sido reglamentada en la mayor parte de su articulado.

Dicha Ley somete al operador jurídico estatal a que se apliquen los principios y procedimientos consignados en ésta, y de igual manera define algunos contratos especiales que en parte se rigen por esta Ley y por el procedimiento que consagra la norma especial. Estos principios son: el de transparencia (Ley 80, 1993, art. 24); el principio de economía (Ley 80, 1993, art. 25) y el principio de responsabilidad. (Ley 80, 1993, art. 26).

Así las cosas, con anterioridad a la expedición de la Ley 80 de 1993 e incluso las normas anteriores, ha existido modalidad de contratación especial, el Contrato de Aporte, que se encuentra vigente desde 1979 y está consagrado en la Ley 7 de dicho año, por la cual se dictaron normas para la protección de la niñez y se estableció el Sistema Nacional del Bienestar Familiar, además de reorganizar el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (Herreño, 1999). Entre el régimen de la Ley 80 de 1993, emana con características especiales el denominado Contrato de Aporte, asociado a la prestación de un servicio público, cuando se dirige a la atención integral de la población de los niños, niñas y adolescentes-NNA-.

En efecto, el Estatuto de Contratación en Colombia, como lo es la Ley 80 de 1993, tiene como objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades.

En esta se define como entidad estatal a toda aquella organización que hace parte del Estado (nación, provincias, municipios, senado de la república, fiscalía general de la nación, entre otros) y que tienen la capacidad para celebrar contratos.

La contratación estatal busca que los prestadores de servicio cumplan con fines los específicos para el correcto funcionamiento de los cometidos estatales, aunado a los principios que rigen los contratos de las entidades estatales, y entre los fines de la contratación se destacan: el cumplimiento de los cometidos estatales; la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administradores.

Al existir el Estatuto de Contratación para las entidades del Estado, no debería permitirse ningún contrato celebrado por una entidad del Estado que se saliere de los parámetros determinados por la Ley 80 de 1993, teniendo como premisa, que el Contrato de Aporte aplicable a ICBF, es atípico.

Acerca del Contrato de Aporte el Consejo de Estado, en la Sala de lo contencioso administrativo, en la Sentencia 36912, del 9 de mayo del 2011, con el Consejero Ponente, Dr. Enrique Gil Botero, recuerda que este posee unas características particulares:

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. (Consejo de Estado, Sentencia 36912, 2011).

Inclusive añade el Consejo de Estado en la Sentencia en mención que ese Contrato de Aporte, por ser atípico, posee un sujeto activo que es cualificado y calificado por ley y además es:

(...) 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. (Consejo de Estado, Sentencia 36912, 2011).

Es sabido que el Contrato de Aporte, se diferencia notoriamente de cualesquiera otros negocios jurídicos y además se motiva, planea, diseña y ejecuta de manera especial entre el

contratante (Estado) y un contratista, en búsqueda de la integración y protección de la niñez y sus familias. (Cuello, 2009).

Otro aspecto clave a tener en cuenta se relaciona con la fase de la liquidación del Contrato de Aporte, para lo cual se necesita entregar “(...) los soportes contables pertinentes, como quiera que no se trata de un simple informe de ejecución del contrato, sino que comprende la forma como se invirtieron los dineros públicos aportados” (Consejo de Estado, Sentencia 16941, 2010).

Por su parte en el tema de alguna conexitud o vínculo laboral que se pudiere general con el Contrato de Aporte

(...) se evidencia que estese caracteriza porque el contratista ejecuta dicho contrato con absoluta autonomía e independencia para el desarrollo de este, no generándose en tal sentido vínculo laboral alguno ni solidaridad prestacional entre el ICBF y el operador y/o sus dependientes, si los hubiere. (Martínez y Munive, 2018, p. 16).

Retomando el asunto de las normas de selección, como en el tema de los pliegos de condiciones establecen procedimientos para selección objetiva de la propuesta más favorable. Asimismo, se delimita la responsabilidad que los servidores públicos tiene en la vigilancia de la ejecución de los contratos según su objeto y fines de la contratación, lo anterior

directamente asociado a los principios de transparencia, economía y responsabilidad. (Campos, Castro, Noreña, y Pérez, 2019).

Por lo cual es menester analizar la existencia de un marco jurídico especial y la excepción al Régimen Contractual aplicable a la Ley 80 de 1993, que regula las relaciones contractuales que realiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF – a la luz de la citada Ley 80 de 1993, en la que se examinarán los principios de contratación aludidos, para analizarlos en el atípico Contrato de Aporte.

Por su parte vale acotar como desde la jurisprudencia del Consejo de Estado, en la Sala de lo Contencioso Administrativo, en la Sentencia de Rdo. 16941 del 11 de agosto del 2010, con el Consejero ponente: el Dr. Enrique Gil Botero, recuerda que el Contrato de Aporte es un contrato de carácter estatal, que se rige normas la Ley 80 de 1993–. Y que además se permite celebrarlo desde ley 7 de 1979, en artículo 21, núm. 9 y desde el decreto 2388 de 1979. Y consta de:

(...) 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 establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objetivo. (Consejo de Estado, Sentencia 16941, 2010).

Además, enfatiza el Consejo de Estado, en la sentencia aludida, que el Contrato de Aporte es especial, y se suscribirá:

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. (Consejo de Estado, Sentencia 16941, 2010).

Allí se itera que parte de la permisividad del Contrato de Aporte radica en la posibilidad y requerimiento *sine qua non*, para dar preferencia a los derechos de los NNA.

En otra jurisprudencia esta vez de la Corte Constitucional, en la SU 273 del 19 de junio del 2019, con expedientes T-5.457.363, T-5.513.941 y T-5.516.632, AC.; de Magistrado Ponente: Dr. Carlos Bernal Pulido, ratifica que el Contrato de Aporte es una modalidad 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 establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objetivo. (Corte Constitucional, SU 273, 2019).

Por ello el objetivo central de un Contrato de Aporte, versará hacia proveer o entregar “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”. (Corte Constitucional, SU 273, 2019).

En resumen, con este trabajo de Maestría se pretende realizar un análisis de esas características normativas del Contrato de Aporte en contratación atípica para la atención de los NNA desde el ICBF en los procesos de contratación pública contenidos en la Ley 80 de 1993, auscultando temas como los tiempos, procedimientos y plazos afines asociados a los servicios requeridos para los Niños, Niñas y Adolescentes y además revisar si dicha modalidad contractual guarda las garantías que debe brindar a los oferentes al momento de adelantar los principios transparencia, economía y responsabilidad, en los procesos de contratación. A partir de lo anterior se desarrollará la siguiente pregunta problémica:

*¿Cuáles son las características normativas del Contrato de Aporte en contratación atípica para la atención de los NNA desde el ICBF en cotejación de los principios de transparencia, economía y responsabilidad, contenidos en la Ley 80 de 1993?*

## **1.1.Justificación**

El Estatuto de Contratación para las entidades del Estado, es la carta de navegación contractual para estos fines públicos en el país, y por ende no cabría la permisividad para que algunos contratos no se acojan a los lineamientos que establece esa Ley 80 de 1993.

En la presente investigación se realiza un análisis de las características normativas del Contrato de Aporte en contratación atípica para la atención de los NNA desde el ICBF Con relación a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, contenidos en la Ley 80 de 1993, el cual aportará a una mejor comprensión de esta excepción contractual.

Esta es una investigación para la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma Latinoamericana, parte desde el método de investigación cualitativa, con enfoque desde la investigación dogmática, utilizando como técnicas de recolección de información, el análisis documental y el rastreo de información

Se espera con los resultados elaborar un artículo publicable, someterlo para su revisión en alguna revista indexada coligada al objeto y línea de investigación de la Maestría.

## **1.2.Objetivos**

### ***1.2.1. Objetivo general.***

-Analizar las características normativas del Contrato de Aporte en contratación atípica para la atención de los NNA desde el ICBF Con relación a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, contenidos en la Ley 80 de 1993

### ***1.2.2. Objetivos específicos.***

-Identificar los principios de transparencia, economía y responsabilidad en la contratación estatal desde la Ley 80 de 1993

-Describir el Contrato de Aporte para la atención de los NNA desde el ICBF como modalidad de contratación atípica contenidas en la Ley 80 de 1993

-Analizar los principios de transparencia, economía y responsabilidad en la contratación estatal en el Contrato de Aporte atípico para la atención de los NNA, desde el ICBF en la Ley 80 de 1993.

### **1.3. Metodología**

#### ***1.3.1. Método: investigación cualitativa***

Esta investigación para la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma Latinoamericana, se adscribe a la investigación cualitativa, la cual estudia los hechos, en este caso los aspectos jurídicos, legales, de normatividad de manera sistémica. El enfoque cualitativo plantea un problema de investigación, pero no plantea resolver hipótesis tan elaboradas como en los estudios cuantitativos, se va decantando según los contextos en donde se desarrolla el estudio, acorde con Hernández-Sampieri y Mendoza (2018).

En las investigaciones cualitativas, se pueden producir preguntas en cualquier momento de la investigación, ya que esta es dinámica entre los hechos y acciones y la interpretación. En este tipo de investigación predomina lo inductivo, se encamina a interpretar, reconstruir, aportar a mejorar realidades, (en este caso de índole normativa y jurídica). No se prueban hipótesis, sino que se decantan preguntas problémicas, y se van develando durante el proceso, en el que también importan sus contextos, sus ambientes, en los que se analizan los hechos cómo hayan sucedido. Procura encontrar sentido a los fenómenos y hechos en función de los significados y sucesos. (Hernández-Sampieri y Mendoza, 2018).

Orozco (2018), recuerda que para alcanzar la comprensión de fenómenos sociales se necesita un acercamiento despreocupado a esos hechos y generar un amplio diálogo e interrelaciones con varios actores y las informaciones colindantes en donde se tendrán en cuenta los valores personales. Dicho de otra forma, se deberá ir de a poco dilucidando y decantando interpretaciones, hasta llegar a alguna que satisfaga las objeciones, pero sin olvidar que ninguna será la definitiva sino provisional, transitoria, hasta tanto no surjan otros elementos y argumentos que motiven otra reinterpretación, aspectos clave de la investigación cualitativa.

Se recuerda además que el Derecho, tiene un método propio que busca entender realidades sociales y jurídicas, por ello no se puede migrar el método científico de las ciencias naturales a las ciencias sociales.

De allí que hay que tener cautela con las hipótesis, las cuales serán subordinadas a ese objetivo global de comprender e interpretar la realidad a investigar o investigada. (Taylor, 2002). Por ello no habrá restricción de las ideas, ni de la libertad, y será medido ante posibles leyes universales científicas, o so pretexto de proposiciones generales, es decir se rechaza la nomológica o se les asume como poco determinantes ante realidades sociales construidas o en construcción. Taylor (2002).

Se emprendió un recorrido por una ruta bibliográfica y jurídica afín al objeto de estudio, para lo cual además se analizan doctrinas y normativas, encaminadas a una mejor

dilucidación de la pregunta problematizante y los objetivos de investigación. En la investigación cualitativa se pretende que los sujetos actúen acordes con sus experiencias y sus visiones sobre el mundo y la vida. Además, hay una interrelación entre los significados que poseen los sujetos, los escenarios en que se desarrollan las acciones y las conceptualizaciones propias a la que llegue el investigador. (Loreto y Pinilla, 2017).

