**CONTRATO DE APORTE ICBF – Régimen jurídico**

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, lo que significa que para su celebración no se impone el agotamiento del procedimiento licitatorio regulado en la Ley 80 de 1993 y puede adelantarse mediante contratación directa

**ACTO DE ADJUDICACIÓN – Contrato – Nulidad – Carga de la prueba**

Como en reiteradas ocasiones lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Sección, cuando se demanda el acto de adjudicación de un contrato estatal y se pretende la indemnización de perjuicios proveniente de no haber resultado favorecido ese proponente a pesar de haber presentado la mejor oferta, recae sobre el demandante una doble carga probatoria: De un lado, debe acreditar la ilegalidad del acto administrativo demandado, puesto que su declaratoria es presupuesto obligado para la prosperidad de las pretensiones indemnizatorias; y de otro lado, debe probar que su oferta cumplió con todos los requerimientos efectuados por la administración y que fue la mejor y a pesar de ello, fue ilegal e injustamente privado del derecho a la adjudicación del contrato

**CONTRATO DE APORTE ICBF – Procedimiento de selección – Marco normativo**

En relación con el procedimiento de selección que debía adelantarse para la escogencia de las personas y/o entidades con las que pretendiera contratar la entidad, se tiene que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es un establecimiento público nacional , que por lo tanto, se rige en materia de contratación por la Ley 80 de 1993, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 2º, régimen al que se halla sujeta la entidad de tiempo atrás, tal y como consta en la Ley 7ª de 1979, por medio de la cual se reorganizó el ICBF, cuyo artículo 38, estableció que todos los contratos que celebrara el instituto, se sujetaban a las ritualidades, requisitos, formalidades y solemnidades que establecía el Decreto 150 de 1976 –antiguo estatuto de contratación estatal- y demás normas concordantes. (…) Es claro entonces, que los contratos de aporte que celebra el ICBF, son una categoría especial, sujeta a un régimen legal diferente al de los demás negocios jurídicos que puede llevar a cabo esta entidad para su funcionamiento, es decir, aquellos relativos a bienes, obras o servicios distintos a los programas misionales del ICBF, para cuya adquisición deberá darse aplicación al Estatuto General de Contratación Pública, contenido en la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, así como las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, en aquellas materias no reguladas por la misma. Por lo tanto, resulta necesario distinguir siempre la clase de objeto a contratar, para definir la regulación que le es aplicable.

**CONTRATO DE APORTE ICBF – Servicio público de bienestar familiar – Modalidad de selección**

En consecuencia, tal y como lo establece el artículo 128 del Decreto 2388 de 1979, 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, lo que significa que para su celebración no se impone el agotamiento del procedimiento licitatorio regulado en la Ley 80 de 1993 y puede adelantarse mediante contratación directa.

**EXPERIENCIA – Oferente – Capacidad de contratación del oferente**

El demandante adujo haber presentado una oferta que debió resultar favorecida con la decisión de la administración, pero tampoco obran las presentadas por los otros proponentes que participaron en las convocatorias 10, 11 y 22, ni los cuadros completos de evaluación de las mismas, en donde se pudiera constatar que las presentadas por ACPHES cumplían todos los requisitos y eran las mejores, por encima de las demás y que por lo tanto, debió resultar favorecida con las adjudicaciones.(…) todo lo cual, a juicio de esta Sala, resulta insuficiente para determinar la veracidad de las afirmaciones del demandante.(…) al parecer esta evaluación implicaba verificar los requisitos establecidos en los mismos términos de referencia y sus adendos, los cuales, se reitera, no obran en el plenario y por lo tanto se desconoce cuáles eran esos requisitos allí mencionados y resulta imposible establecer si fueron cumplidos cabalmente por la demandante, que además, se reitera, no aportó ni siquiera su propuesta completa.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá. D.C, once (11) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 25000-23-15-000-2003-01688-01(35384)**

**Actor: ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE PADRES CON HIJOS ESPECIALES-ACPHES**

**Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**

**Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 5 de marzo de 2008, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda, la cual será confirmada.

**SÍNTESIS DEL CASO**

La Asociación Colombiana de Padres con Hijos Especiales ACPHES, presentó propuesta en tres convocatorias abiertas por el ICBF en 2003 para la celebración de contratos de aporte destinados a la atención integral en externado, internado y semi-internado, para la protección de niños, niñas y jóvenes con discapacidad mental, física, sensorial o múltiple, entre 5 y 18 años de edad. Las ofertas presentadas por la demandante no fueron favorecidas con la adjudicación.

# ANTECEDENTES

**I. Lo que se demanda**

1. El 11 de agosto de 2003, a través de apoderado debidamente constituido y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A, la Asociación Colombiana de Padres con Hijos Especiales ACPHES presentó demanda –y su posterior corrección- en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, en cuyas pretensiones solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (f. 1 a 7 y 37, c. 1):

1. Que es nulo el acto administrativo de selección y adjudicación expedido por el Comité de Contratación Regional del ICBF, contenido en el acta # 22 del 26 de junio de 2003, en cuanto excluyó a la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE PADRES CON HIJOS ESPECIALES ACPHES como beneficiaria de las convocatorias #s. 10, 11 y 22 para la “Contratación Instituciones julio 2003-mayo 2004”.
2. Que como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento pleno del derecho, se condene a la entidad demandada a cancelar en favor de la entidad demandante la totalidad de los perjuicios (daño emergente y lucro cesante), así:

2.1. 238.685.703 por concepto de superávit no ingresado.

2.2. El ajuste de la suma anterior de acuerdo con esta fórmula adoptada de tiempo atrás por la sección tercera del Consejo de Estado:

R= R.H X If/Ii. Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H), por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia) por el índice inicial (vigente para el mes de mayo de 2003).

2.3. El valor histórico de la condena ganará intereses técnicos del 6% anual entre el 26 de junio de 2003 y la fecha de ejecutoria de la sentencia.

1. El equivalente a quinientos (500) salarios mínimos mensuales vigentes al momento de la ejecutoria del fallo que ponga fin al proceso, por concepto de perjuicios morales por la frustración que implica no llevar a la práctica, mediante la ejecución de los contratos, los ideales, misión y objeto social de ACPHES y por la atrofia y deterioro del buen nombre por cuanto la hoja de vida de la Asociación se ve afectada al no poder acreditar la experiencia de los contratos no adjudicados, ni en el registro de proponentes ni en los concursos, tanto públicos como privados, en los que puede participar en desarrollo de su objeto social, lo que implica una pérdida de su capacidad de contratación.
2. Pagará, además, la totalidad de los gastos, retenciones e impuestos que se generen como consecuencia de este proceso (…).

2. Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la demandante adujo que ACPHES, entidad de reconocidos méritos y trayectoria en el campo de la prevención, diagnóstico, tratamiento, habilitación, rehabilitación e integración familiar, educativa, laboral y comunitaria de personas con discapacidad física, sensorial o mental, se postuló ante el ICBF-regional Bogotá como beneficiaria de las convocatorias n.o 10, 11 y 22, para la contratación de instituciones julio 2003/mayo 2004, cumpliendo con todos los requisitos exigidos por los pliegos de condiciones y que en una evaluación previa obtuvo un puntaje de 959,9 sobre 1000, no obstante lo cual, se inadmitieron sus propuestas con el pretexto de la multa que le fue impuesta en el 2002, por un supuesto incumplimiento parcial que no impidió la continuidad del contrato y cuyo valor fue pagado, y por unos informes de la Contraloría y la Procuraduría, que el 26 de junio de 2003, no le habían formulado pliego de cargos de ninguna clase al demandante, situación que se mantiene a la fecha de la demanda.

