**INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** **- Naturaleza jurídica - Función**

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, por hallarse en situación irregular, o en situación de abandono o peligro físico o moral, razón por la cual están sujetos a las medidas de protección tanto preventivas como especiales, consagradas en el mismo código. 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 garantizarle 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 de 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, para que le brinde la atención integral –art. 82-. Así mismo, deberá velar y brindar las medidas de protección cuando ello sea necesario, para los menores que presentan deficiencia física, sensorial o mental –arts. 222 y sgtes… 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.

**CONTRATO DE APORTES - Institución Colombiano de Bienestar Familiar - Régimen de contratación**

Los contratos de aporte que celebra el ICBF, son una categoría especial, sujeta a un régimen legal parcialmente 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 APORTES - Definición**

Como se observa, el contrato de aportes es un contrato oneroso, sinalagmático y conmutativo, lo que significa que surgen obligaciones a cargo de las partes que se miran como equivalentes; y si bien el contratista asume la prestación de un servicio propio del sistema de bienestar familiar y social, lo hace a cambio de una contraprestación que considera equivalente a sus propias obligaciones. De tal manera que esta clase de contratos no son gratuitos sino remunerados y dicha remuneración corresponde a los servicios efectivamente prestados, aunque siempre dentro de la órbita del contrato especial de aportes, sin perder de vista que, en realidad, mediante esta clase de negocios jurídicos, el ICBF cumple con sus funciones y cometidos como prestadora del servicio público de bienestar familiar con sus propios recursos, pero a través de un tercero.

**CONTRATACIÓN ESTATAL - Equilibrio económico del contrato**

El contrato sobre el cual versa la presente controversia, es uno de aportes, celebrado por una entidad estatal, el Instituto de Bienestar Familiar, sometido por lo tanto, no sólo a las normas especiales que rigen esa clase de contratos sino también a la Ley 80 de 1993, respecto del cual por lo tanto, también opera la obligación de las partes de conservar el equilibrio contractual surgido al momento de su celebración. (…) Teniendo en cuenta que para predicar el rompimiento del equilibrio económico del contrato, uno de los requisitos que se exigen es que el hecho o circunstancia que se alega como origen de dicha ruptura debe presentarse con posterioridad a la celebración del contrato y además debe ser imprevisto e imprevisible, tal figura no puede alegarse en el presente caso, si se tiene en cuenta que el hecho por el cual sostiene la parte actora que se vio afectada y que le sirve de fundamento a sus pretensiones, tiene su origen en el contrato mismo, en la medida en que la Fundación para la Atención Integral del Menor, la Mujer y la Comunidad Héctor Bolívar López Cabrera lo que reclama es el pago de los cupos que atendió durante la ejecución del contrato y que no le fueron cancelados por la entidad y por eso pidió que se liquidara judicialmente el contrato, incluyendo en tal liquidación su valor. Es decir que el hecho por el cual se reclama, que es el valor de la atención de cupos por encima de los expresamente acordados, no fue imprevisto ni imprevisible, todo lo contrario, desde la celebración misma del negocio jurídico, las partes sabían de la existencia de esa posibilidad. En efecto, en el *sub-lite,* como ya se vio, quedó demostrado que entre las obligaciones asumidas por la Fundación contratista en el contrato celebrado con el ICBF, estaba la de obtener autorización escrita de la entidad contratante para suspender la atención, ubicar a los menores bajo su cuidado en otra institución o devolverlos al ICBF –párrafo 8.1-, lo que fue interpretado por las partes como la obligación del contratista de atender a los menores que le fueran remitidos a sus centros de atención de emergencia, aun cuando ello representara sobrepasar los cupos contractualmente acordados para la atención de esos niños y jóvenes abandonados o en peligro físico y/o moral, remitidos por la Policía, comisarías de familia, centros zonales, hospitales, otras organizaciones gubernamentales y no gubernamentales o por personas particulares.

**CONTRATO DE APORTES - Obligaciones del contrato - Incumplimiento del contrato - Precios unitarios**

Es decir que si bien en el contrato se pactó un número determinado de cupos que debía atender el contratista, lo cierto es que se dejó abierta la posibilidad de que la cantidad de los realmente utilizados fuera superior. Además, en las cláusulas quinta y sexta se consignó el valor unitario de cada cupo/niño/mes para los años 2004, 2005 y 2006 y se pactó como forma de pago, la contabilización de los cupos mensualmente atendidos, para multiplicar esa cantidad por el precio unitario acordado –párrafo 8.1-. Ahora bien, el contrato de aportes celebrado por las partes, como ya se vio, es un contrato oneroso y conmutativo, por lo que no puede entenderse que el contratista haya asumido obligaciones gratuitas de atención de menores, cuando en el mismo negocio jurídico se estableció la forma de calcular el valor por unidad de medida. Y en este punto deben recordarse las normas de interpretación de los contratos, en especial la que indica –art. 1622, C.C.- que las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. De tal manera que, si en el negocio jurídico se pactó cuál era el valor de cada cupo por niño al mes y además que se pagarían los realmente utilizados, deberá entenderse que esto operaba tanto para disminuir el pago cuando se usaran menos de los acordados expresamente, como para aumentarlo, cuando se presentara sobrecupo. En relación con la ejecución del contrato de aportes, está probado que el contratista en varias oportunidades le manifestó su preocupación al ICBF por la situación de sobrecupo y le pidió solucionarla, para garantizar la equitativa prestación del servicio y que la entidad le insistió en la obligación contractual que tenía de acogerlos en sus instalaciones y no negarles la atención y le manifestó que se estudiaría la forma de reconocerle el valor de los sobrecupos –párrafos 8.2, 8.3, 8.4, 8.6 y 8.10-Se acreditó igualmente, que de acuerdo con los informes de los supervisores del contrato de aportes, durante su ejecución se presentó la atención por parte del contratista, de 2 175 sobrecupos, los que se calcularon a partir del listado diario de niños y adolescentes en cada uno de los centros de atención, en el que se relacionó la fecha de ingreso y de salida y se estableció el sobrecupo diario en tales centros, en relación con el que se había pactado en el contrato –párrafo 8.11 y 8.12- De la misma manera, consta que los propios funcionarios de la entidad que tuvieron relación con la ejecución del contrato, alertaron al ICBF sobre la situación de sobrecupo que se estaba presentando en los centros de emergencia atendidos por esta Fundación e incluso propusieron fórmulas para que le fueran reconocidos los sobrecostos en que estaba incurriendo el contratista –párrafo 8.5, 8.7-. Se probó en el plenario, que por recomendación de los mismos funcionarios supervisores, que conceptuaron que el contratista venía cumpliendo cabalmente con sus obligaciones, el contrato de aportes fue adicionado en $ 1 051 800 840,oo, su objeto se aumentó en 80 cupos mensuales para la atención de menores y se prorrogó hasta junio de 2006 –párrafos 8.8 y 8.9- y que según manifestación de la entidad, aparte de este valor adicional, no se le hizo al contratista reconocimiento económico alguno por concepto de sobrecupos –párrafo 8.12-…De acuerdo con lo anterior y desde el punto de vista del rompimiento del equilibrio económico del contrato, se advierte que no existió un hecho del príncipe, puesto que no se produjo una medida de carácter general que hubiera expedido el ICBF y que haya sido causa de la supuesta afectación del contratista; tampoco se puede hablar de un evento de imprevisión, puesto que no se trató de un hecho imprevisto e imprevisible, extraño y ajeno a las partes, que se hubiera presentado con posterioridad a la celebración del contrato, desde la misma celebración del negocio jurídico, el contratista estaba advertido sobre la posibilidad de que se viera abocado -como de hecho sucedió- a pedir autorización para no recibir más menores en sus centros de atención, luego no fue un hecho imprevisto y razonablemente imprevisible el que se presentó y por la misma razón, tampoco se puede afirmar que haya sido producto del *ius variandi* ejercido por la entidad contratante, ya que no hubo un acto administrativo que le hubiera introducido alguna modificación al contrato celebrado. Sin duda, lo que se presentó fue la ejecución de las obligaciones contraídas por la Fundación en el contrato celebrado con el ICBF, frente a la cual esta entidad se abstuvo de reconocer los valores pactados en dicho negocio jurídico.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Liquidación judicial del contrato - Inclusión de valores faltantes**

Como consecuencia de lo explicado en párrafos anteriores, a juicio de la Sala lo que resulta procedente es acceder a la pretensión de liquidación del contrato, incluyendo en ella los valores que la entidad le quedó debiendo a su contratista, para lo cual se tendrá en cuenta la información que sus propios funcionarios recaudaron al respecto y que fue presentada al comité de conciliación del ICBF –párrafo 8.12-, los precios acordados en el negocio jurídico objeto de liquidación, así como el prospecto de liquidación incluido por la parte actora en su demanda, en el cual tuvo en cuenta los resultados económicos y de ejecución del contrato, por lo que con fundamento en esta información, la Sala procederá a declararlo liquidado.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá D.C, diecinueve (19) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00050-01(41684)**

**Actor: FUNDACIÓN PARA LA ATENCIÓN INTEGRAL DEL MENOR, LA MUJER Y LA COMUNIDAD HÉCTOR BOLÍVAR LÓPEZ CABRERA**

**Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - APELACIÓN SENTENCIA**

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 25 de mayo de 2011, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda, la cual será revocada.

**SÍNTESIS DEL CASO**

La Fundación para la Atención Integral del Menor, la Mujer y la Comunidad Héctor Bolívar López Cabrera ejecutó para el ICBF un contrato de aporte para la atención de niños y jóvenes abandonados o en peligro físico y/o moral remitidos por la policía, comisarías de familia, centros zonales, hospitales, otras organizaciones gubernamentales y no gubernamentales o personas particulares, respecto del cual prestó sus servicios por un mayor número de cupos al inicialmente contratado sin que la entidad le hubiera efectuado pago alguno por tales sobrecupos.