### ***1.3.2. Enfoque: Investigación dogmática***

En este enfoque de investigación dogmática, el objeto de estudio es un sistema o subsistema jurídico determinado, el cual supone y acepta ciertos puntos de partida que no tiene discusión acorde con (Vásquez, 2008). En este caso por ejemplo lo relativo al Contrato de Aporte en contratación atípica para la atención de los NNA desde el ICBF en los procesos de contratación pública contenidos en la Ley 80 de 1993. En la dogmática jurídica se acepta que quien emite las normas, está imbuido entre los destinatarios, es decir los que las elaboran, deben cumplirlas y esa aceptación de las normas aporta a la regulación del comportamiento social. (Vásquez, 2008).

La investigación de enfoque dogmático, busca desde los axiomas, teorías y conceptos, llegar a un entendimiento adecuado de los textos legales. La normatividad en el derecho posee unos valores y principios los cuales se llegan a interpretar con la investigación dogmática, en interrelación con esos hechos sociales y las acciones de “(...) la naturaleza humana o divina o de la racionalidad instrumental de la sociedad que la impone como verdades reveladas o

inmutables (libertad, vida, solidaridad, seguridad, propiedad, etc.) (...)" (Valencia y Marín, 2018, p.22).

## **1.4. Técnicas de recolección de información**

### ***1.4.1. Rastreo documental***

Se realiza un rastreo documental, en el que se definen nociones y conceptos que aportaron al esclarecimiento de los objetivos. Se basa en la revisión por temas relacionados con el Contrato de Aporte en contratación atípica para la atención de los NNA desde el ICBF en los procesos de contratación pública contenidos en la Ley 80 de 1993, abordando normatividad alusiva, para obtener de primera fuente hallazgos sobre el tema de incidencia. (Frías, 2008).

## **1.5. Antecedentes de la investigación**

Viana (2017), realizó una investigación titulada “Las cláusulas exorbitantes en los contratos de aporte: un régimen atípico en la contratación estatal colombiana”, para la Universidad la Gran Colombia de Bogotá. El estudio fue de corte descriptivo-inductivo, y dilucidó la siguiente hipótesis:

El ICBF adoptó la decisión de aplicar principios rectores de la contratación estatal, entre ellos la utilización de las cláusulas exorbitantes, mecanismos de defensa de las

entidades estatales que no tiene una aplicación general para todo tipo de contrato, se hace necesario una modificación a la ley 80 de 1993, para que sean incluidos los contratos de aporte como una modalidad contractual, en la cual este tipo de cláusulas sean de obligatorio cumplimiento. (Viana, 2017, p. 12).

Además, tuvo como objeto “Determinar si la aplicación de las cláusulas exorbitantes dentro del Contrato de Aporte, como modalidad de contratación del Instituto Colombiano de Bienestar familiar, carecen de legalidad, al no estar contempladas en el Estatuto de Contratación Estatal”. (Viana, 2017, p. 12).

Entre los hallazgos se destacó que:

(...) la normatividad que regula el contrato de aportes, se encuentra ilegítima respecto del ordenamiento jurídico colombiano que regula la contratación pública, sin embargo, es necesario inferir que dichas facultades extraordinarias deben ser incorporadas de manera obligatoria en este tipo de contratos, por cuanto son de suma importancia para el cumplimiento de los fines estatales.

El aporte a la investigación en curso versa sobre que a pesar de ser el Contrato de Aporte una forma atípica de contratación, es necesario si se ejecuta respetando los principios de contratación y si cumple su esencia de proteger los derechos fundamentales de los NNA.

Moreno (2013), desarrolló una investigación titulada “Contrato de aportes contemplado en el Art. 21 de la Ley 7 de 1979”, para la Universidad La Gran Colombia. La investigación fue tuvo como estrategia metodológica desde lo explicativo – descriptivo. Su objetivo fue “determinar si el contrato de aporte es una modalidad contractual contraria a la esencia de las normas relativas a la contratación estatal y establecer su especial y prevalente relación con el cumplimiento de los fines del Estado”. (Moreno, 2013, p.11).

Entre los hallazgos se destaca que los contratos de aportes no poseen la obligatoriedad de las cláusulas exorbitantes, ya que solo operan en el contrato de obra, en aras de permitir la concesión de los bienes del Estado y de potenciar una adecuada prestación de servicios públicos. Moreno (2013).

#### **1.6. Marco teórico (Teorías de los contratos)**

Se acepta que, a partir de la promulgación de la Constitución Política de Colombia de 1991, se elevaron a canon constitucional fundamental, los derechos de los niños, niñas y adolescentes-NNA- en su condición de fácil vulnerabilidad. Estos derechos fundamentales se encuentran reconocidos directa o indirectamente en el texto constitucional como derechos subjetivos de aplicación inmediata y el ordenamiento constitucional no sólo confiere a los NNA, una serie de derechos fundamentales (los cuales no se les reconoce a los restantes sujetos de derecho), sino que adicionalmente establece que, dichos derechos tendrán prevalencia sobre los derechos de los demás. (Reatiga, 2013).

Además, se le atribuye al ICBF, que es la entidad nacional encargada de coordinar la política del Gobierno nacional en favor de la infancia, con la cual se busca garantizar los derechos de los NNA y así asegurar su protección cuando se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Sus acciones, funciones y obligaciones se encuadran en un marco normativo nacional que recoge acuerdos internacionales en este campo, y se fundamenta en reconocer que la inversión social en el bienestar, protección y mejoramiento de la calidad de vida de los NNA repercute en mayores oportunidades para los sectores más pobres y vulnerables de la sociedad, y con el convencimiento de que al proteger los derechos de estos NNA se contribuye a formar un ciudadano libre de rencores y de complejos sociales que con el transcurso del tiempo se pueden convertir en elementos negativos para la construcción del tejido social, promotor de la democracia y de la paz. (Amar, 2015).

Las modalidades de contratación del ICBF, se adscriben al Régimen Especial de Aporte, que contempla tres modalidades para la selección de operadores de programas: 1. Contratación Directa de Aporte, 2. Convocatoria pública, 3. Convocatoria pública con lista de habilitación de oferentes.

Si bien es cierto que el Contrato de Aporte es un contrato atípico, éste debe respetar los principios generales de la contratación estatal contenidos en la Ley 80 de 1993, ya que no

pretende burlar los requisitos esenciales de la misma, sino que, por el contrario, busca generar agilidad, rapidez y crear efectividad al momento de tener que responder a las necesidades generadas por los niños, niñas y adolescentes en aras de proteger sus derechos fundamentales. (Viana, 2017).

Por ende, la citada contratación estatal, es de gran importancia dentro del ámbito jurídico colombiano, no sólo por estar en ella comprometidos intereses de vital importancia para la comunidad, sino porque habla claramente del manejo que deben dar a los recursos públicos las personas a cargo de ellos.

La responsabilidad es uno de los títulos importantes que se revisan frente al verdadero abordaje de los principios determinados claramente por Estatuto General de Contratación Pública. (Pachón, 2014).

Se sabe que los contratistas se seleccionan mediante licitación o concurso público, excepto cuando sea de menor cuantía, o por prestación de servicios, para arrendamiento o adquisición inmueble, para urgencia manifiesta, la licitación desierta, también cuando no se presenten propuestas, para bienes y servicios que requieran defensa y seguridad nacional, cuando no exista pluralidad de oferentes, para los productos agropecuarios, en la prestación de servicios de salud, entre otros.

En los procesos contractuales se establecen etapas que permitan observaciones sobre los informes, conceptos y decisiones que se adopten, a esto le denomina principio de transparencia. (Matallana, 2015).

## **2. Capítulo I. -Principios de transparencia, economía y responsabilidad en la contratación estatal desde la Ley 80 de 1993**

A continuación, se procede a ampliar y desarrollar el objetivo específico uno de la investigación, asociado a identificar los principios de la contratación estatal en la Ley 80 de 1993.

Es así como, Con relación a los principios de la contratación estatal que trae la Ley 80 de 1993, estos no los desarrolla el exceptuado Contrato de Aporte. Entre ellos está el principio de transparencia (Ley 80 de 1993, art. 24), el cual hace más claro y estricto el proceso contractual.

Este principio propende por un adecuado obrar de la administración pública, y está asociado a que se cumplan los otros principios en ese desarrollo contractual. Este principio determina como debe ser ese actuar de las entidades y los actores en procesos contractuales, para ello:

(...) da un lineamiento integro a la contratación pública, pues en su contenido señala la modalidad de selección del contratista, estipula las oportunidades que se le otorgan a los interesados para controvertir o conocer actuaciones dentro de los procesos, ánima al público a realizar control permitiendo la solicitud de documentos, señala las

reglas de manera clara y completa para así llegar a la adjudicación de un contrato y predica la publicidad de las actuaciones. (Rico, 2017, p.8).

Por tanto, el papel de este principio de transparencia en la contratación estatal, es clave ya que les da rigor, soporte y claridad a los procesos contractuales, e interrelaciona los otros principios.

Con relación al principio de economía (Ley 80 de 1993, art. 25), se encamina a que se desarrolle una acorde selección del contratista, por medio de las etapas y procedimientos precisos, con claridad en los tiempos y términos para evitar dilataciones y sombras en la selección. Por medio de este principio, se busca que haya las etapas necesarias para garantizar una selección objetiva, que no haya vacíos en tiempos, ni procesos.

Con mecanismos procedimentales y el talento humano disponible para solucionar posibles conflictos en los procesos contractuales. Incluso valga recordar el núm. 4 de ese artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el cual establece que: “Los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato”.

Ahora bien, sigue el principio de responsabilidad (Ley 80, 1993, art. 26), el cual garantiza que, si hubiere daños antijurídicos y/o afines a los procesos de ejecución de

contratos estatales, se cubran los mismos, desde el estado o el servidor público que resultare implicado.

Los anteriores principios no se estarían cumpliendo en el contrato atípico objeto de estudio. Ya que ese ‘Contrato de Aporte’ se sale de este cauce, al permitirse como excepción (descrita párrafos arriba) para garantizar los derechos fundamentales de los NNA, desde el componente misional del ICBF.

### **2.1.El principio de transparencia**

El principio de transparencia se establece en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, y recuerda que en los procesos contractuales con el Estado: “(...) los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones. (Ley 80, 1993, art. 24, núm. 2).

Es decir que habrá una garantía abierta para que todos los actores interesados tengan las mismas posibilidades de informarse y controvertir (si fuere del caso), decisiones del ente proponente. Otra característica importante en este principio en mención, es el concepto del actuar, de las acciones de las autoridades que convocan, sean de conocimiento público, las cuales “(...) serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público,

permitiendo en el caso de licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política”. (Ley 80, 1993, art. 24, núm. 3).

En efecto, en los procesos de licitación pública, la Carta Magna, establece que si fuere del caso: “A solicitud de cualquiera de los proponentes, el Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal competentes, ordenarán que el acto de adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública”. (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 273). Herramienta clave para además de participar aquellos actores legalmente interesados y avalados, puedan hacer veeduría ante cualesquiera irregularidades en los procesos contractuales.

Si por algún motivo, y con el respeto de reserva (cuando aplique), “Las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copias de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios”. (Ley 80, 1993, art. 24, núm. 4).

