
**POLÍTICA DE PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE
BIENESTAR FAMILIAR-ICBF 2018**

INTRODUCCIÓN.....	3
I. Metodología para la Formulación de la Política de Prevención del Daño Antijurídico del ICBF 2018.....	4
Paso 1. Identificación de la Actividad Litigiosa:.....	4
Paso 2. Análisis de las Causas Primarias:.....	6
Paso 3. Plan de Acción:.....	8
Paso 4. Seguimiento y Ejecución:.....	11
II. Política para la Prevención al Incumplimiento de los Protocolos de Seguridad Física y Estructural al Interior del Hogar Comunitario para la Prevención del Riesgo, Falta de Vigilancia y Medidas Físicas de Seguridad para el Cuidado de los Niños y Niñas en Caso de Emergencia e Insuficiente Vigilancia al Interior de las Instituciones de Atención por Parte de los Cuidadores. (Medio de Control de Reparación Directa).....	14
a. Identificación del problema a resolver.....	14
b. Listado de las causas generadoras de la problemática a resolver.....	21
c. Identificación de las causas primarias prevenibles.....	22
d. Política de Prevención.....	22
e. Política de eventual recuperación de económica.....	24
III. POLÍTICA PARA LA PREVENCIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES POR PARTE DE LOS OPERADORES.....	25



a. Identificación del Problema a resolver:.....	25
b. Hechos Generadores:	25
c. El contrato de aporte. Naturaleza y características.....	27
d. Inaplicabilidad del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo por inexistencia de conexidad material entre el contrato de aporte y el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.....	27
e. Precio determinado por la obra o el servicio prestado.....	28
f. Política de Prevención:.....	28

PUBLICA

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este documento es establecer la Política y directrices de Prevención de Daño Antijurídico del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para el año 2018, con el fin de que sean acatadas por todas las áreas del Instituto, así mismo las estrategias de defensa jurídica para disminuir las condenas impuestas por organismos judiciales al ICBF.

En este sentido y teniendo en cuenta que el artículo 90 de la Constitución Política consagró que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades.

El artículo 209 Ibidem, determinó que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

La Ley 446 de 1998, en su artículo 75, estableció que en: *“Las entidades y organismos de Derecho Público del orden nacional, departamental, distrital y de los municipios capital de departamento y los Entes Descentralizados de estos mismos niveles, deberán integrar un Comité de Conciliación, conformado por los funcionarios de nivel directivo que se designen y cumplirán las funciones que le señalen”*.

El artículo 2.2.4.3.1.2.2 del Decreto 1069 de 2015 define al Comité de Defensa Judicial y Conciliación como *“una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad”*.

El artículo 2.2.4.3.1.2.5 en sus numerales 1 y 2 del precitado Decreto establece que, entre las funciones de los Comités de Defensa Judicial y Conciliación de las Entidades Públicas del orden nacional, departamental, y distrital están las de *“Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico”* y *“Diseñar las políticas generales que orientarán la defensa de los intereses de la entidad”*.

Mediante la Resolución No. 785 de 2016, se reestructuró el Comité de Defensa Judicial y Conciliación del ICBF, derogándose expresamente la Resolución No. 5722 de 2012 y todas aquellas que le sean contrarias.

El Comité de Defensa Judicial y Conciliación, teniendo en cuenta las acciones judiciales y extrajudiciales en las que la entidad hace parte como demandado o convocado, así como de las condenas impuestas a la entidad que han sido estudiadas y puestas a consideración de este órgano, ha implementado políticas en materia de defensa judicial y de prevención del daño antijurídico.

Que en sesión No 61 del día 24 de octubre de 2018, el Comité de Defensa Judicial y Conciliación

del ICBF, de acuerdo con sus funciones aprobó el documento denominado “POLÍTICA DE PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO DEL ICBF 2018”, presentado ante el mencionado comité.

Las recomendaciones emitidas por el Comité de Defensa Judicial y Conciliación a título de prevención del daño antijurídico han sido puestas en conocimiento de las diferentes áreas y dependencias del ICBF, en aras de evitar la ocurrencia de sus hechos generadores.