# ANTECEDENTES

**I. Lo que se demanda**

1. El 29 de enero de 2009, a través de apoderado debidamente constituido y en ejercicio de la acción de controversias contractuales consagrada en el artículo 87 del C.C.A, la Fundación para la Atención Integral del Menor, la Mujer y la Comunidad Héctor Bolívar López Cabrera –en adelante la Fundación- presentó demanda en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, en cuyas pretensiones solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas[[1]](#footnote-1) (f. 2 a 9, c. 1):

1. *Se restablezca el equilibrio económico del contrato a punto de no pérdida por cuanto el hecho de haber atendido un número de niñ@s* (sic) *superior al pactado deja en situación desfavorable a la Fundación contratista por cuanto de su pecunio brindó protección a los menores sin que el ICBF cancelara los valores correspondientes, configurándose aquí un enriquecimiento sin causa por parte del Estado en cabeza del ICBF y un detrimento en el patrimonio del contratista.*
2. *Que se realice por vía judicial la liquidación del contrato estatal de aportes No. 29/18/04/1162, conforme a los siguientes valores:*

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| ***MES*** | *VALOR CUPOS MES* | *CUPOS PAGADOS* | *VALOR CANCELADO* | *CUPOS ATENDIDOS NO PAGADOS* | *VALOR PENDIENTE POR CANCELAR* |
| *Dic 04* | *$725.024* | *255* | *$184 881 120* | *26* | *$18 850 624* |
| *Ene 05* | *$751 125* | *255* | *$191 536 875* | *60* | *$45 067 500* |
| *Feb 05* | *$751 125* | *255* | *$$ 191 536 875 $191 536 875$191 536 $191 536 875* | *11* | *$8 262 375* |
| *Mar 05* | *$751 125* | *255* | *$191 536 875* | *41* | *$30 796 125* |
| *Ab 05* | *$751 125* | *255* | *$191 536 875* | *50* | *$37 556 250* |
| *May 05* | *$751 125* | *255* | *$191 536 875* | *89* | *$66 850 125* |
| *Jun 05* | *$751 125* | *255* | *$191 536 875* | *84* | *$63 094 500* |
| *Jul 05* | *$751 125* | *255* | *$191 536 875* | *174* | *$130 695 750* |
| *Ag 05* | *$751 125* | *255* | *$191 536 875* | *194* | *$145 718 250* |
| *Sep 05* | *$751 125* | *255* | *$191 536 875* | *262* | *$196 794 750* |
| *Oct 05* | *$751 125* | *255* | *$191 536 875* | *203* | *$152 478 375* |
| *Nov 05* | *$751 125* | *255* | *$191 536 875* | *250* | *$187 781 250* |
| *Dic 05* | *$751 125* | *255* | *$191 536 875* | *104* | *$78 117 000* |
| *Ene 06* | *$777 414* | *255* | *$198 240 570* | *161* | *$125 163 654* |
| *Feb 06* | *$777 414* | *255* | *$198 240 570* | *129* | *$100 286 406* |
| *Mar 06* | *$784 926* | *335* | *$198 240 570* | *70* | *$54 944 820* |
| *Ab 06* | *$784 926* | *335* | *$198 240 570* | *102* | *$80 062 452* |
| *May 06* | *$784 926* | *335* | *$198 240 570* | *106* | *$83 202 156* |
| *Jun 06* | *$784 926* | *335* | *$198 240 570* | *124* | *$97 330 824* |
| ***TOTAL*** | *$3 931 605 600* | ***5 165*** | *$3 931 605 600* | ***2 240*** | *$1 703 053 186* |

1. *Que se condene al ICBF-Regional Bogotá al pago de los 2.240 cupos atendidos y no cancelados por valor de* ***MIL SETECIENTOS TRES MILLONES CINCUENTA Y TRES MIL CIENTO OCHENTA Y SEIS PESOS M.CTE. ($1.703.053.186,oo),*** *cifra que deberá ser indexada a la fecha de pago efectivo (…).*

2. Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la parte actora dio cuenta de la celebración entre las partes, del contrato de aporte n.o 29-18-04-1162 del 30 de noviembre de 2004, cuyo objeto fue prestar la atención integral provisional de manera inmediata a los niños, niñas y jóvenes abandonados o en peligro físico y/o moral remitidos por la policía, comisarías de familia, centros zonales, hospitales, otras organizaciones gubernamentales y no gubernamentales o personas particulares, con un plazo de ejecución comprendido entre el 1º de diciembre de 2004 y el 28 de febrero de 2006 y un valor inicial de $ 2 879 804 760,oo, que fue adicionado el 13 de febrero de 2006 por la suma de $ 1 051 800 840,oo y ampliado su plazo hasta el 30 de junio de 2006.

2.1. El número de cupos a atender se fijó inicialmente en 255 mensuales en el contrato principal, adicionando 80 cupos más para el mes de marzo de 2008 (sic), siendo el total de cupos contratados de hasta 355 por mes.

2.2. Los valores a cancelar por cada cupo se fijaron así: para el año 2004 $ 725 024 por cada menor atendido; para el año 2005, $ 751 125 por cada cupo atendido; para 2006, $ 777 414 hasta el mes de febrero y para los meses de marzo a junio, $ 784 926.

2.3. El contrato se ejecutó en los 4 centros de emergencia que tiene a cargo la regional Bogotá, a saber: Villa Servitá, Villa Luz, Villa Javier y Normandía y la fundación atendió durante su ejecución la totalidad de la problemática del menor abandonado en la modalidad centro de emergencia en el distrito.

2.4. En el contrato se pactó que la entrega de los recursos por parte del ICBF se efectuaría por mes vencido, usando como criterio el valor cupo/mes y el cupo efectivamente utilizado por el ICBF. Los desembolsos se efectuarían dentro de los 30 días siguientes al vencimiento de cada mensualidad, una vez se contara con el respectivo plan anual de caja PAC y previa certificación de cumplimiento expedida por el supervisor para tal efecto.

2.5. El ICBF realizó pagos por un valor total de $ 3 931 605 600,oo.

2.6. La entidad demandada, a lo largo del contrato, superó el número de cupos contratados y no canceló a la Fundación los valores correspondientes a la cantidad de menores atendidos y no pactados en el contrato, cuyo número ascendió a 2 240, lo que representó un valor de $ 1 703 053 186,oo.

2.7. A pesar de las múltiples comunicaciones enviadas por la Fundación al ICBF a través de diversas instancias, como su directora regional y la supervisora del contrato, no fue posible obtener que no se siguieran remitiendo menores para su atención, o que se cancelaran los valores por el número de cupos atendidos por fuera de los pactados en el contrato.

2.8. El representante legal de la Fundación, en repetidas ocasiones comunicó a la entidad contratante la negativa a seguir atendiendo a los menores por fuera de los cupos pactados en el contrato, ante lo cual la respuesta que dio el ICBF por intermedio de la coordinadora del centro zonal Revivir, no fue otra que informar al contratista que estaba en la obligación de atender a los menores y recibir en los centros de emergencia todos los que fueran remitidos, por cuanto el no hacerlo vulneraría los derechos fundamentales de los menores.

2.9. La negativa de la entidad respecto del pago de los cupos atendidos por fuera de lo pactado, generó la ruptura del equilibrio económico del contrato y un enriquecimiento sin causa en favor del Estado, por lo tanto la entidad demandada está en la obligación de pagar tales valores.

2.10. La demandante nunca consintió ni tácita ni expresamente la atención de esos cupos, por cuanto no guardó silencio ante esa situación y por el contrario solicitó el pago de los cupos atendidos y no cancelados o que la entidad se abstuviera de seguir remitiendo niños.

2.11. A pesar de que el contrato ordenaba su liquidación una vez terminado, la misma no se produjo, por lo que el contratista, el 7 de marzo de 2008, presentó una solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, sin que a la fecha de presentación de la demanda la entidad contratante se hubiera pronunciado sobre la misma y sin que el contrato haya sido liquidado ni los montos debidos cancelados.

**II. Actuación procesal**

3. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, presentó **contestación de la demanda,** en la cual se opuso a las pretensiones, por considerar que el término para liquidar el contrato había caducado y además, porque no era cierto que la Fundación demandante hubiera atendido 2240 cupos durante la ejecución del contrato de aportes por valor de $ 1 703 053 186,oo, de acuerdo al informe técnico financiero suscrito por los supervisores del Centro Zonal Revivir (f. 54, c. 1).

3.1. Sostuvo que si bien era cierto que la Fundación durante la ejecución del contrato había atendido un número mayor de cupos no contratados, que no fueron cancelados por el ICBF, fue porque no se demostró el valor de la atención ni la inversión que la actora hubiera efectuado por la referida suma.

3.2. Manifestó que era cierto que el representante legal de la Fundación en varias ocasiones remitió al ICBF comunicaciones pidiendo que no le fueran remitidos menores para su atención por cuanto se desbordaban los cupos contratados, pero la Fundación estaba en la obligación de recibir a los menores que remitían las diferentes autoridades, con el fin de brindarles protección y garantizar sus derechos fundamentales, hasta tanto no mediara autorización del ICBF de reubicarlos o suspender el servicio o negarse a prestarlo, de acuerdo con la cláusula segunda, numeral 20 del contrato, sobre obligaciones especiales del contratista.

3.3. Afirmó que era cierto que el ICBF no canceló los cupos atendidos por la Fundación durante la ejecución del contrato, pero que ello no significaba que esa atención hubiera sido un factor que generara el rompimiento económico del contrato y un enriquecimiento sin causa a favor del ICBF.