Esto con el fin de que la transparencia aplique también para el contratante y que no actúe dejando dudas u ocultando información. Por su parte en los denominados pliegos de condiciones, que son los documentos bases para precisar todos los aspectos a contratar, se deberán: indicar “(...) los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección”. (Ley 80, 1993, art. 24, núm. 5, inciso a); definir además las “(...) reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de

ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación” (Ley 80, 1993, art. 24, núm. 5, inciso b); plasmados los objetivos y las reglas, se pasa a precisar “(...) las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato”. (Ley 80, 1993, art. 24, núm. 5, inciso c)

Seguidamente se alerta para seguir sumando al principio de transparencia, que “No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren” (Ley 80, 1993, art. 24, núm. 5, inciso d), esto tiene como uno de los objetivos, que no se soliciten requisitos que estén “amarrados” o muy difíciles de cumplir.

Igualmente, deberá existir claridad sobre cuáles son las “(...) reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad”. (Ley 80, 1993, art. 24, núm. 5, inciso e), evitando que hubiere direccionamientos y preferencias por algún oferente, desde el contratante.

Al cierre de este núm. 5, del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, se establece la necesidad de definir “(...) el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía”. (Ley 80, 1993, art. 24, núm. 5, inciso f). Para las

etapas de apertura, y los pliegos de condiciones de las licitaciones, se deberán indicar claramente las reglas para la adjudicación del contrato. (Ley 80, 1993, art. 24, núm. 6).

Otro factor que trae este principio en comento, es el requerimiento para el convocante que deberá motivar todos los actos “(...) en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia”. (Ley 80, 1993, art. 24, núm. 7). Además, prevé impedir este principio de transparencia, el abuso de poder así:

Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto. (Ley 80, 1993, art. 24, núm. 8)

Más abajo, se impide que pudiere existir algún protagonismo, de un servidor público y se impide que se les hiciere alusión así: “Los avisos de cualquier clase a través de los cuales se informe o anuncie la celebración o ejecución de contratos por parte de las entidades estatales, no podrán incluir referencia alguna al nombre o cargo de ningún servidor público”. (Ley 80, 1993, art. 24, núm. 8).

Finalmente vale destacar en este principio de transparencia, lo aludido en el párrafo tercero, sobre la selección de oferente vendedor, que “(...) la hará la respectiva entidad

estatal, de acuerdo con los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva y teniendo en cuenta la capacidad administrativa que pueda emplear cada entidad financiera para realizar los remates. (Ley 80, 1993, art. 24, párrafo. 3). Este principio de transparencia asegura que haya claridad desde la apertura hasta el final en las diferentes etapas procesales de las convocatorias y/o licitaciones públicas, para que los actores participen y hagan veeduría en igualdad de condiciones.

En este orden de ideas vale traer a colación como la Corte Constitucional, en la Sentencia C-040 del 26 de abril del 2000, con expediente D-2457, y de Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz, sobre el rol de las entidades contratantes a la hora de contratar

(...) tienen la obligación de garantizar la igualdad de oportunidades frente a los administrados, pues la selección del contratista no puede ser arbitraria, subjetiva y discrecional, sino que debe ser con fundamento en el principio de transparencia a que se refiere el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, a través del cual se busca garantizar primordialmente la imparcialidad, la igualdad de oportunidades y la escogencia objetiva de los contratistas. (Corte Constitucional, Sentencia C-040, 2000).

En otra providencia la Corte Constitucional en la Sentencia C-502 del tres (3) de julio 2002, con expediente D-3871 y Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra, recuerda que el principio de transparencia fue plateado por el legislador

(...) con el fin de garantizar la imparcialidad, que la escogencia del contratista siempre se efectuará a través de la licitación o concurso público, que no es otra cosa que el ejercicio de la función administrativa correspondiente a la actividad que en materia contractual le compete al Estado, la cual se encuentra al servicio de los intereses generales (...). (Corte Constitucional, Sentencia C-502, 2002).

Por antítesis no habría transparencia si se pensara y direccionara de manera corrupta para beneficiar al interés de unos pocos particulares. Y añade la Sentencia en mención, sobre lo que corresponde a la selección del contratista, para lo cual se procederá mediante licitación pública lo cual:

(...) es uno de los aspectos que merece especial interés en el Estatuto de Contratación Pública, pues se garantiza que los procedimientos que han de ser utilizados para la escogencia del contratista, serán claros, nítidos, transparentes, en aras de asegurar la prevalencia del interés general como principio fundante del Estado social de derecho (art. 1 C.P.). (Corte Constitucional, Sentencia C-502, 2002).

## **2.2.El Principio de economía**

En términos generales, este principio busca garantizar la eficiencia de la administración, en los procesos contractuales, en aras de alcanzar óptimos resultados, en el menor tiempo y con la menor cantidad de recursos a invertir, aminorando costos para el

presupuesto estatal, pero si ir en detrimento de la posterior ejecución del producto o servicio ofertado, es decir de la calidad.

Para lo anterior entre otras se estipula que el ente convocante planee con precisión los procedimientos y etapas “(...) estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones”. (Ley 80, 1993, art. 25, núm. 1).

Sobrevienen los trámites los cuales se “(...) adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato”. (Ley 80, 1993, art. 25, núm. 4). Y si hubiere disensos, controversias o afines en la celebración y/o ejecución del contrato, se deberá garantizar procedimientos que den oportuna solución. (Ley 80, 1993, art. 25, núm. 5). Otro numeral a destacar, es el 14, de este artículo asociado al principio de economía, se refiere a que

Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados. (Ley 80, 1993, art. 25, núm. 14).

Costos de los imprevistos que deberán estar en un rubro disponible, si fuere del caso. Por su parte cuando aplicare la llamada declaratoria de desierta aquella licitación o concurso convocado: “(...) únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión”. (Ley 80, 1993, art. 25, núm. 18).

De otro lado, Rosero (2016), afirma que con el Estatuto General de la Administración Pública (ley 80 de 1993), se amparan los riesgos contractuales por medio de

(...) la garantía única y se continuó exigiendo la constitución de garantías con el fin de salvaguardar el patrimonio de las entidades públicas; es así como en el artículo 25, núm. 19, se estableció como una obligación dentro del principio de economía que el contratista deberá constituir garantía única para garantizar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas, con ocasión del contrato estatal, exigiendo que la misma tenga una vigencia por todo el plazo del contrato y el período de liquidación, las cuales debían ser constituidas y otorgadas por el contratista o proponente ante una aseguradora o entidad bancaria autorizada legalmente en Colombia. (p.165)

Lo anterior atado a este principio de economía y en salvaguarda que se logren los objetivos contractuales. Ahora bien, Con relación a la importancia de este principio de economía, el Consejo de Estado, en la Sentencia 17767 del 31 de enero del 2011, con la

Consejera Ponente: Olga Melida Valle De La Hoz, el cual busca que la acción contractual no sea producto de improvisación

(...) el desorden, sino que obedezca a una verdadera planeación para satisfacer necesidades de la comunidad. Este principio exige al administrador público el cumplimiento de procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. En efecto, el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 especifica que dichos requisitos deben cumplirse con anterioridad a la apertura de los procesos licitatorios o invitaciones a proponer, y en todo caso, nunca después de la suscripción de los contratos. (Consejo de Estado, Sentencia 17767, 2011).

### **2.3.Principio de responsabilidad**

Tanto el Estado como los servidores públicos responderán patrimonialmente por daños antijurídicos que les fueren imputables, o que fueren ocasionados por la acción o por la omisión de las autoridades públicas. Este principio de responsabilidad determina que los funcionarios públicos tienen la obligatoriedad de cumplir “(...) los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato”. (Ley 80, 1993, art. 26, núm. 1).

Además, serán responsables por “(...) sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas”. (Ley 80, 1993, art. 26, núm. 2). Es decir, se deja claro que, si desde el actuar o el omitir de los servidores públicos, se ocasionaren daños antijurídicos, serán responsable ante la ley, dependiendo de las circunstancias. Con relación a las licitaciones o concursos, serán responsables, aquellos servidores públicos que las direccionen:

(...) sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos. (Ley 80, 1993, art. 26, núm. 3).

Por parte de los contratistas, la norma establece que “(...) responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa”. (Ley 80, 1993, art. 26, núm. 7). Y tanto la entidad contratante como los contratistas, garantizarán la calidad de la ejecución del objeto contratado. (Ley 80, 1993, art. 26, núm. 7). En esta parte la entidad contratante se basa en la figura del interventor, para que este realice las respectivas veedurías a las condiciones de ejecución establecidas en la firma del acta de inicio de ejecución, que a su vez se derivan de lo informado en los pliegos de condiciones.

Vale traer a referencia Con relación al principio de responsabilidad que a criterio del Consejo de Estado, en la Sentencia 17767 del 31 de enero del 2011, con la Consejera Ponente: Olga Melida Valle De La Hoz, sirve para delimitarle “(...) al servidor público la rigurosa vigilancia de la ejecución del contrato, incluida la etapa precontractual, por cuanto atribuye la obligación de realizar evaluaciones objetivas sobre las propuestas presentadas, de acuerdo con los pliegos de condiciones efectuados con anterioridad”. (Consejo de Estado, Sentencia 17767, 2011).

Ahora se procederá a recordar el tema de la denominada *Ecuación Contractual*, la cual se asocia con la igualdad y la llamada equivalentica que se presenta entre lo que son los derechos y las que serán las obligaciones que se asumen como proponente o contratante, y: “Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”. (Ley 80, 1993, art. 27, párrafo 1).

#### **2.4.Cómo deben ser los procesos de selección**

Primero valga definir que es una licitación pública, desde la norma es:

El procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable. Cuando el objeto del contrato

consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública. (Ley 80, 1993, art. 30, párrafo 1).

Por tanto, cada licitación, deberá responder a unos criterios, así: quien sean el jefe o el representante la entidad del Estado, que convoque, dará apertura mediante un acto administrativo, debidamente motivado, acorde con el artículo 30, núm. 1, de la Ley 80/93.

Para dar el inicio, se debió previamente haber realizado los estudios, con diseños, planos, evaluaciones en donde se indique tanto la prefactibilidad como la factibilidad, asociados a: (...) la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso” (Ley 80, 1993, art. 30, núm. 1).

Aquel ente convocante la entidad interesada realizará pliegos de condiciones, en donde se especificarán las características de objeto contractual, sus requisitos jurídicos, detallarán además los derechos y las obligaciones de las partes “(...) la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas”. (Ley 80, 1993, art. 30, núm. 2).

Luego vienen las fases de los plazos de publicación, así: hasta veinte (20) días calendario, previos a la apertura de la licitación, se obliga publicará hasta tres (3) avisos, clarificando el objeto y la cuantía a contratar, esto se tendrá que publicar en el denominado Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP-. (Ley 80, 1993, art. 30, núm. 3).

Ya que se mencionó el Sistema Electrónico de Contratación Pública-SECOP-, vale acotar que nace por medio del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007. Y entre sus finalidades están que se realizará la adecuada sustanciación<sup>1</sup>, una efectiva expedición de los actos administrativos, la emisión y divulgación de documentos y afines que surjan de las actividades precontractuales y contractuales, los cuales se expedirán por medios electrónicos.

Luego el Sistema de Compra Pública, fue creado por el Decreto-Ley 4170, del 2011. Es manejado desde las plataformas de “Colombia Compra Eficiente”, y allí existen varias herramientas para facilitar esos procesos de contratación, como: La tienda virtual del Estado colombiano; el Secop II (procesos de contratación, Sistema Electrónico de Contratación Pública); síntesis (normativa y jurisprudencia en contratación; y Manuales, guías y documentos tipo. (Colombia Compra Eficiente, 2019). Además, desde la Ley 1150 del 2007, en el artículo 3, se estableció que “(...) la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos (...)” [Ley 1150, 2007, art. 3].