2.1. Adujo como violados los artículos 23, 26, 28 y 30 de la Ley 80 de 1993, contentivos de los principios de la contratación estatal y las reglas de interpretación de los contratos; alegó violación del derecho a la igualdad en la evaluación de su propuesta, por el cambio unilateral, sorpresivo y arbitrario de las reglas de juego, la vulneración de los principios de moralidad, imparcialidad, buena fe, economía y transparencia, pues se invocó la discrecionalidad para formularle un veto a su oferta, con irrespeto de los términos de referencia y desconocimiento del deber de selección objetiva, pues la existencia de una multa en el pasado no era una causal de rechazo de las ofertas, como tampoco eran causales de inhabilidad las supuestas investigaciones de la Contraloría y la Procuraduría, en las cuales no hubo una vinculación formal de la demandante.

2.2. Planteó así mismo, la violación al debido proceso (art. 29, C.P.), en su modalidad de desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, establecido en el artículo 84 del CCA., la desviación de poder, pues la decisión buscó eludir la selección objetiva y la falsa motivación, pues no existió vinculación formal del proponente a una investigación de la Contraloría o de la Procuraduría ni en el acto se incluyeron las pruebas que dijeron conocer los integrantes del comité.

2.3. En escrito aparte, solicitó la suspensión provisional de la decisión demandada, alegando la manifiesta infracción de los artículos 29 de la Constitución Política y el artículo 84 del CCA, en armonía con los artículos 8 y 28 de la Ley 80 de 1993, pues para rechazar las ofertas de la demandante, el ICBF adujo una hipótesis no contemplada en los pliegos de condiciones, aduciendo que la prueba sumaria del perjuicio tiene que ver con el no ingreso del dinero que necesariamente se genera a consecuencia de la contratación y que consta en las respectivas propuestas presentadas por la demandante (f. 9, c. 1).

**II. Actuación procesal**

3. Admitida mediante auto del 3 de marzo de 2004 (f. 16 y 60, c. 1), en el cual además se negó la solicitud de suspensión provisional del acto, se ordenó su notificación personal al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, quien presentó contestación de la demanda**,** en la cualse opuso a las pretensiones (f. 22 y 63, c. 1).

3.1. Explicó que no era cierto que ACPHES hubiera sido excluida de la adjudicación de los contratos de aportes ofrecidos a través de las convocatorias 10, 11 y 22 para la vigencia julio/03-mayo/04, como única y directa beneficiaria para la ejecución de tales contratos sin razón para ello, ya que el ICBF, dentro del ámbito de su autonomía para escoger a las personas naturales o jurídicas para desarrollar los programas de atención a los menores que requieran tratamiento especializado, (discapacidad física, mental, sensorial, psiquiátrica, o múltiple en grado leve, moderado o severo), conforme a los lineamientos técnicos, administrativos y financieros del instituto, debe tener en cuenta la certeza, prontitud y responsabilidad del servicio que garantice la integridad de los menores en protección. Y que la demandante, en los dos años inmediatamente anteriores, no había demostrado estos aspectos, por cuanto en dos contratos de aportes que fueron celebrados con dicha entidad incurrió en incumplimiento de sus obligaciones, pues en uno de ellos “se demostró que los recursos económicos entregados por el ICBF, eran invertidos no en atención de los menores sino en gastos no autorizados por el programa (…)”, cosas materiales suntuarias e innecesariasy que no los favorecían*,* lo que motivó la orden de liquidación de uno de ellos y el reintegro de $ 190 842 545 y en el otro, dejó de prestar el servicio en el sur de la ciudad, en donde debía contar con una capacidad operativa para 30 menores en la modalidad de seminternado y 10 para externado, lo que motivó la imposición de una multa.

3.2. Por lo anterior, sostuvo la demandada que el ICBF tenía motivos serios y suficientes para no adjudicar los contratos de aportes en las convocatorias 10, 11 y 22 a la demandante, pues no se cumpliría la finalidad de la contratación establecida en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 ni lo dispuesto por el Código del Menor, que establece en su artículo 20 que todas las personas y las entidades tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés de éstos.

3.4. Se opuso a la pretensión indemnizatoria de la demanda, pues ACPHES, según el acto de su creación, es una institución sin ánimo de lucro, a la que se le otorgó licencia de funcionamiento para desarrollar programas altruistas para la atención de la niñez con problemas de salud, por lo que mal podría hablarse de un daño provocado por la no adjudicación de los contratos de aportes contenidos en las convocatorias a las que alude la demanda. Primero, porque no era la directa beneficiaria de los mismos y segundo, porque al participar en el procedimiento de contratación directa, tenía sólo una expectativa y no un derecho, sin dejar de lado que la finalidad de esa contratación no era la obtención de utilidades económicas por parte del contratista, pues los recursos que se le entregaran estaban destinados exclusivamente a satisfacer las necesidades básicas de los menores necesitados en circunstancias especiales y el valor del contrato estaba generado por cupo atendido en el mes, “(…) es decir que el valor a pagar debía ser previamente reconocido y certificado por el supervisor del contrato y no operaba de facto, tal como se dijo en los términos de referencia”, por lo que resulta inadecuado que una entidad como la demandante, hable de superávit del contratista, cuando el ICBF no garantiza en estos contratos que el contratista pueda disponer para sí del total o de un porcentaje como ganancia o utilidad, porque de la “celebración de estos con las entidades Sin Ánimo de Lucro, se predica ausencia de ganancia o utilidad como lo pretende dar a entender ACPHES”.

3.5. Propuso la excepción de caducidad de la acción, por considerar que la demanda no fue presentada dentro de los 30 días siguientes a la comunicación n.o 00013231 del 26 de junio de 2003, mediante la cual se le informó que el ICBF no contrataría con ACPHES. Y como lo dispone la norma –art. 32 de la Ley 446 de 1998-, una vez celebrado el contrato adjudicado, lo que en el *sub-lite* ocurrió el 1º de julio de 2003, sólo procede la demanda de nulidad absoluta del contrato con fundamento en la ilegalidad de tales actos precontractuales mediante el ejercicio de la acción contractual, que no fue incoada.

4. En la oportunidad para presentar alegatos de conclusión, intervinieron las dos partes:

4.1. La demandada, mediante escrito en el cual se refirió a la naturaleza de los contratos de aporte que celebra el ICBF con el fin de desarrollar su objeto y que están dirigidos a atender las necesidades de los menores en situación de peligro físico o moral y en estado de abandono, para lo cual la entidad debe efectuar la selección de las personas o entidades que prestan los servicios de protección, bajo el entendido de la eficiencia y eficacia del servicio ejecutado y la idoneidad y responsabilidad de la inversión de los recursos entregados para tal fin y teniendo en cuenta la certeza, prontitud, responsabilidad y honestidad en la prestación del servicio, condiciones que se echaron de menos en relación con la entidad demandante, reiterando lo dicho al respecto en la contestación de la demanda (f. 106, c. 1).

4.2. La actora intervino para sostener que la acción no estaba caducada, pues la comunicación a la que alude la parte demandada fue una respuesta a una consulta que le elevó antes de la adjudicación, en el sentido de si ésta se vería afectada por la multa que le había sido impuesta; y que sólo tuvo conocimiento de la decisión, cuando le fue comunicada mediante oficio que recibió el 18 de septiembre de 2003 (f. 134, c. 1).

5. Ensentenciaproferida el 5 de marzo de 2008, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró no probada la excepción de caducidad de la acción y denegó las pretensiones, por considerar que la demanda fue presentada oportunamente y en cuanto al fondo de la controversia, no se probaron los extremos necesarios para desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, pues ni siquiera se allegaron los pliegos de condiciones y las ofertas de los demás participantes en el proceso de selección que culminó con dicha decisión, con lo cual no se acreditó ni su ilegalidad ni que la oferta presentada por la demandante era la más favorable para la entidad demandada (f. 154 a 180, c. ppl.).