De conformidad con la Circular Externa No. 06 del 6 de julio de 2016 emitida por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, se adoptó y se aplicó la metodología para la formulación de la Política de Prevención del Daño Antijurídico.

Se presenta en primer lugar la metodología para la formulación y posteriormente la Política de Prevención de Daño Antijurídico 2018 del ICBF.

I. Metodología para la Formulación de la Política de Prevención del Daño Antijurídico del ICBF 2018.

Paso 1. Identificación de la Actividad Litigiosa: Se elaboró con los datos enviados por las 33 oficinas desconcentradas del ICBF denominadas Direcciones Regionales, respecto de los procesos donde el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar intervino judicial y extrajudicialmente en el período comprendido entre el 1 de enero de 2016 y el 31 de diciembre de 2016, teniendo en cuenta el tipo de proceso, la frecuencia y el valor de las pretensiones y/o condenas.

El cuadro que se expone a continuación refleja los resultados a nivel nacional referente al tipo de insumo (conciliación, demanda o condena), tipo de acción (medio de control), la causa general (hechos que dieron origen), la frecuencia en el periodo trabajado y el valor reconocido.

Nombre de la entidad		INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR		MEDIO	
Periodo analizado		Desde:	1 de enero de 2016		Hasta
					31 de diciembre de 2016
Tipo de insumo	Tipo de acción	Causa general		Frecuencia	Valor
CONCILIACIÓN	CONTRROVERSIAS CONTRACTUALES	EJECUCION DE PRESTACIONES SIN CONTRATO		1	\$29.686.546
CONCILIACIÓN	REPARACIÓN DIRECTA	ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL VIOLENTO		1	\$206.836.200
DEMANDA	ACCION EJECUTIVA	INCUMPLIMIENTO DE SENTENCIA JUDICIAL		14	\$16.232.431.143
DEMANDA	CONTRROVERSIAS CONTRACTUALES	INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR EJECUCION PARCIAL DE PRESTACIONES		2	\$12.000.000
DEMANDA	CONTRROVERSIAS CONTRACTUALES	EXISTENCIA O INEXISTENCIA DEL CONTRATO		2	\$76.425.743
DEMANDA	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS	CONFIGURACION DEL CONTRATO REALIDAD		331	\$27.317.083.368
DEMANDA	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS	ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARA LA INSUBSISTENCIA DE FUNCIONARIO DE CARRERA		1	\$0
DEMANDA	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS	ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE IMPONE SANCION POR OMISION O INEXACTITUD DE LAS CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL		5	\$573.327.547
DEMANDA	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS	ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE MODIFICA PLANTA DE PERSONAL		25	\$3.005.973.508
DEMANDA	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS	INDEBIDA LIQUIDACION DE PRESTACIONES SOCIALES		22	\$411.006.469
DEMANDA	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS	NO RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ		1	\$4.187.089
DEMANDA	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS	NO RECONOCIMIENTO DE PRIMA TECNICA		12	\$630.259.495
DEMANDA	ORDINARIO LABORAL	CONFIGURACION DEL CONTRATO REALIDAD		317	\$24.087.582.812
DEMANDA	ORDINARIO LABORAL	INDEBIDA LIQUIDACION DE PRESTACIONES SOCIALES		3	\$95.031.361
DEMANDA	REPARACIÓN DIRECTA	ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL VIOLENTO		3	\$1.298.312.776
DEMANDA	REPARACIÓN DIRECTA	DANOS A BIENES POR INDEBIDA O INSUFICIENTE ADOPCION DE MEDIDAS DE PROTECCION Y SEGURIDAD		1	\$452.535.500
DEMANDA	REPARACIÓN DIRECTA	DAÑOS DERIVADOS DE ACTO ADMINISTRATIVO LICITO (DERIVADOS DEL PARD)		5	\$42.342.083.954
DEMANDA	REPARACIÓN DIRECTA	EJECUCION DE PRESTACIONES SIN CONTRATO		6	\$2.001.812.027
DEMANDA	REPARACIÓN DIRECTA	VIOLACION O AMENAZA AL GOCE DE UN AMBIENTE SANO		2	\$128.870.000
DEMANDA	REPARACIÓN DIRECTA	LESION A ALUMNO EN ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO		14	\$6.137.318.645
DEMANDA	REPARACIÓN DIRECTA	MUERTE DE ALUMNO EN ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO		16	\$9.628.837.021
DEMANDA	REPARACIÓN DIRECTA	MUERTE DE PERSONAL DOCENTE O ADMINISTRATIVO EN ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO		1	\$812.728.949
DEMANDA	REPARACIÓN DIRECTA	CONFIGURACION DEL CONTRATO REALIDAD		1	\$117.116.819
DEMANDA	REPARACIÓN DIRECTA	OMISION DE LAS NORMAS DE SALUD OCUPACIONAL		1	\$60.000.000
DEMANDA	REPARACIÓN DIRECTA	PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD		2	\$1.520.139.115
SENTENCIA	ACCION EJECUTIVA	INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR EJECUCION PARCIAL DE PRESTACIONES		1	\$7.668.436
SENTENCIA	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS	CONFIGURACION DEL CONTRATO REALIDAD		1	\$82.163.946
SENTENCIA	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS	ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE IMPONE SANCION POR NO PAGO DE APORTES PARAFISCALES		2	\$797.777.538
SENTENCIA	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS	INDEBIDA LIQUIDACION DE PRESTACIONES SOCIALES		1	\$6.922.983
SENTENCIA	ORDINARIO LABORAL	CONFIGURACION DEL CONTRATO REALIDAD		1	\$105.590.574
SENTENCIA	REPARACIÓN DIRECTA	LESION A ALUMNO EN ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO		1	\$76.677.650
SENTENCIA	REPARACIÓN DIRECTA	MUERTE DE ALUMNO EN ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO		2	\$257.623.273
TOTAL				802	\$138.516.010.487