---

<sup>1</sup> Término que se asocia con el debido proceso, en este caso con la puesta en marcha y continuidad de los debidos procesos contractuales con el Estado.

A partir del año 2015, se migró del Sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP I-, una plataforma que fue creada para que las entidades emitieran e informaran (publicitar), al SECOP II. Una plataforma transaccional. Este SECOP II, posibilita que compradores y proveedores realicen todo el proceso de contratación en línea y a la vez permite que la opinión pública en general, pueda consultar en línea esas actividades contractuales estatales y también desde este portal, hacer veeduría en las fases de estos procesos, desde el inicio, hasta el cierre.

El objeto del SECOP II, es asegurar la trazabilidad (movimientos, fases) y la transparencia (que sea pública y sistémica) de la gestión contractual. “El SECOP II es la única versión de la plataforma que permite el registro de proveedores toda vez que es transaccional” (Colombia Compra Eficiente, 2019, p. 76).

Se habla de un expediente electrónico de cada proceso digital de contratación, en donde el público en general, los medios y la sociedad civil, pueden consultar esos procesos sin necesidad de registrarse, ya que la plataforma permite ese acceso desde la opción “búsqueda pública”

Antes de unificarse este SECOP I y II, por medio del cual se centralizaron y se concentraron las informaciones de la gestión contractual estatal, los entes territoriales estaban desarrollando sus propias páginas web, dando respuesta a la directiva presidencial 02 del año 2000 (habla del Gobierno en Línea) y al decreto 2170 del año 2002 (temas de transparencia,

participación ciudadana, selección objetiva, y de la contratación por medios electrónicos, entre otros).

Otro rasgo del Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP I y II) es impulsar aspectos en la transparencia, la eficiencia y en el uso efectivo y asertivo de las tecnologías para las publicaciones en torno a la contratación y adquisiciones públicas, de manera que le sirva, tanto el sector empresarial, como las entidades públicas y la ciudadanía en general. También el sistema pretende “[...] mejorar las formas de acceso a la información relacionada con aquello que compra y contrata el Estado, con el consiguiente impacto económico que ello genera en la pequeña, mediana y grande empresa, en los niveles nacional, local e internacional”. (Bejarano, 2009, p.7).

Retomando el tema de los procesos de selección, cuando fuere solicitado por alguno de los oferentes en los tres días hábiles posteriores a inicio de plazo para entregar propuestas, se realizará una audiencia en donde se esclarecerán alcance y contenidos de los pliegos, allí también se informarán los “(...) riesgos que trata el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 con el fin de establecer su tipificación, estimación y asignación definitiva”. (Ley 80, 1993, art. 30, núm. 4). De esta audiencia quedará como evidencias un acta formada por las partes asistentes.

Con relación a los tiempos de la entrega de propuestas, quedará clara en los pliegos de condiciones y allí se precisará el periodo de entrega y el límite (cierre), de recepción, siempre acorde al objeto y cuantía del contrato. (Ley 80, 1993, art. 30, núm. 5).

En la fase de convocatoria, los proponentes podrán presentar alternativas, o aportes en temas técnicos o económicos, mientras no condicionen la adjudicación. Y se recuerda que: “Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones o términos de referencia”. (Ley 80, 1993, art. 30, núm. 6).

Deberá quedar claro el plazo que se tomará la entidad convocante para valorar y realizar “(...) los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables” (Ley 80, 1993, art. 30, núm. 7), este tiempo de estudio y evaluación, estará debidamente establecido en los pliegos.

Una vez listas las evaluaciones estas quedarán para que fueren consultadas por los oferentes en la secretaría del ente convocante, por un lapso de cinco (5) días. Se podrán realizar las observaciones que fueren del caso, pero no se podrá “(...) completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas”. (Ley 80, 1993, art. 30, núm. 8). Los tiempos para adjudicar y firmar acta de inicio de contrato y otros documentos de rigor, se indicarán en los pliegos de condiciones. (Ley 80, 1993, art. 30, núm. 9).

Esa adjudicación se realizará en una audiencia pública, en la que asistirán:

(...) el jefe de la entidad o la persona en quien, conforme a la ley, se haya delegado la facultad de adjudicar y, además, podrán intervenir en ella los servidores públicos

que hayan elaborado los estudios y evaluaciones, los proponentes y las demás personas que deseen asistir. De la audiencia se levantará un acta en la que se dejará constancia de las deliberaciones y decisiones que en el desarrollo de la misma se hubieren producido. (Ley 80, 1993, art. 30, núm. 10).

Sobre la delegación en la contratación estatal Rosero (2016), afirma:

(...) también se encuentra la delegación para la contratación, la cual establece que el delegante tiene el deber de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual, y responde únicamente cuando haya incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de dicha función. (p.40).

Volviendo al tema del ganador de la licitación, si este no se presentare a firmar el contrato de inicio en los tiempos señalados, la entidad convocante podrá como sanción, quedarse con él “(...) el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósitos o garantía”. (Ley 80, 1993, art. 30, núm. 12). Y si la entidad contratante lo considera, mediante acto administrativo motivado, en los quince (15) subsecuentes, podrá contratar al segundo en la calificación, si aquella propuesta fuere también favorable para la entidad, y para cumplir cabalmente con el objeto contractual

## **2.5.Sobre los contratos estatales**

Se denominan contratos estatales a “(...) todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (...)” (Ley 80, 1993, art. 32).

Según este artículo 32 en comento esos contratos estatales se clasifican en: contrato de obra; contrato de consultoría; contrato de prestación de servicios; contrato de concesión y los encargos fiduciarios y fiducia pública. (Ley 80, 1993, art. 32, núms. 1 -5).

Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

Desglosando el contrato de obra, son los que realizan “(...) las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago” (Ley 80, 1993, art. 32, núm. 1, párrafo 1).

Y acerca de la forma de contratar la interventoría añade el artículo en mención:

En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o concurso públicos, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente estatuto. (Ley 80, 1993, art. 32, núm. 1, párrafo 2).

Se sobreviene el contrato de consultoría, los cuales se realizan para contratar aquellos “(...) estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión”. (Ley 80, 1993, art. 32, núm. 2, párrafo 1).

Además, serán contratos de consultoría “los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos”. (Ley 80, 1993, art. 32, núm. 2, párrafo 2). Y finalmente el interventor no podrá dar ninguna orden de manera oral “Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato”. (Ley 80, 1993, art. 32, núm. 2, párrafo 3).

Sigue en este análisis el contrato de prestación de servicios, los cuales se plasman para ejecutar (...) actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales o jurídicas cuando

dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados” (Ley 80, 1993, art. 32, núm. 3, párrafo 1).

Aclara el artículo en alusión que dichos contratos no podrán generar “(...) en ningún caso relación laboral ni prestaciones sociales. Los contratos a que se refiere este ordinal, se celebrarán por el término estrictamente indispensable”. (Ley 80, 1993, art. 32, núm. 3, párrafo 2). Esto con el objeto de dejar precisión que se realizan para una actividad u objetivo específico y que ni durante su ejecución ni al final hubiere relación laboral, con la entidad contratante.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en el núm. 4, establece los criterios mínimos para lo que es el contrato de concesión, el cual permitirá:

(...) otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica,

única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden. (Ley 80, 1993, art. 32, núm. 4).

Finalmente, sobre los Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública, estos únicamente se celebrarán:

(...) por las entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en el presente estatuto, únicamente para objetos y con plazos precisamente determinados. En ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados. (Ley 80, 1993, art. 32, núm. 5, párrafo 2).

Sobre el contenido del contrato este no consta únicamente del texto que se firme por las partes, también se compone de los adjuntos que forman integralmente este contrato. Y este emana de un acuerdo entre las partes, hacia una necesidad a satisfacer (objeto contractual), así el asunto central de la contratación que por escrito en el acuerdo avalado.

También valga recordar como la Corte Constitucional en la Sentencia C-892, del 22 de agosto 2001, con expediente D-3404, de Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, plantea que hay unos principios integradores de los contratos estatales a saber:

(i) el principio de la autonomía de voluntad, en virtud del cual la Administración pública está en capacidad de celebrar todos los contratos que resulten necesarios para satisfacer los intereses de la comunidad; (ii) el principio de la prevalencia del interés público, que le reconoce a la Administración una prerrogativa especial para ajustar el objeto del contrato a las necesidades variables de la comunidad

Queda claro en estos dos principios integradores que debe apuntalar la administración pública a satisfacer las necesidades de la comunidad. Y sigue la Corte en la sentencia en comentario:

(iii) el principio de la reciprocidad de prestaciones, según el cual, lo importante y relevante en el régimen de contratación es la equivalencia real y objetiva entre los derechos y obligaciones que surgen de la relación contractual, y no la mera equivalencia formal y subjetiva con la que se llega a la simple satisfacción de los intereses individuales considerados por las partes cuando se formalizó el contrato; y, finalmente, (iv) el principio de la buena fe, que obliga a la Administración Pública y a los particulares contratistas, a tener en cuenta las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos.

En esta parte la reciprocidad se coliga a la mutua responsabilidad del contratante con el contratista, y siempre acudiendo a ese principio de la buena fe, en las actuaciones contractuales.

## **2.6. Conclusión al capítulo I.**

Queda claro que en las diferentes actuaciones de los funcionarios públicos o de los mismos particulares que tengan de forma transitoria asignadas funciones públicas, deberán respetar los principios de la contratación estatal.

Además, se traen a colación los principios integradores del régimen de los contratos estatales, a luz de lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-892, del 22 de agosto 2001, con expediente D-3404, de Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, que resumidos son: principio de la autonomía de voluntad; la prevalencia del interés público; la reciprocidad de prestaciones y el principio de la buena fe, en todas las actuaciones contractuales.

Se colige que los principios de la contratación estatal son indispensables en los procesos de contratación que lleva el Estado, ya que por medio de ellos se garantizan los derechos de los ciudadanos

### **3. Capítulo II. Contrato de Aporte para la atención de los NNA en el ICBF como modalidad de contratación atípica contenidas en la Ley 80 de 1993**

En un Estado Social de Derecho, la comunidad política debe dar un trato preferencial a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y están impedidos para participar en igualdad de condiciones, en la adopción de políticas públicas que les resulten aplicables. En este sentido, es evidente que los niños son acreedores de ese trato preferencial, a cargo de todas las autoridades públicas de la comunidad y del propio núcleo familiar al cual pertenecen. Es este sentido, la Constitución Política de Colombia de 1991 en el artículo 44, establece como los derechos fundamentales de los niños

(...) la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión y que serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las Leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia y es la familia, la sociedad y el Estado quienes tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, los cuales prevalecen sobre los derechos de los demás. (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 44).

Por su parte la Constitución Política de Colombia de 1991, en el artículo 355 inciso 2, establece que:

El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrará contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y con los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia. (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 355, inciso 2).

### **3.1.Excepciones contractuales**

De otro lado, valga recordar que el Congreso de la República expidió el Estatuto General de la Contratación Estatal a través de la Ley 80 de 1993, con el que pretendió unificar la normatividad en la contratación que realizaban las diferentes entidades del Estado. No obstante, aparecen excepciones en la contratación para algunas entidades del Estado como: las Empresas Sociales del Estado –ESE-, que se rigen conforme a la normatividad expresa en la Ley 100 de 1993; las universidades oficiales que se rigen por la Ley 30 de 1992; el tema de la contratación de fondos de servicios educativos que se rigen por la Ley 715 de 2001; sobre el Banco de la República que se rige por la Ley 31 de 1992; los asuntos de los contratos de exploración y explotación de recursos naturales regulados por el Código de Minas.