6. Inconforme con lo decidido, la parte actora interpuso recurso de apelación**,** en el cual pidió que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se despachen favorablemente las pretensiones, para lo cual sostuvo que el *a-quo* no valoró en debida forma los documentos obrantes, correspondientes a los procesos de selección en los que ella no resultó favorecida y que demuestran la discrecionalidad absoluta con la que obró, desconociendo que se trataba de una actividad reglada y violando las normas sobre selección objetiva, lo que se tradujo en el desconocimiento del buen puntaje que ACPHES obtuvo en la evaluación de sus propuestas, siendo descartadas arbitrariamente por causas –multa impuesta anteriormente- no contempladas en la ley como razones de inhabilidad ni en el pliego de condiciones para rechazar ofertas, con lo cual violó los artículos 29 y 30 de la Ley 80 de 1993. Por lo tanto, si se demostraron las causales de nulidad alegadas, como la falsa motivación y la desviación de poder, deben prosperar las pretensiones de la demanda (f. 182 y 190, c. ppl.).

6.1. Manifestó que el *a-quo* no valoró el cuadro anexo al acto demandado y que obra en el plenario, el cual es demostrativo de la discrecionalidad absoluta y arbitraria del ICBF en la adjudicación de las convocatorias 10, 11 y 22 y que en la sentencia afirmó que se desconocían los términos de referencia, pero que en el dictamen pericial practicado se anunció que aquellos se tuvieron en cuenta.

6.2. Finalmente, adujo:

El criterio adoptado por el Comité de Contratación (Acta 22), al que asistieron 16 funcionarios, para adjudicar los contratos hace imposible un cotejo.

“El Comité aprueba la realización de contratos de aporte directos en razón a que fueron los únicos oferentes en la modalidad y SE DEBÍA GARANTIZAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, como quedó establecido y consignado en el cuadro adjunto”.

(…) Medir el interés superior del menor es tanto como medir el amor a la patria o a la familia. ¿Los 16 asistentes al Comité tenían un comprobador uniforme del interés superior del menor?

La jurisprudencia que invoca el Tribunal, a la manera de un dogma, (…) no opera en este caso porque si primó la discrecionalidad y un concepto indeterminado, como lo es el interés superior del menor, no existen instrumentos de medición para la subjetividad propia de la discrecionalidad ni para la divisa “interés superior del menor”.

Era el ICBF el que debía probar mediante comparación de las diferentes ofertas y objetivación de lo discrecional y del citado concepto indeterminado, que ACPHES no era la mejor oferta y que las de los adjudicados eran las más convenientes. Sobre todo si había afirmado en el acto demandado que ACPHES cumplió con los requerimientos.

**CONSIDERACIONES**

**I. La competencia**

7. El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que, conforme a lo dispuesto por el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo -modificado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998- aplicables en el *sub examine*, la cuantía exigida para que un asunto sea conocido en primera instancia por los tribunales administrativos, es la que exceda de 100 S.M.L.M, y en el presente caso, la mayor de las pretensiones asciende a 500 S.M.L.M por concepto de perjuicios morales (f. 38, c. 1).

**La excepción de caducidad de la acción**

8. Como ya se dijo, la parte demandada propuso esta excepción fundada en el hecho de que la demanda no fue presentada dentro de los 30 días siguientes a la comunicación n.o 00013231 del 26 de junio de 2003, mediante la cual se le informó a ACPHES que el ICBF no contrataría con ella.

8.1. Al respecto, se observa que el acto administrativo demandado es el acta n.o 22 del comité de contratación, del 26 de junio de 2003, en la cual se realizó el “estudio y adjudicación de contratación de servicios de reeducación y protección con o sin discapacidad para la vigencia comprendida entre julio de 2003 a mayo de 2004” y en la que se acordó que no era procedente contratar con la asociación demandante –ver párrafo 9.7-.

8.2. Consta así mismo en el plenario, que el ICBF, mediante oficio del 16 de septiembre de 2003, remitió al representante legal de ACPHES, copia del acta de comité de contratación, a través de la cual se adjudicaron las convocatorias 10, 11 y 12, para la contratación con instituciones (f. 186, c. 2).

8.3. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 87 del C.C.A, de conformidad con el cual los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, son demandables a través de las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, la demanda en el presente caso debía presentarse máximo el 29 de octubre de 2003. Y como lo fue el día 11 de agosto de ese año, resulta evidente que fue oportuna.

**II. Hechos probados**

9. Teniendo en cuenta los medios de prueba regularmente allegados al plenario, se acreditaron los siguientes hechos, relevantes para la litis[[1]](#footnote-1):

9.1. La Asociación Colombiana de Padres con Hijos Especiales APHES, es una entidad sin ánimo de lucro, cuya personería jurídica fue reconocida por la alcaldía de Bogotá el 8 de abril de 1988 (certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, f. 1, c. 2; resolución especial n.o 0477 del 8 de abril de 1988, del alcalde mayor de Bogotá, D.E., f. 149, c. 2).

9.2. El ICBF formuló una invitación a presentar propuesta, aviso # 10, para el programa 320: asistencia a la niñez y apoyo a la familia para posibilitar a los niños el ejercicio de los derechos; programa 1501, proyecto 138: protección integral a la niñez y la familia para restituir y garantizar sus derechos, subproyecto 01: atención en medio familiar, modalidad A: atención a niñez con discapacidad, código: semi-internado. En el objeto, se registró: “El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar regional Bogotá, está interesado en contratar servicios de atención integral en semi-internado, para la protección de niños, niñas y jóvenes con discapacidad mental, física, sensorial o múltiple, entre 5 y 18 años de edad”. En la convocatoria se informó el presupuesto disponible para la contratación y se dispuso que “para contratar, la institución deberá tener disponibilidad para la atención de los cupos ofertados al instituto, estar inscrita en el directorio de oferentes del ICBF y haber sido preseleccionada”. El aviso se publicaría los días 29 y 30 de mayo de 2003, los términos de referencia podrían ser retirados de 8 a 4 p.m en el grupo programático y las propuestas serían recibidas en la oficina administrativa de la regional entre el 3 y el 6 de junio del mismo año (f. 187, c. 2).

9.3. Obra evaluación de la institución “Asociación Hogar para el Niño Especial” (f. 189 a 205 y 252 a 273 c. 2).

9.4. El ICBF formuló una invitación a presentar propuesta, aviso # 11, para el programa 320: asistencia a la niñez y apoyo a la familia para posibilitar a los niños el ejercicio de los derechos; programa 1501, proyecto 138: protección integral a la niñez y la familia para restituir y garantizar sus derechos, subproyecto 01: atención en medio familiar, modalidad A: atención a niñez con discapacidad, código: externado. En el objeto se registró: “El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar regional Bogotá, está interesado en contratar servicios de atención integral en externado, para la protección de niños, niñas y jóvenes con discapacidad mental, física, sensorial o múltiple, entre 5 y 18 años de edad”. En la convocatoria se informó el presupuesto disponible para la contratación y se dispuso que “para contratar, la institución deberá tener disponibilidad para la atención de los cupos ofertados al instituto, estar inscrita en el directorio de oferentes del ICBF y haber sido preseleccionada”. El aviso se publicaría los días 29 y 30 de mayo de 2003, los términos de referencia podrían ser retirados de 8 a 4 p.m en el grupo programático y las propuestas serían recibidas en la oficina administrativa de la regional a partir del 3 al 6 de junio del mismo año (f. 206, c. 2).

9.5. Aparece la revisión de requisitos para la inscripción de instituciones de protección de las entidades Fundación para el Niño Sordo ICAL, Asociación Nueva Vida para la Mujer, Fundación Cedesnid, Asociación Colombiana Proniño con Parálisis Cerebral PROPAC, el Instituto de Adaptación Física y Educativa Ltda. IDAFE y la Fundación Centro de Rehabilitación del Niño Especial CERES; y el formato de revisión de requisitos mínimos de preselección, institución de protección, correspondientes a la entidad OPNI, así como la evaluación de la propuesta de la Fundación para el Niño Sordo ICAL y de la fundación CEDESNID (f. 208 a 231 y 233 a 251, c. 2).