Sede de la Dirección General
 Avenida carrera 68 No. 64c – 75.

Línea gratuita nacional ICBI
 01-8000-81-8080

PBX: 437 76 30
www.icbi.gov.co



Fuente: Elaboración propia.

*Las causas generales se ajustaron, con las contenidas en el glosario de causas del Sistema Único de Gestión e Información Litigiosa del Estado Ekogui, vigentes para el año 2018

Paso 2. Análisis de las Causas Primarias: Con la actividad litigiosa del Instituto, se realizó una priorización de las causas con mayor frecuencia y/o valor reconocido, identificando las posibles causas primarias, previstas de acuerdo con el impacto para Instituto y según la evolución la Política de Prevención del Daño Antijurídico del ICBF, el área generadora o a cargo, definiendo además si es prevenible o no la causa y la prioridad que se le dará a la Prevención del daño.

PUBLICA

Nombre de la entidad		INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR					
Paso dos: análisis de las causas primarias o subcausas							
Causa general priorizada	Hechos	Causas primarias o subcausas	Frecuencia	Valor	Área generadora de la conducta	Prevenible?	Prioridad
ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL VIOLENTO	Hechos de violencia sexual ocasionados en los centros de modalidad internados o instituciones de sistema penal, estas son ocasionadas entre los adolescentes.	Insuficiente vigilancia al interior de las instituciones de atención por parte de los cuidadores	2	\$ 668.793.112	Dirección de Protección SRPA	SI	Alta
	Violencia Sexual en el marco del conflicto armado y violación de derechos fundamentales	garanticen la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes	1	\$ 154.644.000	Dirección de Protección RD	NO	N.A.
	No retiro de los niños, niñas y adolescentes del medio en el que se encuentra el agresor	Falta de verificación por parte del Equipo Defensorial de las condiciones psicológicas del medio familiar en el que se ubican los niños, niñas y adolescentes	1	\$ 681.711.864	Dirección de Protección RD	SI	Media
LESION A ALUMNO EN ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO	Lesiones ocasionadas en centros de modalidad internados, instituciones de sistema penal o modalidad SPA, estas son ocasionadas entre los	Insuficiente vigilancia al interior de las instituciones de atención por parte de los cuidadores	5	\$ 2.308.216.851	Dirección de Protección SRPA - RD (SPA)	SI	Media
	Lesiones ocasionadas en niños, niñas y adolescentes, en hogares comunitarios y CDI	Incumplimiento de los protocolos de seguridad física y estructural al interior del hogar comunitario para la prevención del riesgo.	10	\$ 3.905.779.444	Dirección de Primera Infancia	SI	Media
MUERTE DE ALUMNO EN ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO	Muerte de niños y niñas en Hogar Comunitario	Falta de vigilancia y medidas físicas de seguridad para el cuidado de los niños y niñas en caso de emergencia.	4	\$ 857.691.311	Dirección de Primera Infancia	SI	Media
	Muerte de niños, niñas y adolescentes que se encuentran bajo medida de protección y restablecimiento de derechos.	Ausencia de procesos, estrategias o acciones preventivas en las unidades de atención.	9	\$ 5.870.124.065	Dirección de Protección RD	SI	Media