Siguen las excepciones como los contratos de establecimiento de crédito, de seguros y financieros estatales que se rigen por las disposiciones legales aplicables a dicha actividad; los contratos de las entidades de servicios públicos domiciliarios regidos por la Ley 142 de 1994 en concordancia con la Ley 689 de 2001; los contratos realizados por las entidades del sector eléctrico tales como Interconexión Eléctrica SA. ESP-ISA-, la Empresa privada de generación y comercialización de energía –ISAGÉN- y las Empresas Públicas de Medellín E.S.P –EPM-, que se rigen por la Ley 143 de 1994 cuyo régimen de contratación aplicable es el del derecho privado.

También la contratación sobre temas de ciencia y tecnología que se rige por el Decreto 591 de 1991; lo relacionado al régimen contractual de Ecopetrol que se rige por la Ley 1118 de 2006 y el régimen contractual para los canales de televisión regional que se rigen por la Ley 182 de 1995.

Dentro de esas excepciones al régimen contractual aplicable a la Ley 80 de 1993 se tiene que el Contrato de Aporte aplica para las relaciones contractuales que realiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- para desarrollar los programas misionales en prevención y protección de los niños, niñas, adolescentes y las familias que habitan en el territorio colombiano.

Sobre este mismo tema el artículo 122 del Decreto 2150 de 1995, suprimió procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública, y expresa

que: “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” (Decreto 2150, 1995, art. 122).

Posteriormente, ICBF emitió el Manual de Contratación, con la Resolución 2690 del 2012 en la que establece en su sección primera todo lo concerniente al régimen especial de aporte y sobre la selección del contratista, indica que:

(...) la contratación de los programas misionales se realizará mediante Contratos de Aporte, dando aplicación a los principios del Artículo 209 de la Constitución Política y las normas especiales de la contratación de aporte previstas en el Artículo 81 de la Ley 489 de 1998, núm. 9 del Artículo 21 de la Ley 7 de 1979; párrafo del Artículo 11 de la Ley 1098 de 2006; Artículos 123 y ss. del Decreto 2388 de 1979; Artículo 122 del Decreto 2150 de 1995; el Decreto 2923 de 1994 y el Decreto 1529 de 1996. (Resolución 2690 ICBF, 2012, núm. 1.1, párrafo 5).

Por lo anterior, desde el Estado colombiano conocedores de la compleja problemática existente con los niños, niñas y adolescentes abandonados, abusados sexualmente, maltratados, con una serie de problemáticas que no les es posible atender en un ciento por ciento, se plantearon tener una forma ágil en que se delegue dicha obligación legal, ya que la capacidad estatal para dicha responsabilidad, en ocasiones se queda corta para cubrir todo el

territorio nacional, por lo que es menester apoyarse en entidades expertas en dichos requerimientos.

Por su parte en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, se establecen las modalidades de selección y contratación pública, las cuales son: selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, no obstante, el Contrato de Aporte es una modalidad atípica.

Por tanto, es importante analizar si es pertinente o no que se continúe con esta modalidad atípica dentro del ICBF, excluyendo los parámetros y procedimientos que emana el Estatuto de Contratación Estatal, con la finalidad de brindar una mayor agilidad a las contrataciones para los servicios requeridos por los NNA.

Además, en el ICBF poseen un Manual de Contratación (2015), en el que se establecen el acompañamiento, los requerimientos técnicos, bajo una constante supervisión de dicha entidad en todos estos procesos. Dicho ICBF, rige sus parámetros contractuales desde normatividades como el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), la Ley 1150 de 2007 (Medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y otras).

Aunado al Decreto 1082 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional), la Ley 1474 de 2011 (Prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública), el Decreto

019 de 2012, (Suprime o reforma regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública), entre otras.

Justamente, entre las disposiciones en materia de contratación que atañen al ICBF, por ejemplo, en el Decreto 1084 del 2015, sobre los contratos de aporte al ICBF se le 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. (Decreto 1084, 2015, art. 2.4.3.2.9).

Es decir, dicho Contrato de Aporte, se concederá únicamente para que el ICBF, preste un servicio público y no para otros servicios.

Llegó la Ley 80 de 1993. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la cual generó unas reglas y principios para el tema de contratación en y desde las entidades estatales. Por tanto, con la Ley 80 de 1993, se le concede la dirección general y el control de la ejecución de los contratos a las entidades públicas, en la búsqueda de la:

(...) satisfacción de los cometidos estatales y el cumplimiento de las finalidades que la Constitución y la ley le impusieron a la administración pública. Para tal efecto, la ley dotó a las entidades contratantes de poderes excepcionales para salvaguardar el estricto cumplimiento de estos cometidos y finalidades, cuando los servicios públicos que tiene a cargo la respectiva entidad se vean amenazados por la paralización o la afectación grave de dichos servicios, asegurando de esta manera su inmediata, continua y adecuada prestación. (Niño, 2011, p. 11).

En distintos apartados de este proyecto se analizan diferentes artículos de esta Ley 80 de 1993, bases de la investigación presente.

Por su parte la Ley 1150 de 2007. Estableció medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, con las que se avanzó en la eficiencia y la transparencia en la aplicación de la Ley 80 de 1993, aunado a otras reglamentaciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Se divide en tres Títulos: ‘De la eficiencia y de la transparencia’, Título I de los artículos 2 al 11; ‘Disposiciones generales para la contratación con recursos públicos’, Título II, de los artículos 12 al 16; y unas “Disposiciones varias” Título III, artículos del 17 al 33.

Vale destacar además que, en esta Ley, se enlistan en el artículo 2, las modalidades de selección a saber: Licitación pública (núm. 1); selección abreviada (núm. 2); Concurso de méritos (núm. 3); Contratación directa (núm. 4) y contratación mínima cuantía (núm. 5).

Después vino la Ley 1474 de 2011. Prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, que emitió disposiciones para vigorizar los mecanismos de prevención, de investigación, así como para sancionar los actos de corrupción y generar la efectividad del control de la gestión pública.

La distribución de esta ley es así: en el Capítulo I, artículos 1 al 4, trae las ‘Medidas administrativas para la lucha contra la corrupción’; en el Capítulo II, dicta las ‘Medidas penales en la lucha contra la corrupción pública y privada’ en los artículos 13 al 40; en el Capítulo III, las ‘Medidas disciplinarias para la lucha contra la corrupción’ de los artículos 41 al 60; Capítulo IV, con el artículo 61 se procede a la ‘Regulación del lobby o cabildeo’.

En el Capítulo V, enlista los ‘Organismos especiales para la lucha contra la corrupción’ artículos 62 al 81; en el Capítulo VII, emite las ‘Disposiciones para prevenir y combatir la corrupción en la contratación pública’ de los artículos 82 al 96; ya en el Capítulo VIII, dicta las ‘Medidas para la eficiencia y eficacia del control fiscal en la lucha contra la corrupción’ de los artículos 97 al 130; en el Capítulo IX, establece las ‘Oficinas de representación’ y finalmente en el Capítulo X, se declara la vigencia a partir del 11 de julio del 2011.

### **3.2. Más del Contrato de Aporte**

Para Melendez (2015), una definición de Contrato de Aporte se tipifica

(...) cuando el Instituto se obliga a proveer a una institución de utilidad pública o social los bienes indispensables para brindar el 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 ICBF (Decreto 2388 de 1979 “Por el cual se reglamentan las Leyes 75 de 1968, 27 de 1974 y 7ª de 1979”). (p. 453).

También los Contrato de Aporte, tienen por objeto entregar unos recursos para que se ejecuten programas de protección o de mejoramiento de calidad de vida a los NNA, es decir, que el particular sin ánimo de lucro recibe los recursos con una destinación específica y así ejecutar el programa para el cual ha sido contratado.

La contraprestación que recibe el ICBF, parte del contratista es el cumplimiento del objeto y obligaciones pactadas en el Contrato de Aporte; adicionalmente la Ley de Infancia y Adolescencia, en su Artículo 82, afirma que el ICBF podrá suministrar directamente el servicio de protección a los NNA o mediante contrato con instituciones, es decir, al realizar un Contrato de Aporte, se busca que un tercero satisfaga la necesidad del ICBF de cumplir con su función de protección a los NNA. Y allí se observa cómo se amparan los derechos fundamentales, a personas con un mayor grado de vulnerabilidad

Además, el Contrato de Aporte desde su objeto busca brindar asistencia y protección a los NNA, con fundamento en lo establecido en el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia (1991) que preceptúa:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las Leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 44).

Por tanto, constitucionalmente se encuentran en forma amplia, protegidos los derechos de los NNA. Y que éstos son de especial atención y trámite no sólo en el ámbito de aplicación de los Contratos de Aporte, -para pretender su debida protección- sino también a nivel general, en numerosos casos, como son los asociados a: la salud, la protección, la atención, entre otros.

Ahora bien, Bustos y Garzón (2018), entre los tipos de contratos de aporte, recuerdan que también se contemplan los: “(...) que se celebran con asociaciones de padres de familia, cooperativas, organizaciones comunitarias y de grupos étnicos, ONG, Cajas de

Compensación Familiar, cabildos indígenas, iglesias y confesiones religiosas, entre otras, para administrar la modalidad de atención en la educación inicial”. (p.26).

Cabe iterar que los Contratos de Aporte, obedecen a proyectos específicos construidos con fundamento en el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, estructurados para cumplir con la función constitucional de protección y asistencia constitucional a los NNA, hacen parte de los planes y programas del ICBF.

El Contrato de Aporte se elabora con lineamientos técnicos, parámetros y directrices para que el contratista que suscriba con él, desarrolle la ejecución contractual acorde a ellos.

Por lo tanto, si el Contrato de Aporte no es un contrato de donación y se encuentra expresamente excluido del ámbito de aplicación de la reglamentación del inciso segundo del Artículo 355 de la Constitución Política de Colombia de 1991, porque se ajusta a tres de las descripciones realizadas en el Artículo 2 del Decreto Reglamentario 777 de 1992, dichas normas no le son aplicables.

De lo anterior, se demuestra como los Contratos de Aporte se inscriben en un régimen especial de contratación, toda vez que el proceso contractual del servicio público del ICBF en materia de proyectos de inversión social y, particularmente, de celebración de este tipo especial de contratos, implica la realización, no sólo de carácter formal sino material de los derechos constitucionales fundamentales de los niños, tal como lo señalan los artículos 1, 15

y siguientes del Decreto 1137 de 1999 y en especial desde el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia de 1991 aludido párrafos antes.

Específicamente, el Contrato de Aporte es un medio para cumplir con la finalidad de garantizar el respeto, protección y aplicación de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, justificados por la naturaleza del servicio público del ICBF y el cumplimiento de su misión constitucional, legal, social e institucional que cumple con todos los agentes públicos y privados que lo integran.

Se colige que, la necesidad de garantizar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, es una de las principales manifestaciones que se encuadra en el contexto del Estado Social de Derecho y del deber general de solidaridad, para que, a los NNA, se les otorgue un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica en tanto sujeto de especial protección, de forma tal que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de una familia, integrante de la comunidad y la sociedad. En tal sentido, todas las personas, sin excepción, gozan de legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los NNA y se establecen sanciones para los infractores.