9.6. Obran tres cuadros titulados como Asociación Colombiana de Padres con Hijos Especiales ACPHES, propuesta económica, acompañados de sendas pólizas de seriedad de la oferta expedidas el 9 de junio de 2003 por Liberty Seguros S.A., en los siguientes términos (f. 11 a 16, c. 2):

SUBPROYECTO: Atención en medio socio familiar.

MODALIDAD: Semi internado

CUPOS: 30

2003: valor cupo: 524 619; meses: 6

2004: valor cupo: 550 850; meses: 6

VALOR DE LA PROPUESTA: 177 058 913

SUBPROYECTO: Atención en medio socio familiar.

MODALIDAD: Externado

CUPOS: 30

2003: valor cupo: 275 812; meses: 6

2004: valor cupo: 289 393; meses: 5

VALOR DE LA PROPUESTA: 93 055 110

SUBPROYECTO: Atención en medio institucional.

MODALIDAD: internado

CUPOS: 100

2003: valor cupo: 700 909; meses: 6

2004: valor cupo: 735 954; meses: 5

VALOR DE LA PROPUESTA: 788 522 400

9.7. El 26 de junio de 2003, se reunió el comité de contratación –Acta 22- de la dirección regional Bogotá del ICBF para realizar la adjudicación de los contratos de aportes, en donde consta que hubo 95 oferentes para las diferentes modalidades, de los cuales 38 fueron inadmitidos jurídicamente, 40 fueron inadmitidos técnicamente, se habilitaron 102 instituciones, se aprobaron: i) 57 contratos de aportes a mayo/04, ii) 2 contratos de aportes a agosto/03 (1,5 meses), iii) 37 adiciones a los contratos por 1,5 meses, iv) 6 contratos directos de aportes por ser únicos oferentes en modalidad y v) 2 contratos directos soportados con memorando. En relación con la entidad demandante, se consignó (f. 18, c. 2):

Es de anotar, la evaluación y discusión que se hizo frente a la contratación para con la institución ACPHES, quienes a pesar de haber cumplido con los requerimientos, se encuentran sancionados y multados por el ICBF y tienen observaciones por parte de la Contraloría y la Procuraduría, el Comité en pleno acuerda que no es ético ni procedente contratar en esas condiciones.

9.9. El 26 de junio de 2003, la directora regional del ICBF envió oficio al representante legal de ACPHES, cuya referencia es: Aclaración invitación–propuestas seminternado y externado en medio socio familiar para niños con discapacidad, avisos 11 y 22, en el que le responde su comunicación del 25 de junio del mismo año. En esta, le informa que el ICBF se ratifica en su posición de inadmitir sus propuestas, basada en que esta no es la oportunidad para discutir la pertinencia de la multa que le fue impuesta anteriormente y “si bien es cierto en los términos de referencia no se hizo señalamiento alguno respecto de la posibilidad de que concurrieran a este proceso de selección las instituciones que se encontraran multadas, también lo es que la administración en ejercicio de su facultad discrecional puede admitir o no a las entidades que como en el presente caso se encuentren multadas, pues la imposición de dicha sanción evidencia la ocurrencia de hechos constitutivos de incumplimiento contractual”. Y que tratándose de instituciones que prestan servicio a menores de edad con limitaciones físicas o mentales, le corresponde a la entidad “ejercer la mayor cautela y vigilancia posible en ejercicio de las facultades que legal y constitucionalmente le corresponden, buscando siempre el interés superior del menor” (f. 4, c. 2).

9.10. En cuadros denominados de evaluación jurídica, listado de oferentes inadmitidos, avisos 10, 11 y 22, aparece ACPHE con la nota: el oferente fue multado por el ICBF (f. 7, 8 y 9, c. 2).

9.11. En cuadros de junio 11 de 2003, remitidos por la entidad demandada (f. 181, c.2) relativos a las convocatorias n.o 10 y 11, consta la revisión de documentos de carácter financiero presentados en forma completa por ACPHES (f. 185 y sgte., c. 2).

9.12. En cuadro identificado como convocatoria n.o 22, grupo jurídico regional ICBF, proponente: Asociación Colombiana de Padres con Hijos Especiales ACPHES, modalidad: protección internado discapacidad, se registró en observaciones, de la casilla de evaluación, que “Presenta Licencia de Funcionamiento para la sede de Suesca de fecha febrero de 1999, no menciona vigencia, para la sede de Bogotá presenta requisitos esenciales de agosto de 2002 y concepto sanitario de febrero de 2002. Presenta problemas con el ICBF respecto de contratos anteriores, por tanto se recomienda no contratar con esta Institución” y a continuación, se registra como INADMITIDA (f. 173, c. 2).

9.13. Mediante oficio del 16 de septiembre de 2003, la coordinadora del grupo jurídico de la regional ICBF Bogotá envió al director ejecutivo de ACPHES, atendiendo su solicitud del 4 de agosto de 2003, fotocopia del acta de comité de contratación a través de la cual se adjudicaron las convocatorias 10, 11 y 22 para la contratación con instituciones (f. 186, c. 2).

9.14. El 17 de octubre de 2002 –resolución n.o 1827-, el ICBF efectuó la liquidación unilateral del contrato de prestación de servicios n.o 29/04/2001/034 celebrado con ACPHES, acto que arrojó un valor a cargo de esta entidad de $ 190 842 454, correspondientes a la suma que se le ordenó reintegrar por corresponder a gastos ejecutados que no corresponden al objeto del contrato (f. 21 y 32, c. 2).

9.15. Mediante Resolución n.o 1365 del 1º de agosto de 2002, el ICBF impuso una multa a ACPHES, por incumplimiento parcial del contrato de aporte n.o 29/18/2002/0931, al no brindar atención para los menores residentes en el sur de la ciudad a través de una sede ubicada en ese sector, a pesar de que estaba dentro de los términos de la contratación (f. 38 55, c. 2).

9.16. Obra comunicación de la Contraloría General de la República –delegada para investigaciones, juicios fiscales y jurisdicción coactiva- dirigida al Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 31 de marzo de 2006, en la que le informa que ACPHES no figura reportada en el boletín n.o 44 con corte a 31 de diciembre de 2005, de responsables fiscales de esa entidad (f. 159 y 160, c. 2).

9.17. Mediante oficio del 9 de agosto de 2006, la Procuraduría General de la Nación informó al *a-quo* que consultado y revisado su sistema de información y causas de inhabilidad SIRI, módulo contractual, la persona jurídica Asociación Colombiana de Padres con Hijos Especiales ACPHES, a la fecha, no registra sanción de tipo contractual a su cargo vigente (f. 178, c. 2).

9.18. Obra cuadro del ICBF, regional Bogotá, de “Contratación Proyecto 138 de julio 2003 a mayo 2004”, en el que se relacionan 100 contratos –entre nuevos y adiciones- de 29 convocatorias y que respecto de las números 10, 11 y 22, relaciona los siguientes adjudicatarios (f. 274 a 277, c. 2):

- Convocatoria 10: ACONIR, Asociación Hogar para el Niño Especial, Fundación FRINE, CEDESNID, fundación IDAFE y Niños Ciegos.

- Convocatoria 11: ACONIR, Fundación para el Niño Sordo ICAL, fundación FE, fundación PROMADIN, Niños Ciegos y Aprender.

- Convocatoria 22: ACONIR, CEDESNID, Asociación Hogar para el Niño Especial, Hogar Luz y Vida, Centro de Rehabilitación Mya, fundación Centro Terapéutico CETI, Asociación Renacer, Instituto para Niños Ciegos, Instituto Nuestra Señora de la Sabiduría, San Francisco de Asís e IDAFE. Aparece un renglón tachado, en el que no se identifica la institución.