	Muerte de niñas y niños que ingresan en alto grado de desnutrición, los cuales son entregados para medidas de protección al ICBF tras estar en observación médica (hospitales, centros de salud o EPS).	Falta de capacidad operativa de las modalidades institucionales para atender a los niños y niñas con riesgo a desnutrición y desnutrición aguda.	1	\$ 257.740.000	Dirección de Protección RD	SI	Media
	Muerte de adolescentes en instituciones de sistema penal, estas son ocasionadas entre los adolescentes.	Insuficiente vigilancia al interior de las instituciones de atención por parte de los cuidadores	4	\$ 2.900.904.918	Dirección de	SI	Media
Sede de la Dirección General Avenida carrera 68 No. 64c - 75.		Línea 901		CBF	\$ 2.900.904.918	PBX: 4377630	www.icbf.gov.co

Nombre de la entidad		INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR					
Paso dos: análisis de las causas primarias o subcausas							
CONFIGURACION DEL CONTRATO REALIDAD	Las demandantes manifiestan haber laborado para la asociación, realizando sus labores de manera personal y en horarios establecidos por el empleador, por lo anterior, las demandantes pretender el pago de acreencias y prestaciones sociales por parte de su empleador y del ICBF en solidaridad.	Incumplimiento de las obligaciones laborales por parte de los operadores.	260	\$ 17.216.836.355	Dirección de Contratación	SI	Media
	Las demandantes manifiestan haber laborado como madre comunitaria, realizando sus labores de manera personal y en horarios establecidos por el empleador, por lo anterior, las demandantes pretender el pago de acreencias y prestaciones sociales.	No reconocimiento de acreencias laborales y prestaciones sociales a madres comunitarias, sin el cumplimiento de los requisitos. (Sentencia T-480 de 2016 y Auto 186 de 2017)	132	\$ 10.764.704.051	Dirección de Contratación (Afectado)	NO	N.A.
	Los demandantes manifiestan haber laborado para el ICBF, realizando sus labores de manera personal y en horarios establecidos por el empleador, por lo anterior, los demandantes pretender el pago de acreencias y prestaciones sociales por parte del ICBF.	Ejecucion de actividades permanentes por parte de los contratitas	263	\$ 23.727.997.113	Dirección de Contratación	SI	Media
EJECUCION DE PRESTACIONES SIN CONTRATO	Falta de reconocimiento de pagos de períodos de ejecución de los contratos de aporte.	Insuficiencia en la supervisión del contrato para el cumplimiento de tiempos, plan de pagos y prorrogas con el fin de mantener el equilibrio contractual.	7	\$ 2.031.498.573,00	Dirección de Contratación	SI	Baja

Fuente: Elaboración propia.

Paso 3. Plan de Acción: Una vez definida con las áreas misionales las causas generadoras del daño se determinaron cuáles se pueden prevenir, se definieron unas medidas preventivas (Qué hacer), como hacerlo (Mecanismo), el período en el cual se puede lograr (Cronograma), el área encargada de la medida de prevención (Responsable), los recursos que se tendrán (Con que lo va a

hacer) y la forma de dar a conocer (Divulgación).