Por tanto, se buscará evitar vulnerar preceptos tan importantes como los señalados en el artículo 6 de la Ley 7 de 1979, en donde se establece que todo NNA tienen derecho a: (...) la educación, la asistencia y bienestar sociales. Corresponde al Estado asegurar el suministro

de la escuela, la nutrición escolar, la protección infantil, y en particular para los menores impedidos a quienes se deben cuidados especiales” (Ley 7, 1979, art. 6).

En este orden de ideas, el Consejo de Estado, en la Sala de lo Contencioso Administrativo, en la Sentencia de Rdo. 16941 del 11 de agosto del 2010, con el Consejero ponente: el Dr. Enrique Gil Botero, recuerda las seis (6) características preponderantes en el Contrato de Aporte:

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;

En estas tres características se destaca e itera como ese Contrato aporte es atípico, y se enmarca desde la ley 80 de 1993, art. 41. Y siguen otras tres características para llegar a las seis planteadas:

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.

Retomando la esencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Melendez (2015) recuerda que este presta sus servicios en el país, por medio de

(...) instituciones adscritas, vinculadas y propias del Sistema Nacional de Bienestar Familiar- SNBF. El ICBF es prestador del SPBF y es el ente rector, coordinador y articulador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar – SNBF. En este sentido se realizan acciones de coordinación, articulación y gestión, se ejecutan programas y se celebran convenios, contratos de aporte, entre otros, a través de los cuales provee recursos para la prestación del Servicio Público de Bienestar Familiar - SPBF. (Melendez, 2015, p. 453).

Martínez y Munive (2018) describen que la concordancia al objeto social que posee el ICBF, estará provisto de facultades para:

suscribir contratos especiales con particulares –fundamentalmente con asociaciones o fundaciones sin ánimo de lucro o con personas de elevada solvencia moral–, denominados contrato de aportes, con la finalidad de que esos sujetos privados, de manera armónica con el Estado, colaboren en la prestación del servicio de bienestar familiar, la protección de la familia como núcleo esencial de la sociedad, y de los

niños y niñas que se constituyen en el eje central y primordial de la sociedad, cuyos derechos prevalecen sobre los de los demás, como se ha reconocido en la Carta Política de Colombia. (p.13).

Asimismo, por medio de aquel Contrato de Aporte, recuerdan Martínez y Munive (2018), que por medio de este el ICBF, puede:

(...) 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. (p.15).

Por su parte el Consejo de Estado, en la Sección Tercera, subsección B, en la sentencia del 30 de junio de 2016, con radicado 2082765, expresó sobre el Contrato de Aporte y su relación con el ICBF, que

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. (Consejo de Estado, Sentencia 2082765, 2016).

En este orden de ideas, la Corte Constitucional en la Sentencia T-806 del 8 de octubre del 2010, con expediente T-2687666, y de Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, recuerda que el Contrato de Aporte es especial y que le permite al ICBF adquirir

(...) edificios, muebles, dineros, etc., a entidades sin ánimo de lucro, para que éstas brinden atención a los usuarios de los programas del ICBF, en ejercicio de una función social que no genera ningún tipo de dividendo o lucro a dichas entidades, las cuales, lo que hacen es colaborar de manera desinteresada con el Estado, para que éste pueda cumplir con sus fines. (Corte Constitucional, Sentencia T-806, 2010).

De no ser por este mecanismo, no podría el ICBF, por ejemplo, ampliar sus activos con bienes inmuebles para destinar a los hogares de competencia, para el cuidado de los niños-ñas.

Y sobre si hubiere alguna relación contractual con el ICBF, por parte de quienes firman ese Contrato de Aporte, añade la Sentencia en mención:

Según los artículos 127 del Decreto 2388 de 1979 y 8 del Decreto 777 de 1992, constituye condición sine qua non para la celebración de los contratos de aporte, que en su clausulado se estipule que el ICBF no contrae ningún tipo de obligación laboral con los empleados o trabajadores que la entidad contratista emplee para la ejecución del Contrato de Aporte. (Corte Constitucional, Sentencia T-806, 2010).

Tampoco será válido “(...) que el ICBF sea llamado a responder solidariamente por las acciones u omisiones en las que puedan incurrir las entidades que suscriben con él, el Contrato de Aporte”. (Corte Constitucional, Sentencia T-806, 2010), es decir no aplica intentar atribuir responsabilidad alguna emanada de un Contrato de Aporte el cual desde su esencia normativa blinda al ICBF, de cualesquiera demandas oportunistas.

En otra Providencia la Corte Constitucional, en la Sentencia T-667 del 3 de noviembre del 2017, con expediente T- 6.251.830, y de Magistrado Sustanciador: Dr. Alberto Rojas Ríos, recuerda el fundamento del Contrato de Aporte que fue erigido por “Ley 7 de 1979 como una modalidad de contratación especial, en consonancia con los fines y objetivos del ICBF relacionados con la protección de los derechos de los menores de edad” (Corte Constitucional, Sentencia T-667, 2017). Iterando que siembre en aras de salvaguardar los derechos de los infantes.

Además, recuerda la Corte en la Sentencia aludida que:

(...) el negocio jurídico que se celebra entre el ICBF y una institución de utilidad pública o social, por medio del cual aquel se obliga a proveer a ésta los bienes o servicios 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 ICBF. (Corte Constitucional, Sentencia T-667, 2017).

### **3.3.Conclusión al capítulo II**

El Contrato de Aporte le permite como excepción a otros procesos de contratación estatal al ICBF, realizar adquisiciones, contratar insumos, servicios de terceros y diversas opciones más en aras del bienestar de los niños y niñas.

Además, por su configuración, el Contrato de Aporte blindo al ICBF, de cualesquiera relaciones y vínculos laborales que le pudieren padecer demandas y afine por parte de terceros que intentaren saltarse las normas de base.

#### **4. Capítulo III. Cumplimiento de los principios de transparencia, economía y responsabilidad en la contratación estatal en el Contrato de Aporte atípico para la atención de los NNA desde el ICBF en la Ley 80 de 1993**

La contratación estatal es una materia importante dentro del ámbito jurídico colombiano, no sólo por estar en ella comprometidos intereses de vital importancia para la comunidad, sino por lo cuestionado que ha sido el manejo que le han dado a los recursos públicos las personas que han estado a cargo de ellos, y estas deben recordar su responsabilidad constitucional y jurídica. (Pachón, 2014).

En su momento con la Ley 80 de 1993, se pasa de una regulación casuística y minuciosa, a un Estatuto de principios generales, aplicables a cualquier tipo de contrato estatal, avanzando en la *transparencia* de los procesos, desde la elaboración de los pliegos de condiciones o términos de referencia, hasta la culminación con éxito de la labor contratada.

En concordancia con lo anterior cabe recordar que la administración pública goza de algunas prerrogativas en materia de contratación estatal, las cuales se continúan considerando por algunos sectores, que aún son excesivas. Disposiciones de esta Ley 80 de 1993, que son para vigilar la correcta ejecución del contrato de manera pronta y oportuna, de conformidad con el principio de responsabilidad.

De manera que se previene a la entidad contratante para que no abuse de su poder y que, de comprobarse negligencia en el manejo de estos, no será el contratista el que responderá frente a los poderes, sino que será la administración pública la responsable, si hubiere negligencia ante este. En el desarrollo de todos los contratos no se puede auspiciar esta circunstancia de desequilibrio por no ser prerrogativa de la administración.

En esta parte, no cabe una exclusión de *responsabilidad* en la actividad contractual del Estado por el solo hecho de que se incluyan cláusulas de no responsabilidad, pues esto atentaría directamente contra la equidad, los principios generales del derecho y el principio de la buena fe elevado a canon constitucional. (Pachón, 2014).

Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de *transparencia, economía y responsabilidad* y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán las mismas normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines. En el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, establece que

Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán a las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo. (Ley 80, 1993, art. 23).

Aunado a que no todos los contratos estatales tienen las mismas características, ni se rigen por los mismos principios absolutos, según las especificidades de éstos, se deberán manejar de acuerdo a las reglas del derecho público o de acuerdo a las del derecho privado. La circunstancia de que los contratos sean sometidos a procesos licitatorios, empezó a generar además de *transparencia*, el incluir cláusulas garantes para el cumplimiento del objeto contractual.

En efecto, si el contrato se celebra, con etapa previa licitatoria, las condiciones estarán mucho más restringidas para la entidad pública y el clausulado estará ceñido a los postulados del derecho público. Si, por el contrario, el contrato es de aquellos en los que la escogencia del contratista debe hacerse en forma directa, se verá más claro el despliegue de la capacidad propia de las relaciones entre los particulares.

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia (1991), establece que, será el Estado el responsable de:

(...) los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste. (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 90).

Así las cosas, valga recordar desde la Carta Política como en el artículo 44, se describen los derechos fundamentales de los niños, a saber:

(...) la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 44).

Además, la familia, la sociedad y el Estado deberán proteger en desarrollo integral del niño, y “(...) Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 44). Y es aquí donde el Contrato de Aporte se direccionará en garantizar los derechos de los niños, para lo cual, en ICBF, estará alerta en su cumplimiento.

Otra característica que le otorga la Ley 7 de 1979, en el artículo 21 núm. 9 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, es que entre sus funciones le permite realizar contratos

ya sea 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”

Desde los parámetros de Ley, por medio del Contrato de Aporte, se genera una corresponsabilidad entre el ICBF y la entidad a la que se adjudique, siempre en aras de satisfacer, la debida atención de los infantes acorde con las necesidades planeadas,

con una completa autonomía para manejar todo lo relacionado con los asuntos de su personal, como lo son despidos, valor de los salarios, prestaciones (retroactividad en cesantías), indemnizaciones, intereses laborales y aportes al Sistema General de seguridad Social (Salud, Pensión y Riesgos Profesionales). (Bienestar Familiar, Concepto 37, 2015, p. 7).

Ahora bien, Con relación a los principios de la contratación estatal, como ya se ha denotado párrafos atrás están coligados, y no pueden segmentarse para evitar errores procesales, y de ejecución, entre otros. Esas interrelaciones entre el Estado y los particulares contratos, según Rico (2015), citando a Dávila (2001), “(...) debe ser vista como una pluralidad de obligaciones y derechos gobernados por una serie de máximas que en ultimas apuntan a una misma finalidad: La satisfacción de un interés común” (p.44).

Para Castro (2016) es importante destacar tres características clave principio de *transparencia*: la selección se realiza por medio de concurso público y afines; que las actuaciones sean siempre públicas acudiendo al principio de publicidad que mantiene informados a todos los actores; en temas de redacción deben quedar claras las condiciones de forma lícita y objetiva.

Por su parte en lo que respecta al principio de *economía*, el Consejo de Estado en una Sentencia del 11 de junio del 2014, con Radicado: 26368, con el Consejero Ponente: Dr. Hernán Andrade Rincón, sobre la posible afectación a este principio dijo que

la imposición de nuevos tributos, que afectan por vía de reflejo la economía del contrato, pueden, eventualmente, fracturar la ecuación contractual por el acaecimiento del denominado “hecho del príncipe” y en otras oportunidades, en (Consejo de Estado, Sentencia 26368, 2014).