3.4. Propuso como excepciones i) la caducidad de la acción, pues siendo un hecho extracontractual la atención de menores rebasando el cupo pactado por las partes en el contrato, el término de 2 años para demandar en acción de reparación directa, ya había transcurrido y ii) la ineptitud de la demanda por indebida escogencia de la acción, por cuanto la contractual no era la procedente, ya que la reclamación que hace el demandante se refiere a los sobrecupos atendidos durante la ejecución del contrato de aportes pero por fuera de su objeto y que no estaban amparados por un registro presupuestal, por lo que se trató de un hecho que daba lugar al ejercicio de la acción de reparación directa.

4. En la oportunidad para alegar de conclusión, las partes reiteraron los argumentos expuestos en la demanda y su contestación (f. 189 y 194, c. 1).

5. En la **sentencia** proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el *a-quo* declaró no probadas las excepciones de caducidad e ineptitud sustantiva de la demanda y negó las pretensiones. Lo anterior, por cuanto consideró, de un lado, que la acción procedente era la de controversias contractuales, toda vez que se estaba pidiendo la liquidación de un contrato estatal y el restablecimiento de su equilibrio económico, y teniendo en cuenta los términos legales para su ejercicio, la demanda fue oportuna; y de otro lado, consideró que no obraban en el plenario las pruebas necesarias para establecer las cifras requeridas para la liquidación del contrato, como es el número exacto del sobrecupo atendido por la Fundación y el valor exacto que ésta gastó en su atención, teniendo en cuenta que según el informe técnico financiero que realizó el ICBF al estudiar la solicitud de conciliación prejudicial presentada por el demandante, del análisis de los ingresos y gastos del contratista se podía concluir que no hubo ni excedente ni déficit y que no se evidenciaba un mayor gasto por parte de la Fundación, en la ejecución del contrato de aportes 29/18/04/1162, por lo que se podía concluir que si bien hubo un sobrecupo, el contratista no demostró que se hubiera presentado un rompimiento del equilibrio económico del contrato, al no probar los supuestos mayores gastos en los que incurrió al prestar el servicio a los menores que no se encontraban dentro de los cupos convenidos (f. 221 a 231, c. ppl.).

6. Inconforme con la decisión, la parte actora interpuso **recurso de apelación** en el cual solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar despachar favorablemente las pretensiones de la demanda, toda vez que el contrato celebrado por las partes establecía en su cláusula sexta la forma de pago mediante la entrega de los recursos por parte del ICBF por mes vencido, usando como criterios el valor cupo/mes y el cupo efectivamente utilizado por la entidad y la exigencia de que el contratista demostrara los costos en los que incurrió para la atención de los menores pretende desdibujar y desconocer la obligación legal que le asiste a la entidad demandada de pagar por unos servicios que se prestaron y que según las normas que rigen el contrato de aporte y el contrato mismo, está en el deber de cancelar, lo cual desconoció el Tribunal, que se basó únicamente en un acta del comité de conciliación del ICBF que se enfocó en establecer una estrategia de defensa ante las omisiones de los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes legales de supervisión, distrayendo la atención en la justificación no exigida contractualmente de unos valores con los que se atendieron los menores; además, consideró que sí había elementos suficientes para liquidar judicialmente el contrato, tal y como se pidió en la demanda (f. 234, c. ppl.).

7. En la oportunidad para alegar de conclusión en esta instancia, las partes y el Ministerio Público guardaron silencio (f. 261, c. ppl.).

**CONSIDERACIONES**

**I. La competencia**

8. El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora el 13 de junio de 2011, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales con vocación de segunda instancia ante esta Corporación[[2]](#footnote-2).

**II. Hechos probados**

8.1. El 30 de noviembre de 2004, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Bogotá, celebró con la Fundación para la Atención Integral de la Mujer, el Menor y la Familia Héctor Bolívar López Cabrera, el contrato de aporte n.o 29/18/04/1162, del cual se resaltan las siguientes estipulaciones (f. 208, c. 1):

*PRIMERA.- OBJETO: Prestar la atención integral provisional de manera inmediata a niños, niñas y jóvenes abandonados o en peligro físico y/o moral remitidos por la POLICÍA, COMISARÍAS DE FAMILIA, CENTROS ZONALES, HOSPITALES, OTRAS ORGANIZACIONES GUBERNAMENTALES Y NO GUBERNAMENTALES O PERSONAS PARTICULARES, conforme a lo establecido en la Resolución 049 del 25 de enero de 2002 y la Resolución 510 del 19 de abril de 2004 por la cual se establecen los lineamientos para la prestación del servicio de la Regional Bogotá.*

*SEGUNDA: OBLIGACIONES ESPECIALES DEL CONTRATISTA: El contratista se obliga para con el ICBF, en general, a cumplir cabalmente con el objeto del presente contrato a la luz de las disposiciones vigentes y en especial: (…) 3.- Contar con la disponibilidad permanente de 255 cupos contratados, a través de este contrato (0 a 18 años, género mixto), discriminados así: a) centro de emergencia Centro (75 cupos) b) centro de emergencia Sur (65 cupos) c) centro de emergencia Kennedy (60 cupos) d) centro de emergencia Norte (55 cupos) (…) 15. Presentar al supervisor del contrato, informes escritos de índole técnica y financiera con sus respectivos soportes; los informes parciales de avance se presentarán dentro de los cinco (5) días siguientes a cada trimestre y el informe final a la terminación del contrato; como mínimo en los informes constará lo siguiente: desarrollo del servicio prestado, logros, dificultades y recomendaciones, registro de cupos atendidos mensualmente y aportes recibidos. La información financiera se deberá estructurar de acuerdo al plan único de cuentas PUC y según la directriz que defina el ICBF y sus soportes estar debidamente organizados. (…) 20.- Solicitar autorización previa y por escrito al ICBF y a la autoridad competente, cuando sea el caso, para las siguientes acciones: (i) Suspender la atención, (ii) ubicar a los menores bajo su cuidado en otra institución, (iii) devolver los menores al ICBF (…).*

*TERCERA.- OBLIGACIONES DE EL ICBF: El ICBF se obliga a cumplir cabalmente con el objeto del presente contrato a la luz de las disposiciones legales vigentes y en especial, a: 1) Aportar y desembolsar oportunamente a EL CONTRATISTA los recursos del presente contrato; 2) comunicar oportunamente a EL CONTRATISTA las directrices, lineamientos, estándares y demás instrucciones que se impartan por el ICBF; 3) ejercer el control sobre la inversión y el cumplimiento del servicio a través del supervisor; 4) las demás que le correspondan conforme con la naturaleza del presente contrato.*

*CUARTA.- PLAZO DE EJECUCIÓN: El plazo de ejecución será el comprendido entre el 1º de diciembre de 2004 al 28 de febrero de 2006. PARÁGRAFO PRIMERO. El presente contrato se mantendrá vigente durante el plazo de ejecución y cuatro (4) meses más.*

*QUINTA.- VALOR: Para todos los efectos fiscales el valor del presente contrato se fija en la suma de DOS MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y NUEVE OCHOCIENTOS CUATRO SETECIENTOS SESENTA PESOS M.CTE PESOS M/CTE.* (sic) *($ 2.879.804.760), resultante de multiplicar el valor cupo/mes de la modalidad contratada, por el número de cupos contratados, por el plazo pactado, los valores por valores* (sic) *por vigencia fiscal se discriminan así:*

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| *Vigencia* | *No. cupos* | *Valor cupo* | *Valor contrato* |
| *2004* | *255* | *$725.024* | *$184.881.120* |
| *2005* | *255* | *$751.125* | *$2.298.442.500* |
| *2006* | *255* | *$777.414* | *$396.481.140* |

*PARÁGRAFO PRIMERO. Se define como cupo/mes la capacidad de atención integral disponible para cada usuario en una unidad de servicio. Por un mismo cupo pueden pasar uno o varios niños durante el lapso de la vigencia del contrato. Se define como cupo utilizado.*

*SEXTA.- DESEMBOLSOS: La entrega de los recursos por parte del ICBF se efectuará mes vencido, usando como criterios el valor cupo/mes y el cupo efectivamente utilizado por el ICBF. Los desembolsos se efectuarán dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento de cada mensualidad, una vez se cuente con el respectivo Plan Anual de Caja –PAC y previa certificación de cumplimiento expedida por el supervisor para el efecto.*

*DÉCIMA.- SUPERVISIÓN Y/O INTERVENTORÍA: El ICBF controlará el cumplimiento de las obligaciones por parte de EL CONTRATISTA a través del COORDINADOR CENTRO ZONAL REVIVIR, o el funcionario que designe (…), quien ejercerá la supervisión y/o interventoría del presente contrato conforme a lo dispuesto sobre el particular en las normas internas expedidas para el efecto por el ICBF, especialmente lo señalado en el parágrafo del artículo 27 de la Resolución 2877 del 31 de diciembre de 2003, emanada de la Dirección Nacional: “Los supervisores de los contratos de aporte, cada dos (2) meses, deberán efectuar liquidaciones parciales de los cupos no atendidos y solicitarán la reducción del compromiso presupuestal al coordinador administrativo o financiero en las Regionales, para liberar el recurso, de conformidad con lo estipulado en los respectivos contratos, atendiendo la normatividad legal vigente respecto a las modificaciones de los contratos estatales, esto se hará mediante acta de liquidación firmada por el supervisor; así como en lo estipulado en la presente minuta. PARÁGRAFO: En desarrollo de su función, el supervisor y/o interventor contratado, cumplirá en especial lo siguiente: 1) Atender el desarrollo de la ejecución del contrato. 2) Comunicar en forma oportuna al Director de la Regional o Agencia, las circunstancias que afecten el normal desarrollo del contrato. 3) Elaborar técnica y oportunamente las actas y/o constancias requeridas para el cumplimiento y eficaz ejecución del contrato. 4) Comunicar en forma oportuna al director de la Regional o Agencia la ocurrencia de hechos constitutivos de mora o incumplimiento por parte de EL CONTRATISTA. 5) Exigir a EL CONTRATISTA periódicamente la presentación de informes de avance de ejecución de las obligaciones contractuales, revisarlos y remitirlos al Director de la Regional o Agencia para que reposen en el expediente del contrato. 6) Velar porque la garantía única se mantenga vigente durante la ejecución del contrato en los términos pactados para cada uno de los riesgos. 7) cumplir con las obligaciones que se establezcan para el desarrollo de la gestión de supervisor de este tipo de contrato.*