Nombre de la entidad		Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF				
Paso tres: plan de acción						
Causas primarias o sub-causas	Medida	Mecanismo	Cronograma	Responsable	Recursos	Divulgación
Causas primarias o sub-causas	¿Qué hacer?	¿Cómo hacerlo?	¿Cuándo hacerlo?	¿Quién lo va a hacer?	¿Con qué lo va a hacer?	
Incumplimiento de los protocolos de seguridad física y estructural al interior del hogar comunitario para la prevención del riesgo.		Capacitación a 650 madres comunitarias incluyendo los protocolos de seguridad (Diplomado: tiempo restante 18 horas)	Las actividades programadas se ejecutarán los días sábado del mes de agosto de 2018.	Dirección de Primera Infancia	Recursos del Fondo ICETEX en suma de \$673,374,000 pesos M/Cte.	Memorando dirigido a la Dirección de Primera Infancia
Falta de vigilancia y medidas físicas de seguridad para el cuidado de los niños y niñas en caso de emergencia.	Lograr el cumplimiento de los protocolos de seguridad en el hogar comunitario por parte de los operadores para, además, obtener una pronta y adecuada reacción del agente educativo en caso de emergencia.	Elaboración 650 planes de riesgo, uno por cada hogar comunitario aplicando lo aprendido en la capacitación y los protocolos de seguridad	El cual deberá ser entregado por los agentes educativos en los primeros días del mes de septiembre de 2018	Dirección de Primera Infancia	Físicos	Cronograma de actividades de la capacitación: Requisito para la certificación de la capacitación tomada (Diplomado)
		Implementación plan de riesgo en 65 hogares comunitarios	Se verificará al 10% de las madres certificadas, entre los meses de octubre y diciembre de 2018		Físicos y administrativos	
Incumplimiento de las obligaciones laborales por parte de los operadores.	Realizar la afectación del amparo de salarios y prestaciones sociales y/o en caso de existir saldos a favor del contratista hacer las debidas retenciones de acuerdo con la ley, esto dentro del marco de los procesos administrativos sancionatorios	Una capacitación virtual dirigida a las 33 Regionales ICBF, sobre el contenido del memorando S-2018-281082-0101, el cual se plasman recomendaciones para el manejo de posibles e incumplimientos por parte de los contratistas del ICBF relacionados con los aportes al sistema de salud y pensiones	24 de septiembre de 2018	Dirección de Contratación	Recursos Administrativos	Memorando dirigido a la Dirección de Contratación

Nombre de la entidad		Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF				
Paso tres: plan de acción						
Causas primarias o sub-causas	Medida	Mecanismo	Cronograma	Responsable	Recursos	Divulgación
Insuficiente vigilancia al interior de las instituciones de atención por parte de los cuidadores	Implementación de un plan de acción para mitigar los daños ocasionados por riñas entre adolescentes y jóvenes, conducta suicida y violencia sexual, en las Regionales del ICBF	Formulación de planes de acción para 33 Direcciones Regionales del ICBF, en los cuales se deben plasmar las líneas estratégicas en el marco de prevención de daño antijurídico con énfasis en riñas entre adolescentes y jóvenes, conducta suicida y violencia sexual	agosto a diciembre	Dirección de Protección - Subdirección de Responsabilidad Penal. Regionales ICBF y operadores pedagógicos.	Humanos, Administrativos	Memorando dirigido a la Dirección de Protección
		Seguimiento virtual y presencial a 10 Planes de Acción Formulados por las Direcciones Regionales ICBF	agosto de 2018 diciembre de 2018			
		Evento virtual de prevención de daño con las 33 Regionales ICBF, con énfasis en riñas entre adolescentes y jóvenes, conducta suicida y violencia sexual	noviembre de 2018			
	Implementación del plan de acción para fortalecer las competencias para el manejo, atención y prevención de situaciones de riesgo que se pueden presentar al interior de las modalidades de atención de la Subdirección de Restablecimiento de Derechos, por parte de los profesionales de asistencia técnica de las regionales. *	Socialización por correo electrónico de la "GUÍA DE ORIENTACIONES PARA LA SEGURIDAD Y PREVENCIÓN DE SITUACIONES DE RIESGO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES", a los profesionales de asistencia técnica de las 33 regionales del ICBF y a los operadores de las instituciones de restablecimiento de derechos, con sujeción al cumplimiento de la Cláusula de contractual sobre prevención del daño antijurídico	1 de octubre al 30 de octubre 2018	Dirección de Protección - Subdirección de Restablecimiento de Derechos	Humanos (Equipos de la SRD) y tecnológicos	Memorando dirigido a la Dirección de Protección