Queda claro, que actualmente existe un mayor riesgo para los operadores contractuales. Por ejemplo, el representante legal de una entidad, será el llamado a responder por ilegalidades que se presentaren en la contratación sin que sus delegaciones de los procesos contractuales lo eximan de responsabilidad.

#### 4.1 La tercerización en el ICBF

Se sabe que la tercerización consiste en subcontratar productos o servicios con otra empresa o entidad, cuando muchas veces la entidad inicial no puede cumplir con esta acción o al subcontratar ahorra tiempos y costos. (Morales y Basualdo, 2019).

Cuando se subcontrata de manera particular, hay autonomía indiscutible, pero tratándose de una entidad del Estado, es menester acudir a respetar la normatividad y los principios básicos de la contratación estatal, para este caso de análisis los principios mínimos de: transparencia, economía y responsabilidad, no obstante, el ICBF, lo puede hacer por las bondades que le permite la figura del Contrato Aporte.

Pues el ICBF, con la mampara del Contrato de Aporte, acude a la tercerización, y posee un cerrado listado de carácter interno, en donde selecciona a criterio de sus directivos u otros altos mandos, los contratistas.

En efecto el ICBF, posee tres servicios misionales a saber: el de *Promoción y Prevención* (que cubre la primera infancia; la niñez y adolescencia; lo relacionado con la familia y el tema de nutrición); *protección*: que integra; la responsabilidad penal adolescente que contraviene, el restablecimiento de los derechos fundamentales de los NNA, y el complejo tema de adopciones, cuando se trata de ubicar en una familia competente y garante de todos los derechos a los NNA, Y la relación con el ciudadano que abarca todo el tema de

información a la comunidad, interrelación con la sociedad física y virtual, el tema de las peticiones, quejas y reclamos PQR, entre otras.

En este sentido el ICBF, en varias ocasiones ha incumplido con la prestación adecuada y cabal de sus servicios misionales, en su proceso de tercerización, por ejemplo, cuando subcontrata el tema de la alimentación para los NNA, con el programa de alimentación escolar PAE, cuando se realiza con sobrecostos o esta no es prestada de forma sanitaria, ni cumpliendo los protocolos de seguridad, y se han entregado alimentos en mal estado, lo que vulnera derechos fundamentales de esos NNA. (Semana, 2019).

Y una vez estas irregularidades ocurren viene las demandas contra la responsabilidad del Estado, en este caso del ICBF, que deben ser garantes de la eficacia en la ejecución de estos contratos. Es más, en diversas ocasiones los contratistas son organizaciones sin ánimo de lucro, que no cumplen con las licencias de funcionamiento que el mismo ICBF, otorga según la Ley 1098 del 2006, en el artículo 16.

En este sentido hay un *deber de vigilancia del Estado*. Plasmado en ese Código de la Infancia y la Adolescencia, en donde:

Todas las personas naturales o jurídicas, con personería jurídica expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o sin ella, que aún, con autorización de los

padres o representantes legales, alberguen o cuiden a los niños, las niñas o los adolescentes son sujetos de la vigilancia del Estado. (Ley 1098, 2006, art. 16, inciso 1).

Acá hay una obligación legal del ICBF, para haber control y veeduría a quienes subcontrata, de forma que cumplan con la normatividad. Y además ese ICBF deberá:” (...) reconocer, otorgar, suspender y cancelar personerías jurídicas y licencias de funcionamiento a las Instituciones del Sistema que prestan servicios de protección a los menores de edad o la familia y a las que desarrollen el programa de adopción” (Ley 1098, 2006, art. 16, inciso 2). Labor que cuando no se cumple, pone en riesgo los derechos fundamentales de los NNA.

Además, se ha criticado bastante al ICBF sobre el manejo que da al Banco de Oferentes, y si bien recientemente el 20 de agosto del 2020, el ICBF, anunció un proceso de convocatoria para conformar una “(...) base nacional de entidades sin ánimo de lucro con personería jurídica vigente otorgada o reconocida por el ICBF, para la prestación del Servicio Público de Bienestar Familiar en la Estrategia de Atención y Prevención de la Desnutrición (...)” (ICBF, 2020), no está en los portales públicos de Colombia Compra eficiente SECOP I y II.

Y solo se conformará este Banco de Oferentes para las diversas modalidades y servicios de la nutrición de los NNA. Y aunque es un inicio, para los demás servicios misionales del ICBF, no existe este repositorio de oferentes visible, sino que se decide al interior del ICBF. Sería una aproximación este banco de oferentes a ir depurando hasta llegar al SECOP I y II Porque no se cumplen los principios de transparencia, economía y responsabilidad

## 4.2 Conclusión capítulo III

Se destaca que le corresponde al ICBF, velar por que, en la celebración de un Contrato de Aporte, haya desde el inicio el cumplimiento del principio de transparencia, en el cual, se promueva la debida publicidad, claridad, con igualdad de oportunidades para todos los oferentes. No obstante, quedan dudas por tener esa vía libre del manejo interno con sus oferentes.

También se colige que el Contrato de Aporte, que se sale de la reglamentación contractual, al permitirse que el ICBF, realice de manera interna y bajo auto parámetros a veces cuestionables, y en otras ocasiones han generado investigaciones<sup>2</sup> y sanciones como es el caso de sus propios procedimientos para asignar a terceros responsabilidades como la del programa PAE.<sup>3</sup>

Sobre el principio de economía, deberán evitar desgastes y despilfarros de dineros, para además de lograr una ejecución cabal del proyecto, de la obra o afines, se cuiden los recursos públicos, que son sagrados. Y también al quedar la asignación de contratos casi a discrecionalidad interna del ICBF.

---

<sup>2</sup> Por ejemplo, la Contraloría General de la República al 30 de noviembre del año 2020, ha realizado y continúa en auscultación “(...) más de 180 investigaciones por dichas irregularidades en el programa, las cuales suman aproximadamente 75.000 millones de pesos, y en las que están involucrados los departamentos de Santander, Bolívar, La Guajira Y Sucre, donde se encuentran los casos más cuestionados”. (Minuto30, 2020).

<sup>3</sup> Sigla del Programa de Alimentación Escolar

En cuanto al principio de responsabilidad, siempre estará latente y presente en todas actuaciones desde las entidades del Estado, sus representantes y los particulares contratados, en donde todos son corresponsables. En este caso si se demuestran irregularidades por parte del ICBF, se analizaría el caso y pudiere sancionarse al Estado o al servidor público directamente<sup>4</sup>.

Durante muchos años se le ha criticado al ICBF, el manejo de los Contratos de Aporte, debido a que el asunto se ha politizado, y cada director(ra), llega haciendo el símil del lenguaje taurino, con su ‘propia cuadrilla’, situación que hace poner en duda la aplicación interna de los tres principios objeto de estudio: transparencia, economía y responsabilidad, entre otros principios que son inherentes a la actividad y normatividad de la contratación estatal exceptuados en el Contrato de Aporte.

Por su parte, aparece una aproximación, del ICBF, como en el semestre II del 2020, convocó a conformar un banco de oferentes, para el tema nutricional a los NNA, y sería una forma inicial de ir depurando y encaminándose a más transparencia, hasta llegar a lo ideal que sería que hubiera un Banco de Oferentes inscritos, visibles y públicos en los portales SECOP I y II, de Colombia Compra Eficiente.

---

<sup>4</sup> En este sentido, se puede llegar a la situación de responsabilidad subjetiva, y para Bustos y Garzón (2018, p.53): (...) se basa en la conducta, dado que la culpa es la conducta concluyente para la imputabilidad de la responsabilidad. La aplicación de esta teoría en lugar de la responsabilidad objetiva llevaría a que cada caso examinado para establecer si el ICBF tomó todas las medidas a su alcance para evitar el daño a los terceros que finalmente resultaron perjudicados en desarrollo de un contrato de aporte (...).

## Conclusiones

Se llega a este apartado, que más que de cierre, se cotejan unas conclusiones para que sigan abiertas las reflexiones sobre el Contrato de Aporte, el cual en efecto es atípico, desde la Ley 80 de 1993, y le permite al ICBF, ejecutar en beneficio de los niños, niñas y adolescentes, y en una incesante búsqueda de cumplir con los principios seleccionados para el análisis, transparencia, economía y responsabilidad.

Con relación al objetivo específico uno, que se identificaron y definieron desde la doctrina y normatividad los principios de transparencia, economía y responsabilidad en la contratación estatal desde la Ley 80 de 1993.

Queda claro que en las diferentes actuaciones de los funcionarios públicos o de los mismos particulares que tengan de forma transitoria asignadas funciones públicas, deberán respetar los principios de la contratación estatal.

Además, se traen a colación los principios integradores del régimen de los contratos estatales, a luz de lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-892, del 22 de agosto 2001, con expediente D-3404, de Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, que resumidos son: principio de la autonomía de voluntad; la prevalencia del interés público; la reciprocidad de prestaciones y el principio de la buena fe, en todas las actuaciones contractuales.

Se colige que los principios de la contratación estatal son indispensables en los procesos de contratación que lleva el Estado, ya que por medio de ellos se garantizan los derechos de los ciudadanos

Respecto al objetivo específico dos, sobre “Describir el Contrato de Aporte para la atención de los NNA en el ICBF como modalidad de contratación atípica contenidas en la Ley 80 de 1993”. Aparece en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, núm. 2, que este principio genera las suficientes garantías públicas, y abiertas, de forma que todos los actores en los procesos de contratación poseen no solo desde la partida, sino a lo largo de las licitaciones y procesos afines, las mismas posibilidades de informarse, de controvertir (si fuere del caso), las decisiones de la entidad convocante.

El Contrato de Aporte le permite al ICBF, como excepción a otros procesos de contratación estatal, realizar adquisiciones, contratar insumos, servicios de terceros y diversas opciones más en aras del bienestar de los niños y niñas.

Además, por su configuración, el Contrato de Aporte blindo al ICBF, de cualesquiera relaciones y vínculos laborales que le pudieren padecer demandas y afine por parte de terceros que intentaren saltarse las normas de base. No obstante, en los procesos de tercerización, estos últimos asumen las responsabilidades por cualesquiera daños o irregularidades cuando no cumplan con el objeto contractual.

Se llega al objetivo específico tres, como fue el “analizar los principios de transparencia, economía y responsabilidad en la contratación estatal en el Contrato de Aporte atípico para la atención de los NNA en el ICBF en la Ley 80 de 1993”

Se destaca que le corresponde al ICBF, velar por que, en la celebración de un Contrato de Aporte, haya desde el inicio el cumplimiento del principio de transparencia, en el cual, se promueva la debida publicidad, claridad, con igualdad de oportunidades para todos los oferentes.

Sobre el principio de economía, deberán evitar desgastes y despilfarros de dineros, para además de lograr una ejecución cabal del proyecto, de la obra o afines, se cuiden los recursos públicos, que son sagrados.

Acerca del principio de responsabilidad, siempre estará latente y presente en todas actuaciones desde las entidades del Estado, sus representantes y los particulares contratados, en donde todos son corresponsables.

También emanó que, desde el ICBF, se intenta empezar a cambiar la imagen de que son rueda suelta y está conformando en el semestre II del 2020, un Banco de Oferentes, para el tema nutricional a los NNA, asunto que coadyuvaría a más transparencia, hasta llegar a lo ideal que sería que hubiera un Banco de Oferentes inscritos, visibles y públicos en el portal transaccional Secop II, de Colombia Compra Eficiente.