*DÉCIMA PRIMERA.- OBLIGACIONES DE EL CONTRATISTA PARA CON EL SUPERVISOR Y/O INTERVENTOR CONTRATADO: EL CONTRATISTA deberá suministrar la información necesaria, permitir el acceso e inspección de sus instalaciones, responder oportunamente las comunicaciones, facilitar las condiciones para el desempeño del supervisor y/o interventor contratado, en las instalaciones de EL CONTRATISTA y colaborar con él para el cabal cumplimiento de las labores de supervisión y/o interventoría. PARÁGRAFO: Para el cabal cumplimiento de las actividades de supervisión y/o interventoría contratada, EL CONTRATISTA se obliga a facilitar de manera oportuna e integral, libros de registro, archivos, actas, consolidados, y demás información pertinente, sin perjuicio de la demás información que en ejercicio de la función de inspección, vigilancia y control se requiera, apoyar todo proceso de asesoría tendiente a cualificar* (sic) *la prestación del servicio.*

*VIGÉSIMA.- TERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN: (…) Una vez terminado el contrato se procederá a su liquidación. Para el efecto, EL SUPERVISOR debe proyectar la liquidación dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de terminación, anexando: i) estado de cuenta, ii) certificado de cumplimiento y iii) informe final de ejecución. La liquidación se efectuará de común acuerdo dentro de los dos (2) meses siguientes a los dos (2) anteriormente señalados. Si vencido este plazo EL CONTRATISTA no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a un acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por el ICBF y se adoptará por acto administrativo motivado, susceptible del recurso de reposición.*

8.2. El 25 de agosto de 2005, el representante legal de la Fundación envió comunicación a la coordinadora del centro zonal Revivir del ICBF, en la que le manifestó nuevamente su preocupación por el sobrecupo que seguía presentando durante los últimos días, sobre el cual le relacionó las estadísticas, que arrojaban el número de niños atendidos durante el mes, el total de sobrecupos y de porcentaje del mismo que se presentó, pidiendo que se tomaran las medidas del caso para que existiera un normal desarrollo del contrato, que hacía referencia a 255 cupos, para garantizar de una manera equitativa la prestación del servicio (f. 29, c. 2).

8.3. El 2 de septiembre de 2005, el representante legal de la Fundación, envió oficio a la directora del centro especializado Revivir, en el cual se refirió a la situación que se les estaba presentando desde el mes de abril por la existencia de un alto sobrecupo, respecto del cual no habían recibido ninguna respuesta de la entidad, por lo que se les imposibilitaba seguir recibiendo niños, ya que a esa fecha contaban con el 61% en sobrecupo y esto estaba afectando el normal desarrollo del contrato y para no desmejorar la calidad del servicio que requerían, se continuaría recibiendo los menores de 6 años que tuvieran algún tipo de dificultad, pero que esperaban que disminuyera el número de sobrecupo que se estaba atendiendo (f. 33, c. 2).

8.4. El 5 de septiembre de 2005, la coordinadora del centro zonal Revivir del ICBF dio respuesta a la anterior comunicación y le manifestó al contratista que, aunque era cierto que venía atendiendo un alto número de sobrecupos, lo que efectivamente había colocado en déficit económico a la Fundación, *“por el objeto del contrato suscrito entre usted y el ICBF es para la atención de niños y niñas en situación de peligro y abandono por lo que no se les puede NEGAR la atención, hacerlo sería vulnerar aún más los derechos fundamentales de los niños quienes por estar en total indefensión son llevados a cualquiera de los centros de emergencia”.* Que el centro zonal había propuesto soluciones a este problema, como incremento de cupos en centros de emergencia e instituciones y que Asistencia Técnica estaba proponiendo el reconocimiento de un valor por cada sobrecupo; que se llevaría a cabo una reunión para analizar la situación y le pidió al contratista, *“continuar recibiendo a los niños que sean remitidos a cualquier centro de emergencia”* (f. 38, c. 2).

8.5. El 7 de septiembre de 2005, la directora del ICBF regional Bogotá envió comunicación a la directora técnica de la sede nacional, en la que solicitó su intervención y apoyo para solucionar la grave situación que se estaba presentando con los sobrecupos en los centros de emergencia en los últimos meses, respecto del contrato 29/18/04/1162 con la Fundación Héctor Bolívar López, la cual había enviado varios oficios en tal sentido, en los que manifestó su preocupación frente a la calidad de la atención, que se podía ver seriamente afectada por esos sobrecupos, por lo que solicitaba que se le reconociera el 70% del valor cupo-niño-mes que se había atendido y que se iría a atender. Agregó que la regional Bogotá había adelantado acciones como coordinación con el DABS para la atención de menores de 0 a 7 años, plan de choque (f. 139, c. 1).

8.6. El 10 de octubre de 2005, el representante legal de la Fundación nuevamente se dirige a la entidad para quejarse por la situación de sobrecupos que se estaba presentando en la ejecución del contrato y de la cual había dado cuenta en anteriores comunicaciones, por lo que solicitó que se reconociera el valor por la atención de esos niños para no desmejorar el servicio y seguir brindándolo en igualdad de condiciones (f. 28, c. 2).

8.7. El 22 de octubre de 2005, la directora del ICBF regional Bogotá le envió comunicación a la directora técnica de la entidad, sede nacional, en la que le recordó que desde el 6 de septiembre de ese año se le había informado la grave situación que se había venido presentando en los últimos meses en los centros de emergencia de la Fundación Héctor Bolívar López, contrato 29/18/04/1162, debido a los sobrecupos, sin que a la fecha se hubiera recibido respuesta. Le informó que el representante legal de la referida fundación, en oficio del 10 de octubre de 2005, reiteró nuevamente la situación planteada en septiembre, por cuanto el exceso de cupos continuaba, lo que propiciaba que la ejecución del contrato se viera afectada en los aspectos técnicos, administrativos y financieros, por lo que le solicitaba considerar la viabilidad de efectuar la cancelación de esos sobrecupos en el porcentaje que se considerara más indicado por el nivel central (f. 406, c. 2).

8.8. El 25 de enero de 2006, funcionarios del ICBF presentaron un concepto técnico, administrativo y financiero sobre la ejecución del contrato y con base en las visitas de seguimiento realizadas a la Fundación, observaron que las plantas físicas de Villa Javier y Villa Servitá eran adecuadas para el funcionamiento del programa, la alimentación se suministraba de acuerdo a la minuta recomendada, el recurso humano estaba completo y se ajustaba a las necesidades del desarrollo del programa, la dotación entregada a los niños se ajustaba a los requerimientos del programa, la institución llevaba sus registros contables de acuerdo a normas aceptadas en Colombia, presentaba los informes financieros, cumplía con el pago de los parafiscales, nómina y seguridad social y mantenía el archivo de sus soportes contables en perfecto orden, por lo cual expidieron concepto favorable para la adición en tiempo y para 80 cupos más (f. 405, c. 2).

8.9. El 13 de febrero de 2006, las partes suscribieron contrato adicional mediante el cual se amplió la atención de menores en 80 cupos más, se adicionó el valor en la suma de $ 1 051 800 840,oo y se prorrogó hasta el 30 de junio de 2006 (f. 214, c. 1).

8.10. En comunicaciones dirigidas al ICBF el 13 de febrero, 4 y 26 de abril y 20 de junio de 2006, el representante legal de la Fundación, nuevamente aludió a la situación de sobrecupos que se presentaba en los centros de atención (f. 32 y 34, c. 2).

8.11. En los informes de visita de verificación por parte de funcionarios del ICBF, respecto de las condiciones técnico administrativas para el desarrollo del servicio a cargo de la Fundación, efectuadas el 11 y 12 de mayo de 2005, 1º de julio de 2005, 15 de febrero de 2006 y 18 de mayo de 2006, se registró la atención de mayor cantidad de cupos a los 255 contratados (f. 380 a 399, c. 2).