Paso 4. Seguimiento y Ejecución: Se concluye en este paso las causas primarias o secundarias que se trabajarán con el fin de prevenir y mitigar el daño antijurídico, así como los indicadores que demostrarán la gestión, el resultado y el impacto.

Nombre de la entidad		Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF		
Paso cuatro: seguimiento y evaluación				
Insumo del plan de acción		Evaluación		
Causas primarias o sub causas	Mecanismo	Indicador de Gestión	Indicador de Resultado	Indicador de Impacto
		-Sugerido ANDJE-		-Sugerido ANDJE-
Falta de vigilancia y medidas físicas de seguridad para el cuidado de los niños y niñas en caso de emergencia.	Capacitación a 650 madres comunitarias incluyendo los protocolos de seguridad (Diplomado: tiempo restante 18 horas)	# madres comunitarias capacitadas / # de madres comunitarias a capacitar	# de Hogares Comunitarios Capacitados que cumplieron mejoramiento en seguridad de espacios físicos / # de hogares capacitados verificados	# de demandas radicadas por Falta de vigilancia y medidas físicas de seguridad para el cuidado de los niños y niñas en caso de emergencia en 2018 - # de demandas radicadas por Falta de vigilancia y medidas físicas de seguridad para el cuidado de los niños y niñas en caso de emergencia en 2017 # de demandas radicadas por Falta de vigilancia y medidas físicas de seguridad para el cuidado de los niños y niñas en caso de emergencia en 2017 * 100
Incumplimiento de los protocolos de seguridad física y estructural al interior del hogar comunitario para la prevención del riesgo.	Elaboración 650 planes de riesgo, uno por cada hogar comunitario aplicando lo aprendido en la capacitación y los protocolos de seguridad Implementación plan de riesgo en 65 hogares comunitarios	# de Hogares Comunitarios con Plan de Gestión de Riesgo en Primera Infancia / # de Hogares Comunitarios Capacitados*100		# de demandas radicadas por Incumplimiento de los protocolos de seguridad física y estructural al interior del hogar comunitario para la prevención del riesgo en 2018 - # de demandas radicadas por Incumplimiento de los protocolos de seguridad física y estructural al interior del hogar comunitario para la prevención del riesgo en 2017 # de demandas radicadas por Incumplimiento de los protocolos de seguridad física y estructural al interior del hogar comunitario para la prevención del riesgo en 2017 * 100