9.19. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, celebró con la Asociación Colombiana de Padres con Hijos Especiales ACPHES entre 1994 y 2003, 18 contratos con objeto similar, relacionado con el servicio de atención integral, médica y de rehabilitación de menores (f. 1 a 176, c. 3).

**III. El problema jurídico**

10. Teniendo en cuenta los hechos probados y los motivos de la apelación interpuesta por la parte demandante, deberá la Sala establecer si el acto administrativo de adjudicación de contratos contenido en el acta n.o 22 del 26 de junio de 2003 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar regional Bogotá está viciado de nulidad, como lo sostuvo la recurrente, por no haber tenido en cuenta su oferta en la decisión y haberla descalificado por hechos no contemplados en el pliego de condiciones y si, en consecuencia, tiene derecho a la indemnización de perjuicios que reclama.

**IV. Análisis de la Sala**

11. Como en reiteradas ocasiones lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Sección, cuando se demanda el acto de adjudicación de un contrato estatal y se pretende la indemnización de perjuicios proveniente de no haber resultado favorecido ese proponente a pesar de haber presentado la mejor oferta, recae sobre el demandante una doble carga probatoria: De un lado, debe acreditar la ilegalidad del acto administrativo demandado, puesto que su declaratoria es presupuesto obligado para la prosperidad de las pretensiones indemnizatorias; y de otro lado, debe probar que su oferta cumplió con todos los requerimientos efectuados por la administración y que fue la mejor y a pesar de ello, fue ilegal e injustamente privado del derecho a la adjudicación del contrato:

(…) para obtener la prosperidad de todas sus pretensiones, el demandante debe comprobar la ilegalidad del acto acusado y que su oferta, además de cumplir con todos los requisitos del pliego de condiciones, era la más conveniente para la administración, de acuerdo con los factores de calificación y ponderación establecidos para la evaluación de las propuestas: “La Sala ha manifestado reiteradamente que cuando se demanda la nulidad del acto de adjudicación y el actor pretende ser indemnizado por haber presentado la mejor propuesta, deberá cumplir una doble carga probatoria, de una parte, demostrar que el acto efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y de otra, probar que su propuesta era la mejor y más conveniente para la Administración”[[2]](#footnote-2).

10. Es decir que en controversias como la presente, en las que se cuestiona la validez de las decisiones de adjudicación de los contratos estatales en los procedimientos de selección de contratistas, son dos los extremos que se deben probar como requisito sine qua non para la prosperidad de las pretensiones indemnizatorias: i) la ilegalidad del acto administrativo de adjudicación, y ii) que la oferta del demandante era la mejor y más conveniente y por lo tanto debió ser la favorecida con la decisión. Al respecto, la Sala ha dicho:

15. En cuanto a lo primero, deberá probarse alguna de las causales de nulidad de los actos administrativos establecidas por la ley –falta de competencia, falsa motivación, desviación de poder, expedición irregular, desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa o violación de la regla de derecho de fondo, artículo 82 del C.C.A-. Y en cuanto a lo segundo, para que se pueda dar la comprobación exigida respecto de la oferta del demandante, deben obrar en el proceso el respectivo pliego de condiciones y todas las ofertas que fueron presentadas en el procedimiento de selección, para poder corroborar, mediante el análisis y comparación de las mismas, de frente a las disposiciones que rigieron el procedimiento de selección y los factores de calificación y ponderación establecidos para la evaluación de las ofertas, que la presentada por el demandante cumplió todos los requisitos y fue la mejor, haciéndose acreedora a la adjudicación[[3]](#footnote-3).[[4]](#footnote-4)

12. En el presente caso, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar regional Bogotá, en reunión del comité de contratación del 26 de junio de 2003, aprobó la celebración de aproximadamente 100 contratos, entre adiciones y adjudicaciones, correspondientes a las convocatorias 1 a 29 –ver párrafos 9.7 y 9.18- y específicamente sobre las números 10, 11 y 22, efectuó 23 adjudicaciones, ninguna de las cuales recayó sobre la Asociación Colombiana de Padres con Hijos Especiales.

13. Se advierte que no se halló en el plenario la propuesta completa de la demandante ACPHES en las referidas convocatorias, pues tan sólo obran unos cuadros con la oferta económica y la mención que en el acta n.o 22 del 26 de junio de 2003 se hace respecto de esta asociación –ver párrafos 9.6 y 9.7-, lo que permite tener por probado que efectivamente, la demandante participó en ese proceso de selección.

14. Por otra parte, no consta que el ICBF haya adelantado una licitación pública para estas contrataciones, puesto que lo que se cursó fue una invitación a presentar propuesta, que estaría regida por unos términos de referencia que podrían retirar los interesados en el sitio y hora señalados en dicha convocatoria –párrafos 9.2 y 9.4-.

**Régimen legal de contratación**

15. Ahora bien, en relación con el procedimiento de selección que debía adelantarse para la escogencia de las personas y/o entidades con las que pretendiera contratar la entidad, se tiene que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es un establecimiento público nacional[[5]](#footnote-5), que por lo tanto, se rige en materia de contratación por la Ley 80 de 1993, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 2º, régimen al que se halla sujeta la entidad de tiempo atrás, tal y como consta en la Ley 7ª de 1979, por medio de la cual se reorganizó el ICBF, cuyo artículo 38, estableció que todos los contratos que celebrara el instituto, se sujetaban a las ritualidades, requisitos, formalidades y solemnidades que establecía el Decreto 150 de 1976 –antiguo estatuto de contratación estatal- y demás normas concordantes.

16. La anterior disposición, fue reiterada en el artículo 61 del Decreto 334 del 15 de febrero de 1980, mediante el cual se aprobaron los estatutos de la entidad, aunque en esta ocasión, se estableció la celebración de los contratos que aquella requiriera, de conformidad con las normas tanto del Decreto-Ley 150, como con las del Decreto 2388 de 1979, reglamentario de la Ley 7 de 1979[[6]](#footnote-6).

17. Y en este punto, resulta necesario recordar que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, es la entidad a través de la cual el Estado brinda protección y cuidado a los menores de edad que por una u otra razón lo requieren, por no recibir la atención necesaria por parte de su núcleo familiar o, como lo explica el Código del Menor[[7]](#footnote-7), por hallarse en situación irregular, o en situación de abandono o peligro físico o moral[[8]](#footnote-8), razón por la cual están sujetos a las medidas de protección tanto preventivas como especiales, consagradas en el mismo código.

18. Es así como dicha normatividad establece que al ICBF le corresponde, por intermedio del defensor de familia del lugar donde se encuentre el menor, declarar las situaciones de abandono o de peligro, de acuerdo con la gravedad de las circunstancias, con el fin de brindarle la protección debida –art. 36- y en caso de ser necesario, deberá brindarle la atención, bien sea directamente o en un centro de protección especial, medida mediante la cual el defensor de familia ubica a un menor en situación de abandono o peligro, en un centro especializado, que tenga licencia de funcionamiento otorgada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, cuando no sea posible la aplicación de alguna de las otras medidas señaladas en el código[[9]](#footnote-9), para que le brinde la atención integral –art. 82-. Así mismo, deberá velar y brindar las medidas de protección cuando ello sea necesario, por los menores que presentan deficiencia física, sensorial o mental –arts. 222 y sgtes.-.

19. Esa atención integral al menor a la que aluden las anteriores disposiciones, podrá ser suministrada directamente por el instituto o mediante contrato con instituciones idóneas, según lo dispuesto por el parágrafo del artículo 82 del código en comento.

20. De acuerdo con lo expuesto, dependiendo del objeto del negocio jurídico que se disponga a celebrar, dicho establecimiento público se rige o bien por las normas del estatuto de contratación estatal[[10]](#footnote-10) o por normas especiales, como es el caso de la Ley 7ª de 1979 y el Decreto 2388 de 1979, las cuales disponen:

**Ley 7 de 1979:**

Artículo 21. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tendrá las siguientes funciones:

(…) 9. Celebrar contratos con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales para el manejo de sus campañas, de los establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objetivo.