8.12. En el comité de defensa judicial y conciliación de la sede nacional del ICBF se estudió la posibilidad de conciliación con la Fundación demandante, que reclamaba el pago de $ 1 703 053 186 por concepto de 2 240 sobrecupos en los centros de emergencia objeto del contrato 29/18/04/1162, según acta del 19 de marzo de 2009, en la cual consta que la entidad decidió no conciliar. Se registró al respecto, que la coordinadora del grupo financiero había informado que al contratista no se le había hecho pago alguno por concepto de sobrecupos y además, se consignó en tal documento (f. 63, c. 1):

*La Regional Bogotá requirió al Centro Zonal ICBF Revivir con el fin de certificar si la Fundación Héctor Bolívar López había registrado sobrecupo mensual durante la ejecución del contrato de aportes, y en respuesta, mediante memorando No.037871 de fecha 15 de octubre de 2008, se relacionó el sobrecupo mensual:*

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **FECHA** | **CUPOS**  **CONTRATADOS** | **CUPOS**  **EJECUTADOS** | **SOBRECUPO** |
| Diciembre/04 | 255 | 255 | 0 |
| Enero/05 | 255 | 329 | 74 |
| Febrero/05 | 255 | 263 | 8 |
| Marzo/05 | 255 | 284 | 29 |
| Abril/05 | 255 | 291 | 36 |
| Mayo/05 | 255 | 330 | 75 |
| Junio/05 | 255 | 328 | 73 |
| Julio/05 | 255 | 392 | 137 |
| Agosto/05 | 255 | 436 | 181 |
| Septiembre/05 | 255 | 520 | 265 |
| Octubre/05 | 255 | 470 | 215 |
| Noviembre/05 | 255 | 573 | 318 |
| Diciembre/05 | 255 | 424 | 169 |
| Enero/06 | 255 | 424 | 169 |
| Febrero/06 | 255 | 336 | 81 |
| Marzo/06 | 335 | 406 | 71 |
| Abril/06 | 335 | 406 | 71 |
| Mayo/06 | 335 | 435 | 100 |
| Junio/06 | 335 | 438 | 103 |
| TOTAL |  |  | 2175 |

*La coordinadora del Centro Zonal Revivir mandó informes cualitativos mensuales al Grupo de Planeación de la Regional Bogotá, en los cuales resaltaba la situación de sobrecupo de los Centros de Emergencia y se estableció que, no obstante el hecho de la atención del sobrecupo, la Fundación Héctor Bolívar López no presentó un excedente ni un déficit contables, es decir, no demostró la inversión de más por la prestación del servicio en virtud de los cupos no contratados.*

*La Regional estableció y concluyó que no existe evidencia de un mayor valor invertido en la prestación del servicio por la Fundación Héctor Bolívar López Cabrera en ejecución del contrato de aporte No. 29/18/2004/1162.*

*(…)*

***CONCEPTO COMITÉ DE CONCILIACIÓN REGIONAL:***

*El Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Regional Bogotá, en sesión del 9 de diciembre de 2008, decidió: “Después del informe técnico financiero remitido por el Centro Zonal Revivir, se concluye que la Fundación Héctor Bolívar López, sí prestó durante la ejecución del contrato de aportes un sobre cupo de 2175, sin embargo no se pudo verificar el valor del mismo, por lo cual y bajo el sustento de dicha información, los integrantes del Comité por unanimidad han decidido* ***NO CONCILIAR*** *con* ***LA FUNDACIÓN HÉCTOR BOLÍVAR LÓPEZ CABRERA”.***

*(…) el ICBF suscribió con la Fundación Héctor Bolívar López Cabrera el Contrato No. 29/18/04/1162 del 30 de noviembre de 2004, que asignaba un número determinado de cupos en Centros de Emergencia para niños en situación de vulnerabilidad de derechos; este número se sobrepasó por la cantidad que fue remitida y que los Centros de Emergencia atendieron conforme al cumplimiento del objeto contractual y a la prohibición de remitirlos a otra institución o regresarlos al ICBF, lo cual generó un gasto adicional a lo pactado que no fue demostrado por la Fundación Héctor Bolívar, en virtud de que no se generó un déficit contable durante la vigencia del contrato No. 29/18/04/1162.*

*Por lo anterior, concluimos que la entidad contratista (i) Prestó el servicio de buena fe, teniendo en cuenta que el contrato le prohibía suspender el servicio o ubicar a los menores bajo su cuidado en otra institución o devolverlos al ICBF, (ii) que el ICBF recibió satisfactoriamente el servicio prestado, (iii) Que se pudo evidenciar con certeza en los informes Técnico y Financiero que prestó un servicio por 2175 cupos no contratados, (iv) Que de los soportes enviados por ella no se concluyó ni probó la inversión por el servicio.*

*Es de resaltar que el sobrecupo causado en los Centros de Emergencia por el alto índice de niños en situación de vulnerabilidad de derechos y atendidos es un acto extracontractual en razón a que dichos Centros atendieron más niños que los cupos contratados; por lo tanto, la solicitud de pago por el sobrecupo no podía sobrepasar el término de caducidad para hacer la reclamación mediante acción de reparación directa, el cual es de 2 años (…).*

***DECISIÓN COMITÉ DEFENSA JUDICIAL Y CONCILIACIÓN REGIONAL ICBF BOGOTÁ:***

*“(…) dentro del tema de liquidación del contrato, versaría el tema referente a la ejecución del objeto contractual, el cumplimiento de las obligaciones contractuales, al valor de la obra, y que esté amparado en la Disponibilidad Presupuestal.*

*Como bien lo dice el solicitante el contrato de aportes no fue liquidado, y como el sobrecupo en la atención de menores estuvo por fuera de los cupos contratados y sin una Disponibilidad Presupuestal que ampara* (sic) *su reconocimiento y pago, circunstancia esta que hace que su debate se rija por la solución alternativa de conflictos (…).*

*Igualmente la entidad dentro de las obligaciones contractuales estipuladas le impuso al contratista la obligación de atender a todos los menores que le fueran remitidos, pero no le indicó el modo para su reconocimiento y pago, indicación que garantizaba el restablecimiento de los derechos vulnerados a los menores, que ingresaban bajo la tutela del ICBF.*

*Aspecto que llevó al rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato, situación que se desprende de la solicitud de conciliación, toda vez que la ejecución de las obligaciones contractuales debe ser equivalente, es decir que el contratista recibirá como contraprestación el valor del servicio prestado; si no es así surge, en principio, su derecho de solicitar la restitución del tal equilibrio por los actos o hechos de la administración contratante, generados en factores exógenos a las partes del negocio jurídico (teoría de la imprevisión), como es el caso en estudio.*

*(…)*

*De los documentos aportados por la parte convocante, el Comité de Defensa Judicial y Conciliación, le solicitó al Grupo Financiero, su estudio y análisis, con el fin de proceder a tomar una decisión sobre las pretensiones invocadas por el convocante.*

*(…)*

*De lo anterior se concluye que el informe que tuvo como fuente en esta última etapa de análisis fueron los informes emitidos por los supervisores del Centro Zonal Revivir, al concluir que en los estados financieros no evidencian un mayor valor, al no existir evidencia* (sic) *su ingreso al ejercicio contable[[3]](#footnote-3).*

*Por lo tanto fluye de todo lo anterior, que está demostrado i) que la convocante prestó el servicio de sobrecupo, de acuerdo a la certificación expedida por los supervisores financieros y la Coordinadora del Centro Zonal Especializado Revivir, ii) Que el ICBF aceptó y recibió el servicio prestado por parte de la Fundación Héctor Bolívar López, iii) que el servicio prestado tenía como objeto garantizar el restablecimiento de los derechos de los menores en situación de peligro o en estado de abandono, iv) que el servicio fue autorizado por el ICBF, v) sin embargo y dado los anteriores elementos demostrativos de la prestación del servicio,* ***desde el punto de vista financiero se argumentó que no existía un mayor valor pagado por la Fundación, toda vez que los soportes de sobregiro allegados por el convocante y entregados a los integrantes del Comité de Defensa Judicial y Conciliación de la Regional[[4]](#footnote-4), no se indicaban en el ejercicio contable.***

*Por lo anterior el Comité en pleno recomienda* ***no conciliar*** *con la Fundación Héctor Bolívar López Cabrera, las pretensiones indicadas en la solicitud de conciliación”.*

***DECISIÓN DEL COMITÉ:***

*Con base en las anteriores consideraciones se concluye frente al presente caso que visto y analizado el mismo el Comité de Defensa Judicial y Conciliaciones, establece que no es procedente la conciliación (…).*

**III. El problema jurídico**

9. Teniendo en cuenta los hechos probados y los motivos de la apelación interpuesta por la parte actora, deberá la Sala establecer i) si se rompió el equilibrio económico del contrato de aportes celebrado por las partes, según lo afirmó la demandante y ii) si resulta procedente liquidar judicialmente el contrato incluyendo en dicha liquidación el valor reclamado por concepto de los sobrecupos atendidos por la Fundación Héctor Bolívar López Cabrera.

**IV. Análisis de la Sala**

**El contrato de aporte**

10. 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[[5]](#footnote-5), por hallarse en situación irregular, o en situación de abandono o peligro físico o moral[[6]](#footnote-6), razón por la cual están sujetos a las medidas de protección tanto preventivas como especiales, consagradas en el mismo código.

11. 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 garantizarle 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 de 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[[7]](#footnote-7), para que le brinde la atención integral –art. 82-. Así mismo, deberá velar y brindar las medidas de protección cuando ello sea necesario, para los menores que presentan deficiencia física, sensorial o mental –arts. 222 y sgtes.-.

12. 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.