## Referencias

- Amar, J. (2015). Desarrollo infantil y prácticas de cuidado. Editorial Universidad del Norte.
- Bejarano, J. (2009). Fundamentos de contratación pública para proyectos sociales en alimentación y nutrición. Universidad Nacional de Colombia. <<http://www.bdigital.unal.edu.co/636/#sthash.qIo11Kot.dpuf>>
- Bisquerra, R (2009). *Metodología de la investigación educativa*. La Muralla.
- Bustos, D.F., y Garzón, L.D. (2018). Responsabilidad del estado por los daños ocasionados en la prestación del servicio público de bienestar familiar. Trabajo de Maestría. Universidad la Gran Colombia. <<https://repository.ugc.edu.co/handle/11396/4563>>
- Campos, L. M., Castro, S., Noreña, D. S., y Pérez, A. (2019). *Pliegos tipo como instrumento para la transparencia en la contratación estatal en Colombia*. Universidad Libre
- Castro, E.P. (2016). Importancia de los principios de la contratación estatal. Bogotá D.C.: Universidad Militar Nueva Granada  
<<http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/14822/1/castroJimenezErikaPatricia2016.pdf>>

Compra Eficiente. (2019). Circular Externa Única. <  
[https://colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_circulares/cce\\_circular\\_unica.pdf](https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/cce_circular_unica.pdf)>

Congreso de Colombia (24 de enero de 1979). Ley 7. Diario Oficial. Nro. 35191. Se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y otros. < <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1786468>>

Congreso de Colombia (29 de diciembre de 1992). Ley 31. Diario Oficial. Nro. 40707. Normas a las que deberá sujetarse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones y otros. Recuperado de < <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1588041>>

Congreso de Colombia (8 de diciembre de 1992). Ley 30. Diario Oficial. Nro. 40700. Organiza el servicio público de la Educación Superior. Recuperado de < <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1586969>>

Congreso de Colombia (28 de octubre de 1993). Ley 80. Diario Oficial. Nro. 41094. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Recuperado de < <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1790106>>

Congreso de Colombia (23 de diciembre de 1993). Ley 100. Diario Oficial. Nro. 41148.

Sistema de seguridad social integral y otros. < <http://suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1635955>>

Congreso de Colombia (11 de julio de 1994). Ley 142. Diario Oficial. Nro. 41433. Régimen

de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. < <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/30019356>>

Congreso de Colombia (11 de julio de 1994). Ley 143. Diario Oficial. Nro. 41434. Régimen

para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional y otros. < <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1650315>>

Congreso de Colombia (20 de enero de 1995). Ley 182. Diario Oficial. Nro. 41681. Se

conforma la Comisión Nacional de Televisión y otros. Recuperado de < <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1793938>>

Congreso de Colombia (21 de diciembre de 2001). Ley 715. Diario Oficial. Nro. 44654.

Normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001), y otros. < <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1666964>>

Congreso de Colombia (27 de diciembre del 2006). Ley 1118. Diario Oficial. Nro. 46494.

Modifica la naturaleza jurídica de Ecopetrol S. A. y otros. Recuperado de <  
<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1674342>>

Congreso de Colombia (16 de julio de 2007). Ley 1150. Diario Oficial. Nro. 46691. Medidas

para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras  
disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. <  
<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1674903>>

Congreso de Colombia (12 de julio de 2011). Ley 1474. Diario Oficial. Nro. 48018. Normas

orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de  
actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. <  
<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1681594>>

Congreso de Colombia (26 de mayo de 2015). Ley 1084. Diario Oficial. Nro. 49523 Decreto

Único Reglamentario del Sector de Inclusión Social y Reconciliación. <  
<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30019893>>

Consejo de Estado de Colombia. (11 de agosto del 2010). Sentencia 16941. Expediente

21884- 01. Consejero ponente: el Dr. Enrique Gil Botero. Recuperado de <  
[http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol\\_91903ee3f0d77044e0430a0101517044](http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_91903ee3f0d77044e0430a0101517044)>

Consejo de Estado (9 de mayo del 2011). Sentencia 36912. Sala de lo contencioso administrativo. Consejero Ponente, Dr. Enrique Gil Botero. Recuperado de <  
[http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-31-000-2001-01546-02\(36912\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-31-000-2001-01546-02(36912).pdf)>

Consejo de Estado. (31 de enero del 2011). Sentencia 17767. Consejera Ponente: Olga Melida Valle De La Hoz. Recuperado de <  
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=46603>>

Constitución Política de Colombia. (1991). *Código Básico Edición 42 (2019-II)*. Bogotá: LEGIS Editores

Corte Constitucional de Colombia. (19 de junio del 2019). Sentencia SU 273. Expedientes T-5.457.363, T-5.513.941 y T-5.516.632, AC.; de Magistrado Ponente: Dr. Carlos Bernal Pulido. Recuperado de <  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU273-19.htm>>

Corte Constitucional. (26 de abril del 2000). Sentencia C-040. Expediente D-2457. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz. Recuperado de <  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-040-00.htm>>

Corte Constitucional. (3 de julio 2002). Sentencia C-502. Expediente D-3871. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra. Recuperado de <  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-502-12.htm>>

Cuello, F. (2009). Contratos de la administración pública. Ecoe Ediciones

Dávila, L.G. (2001). Régimen jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993. (1ª Ed): Legis

Frías, M. (2008). *Procesos creativos para la construcción de textos: interpretación y composición*. 3 ra ed. Cooperativa. Bogotá: Editorial Magisterio.

González, J. L., y Durán, I. M. (2012). Evaluar para mejorar: el caso del programa Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF. *Revista Desarrollo y Sociedad*. Nro. 69. 187-234.

González, M (2002). Aspectos éticos de la investigación cualitativa. *Revista Iberoamericana de educación*. Nro. 29. 85-103.

Hernández Sampieri, R., y Mendoza C.P. (2018). *Metodología de la investigación: las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. México: Mc-Graw Hill Interamericana editores. S.A.

Herreño, A.L. (1999). *No hay derecho: las Madres Comunitarias y Jardineras frente al derecho laboral*. Bogotá. ILSA.

Loreto, F.A., y Pinilla, S. (2017). Enfoques metodológicos en la investigación educativa: Método empírico, cualitativo y fenomenológico. (1). Nro.1. Revista Guayana Virtual.25-35. Recuperado de <<http://www.guayanavirtual.web.ve/journaldata/journals/1/articles/7/public/7-103-2-PB.pdf>>

Manual de Contratación ICBF (2015). Dirección de Contratación Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Cecilia de la Fuente de Lleras. Recuperado de <[https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/mo1.abs\\_manual\\_de\\_contratacion\\_2017\\_v2\\_0.pdf](https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/mo1.abs_manual_de_contratacion_2017_v2_0.pdf)>

Martínez, A.A., y Munive, M.F. (2018). Relación laboral derivada del contrato de aporte: régimen especial o solidaridad patronal. Trabajo de grado. Universidad Cooperativa de Colombia. Centro de Investigaciones programa de Derecho. Recuperado de <[http://repository.ucc.edu.co:8082/bitstream/20.500.12494/6102/1/2018\\_relacion\\_laboral\\_contrato.pdf](http://repository.ucc.edu.co:8082/bitstream/20.500.12494/6102/1/2018_relacion_laboral_contrato.pdf)>

Matallana, E. (2015). Manual de contratación de la administración pública: reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá. Editorial Universidad Externado de Colombia.

Melendez, I. (2015). La responsabilidad contractual y el derecho civil patrimonial en la gestión de los contratos estatales. Tesis Doctoral. Universidad nacional de educación a distancia-UNED.

Morales, D., y Basualdo, V. (2019). La tercerización laboral. Siglo XXI Editores

Moreno, J. (2013) Contrato de aportes contemplado en el art. 21 de la ley 7 de 1979. Trabajo de postgrado. Universidad La Gran Colombia.

Niño, A. (2011). *Contratación estatal. Delimitación: Cláusulas Excepcionales en Contratos Estatales*. Trabajo de grado de especialización. Bogotá. Universidad de la Sabana.  
Recuperado de <  
[https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/1402/Arturo%20Ni%C3%B1o%20Zambrano\\_147222.pdf?sequence=1](https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/1402/Arturo%20Ni%C3%B1o%20Zambrano_147222.pdf?sequence=1)>

Pachón, L. C. (2014). Contratación Pública. Análisis normativo, descripción de procedimientos, estatuto general, normas complementarias, Decretos 1510 de 2013 y 791 de 2014, directrices de Colombia Compra Eficiente (6a. ed.). Bogotá. ECOE Ediciones

Presidencia de la República de Colombia. (10 de enero de 2012). Decreto 019. Diario Oficial. Nro. 48308. Suprime o reforma regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios

existentes en la Administración Pública), entre otras. Recuperado de < <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1004430>>

Presidencia de la República de Colombia. (26 de febrero de 1991). Decreto 591. Diario Oficial. Nro. 39702. Regula las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas. Recuperado de < <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1125662>>

Presidencia de la República de Colombia. (26 de mayo de 2015). Decreto 1082. Diario Oficial. Nro. 49523. Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional. Recuperado de < <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30019920>>

Presidencia de la República de Colombia. (26 de mayo de 2015). Decreto 1084. Diario Oficial. Nro. 49523. Decreto Único Reglamentario del Sector de Inclusión Social y Reconciliación. Recuperado de < <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30019893>>

Presidencia de la República de Colombia. (29 de septiembre de 1979). Decreto 2388. Diario Oficial. Nro. 35376. Reglamentan las leyes 75 de 1968, 27 de 1974 y 7ª de 1979. Recuperado de < <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1445231>>

Presidencia de la República de Colombia. (3 de noviembre del 2011). Decreto 4170. Diario Oficial. Nro. 48242. Se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, se determinan sus objetivos y estructura. Recuperado de <<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1543094>>

Reatiga, M.E. (2013). *Ser Adolescente hoy en Colombia*. Barranquilla. Editorial Universidad de Norte.

Rico, M. (2017). El principio de transparencia como lucha contra la Corrupción en la contratación estatal colombiana. *Artículo académico*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia. 57 p. Recuperado de <<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14358/4/EL%20PRINCIPIO%20DE%20TRANSPARENCIA.pdf>>

Rosero, B.C. (2016). *Contratación Estatal: Manual Teórico-Práctico 3a. Ed.* Ediciones de la U.

Semana, (29 de octubre del 2019). Solo un patacón para almorzar, una de las tantas denuncias que recibió la Contraloría sobre el PAE. Educación. <<https://www.semana.com/educacion/articulo/denuncias-sobre-el-programa-de-alimentacion-escolar-pae-en-10-departamentos-del-pais/638301/>>

Taylor, C. (2002). *Gadamer en las ciencias humanas, en R. J. Dostal (ed.)*. El compañero de Gadamer en Cambridge. Cambridge, UK: Cambridge University Press. 42-126.

Valencia, J.F., y Marín, M.S. (2018). Investigación teórica, dogmática, hermenéutica, doctrinal y empírica de las ciencias jurídicas. *Revista Ratio Juris*. (13). Nro.27.17-26.

Vásquez, R.D. (2008). *Teoría del Derecho*. México: Editorial: Oxford University Press

Viana, C.I. (2017). *Las cláusulas exorbitantes en los contratos de aporte: un régimen atípico en la contratación estatal colombiana*. Trabajo de especialización. Bogotá. Universidad la Gran Colombia. Recuperado de <<https://repository.ugc.edu.co/handle/11396/4836>>