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

**Decreto 2388 de 1979[[11]](#footnote-11):**

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

Estos contratos se considerarán como administrativos y deben contener, entre otras, las cláusulas que sobre garantías, caducidad administrativa y reclamaciones diplomáticas, la Ley exige para los del Gobierno. La declaratoria de caducidad, llegado el caso, se hará mediante resolución motivada firmada por el Director General, y de acuerdo con el procedimiento señalado en el Decreto 150 de 1976[[12]](#footnote-12).

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

Artículo 125. El ICBF, podrá celebrar los contratos de que trata el artículo 21, numeral 9° de la Ley 7ª de 1979 con Instituciones de Utilidad Pública o Social de reconocida solvencia moral y técnica, dando preferencia a las más antiguas y que hayan sobresalido por sus méritos y dotes administrativos.

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

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

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

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

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

21. Es claro entonces, que los contratos de aporte que celebra el ICBF, son una categoría especial, sujeta a un régimen legal diferente al de los demás negocios jurídicos que puede llevar a cabo esta entidad para su funcionamiento, es decir, aquellos relativos a bienes, obras o servicios distintos a los programas misionales del ICBF, para cuya adquisición deberá darse aplicación al Estatuto General de Contratación Pública, contenido en la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, así como las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, en aquellas materias no reguladas por la misma. Por lo tanto, resulta necesario distinguir siempre la clase de objeto a contratar, para definir la regulación que le es aplicable. Sobre los contratos especiales del ICBF y más concretamente en relación con los de aporte, se ha pronunciado la jurisprudencia de la Corporación:

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

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

(…)

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

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

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

Así las cosas, el contrato de aporte no sólo difiere sustancialmente de cualquier otro negocio jurídico en su objeto, sino de igual manera en su causa, toda vez que la actividad que se asume por el contratista (objeto) es de carácter esencial y de específica relevancia para la sociedad y para el Estado –y no simplemente una función administrativa o propia de la entidad pública–, y la causa es específica consistente en la finalidad de procurar la integración de la familia y la protección de la niñez[[13]](#footnote-13).

22. Teniendo en cuenta lo expuesto, es claro que las convocatorias 10, 11 y 22 en las que el demandante dijo haber presentado sus propuestas, estaban encaminadas a la celebración de contratos de aporte, toda vez que su objeto, como ya se dijo, era contratar los servicios de atención integral en internado, externado y semi-internado para la protección de niños, niñas y jóvenes con discapacidad mental, física, sensorial o múltiple, mediante el sistema de cupo/niño/mes para avaluar el costo del contrato, ya que tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corporación, se trata 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.”[[14]](#footnote-14)

23. En consecuencia, tal y como lo establece el artículo 128 del Decreto 2388 de 1979, 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, lo que significa que para su celebración no se impone el agotamiento del procedimiento licitatorio regulado en la Ley 80 de 1993 y puede adelantarse mediante contratación directa.

24. Lo anterior, se ve reforzado por lo dispuesto en el artículo 122 del Decreto-Ley 2150 de 1995[[15]](#footnote-15)*,* por medio del cual “se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”, norma que se refiere a la “Simplificación de los contratos para la prestación delservicio de bienestar familiar”, de conformidad con la cual: “Se podrán celebrardirectamente los contratos para la prestación del servicio de bienestar familiar con entidades sin ánimo de lucro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar”.

25. No obstante, debe recordarse que aún en aquellos eventos en los que la ley permite prescindir de la licitación pública, se impone el deber de selección objetiva, en cuanto implica la escogencia de la oferta más favorable, con apego a las pautas dadas para la evaluación de las propuestas que se presenten y sin consideración a circunstancias ajenas a la finalidad de la contratación, como son aquellas tendientes a favorecer o a perjudicar a ciertos proponentes por razones personales. Es decir, que también en estos casos, debe obrar la administración evitando razones puramente subjetivas en la decisión. Como lo ha sostenido la jurisprudencia:

Hoy en día, la ley autoriza expresamente a la Administración Pública[[16]](#footnote-16), y lo hacía anteriormente, cuando se produjo el procedimiento de selección al que se refiere el presente litigio - art. 43, Decreto Ley 222/83 - , para adelantar procedimientos de contratación directa en algunos eventos en los que por razón de la necesidad a satisfacer, o del objeto a contratar, o de los sujetos o las circunstancias especiales de la futura contratación, no resulta conveniente o útil un procedimiento como el licitatorio.

No obstante, tal autorización del legislador, no implica que la contratación pueda en tales casos, efectuarse de manera discrecional, caprichosa o arbitraria por parte del funcionario competente para adjudicar los diferentes contratos que debe adelantar la Administración para el correcto cumplimiento de sus funciones.

En realidad, la contratación directa constituye otro sistema de selección de contratistas, que también debe garantizar que dicha selección sea objetiva y el procedimiento que se emplee para ello, debe ajustarse a los principios que rigen la función administrativa en general, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, que establece que “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (...)” y en el Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, en su artículo 3º, conforme al cual las actuaciones administrativas deben desarrollarse con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción.

El ordenamiento jurídico permite acudir al procedimiento de la contratación directa, sólo en aquellos eventos en los que no es posible o conveniente adelantar la licitación pública; es decir, que existen razones justificadas a juicio del legislador, que permiten o conducen a prescindir de aquel mecanismo de selección formal y reglado.

Significa lo anterior, que esa autorización no apunta ni se dirige a eximir a las autoridades estatales del deber de escoger a la propuesta más conveniente para la Administración, ni para permitirles realizar adjudicaciones eminentemente subjetivas, caprichosas, desligadas por lo tanto de la finalidad de toda contratación estatal, que es en últimas la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los cometidos estatales, que sólo se logran mediante la escogencia de la mejor oferta presentada en cualquier procedimiento de selección de contratistas, objetivamente considerada.

(…) aún cuando se trate de una contratación directa, la misma debe contar con un procedimiento cierto en el que se respeten el derecho de igualdad de los oferentes, el principio de transparencia y el deber de selección objetiva; debe por lo tanto existir completa información sobre el objeto a contratar, los requisitos mínimos que deben reunir los interesados en presentar cotizaciones, así como los factores de evaluación y calificación de las ofertas que serán tenidos en cuenta por la Administración, con miras a seleccionar la propuesta que resulta más favorable, puesto que para lograr una selección objetiva, se hace necesario

“(…) que por medio de la utilización de ciertos factores evaluadores sea posible elegir la mejor de las propuestas, evitando una contratación sustentada en criterios subjetivos o discrecionales de la Administración. Con su observancia se protege el principio de la igualdad en el tratamiento de las diferentes propuestas y se garantiza la satisfacción del interés de la comunidad.

En dichos eventos lo que hace la entidad contratante, es elaborar una invitación para que le sean presentadas diferentes propuestas, y escogerá la que considere la mejor luego de compararlas entre sí. En la solicitud, deben establecerse ciertos parámetros mínimos de ponderación en forma completa y clara para limitar los ofrecimientos y de esa manera propiciar una selección objetiva. Esa solicitud se encarga de establecer cuáles serán los bienes objeto del contrato, lo que se espera de calidad, precio y plazo y qué factores se tendrán en cuenta con su respectiva calificación”[[17]](#footnote-17).

Se trata entonces, de desterrar cualquier posibilidad de desviar la contratación estatal de los fines propios que la justifican y de los principios que la informan, propendiendo por una escogencia de contratistas objetiva, en la que los factores de selección estén constituidos por aquellas cuestiones que determinan realmente la mayor o menor calidad del bien, obra o servicio a contratar y que por lo tanto permiten establecer cuál es la oferta más favorable para la Administración, desde el punto de vista técnico y económico, que es lo que realmente importa desde la perspectiva del cumplimiento de los cometido*s estatales y la satisfacción del interés general[[18]](#footnote-18).*

26. No cabe duda entonces, de que en los eventos de contratación directa con concurrencia de oferentes, como fueron los que originaron el acto administrativo demandado*,* las entidades estatales están en el deber de efectuar una selección objetiva, mediante la cual se garantice la selección de la oferta más favorable para la administración; y que el desconocimiento de este deber, atenta contra la validez de la respectiva decisión.