13. 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[[8]](#footnote-8) 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[[9]](#footnote-9):**

*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[[10]](#footnote-10).*

*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.*

14. Es claro entonces, que los contratos de aporte que celebra el ICBF, son una categoría especial, sujeta a un régimen legal parcialmente 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*[[11]](#footnote-11)*.*

15. Como se observa, el contrato de aportes es un contrato oneroso, sinalagmático y conmutativo, lo que significa que surgen obligaciones a cargo de las partes que se miran como equivalentes; y si bien el contratista asume la prestación de un servicio propio del sistema de bienestar familiar y social, lo hace a cambio de una contraprestación que considera equivalente a sus propias obligaciones. De tal manera que esta clase de contratos no son gratuitos sino remunerados y dicha remuneración corresponde a los servicios efectivamente prestados, aunque siempre dentro de la órbita del contrato especial de aportes, sin perder de vista que, en realidad, mediante esta clase de negocios jurídicos, el ICBF cumple con sus funciones y cometidos como prestadora del servicio público de bienestar familiar con sus propios recursos, pero a través de un tercero. Como lo ha manifestado la Sala:

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

*30.2. En efecto, la Sala entiende que en la interpretación de los contratos de aporte, debe tenerse en cuenta que la satisfacción del servicio público de bienestar familiar irradia la totalidad de las cláusulas pactadas entre las partes, de tal suerte que en la consideración del operador jurídico debe prevalecer, en caso de duda, que la consagración legal y reglamentaria de este contrato atípico posee una exclusiva razón de ser: que se brinde el servicio “público y esencial de bienestar familiar encaminado a la protección específica de la niñez colombiana y, de manera concreta, a la protección y efectividad de los derechos contenidos en el artículo 44 de la Carta Política”[[12]](#footnote-12), sobre el cual el ICBF ejerce facultades de dirección, inspección, vigilancia y control.*

*(…)*

*34. Ahora bien, de las cláusulas referidas al régimen económico del contrato se tiene que en las obligaciones del contratista (párr. 15.3.) consta el deber de “Invertir los recursos entregados por EL INSTITUTO, exclusivamente en la atención de los menores objeto de este contrato y manejar estos recursos, en una cuenta independiente de los demás ingresos del CONTRATISTA” (numeral 2). Igualmente, al referirse a la autonomía del contratista (párr. 15.4.), se señaló que el ICBF debía “inspeccionar la inversión de los recursos entregados”.*

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

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

*(…)*

*35.1. Dentro del contexto hasta aquí expuesto, la Sala entiende que estas cláusulas expresan y desenvuelven la voluntad, patente en otros apartes, de celebrar un contrato de aporte. En efecto, la definición de “cupo/niño/mes”, utilizada por las partes para avaluar el coste del contrato, se refiere el apoyo económico brindado por el ICBF a la institución contratista, calculado en virtud de la capacidad del contratista, y de la atención efectivamente prestada a los menores. Labores que, evidentemente, desarrollan la actividad básica del ICBF: la prestación del servicio de bienestar familiar.*

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

*(…)*

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

*(…)*

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

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

*41.3. El contrato de aporte carecería de todo sustento si se entendiera que los aportes del ICBF entran a formar parte de las arcas del contratista, otorgándole a estos dineros un tratamiento de provecho o de utilidad, y comprendiendo al contratista como una institución con ánimo de lucro. De este modo, se malograría la finalidad de las normas rectoras de este contrato, y se deformaría la voluntad de los asociados de no perseguir ventajas económicas a través la actividad de la persona jurídica que crean[[13]](#footnote-13).*

**El caso concreto**

16. El ICBF celebró con la Fundación Héctor Bolívar López Cabrera, a finales de 2004, el contrato de aportes n.o 29/18/04/1162 para la atención de menores en sus centros de emergencia ubicados en varios puntos de la ciudad de Bogotá, en el que se pactó un número de cupos mensuales de 255, que en 2006, a través de un contrato adicional, fueron aumentados en 80; en dichos contratos principal y adicional, se pactó el valor correspondiente por la atención de los referidos cupos, que ascendió a la suma de $ 3 931 605 600, valor que le fue cancelado por la entidad teniendo en cuenta los precios acordados por cada cupo/niño/mes, según lo admitió el mismo demandante –párrafo 1-.

17. No obstante, la parte actora adujo que en su ejecución, se presentó el rompimiento del equilibrio económico del contrato, puesto que atendió un número de cupos superior al acordado -2 240 según la demanda-, por lo que reclama su valor, que considera que le debe ser reconocido con base en los precios pactados en el contrato para cada cupo. En consecuencia, solicitó que se liquide el contrato de aportes y que en dicha liquidación, se incluya como saldo a su favor, la suma de $ 1 703 053 186,oo, correspondiente al valor de los 2 240 cupos que dijo haber atendido de más.

18. El apelante sostuvo que su pretensión principal *ab initio* fue que se liquidara el contrato y se le pagara con base en él lo que realmente ejecutó. Y que fue a instancias del *a-quo,* que inadmitió la demanda para ello, que modificó las pretensiones para incluir la tendiente a que se declare el rompimiento del equilibrio económico del contrato. Sostuvo (f. 235, c. ppl.):

*Ahora bien, menciona el numeral 2 del fallo, hoja No. 3, que en su orden las pretensiones de la demanda fueron:*

1. *Que se restablezca el equilibrio económico del contrato a punto de no pérdida …*
2. *Que se realice por vía judicial la liquidación del contrato estatal de aportes No. 29/1804/1162 (…)*

*La anterior afirmación no es acorde a lo planteado en la demanda si se tiene en cuenta que la pretensión principal fue la de obtener en sede judicial la liquidación del contrato; posterior a la presentación de la demanda, en auto del 25 de febrero el Honorable Magistrado ordenó incluir en las pretensiones el restablecimiento del equilibrio económico y relacionar como debería ser la liquidación del contrato; esta situación cobra vital importancia si se tiene en cuenta que la sentencia proferida no cumple con el objetivo principal que se buscó con la acción contractual, la cual fue la liquidación del contrato en sede judicial (…).*

**El equilibrio económico del contrato**

19. El contrato sobre el cual versa la presente controversia, es uno de aportes, celebrado por una entidad estatal, el Instituto de Bienestar Familiar, sometido por lo tanto, no sólo a las normas especiales que rigen esa clase de contratos sino también a la Ley 80 de 1993, respecto del cual por lo tanto, también opera la obligación de las partes de conservar el equilibrio contractual surgido al momento de su celebración.

20. En relación con esta figura, ha dicho la Sala[[14]](#footnote-14):

*(…) existen circunstancias imprevistas que se pueden presentar con posterioridad a la celebración del contrato y que se traducen en un agravamiento de las cargas asumidas por las partes voluntariamente cuando decidieron contratar y obligarse mutuamente; por lo tanto, la normatividad ha contemplado soluciones para eventos de esta naturaleza.*

*20. El artículo 5º de la Ley 80 de 1993, estipula el derecho que tienen los contratistas a que el valor intrínseco de la remuneración pactada no se altere o modifique durante la vigencia del contrato y a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas; a su vez, el artículo 14, establece que, cuando la administración ejerza alguna de sus potestades excepcionales de interpretación, modificación o terminación unilateral del contrato, debe proceder a reconocer y ordenar el pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los contratistas objeto de tales medidas y que se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello “…con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial”; y además, dispone que las partes aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, para mantener la ecuación o equilibrio inicial.*

*21. Por otro lado, el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, se refiere específicamente a la ecuación contractual al establecer que “En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, según el caso”, y que “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”, suscribiendo los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar.*

*22. El artículo 28, por su parte, establece como un criterio de interpretación de las normas del estatuto contractual, el de “…la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”.*

*23. La alteración de la ecuación contractual, se deriva de diversas causas, que se pueden clasificar en dos grandes grupos: 1) Las provenientes de la administración contratante y 2) las exógenas a las partes del negocio.*

*(…)*

*28. De esta manera, si después de celebrado el contrato el contratista alega que se presentó un hecho extraordinario que afecta la ejecución del objeto contractual y que representa para él unos mayores costos, en forma tal que se rompe el equilibrio económico del contrato, y solicita en consecuencia, el restablecimiento del mismo, debe la entidad establecer, en primer lugar, si dicha circunstancia era razonablemente imprevisible, tanto para el contratista como para ella, porque si el contratista lo pudo prever y no lo hizo o si se trata de un riesgo que le correspondía asumir, no hay lugar a los reconocimientos pedidos; y si se comprueba que era de cargo de la entidad la previsión de la circunstancia, con fundamento en los estudios que debía realizar con antelación, y que no lo hizo, podría configurarse un incumplimiento suyo, que daría lugar a una indemnización integral a favor del contratista.*

21. Teniendo en cuenta que para predicar el rompimiento del equilibrio económico del contrato, uno de los requisitos que se exigen es que el hecho o circunstancia que se alega como origen de dicha ruptura debe presentarse con posterioridad a la celebración del contrato y además debe ser imprevisto e imprevisible, tal figura no puede alegarse en el presente caso, si se tiene en cuenta que el hecho por el cual sostiene la parte actora que se vio afectada y que le sirve de fundamento a sus pretensiones, tiene su origen en el contrato mismo, en la medida en que la Fundación para la Atención Integral del Menor, la Mujer y la Comunidad Héctor Bolívar López Cabrera lo que reclama es el pago de los cupos que atendió durante la ejecución del contrato y que no le fueron cancelados por la entidad y por eso pidió que se liquidara judicialmente el contrato, incluyendo en tal liquidación su valor. Es decir que el hecho por el cual se reclama, que es el valor de la atención de cupos por encima de los expresamente acordados, no fue imprevisto ni imprevisible, todo lo contrario, desde la celebración misma del negocio jurídico, las partes sabían de la existencia de esa posibilidad.

22. En efecto, en el *sub-lite,* como ya se vio, quedó demostrado que entre las obligaciones asumidas por la Fundación contratista en el contrato celebrado con el ICBF, estaba la de obtener autorización escrita de la entidad contratante para suspender la atención, ubicar a los menores bajo su cuidado en otra institución o devolverlos al ICBF –párrafo 8.1-, lo que fue interpretado por las partes como la obligación del contratista de atender a los menores que le fueran remitidos a sus centros de atención de emergencia, aun cuando ello representara sobrepasar los cupos contractualmente acordados para la atención de esos niños y jóvenes abandonados o en peligro físico y/o moral, remitidos por la Policía, comisarías de familia, centros zonales, hospitales, otras organizaciones gubernamentales y no gubernamentales o por personas particulares.