27. Por lo tanto, se reitera que, para la prosperidad de las pretensiones en asuntos como el del sub-lite,resulta necesario acreditar la ilegalidad del acto de adjudicación, así como el hecho de que el demandante presentó la mejor oferta y a pesar de ello, el contrato no se le adjudicó.

28. Advierte la Sala que en el caso que se estudia, el demandante no acreditó ninguna de las anteriores circunstancias, tal y como lo dedujo el *a-quo,* puesto que a pesar de sus afirmaciones en el sentido de que la existencia de una multa impuesta en un contrato anterior no era causal de rechazo de las propuestas, como tampoco lo eran las observaciones que hubieran efectuado sobre otros contratos de la ACPHE con el ICBF los organismos de control –Contraloría General de la República y Procuraduría General de la Nación-[[19]](#footnote-19), lo cierto es que no allegó al plenario los términos de referencia que rigieron los procedimientos de contratación adelantados por la entidad demandada, en los que la parte actora sostiene que le fue violado su derecho a la adjudicación de los respectivos negocios jurídicos.

29. Aunado a lo anterior, en consideración a la especialidad de los contratos cuya adjudicación se cuestiona en el *sub-lite,* resulta necesario recordar que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 125 del Decreto 2388 de 1979, se autoriza al ICBF para celebrar contratos con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales para el manejo de sus campañas, de los establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objetivo –num. 9, art. 21, Ley 7ª de 1979-, siempre que se trate de instituciones “de utilidad pública o social de reconocida solvencia moral y técnica, dando preferencia a las más antiguas y que hayan sobresalido por sus méritos y dotes administrativos”, criterio que debe primar siempre para la entidad cuando se proponga adjudicar esta clase de negocios jurídicos y que la obligan a considerar los antecedentes de los proponentes, aunque así no se haya establecido en el pliego de condiciones o términos de referencia, puesto que es el marco normativo de esta actividad contractual del instituto, el que lo establece como obligatorio.

30. En consecuencia, no es que el ICBF en el acto de adjudicación hubiera hecho uso de una facultad discrecional, como allí se consignó, para descartar la propuesta de un oferente que fue objeto de una multa impuesta en la ejecución de otro contrato de similar naturaleza celebrado con la demandada, sino del cumplimiento de un deber que le impone el ordenamiento jurídico, en virtud del cual en la evaluación de las ofertas le corresponde analizar, entre otras cosas, si el proponente antiguo –como lo es el demandante, puesto que celebró contratos anteriores con la entidad-, ha sobresalido por sus méritos y dotes administrativas, como dice la norma, calificación que sin duda no se le puede otorgar a quien ha sido sancionado por incumplimiento contractual.

31. Así mismo, el demandante adujo haber presentado una oferta que debió resultar favorecida con la decisión de la administración, pero tampoco obran las presentadas por los otros proponentes que participaron en las convocatorias 10, 11 y 22, ni los cuadros completos de evaluación de las mismas, en donde se pudiera constatar que las presentadas por ACPHES cumplían todos los requisitos y eran las mejores, por encima de las demás y que por lo tanto, debió resultar favorecida con las adjudicaciones. No se puede perder de vista que, tal y como se constató, en tales convocatorias se presentaron más de 12 propuestas, según se puede deducir de las adjudicaciones que en estas convocatorias se efectuaron –ver párrafo 9.18-, mientras que en el proceso, sólo constan las evaluaciones de la Asociación Hogar para el Niño Especial –párrafo 9.3-, la Fundación para el Niño Sordo ICAL y la Fundación CEDESNID –párrafo 9.5-, y la revisión de los requisitos para inscripción de instituciones de protección respecto de algunas entidades, así como el formato de revisión de requisitos mínimos de preselección de algunas instituciones de protección –párrafo 8.5-, todo lo cual, a juicio de esta Sala, resulta insuficiente para determinar la veracidad de las afirmaciones del demandante.

32. Ahora bien, en su recurso, el apelante adujo que el Tribunal *a-quo* no tuvo en cuenta que en el dictamen pericial practicado en el proceso a solicitud de la parte actora, los auxiliares de la justicia afirmaron haber tomado en cuenta para su experticia, entre otras cosas, los términos de referencia que rigieron los procedimientos de selección adelantados por el ICBF –convocatorias 10, 11 y 22-.

33. Al respecto, se observa que en la demanda se pidió y el Tribunal decretó un dictamen pericial, para que se determinaran los siguientes puntos (según el informe presentado por el perito economista designado para ello, c. 4):

1. Monto de las propuestas presentadas por ACPHES y el objeto discriminado del gasto por los conceptos “sueldos de personal”, “gastos generales” y “gastos de inversión” para los once meses en que debió desarrollarse el contrato.
2. El monto del superávit no ingresado.
3. La incidencia en la clasificación y calificación en el registro de proponentes del ICBF, por la no inclusión de los contratos no adjudicados.
4. Como consecuencia de las conclusiones de los puntos anteriores, establecerá el porcentaje adicional que debe ser agregado a la calificación en cada una de las clasificaciones en que se encuentra catalogada la Asociación en el registro de proponentes del ICBF.
5. El perito tendrá en cuenta el registro vigente en el mes de Junio de 2003 y expresará la variación de los puntajes al ser incluido el contrato no adjudicado.
6. Explicará también, si la no inclusión del contrato no adjudicado incide, o no, en el buen nombre e imagen de ACPHES en su experiencia y en su capacidad de contratación.

34. El auxiliar de la justicia incluyó, en el capítulo de fuentes de información, entre otros, “Los términos de referencia de las convocatorias 10, 11, 22, del Instituto de Bienestar Familiar (…), términos de referencia el Capítulo 2 ‘especificaciones técnicas’, particulares de cada uno de los servicios que el ICBF convocó (…), términos de referencia con el Capítulo 3 ‘Evaluación de las propuestas’ y el Anexo 5.4 (…), términos de referencia con el Anexo 5.5 (…)”. No obstante, ni en el expediente obra copia de tales documentos, ni el perito los aportó con su experticia, en cuyo informe se limitó a consignar, aparentemente, algunos apartes de dicho documento. Es así como se cita el supuesto punto de los términos de referencia correspondiente a la evaluación jurídica de las ofertas, así:

2.3.1. EVALUACIÓN JURÍDICA

Se tendrá en cuenta el cumplimiento de requisitos legales establecidos en los términos de referencia y en los adendos proferidos. A esta evaluación no se le asignará puntaje, su resultado será ADMITIDA o INADMITIDA*.*

35. Como allí se lee, al parecer esta evaluación implicaba verificar los requisitos establecidos en los mismos términos de referencia y sus adendos, los cuales, se reitera, no obran en el plenario y por lo tanto se desconoce cuáles eran esos requisitos allí mencionados y resulta imposible establecer si fueron cumplidos cabalmente por la demandante, que además, se reitera, no aportó ni siquiera su propuesta completa.