23. Es decir que si bien en el contrato se pactó un número determinado de cupos que debía atender el contratista, lo cierto es que se dejó abierta la posibilidad de que la cantidad de los realmente utilizados fuera superior. Además, en las cláusulas quinta y sexta se consignó el valor unitario de cada cupo/niño/mes para los años 2004, 2005 y 2006 y se pactó como forma de pago, la contabilización de los cupos mensualmente atendidos, para multiplicar esa cantidad por el precio unitario acordado –párrafo 8.1-.

24. Ahora bien, el contrato de aportes celebrado por las partes, como ya se vio, es un contrato oneroso y conmutativo, por lo que no puede entenderse que el contratista haya asumido obligaciones gratuitas de atención de menores, cuando en el mismo negocio jurídico se estableció la forma de calcular el valor por unidad de medida. Y en este punto deben recordarse las normas de interpretación de los contratos, en especial la que indica –art. 1622, C.C.- que las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. De tal manera que, si en el negocio jurídico se pactó cuál era el valor de cada cupo por niño al mes y además que se pagarían los realmente utilizados, deberá entenderse que esto operaba tanto para disminuir el pago cuando se usaran menos de los acordados expresamente, como para aumentarlo, cuando se presentara sobrecupo.

25. En relación con la ejecución del contrato de aportes, está probado que el contratista en varias oportunidades le manifestó su preocupación al ICBF por la situación de sobrecupo y le pidió solucionarla, para garantizar la equitativa prestación del servicio y que la entidad le insistió en la obligación contractual que tenía de acogerlos en sus instalaciones y no negarles la atención y le manifestó que se estudiaría la forma de reconocerle el valor de los sobrecupos –párrafos 8.2, 8.3, 8.4, 8.6 y 8.10-

26. Se acreditó igualmente, que de acuerdo con los informes de los supervisores del contrato de aportes, durante su ejecución se presentó la atención por parte del contratista, de 2 175 sobrecupos, los que se calcularon a partir del listado diario de niños y adolescentes en cada uno de los centros de atención, en el que se relacionó la fecha de ingreso y de salida y se estableció el sobrecupo diario en tales centros, en relación con el que se había pactado en el contrato –párrafo 8.11 y 8.12-.

27. De la misma manera, consta que los propios funcionarios de la entidad que tuvieron relación con la ejecución del contrato, alertaron al ICBF sobre la situación de sobrecupo que se estaba presentando en los centros de emergencia atendidos por esta Fundación e incluso propusieron fórmulas para que le fueran reconocidos los sobrecostos en que estaba incurriendo el contratista –párrafo 8.5, 8.7-.

28. Se probó en el plenario, que por recomendación de los mismos funcionarios supervisores, que conceptuaron que el contratista venía cumpliendo cabalmente con sus obligaciones, el contrato de aportes fue adicionado en $ 1 051 800 840,oo, su objeto se aumentó en 80 cupos mensuales para la atención de menores y se prorrogó hasta junio de 2006 –párrafos 8.8 y 8.9- y que según manifestación de la entidad, aparte de este valor adicional, no se le hizo al contratista reconocimiento económico alguno por concepto de sobrecupos –párrafo 8.12-.

29. De acuerdo con lo anterior y desde el punto de vista del rompimiento del equilibrio económico del contrato, se advierte que no existió un hecho del príncipe, puesto que no se produjo una medida de carácter general que hubiera expedido el ICBF y que haya sido causa de la supuesta afectación del contratista; tampoco se puede hablar de un evento de imprevisión, puesto que no se trató de un hecho imprevisto e imprevisible, extraño y ajeno a las partes, que se hubiera presentado con posterioridad a la celebración del contrato, desde la misma celebración del negocio jurídico, el contratista estaba advertido sobre la posibilidad de que se viera abocado -como de hecho sucedió- a pedir autorización para no recibir más menores en sus centros de atención, luego no fue un hecho imprevisto y razonablemente imprevisible el que se presentó y por la misma razón, tampoco se puede afirmar que haya sido producto del *ius variandi* ejercido por la entidad contratante, ya que no hubo un acto administrativo que le hubiera introducido alguna modificación al contrato celebrado. Sin duda, lo que se presentó fue la ejecución de las obligaciones contraídas por la Fundación en el contrato celebrado con el ICBF, frente a la cual esta entidad se abstuvo de reconocer los valores pactados en dicho negocio jurídico.

30. Por las anteriores razones, no resulta procedente la declaratoria de rompimiento del equilibrio económico del contrato pedida en la demanda.

**La liquidación judicial del contrato**

31. Como consecuencia de lo explicado en párrafos anteriores, a juicio de la Sala lo que resulta procedente es acceder a la pretensión de liquidación del contrato, incluyendo en ella los valores que la entidad le quedó debiendo a su contratista, para lo cual se tendrá en cuenta la información que sus propios funcionarios recaudaron al respecto y que fue presentada al comité de conciliación del ICBF –párrafo 8.12-, los precios acordados en el negocio jurídico objeto de liquidación, así como el prospecto de liquidación incluido por la parte actora en su demanda, en el cual tuvo en cuenta los resultados económicos y de ejecución del contrato, por lo que con fundamento en esta información, la Sala procederá a declararlo liquidado, así:

**Liquidación del contrato 29/18/04/1162:**

Valor inicial (255 cupos): $ 2 879 804 760

Contrato Adicional febrero/06 (80 cupos): $ 1 051 800 840

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| ***MES*** | *VALOR CUPOS MES* | *CUPOS PAGADOS* | *VALOR CANCELADO* |
| *Dic 04* | *$725.024* | *255* | *$184 881 120* |
| *Ene 05* | *$751 125* | *255* | *$191 536 875* |
| *Feb 05* | *$751 125* | *255* | *$$ 191 536 875 $191 536 875$191 536 $191 536 875* |
| *Mar 05* | *$751 125* | *255* | *$191 536 875* |
| *Ab 05* | *$751 125* | *255* | *$191 536 875* |
| *May 05* | *$751 125* | *255* | *$191 536 875* |
| *Jun 05* | *$751 125* | *255* | *$191 536 875* |
| *Jul 05* | *$751 125* | *255* | *$191 536 875* |
| *Ag 05* | *$751 125* | *255* | *$191 536 875* |
| *Sep 05* | *$751 125* | *255* | *$191 536 875* |
| *Oct 05* | *$751 125* | *255* | *$191 536 875* |
| *Nov 05* | *$751 125* | *255* | *$191 536 875* |
| *Dic 05* | *$751 125* | *255* | *$191 536 875* |
| *Ene 06* | *$777 414* | *255* | *$198 240 570* |
| *Feb 06* | *$777 414* | *255* | *$198 240 570* |
| *Mar 06* | *$784 926* | *335* | *$198 240 570* |
| *Ab 06* | *$784 926* | *335* | *$198 240 570* |
| *May 06* | *$784 926* | *335* | *$198 240 570* |
| *Jun 06* | *$784 926* | *335* | *$198 240 570* |
| ***TOTAL*** | *$3 931 605 600* | ***5 165*** | *$3 931 605 600* |

Valor total pagado: $ 3 931 605 600

**Cupos adicionales atendidos:**

**Año 2005:**  **1 580 sobrecupos**

Valor cupo/niño/ mes en 2005: $ 751 125,oo

Valor adeudado por atención

de cupos adicionales en 2005: $ 1 186 777 500

**Año 2006:**  **595 sobrecupos**

Valor cupo/niño/ mes en 2006: $ 777 414,oo

Valor adeudado por atención

de cupos adicionales en 2006: $ 462 561 330

Total valor adeudado por el ICBF

a la Fundación contratista: $ 1 649 338 830

La anterior suma adeudada por el ICBF a la Fundación para la Atención Integral del Menor, la Mujer y la Comunidad Héctor Bolívar López Cabrera, será actualizada a la fecha de la presente providencia, para lo cual se aplicará la fórmula usualmente utilizada para ello por la Sala:

VA = VH x índice final

Índice inicial

En donde: VA es el valor actualizado; VH el valor histórico a actualizar: $ 1 649 338 830; índice final, el IPC vigente a la fecha presente: 138,04 y el índice inicial, el IPC vigente al momento de finalizar el contrato, lo que sucedió en junio de 2006: 86,64:

VA = 1 649 338 830 x 138,04

86,64

VA = 2 627 824 700

Valor actualizado a pagar por el ICBF a

favor de la Fundación para la Atención Integral

del Menor, la Mujer y la Comunidad

Héctor Bolívar López Cabrera: $ 2 627 824 700,oo.

32. Como consecuencia de lo anterior, la sentencia de primera instancia será revocada, para declarar liquidado el contrato objeto de la controversia en la forma expuesta.

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

**REVÓCASE** la sentencia apelada, esto es, la proferida el 25 de mayo de 2011, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, la cual quedará así:

**PRIMERO: DECLÁRESE** liquidado el contrato de aporte n.o 29/18/04/1162 celebrado entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Fundación para la Atención Integral del Menor, la Mujer y la Comunidad Héctor Bolívar López Cabrera el 30 de noviembre de 2004 y su adicional del 13 de febrero de 2006, en los términos de la presente providencia.

**SEGUNDO:** **CONDÉNASE** al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, a pagar a favor de la Fundación para la Atención Integral del Menor, la Mujer y la Comunidad Héctor Bolívar López Cabrera la suma de DOS MIL SEISCIENTOS VEINTISIETE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTICUATRO MIL SETECIENTOS PESOS M/CTE ($ 2 627 824 700,oo).