36. De acuerdo con lo anterior, advierte la Sala que persiste la escasez de medios de prueba en el proceso que permitan concluir como cierta la afirmación de la demandante respecto de la violación de su derecho a obtener la adjudicación de los contratos, por lo que, en virtud del principio de la carga de la prueba, resulta procedente la denegatoria de las pretensiones, como lo ha explicado la jurisprudencia:

68. En relación con la carga de la prueba, se observa que el artículo 177 del C. de P.C. consagra este principio procesal, al establecer que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, lo cual se traduce en una indicación al juez sobre el sentido de su decisión, en aquellos eventos en los cuales el proceso queda huérfano de pruebas en relación con la causa-petendi, es decir cuando no se acreditan en el plenario los hechos de la demanda o de la contestación, que dan sustento a las pretensiones de la parte actora o a la defensa de la parte demandada, teniendo en cuenta para ello, a quién le correspondía aportar la prueba y por lo tanto, ante su omisión, debe soportar las consecuencias de que la misma no obre en el proceso*[[20]](#footnote-20).*

**Conclusión**

37. De acuerdo con lo expuesto, advierte la Sala que no fue desvirtuada la presunción de legalidad del acto administrativo acusado, razón por la cual resulta procedente la confirmación del fallo impugnado.

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

# F A L L A

**PRIMERO: CONFÍRMASE** la sentencia apelada, esto es, la proferida por Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 5 de marzo de 2008.

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

**TERCERO:** Sin condena en costas, por no aparecer acreditadas.

## CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**

**Presidenta de la Sala**

**Salva Voto**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

**Magistrado**

**FELIPE NAVIA ARROYO**

**Conjuez**

1. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, en los procesos contencioso administrativos son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlas y los criterios de valoración. En el presente caso, se tendrán en cuenta los documentos presentados en copias simples, con fundamento en lo dispuesto por la sentencia de unificación jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero, en la cual se estableció su admisibilidad, siempre que no hayan sido objetados o tachados de falsedad o que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas. [↑](#footnote-ref-1)
2. [4] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 8 de febrero de 2012, expediente 20688, C.P. Ruth Stella Correa Palacio”. [↑](#footnote-ref-2)
3. “[11] Sin perjuicio de que tal hecho pueda ser acreditado por otros medios de prueba, como un dictamen pericial que así lo establezca. Sentencia del 5 de abril de 2013, expediente 20629, C.P. Danilo Rojas Betancourth”. [↑](#footnote-ref-3)
4. [6] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de julio de 2013, expediente 24271, C.P. Danilo Rojas Betancourth”. [↑](#footnote-ref-4)
5. Creado por la Ley 75 de 1968, según el artículo 1.2.1.1 del Decreto 1084 del 26 de mayo de 2015, es una entidad adscrita al Sector Administrativo de Inclusión Social y Reconciliación, definida en el numeral 5º de esta norma como “un establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio; creado en virtud de la Ley 75 de 1968, cuyo objeto es propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteger al menor de edad y garantizarle sus derechos”. [↑](#footnote-ref-5)
6. Dice esta norma: “El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por intermedio del Director General y de los Directores Regionales, según las normas de la competencia, deberán celebrar los contratos que las necesidades del servicio demanden y de conformidad con el Decreto 150 de 1976, sus reglamentos, el Decreto 2388 de 1979 y demás normas que los modifiquen o adicionen. // La iniciación, tramitación y perfeccionamiento de todos los contratos que celebre el ICBF se surtirán necesariamente en la Subdirección Jurídica de la Sede o en la respectiva dependencia jurídica regional” [↑](#footnote-ref-6)
7. Decreto-Ley 2737 del 27 de noviembre de 1989, derogado por el artículo 217 de la Ley 1098 de 2006, salvo los artículos 320 a 325 y los relativos al juicio especial de alimentos. [↑](#footnote-ref-7)
8. El Código del Menor, establece: “**ARTICULO 29.** El menor que se encuentre en algunas de las situaciones irregulares definidas en este título, estará sujeto a las medidas de protección tanto preventivas como especiales, consagradas en el presente código. // **ARTICULO 30.** Un menor se halla en situación irregular cuando: 1. Se encuentre en situación de abandono o de peligro. // 2.  Carezca de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas. // 3.  Su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren. // 4.  Haya sido autor o partícipe de una infracción penal. // 5.  Carezca de representante legal. // 6.  Presente deficiencia física, sensorial o mental. // 7.  Sea adicto a sustancias que produzcan dependencia o se encuentre expuesto a caer en la adicción. // 8.  Sea trabajador en condiciones no autorizadas por la ley. // 9.  Se encuentre en una situación especial que atente contra sus derechos o su integridad. // **ARTICULO 31**. Un menor se encuentra en situación de abandono o de peligro cuando: // 1.  Fuere expósito. // 2.  Faltaren en forma absoluta o temporal las personas que, conforme a la ley, haya de tener el cuidado personal de su crianza y educación; o existiendo, incumplieren las obligaciones o deberes correspondientes, o carecieren de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación del menor. // 3.  No fuere reclamado en un plazo razonable del establecimiento hospitalario, de asistencia social o del hogar sustituto en que hubiere ingresado, por las personas a quienes corresponde legalmente el cuidado personal de su crianza y educación. // 4.  Fuere objeto de abuso sexual o se le hubiere sometido a maltrato físico o mental por parte de sus padres o de las personas de quienes el menor dependa; o cuando unos u otros lo toleren. // 5.  Fuere explotado en cualquier forma, o utilizado en actividades contrarias a la ley, a la moral o a las buenas costumbres, o cuando tales actividades se ejecutaren en su presencia. // 6.  Presentare graves problemas de comportamiento o desadaptación social. // 7.  Cuando su salud física o mental se vea amenazada gravemente por las desavenencias entre la pareja, originadas en la separación de hecho o de derecho, en el divorcio, en la nulidad del matrimonio, o en cualesquiera otros motivos (…)”. [↑](#footnote-ref-8)
9. Medidas de amonestación –art. 67-, asignación de custodia provisional a padres o parientes –art. 70- o la colocación familiar del menor –art. 73-. [↑](#footnote-ref-9)
10. El Decreto 1137 del 29 de junio de 1999, “Por el cual se organiza el sistema administrativo de Bienestar Familiar, se reestructura el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones”, estableció en su artículo 40: “Régimen contractual. Todos los contratos que celebre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se sujetarán a las ritualidades, requisitos, formalidades, términos y condiciones que establecen las disposiciones del régimen estatal de contratos, aplicables a los establecimientos públicos del orden nacional, de conformidad con lo señalado en el régimen de contratación administrativa”. [↑](#footnote-ref-10)
11. Hoy en día compilados por el Decreto 1084 de 2015 (Único del Sector de Inclusión Social y Reconciliación), en sus artículos 2.4.3.2.5. a 2.4.3.2.10. [↑](#footnote-ref-11)
12. Hoy en día, la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, expediente 16941, C.P. Enrique Gil Botero; en esta providencia se alude a lo señalado sobre esta clase especial de contratos por la Sala de Consulta y Servicio Civil de la misma Corporación, mediante concepto del 2 de diciembre de 1996, Rad. 907, C.P. Luis Camilo Osorio Isaza. Sentencia reiterada en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de junio de 2016, expediente 33130, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-13)
14. Sentencia del 11 de agosto de 2010, expediente 16941, ya citada. [↑](#footnote-ref-14)
15. Expedido por el presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere el artículo 83 de la Ley 190 de 1995. [↑](#footnote-ref-15)
16. [5] “Artículo 24, Ley 80 de 1993 y artículo 2, Ley 1150 de 2007”. [↑](#footnote-ref-16)
17. [9] “Sentencia del 10 de agosto de 2000, ya citada”. [↑](#footnote-ref-17)
18. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, expediente 14941, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-18)
19. La Sala tuvo ocasión de decidir en segunda instancia el proceso en el cual se cuestionó la legalidad del acto de liquidación unilateral del contrato 29/04/2001/034, celebrado entre el ICBF y ACPHES, acto en el cual se dedujo una suma a cargo del contratista, correspondiente a una serie de gastos en los que incurrió, ajenos al objeto del contrato, con los recursos de aporte de la entidad contratante, de acuerdo con los informes de Contraloría y Procuraduría. La sentencia de primera instancia, denegatoria de las pretensiones, fue confirmada. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de junio de 2016, expediente 33130, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de febrero de 2012, expediente 16371, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-20)