**TERCERO: NIÉGANSE** las demás pretensiones de la demanda.

**CUARTO:** Sin costas, por no aparecer acreditadas.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente sentencia.

## CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**

**Magistrada**

**JAIRO PARRA QUIJANO**

**Conjuez[[15]](#footnote-15)**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

**Magistrado**

1. Las pretensiones originalmente propuestas en la demanda, fueron modificadas por orden del tribunal *a-quo,* que en el auto inadmisorio de la misma, dispuso que el demandante debía pedir el restablecimiento del equilibrio económico del contrato y que como consecuencia del mismo, se ordenara el pago de la suma de dinero que alegaba el demandante que correspondía a los sobrecupos atendidos y adicionalmente, que teniendo en cuenta esos valores, debía allegar un proyecto de cómo se debía realizar la liquidación judicial del contrato; en principio, el demandante había solicitado: “***PRIMERA:*** *Que se liquide el contrato estatal de aportes No. 29-18-04-1162, toda vez que a la fecha no se ha dado cumplimiento a la elaboración del acta de liquidación del contrato ni se ha expedido acto administrativo alguno que ordene la liquidación y por ende no se han cancelado los valores de sobre ejecución relacionados en el acápite de hechos. //* ***SEGUNDA:*** *Que como consecuencia de la liquidación del contrato se ordene al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – REGIONAL BOGOTÁ al pago de los DOS MIL DOSCIENTOS (2.240)* (sic) *cupos atendidos por mi representada durante la ejecución del contrato y los cuales ascienden a la suma de* ***MIL SETECIENTOS TRES MILLONES CINCUENTA Y TRES MIL CIENTO OCHENTA Y SEIS PESOS M.CTE. ($1.703.053.186,oo)*** *(…)”* (f. 5 y 12, c. 1)*.* [↑](#footnote-ref-1)
2. El artículo 129 del C.C.A modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, establece que el Consejo de Estado conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos. Por su parte, el artículo 132 del mismo código, modificado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998, establece que los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los asuntos referentes a contratos de las entidades estatales cuando la cuantía exceda de 500 S.M.L.M.; en el presente caso, las pretensiones de la demanda ascienden a $ 1 703 053 186,oo. [↑](#footnote-ref-2)
3. Copia del informe técnico financiero del Centro Especializado de Protección Revivir es visible al f. 123, c. 1 y en él se lee, entre otras cosas: *“En las diferentes visitas de supervisión se pudo encontrar que en Villa Servita para los 90 cupos contratados ofreció 25 raciones de alimentación diariamente de más para un total de 115 raciones diarias de alimentación y tenía instaladas un total de 116 camas, en el centro de emergencia Normandía ofreció 10 raciones de alimentación diariamente para un total de 75 raciones y tenía instaladas un total de 80 camas. El centro de emergencia Villa Javier para los 95 cupos tenía instaladas 130 camas. En algunas ocasiones el sobrecupo superaba el número de camas instaladas generando que los niños más pequeños durmieran de dos por cama, ocasionando incomodidad. // Se detectó que el personal contratado para la ejecución del contrato fue el exigido por el ICBF, de acuerdo con los lineamientos establecidos y exclusivamente para el total de cupos contratados. // En cuanto a la infraestructura de las instalaciones locativas, estas tenían capacidad para atender los 255 cupos hasta febrero de 2006, con la adición de 80 cupos en el mes de marzo la fundación contrató una nueva sede, pero al presentarse el sobrecupo* ***no se adecuaron*** *nuevas instalaciones ni ampliación de las mismas, por lo tanto los niños atendidos estuvieron en hacinamiento. // La Fundación Héctor Bolívar López a través de los centros de emergencia atendió a los niños, niñas y adolescentes de acuerdo a lo pactado en el contrato estatal de aportes 29/18/04/1162 y los lineamientos técnico administrativo y financieros establecidos por el ICBF para los cupos contratados. // El sobrecupo siempre fue atendido por el contratista acogiéndose a la cláusula cuarta del contrato de aportes PROHIBICIONES DEL CONTRATISTA ‘le queda expresamente prohibido al contratista suspender el servicio, ubicar a los menores bajo su cuidado en otra institución o devolverlos al ICBF. // El centro especializado Revivir siempre estuvo atento ante la situación del sobrecupo, mediante visitas de supervisión, revisión de información financiera y análisis cualitativo y cuantitativo mensual, en grupos extraordinarios de trabajo entre los supervisores y coordinadora del centro especializado Revivir, se envió a la oficina jurídica de la Regional Bogotá copia de las actas de visita de supervisión e informes financieros (…) El 1º de septiembre de 2005 la coordinadora envió oficio a la Dirección de la Regional Bogotá informando la situación de sobrecupo y solicitó urgente intervención proponiendo alternativas como incremento de cupos en centros de emergencia como en instituciones, reuniones con policía y autoridades y reconocer un valor por el sobrecupo (…). El 2 de septiembre de 2005 debido a que el representante legal de la FUNDACIÓN HÉCTOR BOLÍVAR LÓPEZ envía oficio manifestando la imposibilidad de recibir más niñ@s por el alto sobrecupo, la coordinadora del centro especializado Revivir da respuesta informando que este tipo de actuaciones vulneraría los derechos de los niños, niñas y adolescentes por lo tanto no se puede negar a recibir niños. // Teniendo en cuenta que el contratista atendió un sobrecupo de 2175 cupos durante la ejecución del contrato 29/18/04/1162, en las diferentes visitas de supervisión se pudo verificar que no se incurrió en gastos de alimentación, dotación, contratación del personal e infraestructura para el 100% de los niños atendidos en sobrecupo, por lo tanto se considera necesario que el pago del gastos* (sic) *generados por el sobrecupo sea de acuerdo con lo soportado en los informes financieros reportados por la FUNDACIÓN HÉCTOR BOLÍVAR LÓPEZ. // Se revisó la información contenida en el informe financiero y se confronta con los registros del paquete contable HELISA, después de lo cual se evidencia que los mismos son acordes con los registros del informe financiero: // La conclusión de lo anterior es que no existe ni excedente ni déficit, teniendo en cuenta que los ingresos corresponden exclusivamente a los aportes del ICBF. // ESTADOS FINANCIEROS DE LA VIGENCIA 1 DE DICIEMBRE DE 2004 A 30 DE JUNIO DE 2006 // ESTADOS DE RESULTADOS AÑOS 2004, 2005 Y 2006 // 2004 presentó un déficit por valor de $ - 23.776.839.93. 2005 presentó excedentes por valor de $ 44.182.319.65. 2006 presentó excedentes por valor de $ 158.579.011.08. // La conclusión de lo anterior es que no se evidencia un mayor valor pagado por la fundación HÉCTOR BOLÍVAR LÓPEZ CABRERA en la ejecución del contrato de aportes 29/18/2004/1162, teniendo en cuenta que la vigencia del mismo afectó únicamente el mes de diciembre del año 2004, el año 2005 y hasta el 30 de junio del año 2006. // Por otra parte y con el fin de verificar si existen otros registros contables en los cuales se pudiera evidenciar un mayor gasto de la fundación HÉCTOR BOLÍVAR LÓPEZ CABRERA se verificó la información contenida en los balances Generales de los años 2004, 2005 y 2006, los cuales muestran en la cuenta 13 del Activo DEUDORES VARIOS, los registros por anticipos a proveedores, a contratistas a trabajadores, a administración, cuentas por cobrar a trabajadores y la causación de los servicios prestados al ICBF, de los diferentes centros de costos. // En la cuenta 23 CUENTAS POR PAGAR, se encuentran registrados los proveedores, honorarios, servicios técnicos, servicios de mantenimiento, arrendamientos, transporte y fletes servicios públicos, entre otros. // El resultado de dicho análisis es que el registro de la causación de las diferentes cuentas, no refleja un Mayor Gasto por parte de la fundación HÉCTOR BOLÍVAR LÓPEZ CABRERA, en la ejecución del contrato de aportes 29/18/2004/1162, teniendo en cuenta que los flujos de efectivo provenientes de la cuenta 13 DEUDORES VARIOS entre los que se encuentra la cuenta por cobrar al ICBF, permiten realizar los pagos de la cuenta 23. Lo cual se hace en el periodo siguiente a la causación contable. //* ***CONCLUSIÓN:*** *Después de realizar un análisis de las diferentes fuentes de información contable de la fundación HÉCTOR BOLÍVAR LÓPEZ CABRERA, no se pudo evidenciar un mayor valor pagado por la entidad, en la ejecución del contrato de aportes (…)”*. [↑](#footnote-ref-3)
4. El representante legal de la Fundación –con la firma de su revisor fiscal- había informado al ICBF que para atender el sobrecupo durante la ejecución del contrato celebrado por las partes y para salvaguardar los derechos de los niños, había obtenido con el Banco de Occidente un cupo de endeudamiento de $ 550 000 000, otorgados en créditos rotativos y cupos de sobregiro y que para julio de 2008, la deuda con ese banco ascendía a $ 281 833 326; además, la Fundación se hallaba en deuda con la DIAN, por aproximadamente $ 500 000 000 y con proveedores varios, por $ 520 000 800 (f. 131, c. 1). [↑](#footnote-ref-4)
5. 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-5)
6. 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-6)
7. 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-7)
8. 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-8)
9. 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-9)
10. Hoy en día, la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-10)
11. 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-11)
12. [22] *“Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “C”. Sentencia del 9 de mayo de 2011. Rad. 05001-23-31-000-2001-01546-02(36912). C.P. Enrique Gil Botero”*. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de junio 2016, expediente 33130, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2016, expediente 32437, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-14)
15. Mediante auto del 9 de diciembre de 2013, la Sala aceptó el impedimento presentado por el Consejero Ramiro Pazos Guerrero, por estar incurso en la causal prevista en el numeral 2 del artículo 141 del Código General del Proceso, regulada igualmente en el numeral 2 del artículo 150 del C.P.C., dado que conoció de este proceso en su condición de magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (f. 262 y 264, c. ppl.). [↑](#footnote-ref-15)