Nombre de la entidad		Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF		
Paso cuatro: seguimiento y evaluación				
Insumo del plan de acción		Evaluación		
Causas primarias o sub causas	Mecanismo	Indicador de Gestión	Indicador de Resultado	Indicador de Impacto
		-Sugerido ANDJE-	-Sugerido ANDJE-	-Sugerido ANDJE-
Incumplimiento de las obligaciones laborales por parte de los operadores.	Capacitación virtual dirigida a las 33 Regionales ICBF, sobre el contenido del memorando S-2018-281082-0101, en el cual se plasman recomendaciones para el manejo de posibles incumplimientos por parte de los contratistas del ICBF relacionados con los aportes al sistema de salud y pensiones	# de regionales capacitadas / # de regionales convocadas para la capacitación	# de procesos sancionatorios iniciados aplicando lo establecido en el memorando (afectaciones y retenciones) / # Total de procesos sancionatorios iniciados en vigencia del memorando (sobre afectación de pólizas)	# de demandas radicadas por Incumplimiento de las obligaciones laborales por parte de los operadores en 2018 - # de demandas radicadas por incumplimiento de las obligaciones laborales por parte de los operadores en 2017 # de demandas radicadas por Incumplimiento de las obligaciones laborales por parte de los operadores en 2017 * 100
Insuficiente vigilancia al interior de las instituciones de atención por parte de los cuidadores	Formulación de planes de acción para 33 Direcciones Regionales del ICBF, en los cuales se deben plasmar las líneas estratégicas en el marco de prevención de daño antijurídico con énfasis en niñas entre adolescentes y jóvenes, conducta suicida y violencia sexual	# de planes de acción formulados / # de Regionales que deben formular los planes	# de informes de cumplimiento del plan de acción presentados por las regionales / # total de planes formulados *	# de demandas radicadas por Insuficiente vigilancia al interior de las instituciones de atención por parte de los cuidadores en 2018 - # de demandas radicadas por insuficiente vigilancia al interior de las instituciones de atención por parte de los cuidadores en 2017 # de demandas radicadas por Insuficiente vigilancia al interior de las instituciones de atención por parte de los cuidadores en 2017 * 100
	Seguimiento virtual y presencial a 10 Planes de Acción Formulados por las Direcciones Regionales ICBF	# de seguimientos presenciales realizados / # de planes objeto de seguimiento		
	Evento virtual de prevención de daño con las 33 Regionales ICBF, con énfasis en niñas entre adolescentes y jóvenes, conducta suicida y violencia sexual	Evento virtual realizado		

Nombre de la entidad		Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF		
Paso cuatro: seguimiento y evaluación				
Insumo del plan de acción		Evaluación		
Causas primarias o sub causas	Mecanismo	Indicador de Gestión	Indicador de Resultado	Indicador de Impacto
		-Sugerido ANDJE-	-Sugerido ANDJE-	-Sugerido ANDJE-
	Socialización por correo electrónico de la "GUÍA DE ORIENTACIONES PARA LA SEGURIDAD Y PREVENCIÓN DE SITUACIONES DE RIESGO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES", a los profesionales de asistencia técnica de las 33 regionales del ICBF y a los operadores de las instituciones de restablecimiento de derechos, con sujeción al cumplimiento de la Cláusula de contractual sobre prevención del daño antijurídico	# de Regionales socializadas / # de regionales a socializar la guía		

Nota 1: El indicador de resultado se comprobará a través de los planes de acción que presentaran los agentes educativos para conseguir la certificación del Diplomado, en los que se evaluará la aplicación de las medidas de seguridad física instruidas.

Nota 2: Estos informes deben ser presentados a la Dirección de Protección por parte de las Regionales ICBF.

Nota 3: Si bien, la Guía de Orientaciones para la Seguridad y Prevención de Situaciones de Riesgo de los Niños, Niñas y Adolescentes es un documento que debe tenerse en cuenta para la formulación de los planes de acción, en relación al manejo de las situaciones que se lleguen a presentar, la socialización de la misma, no es un mecanismo para mitigar, pero si para fortalecer las competencias para el manejo, atención y prevención de situaciones de riesgo que se pueden presentar al interior de las modalidades de atención de la Subdirección de Restablecimiento de Derechos.

En aras de unificar las recomendaciones y directrices impartidas por el Comité de Defensa Judicial y Conciliación a título de prevención de daño antijurídico y la defensa judicial, con el fin de mitigar los hechos generadores del daño con el conocimiento de todas las áreas, se ve la necesidad de implementar las Políticas de Gestión Jurídica, Prevención del Daño Antijurídico y Defensa Judicial

del

II. Política para la Prevención al Incumplimiento de los Protocolos de Seguridad Física y Estructural al Interior del Hogar Comunitario para la Prevención del Riesgo, Falta de Vigilancia y Medidas Físicas de Seguridad para el Cuidado de los Niños y Niñas en Caso de Emergencia e Insuficiente Vigilancia al Interior de las Instituciones de Atención por Parte de los Cuidadores. (Medio de Control de Reparación Directa).

a. Identificación del problema a resolver.

Este escrito se orienta a resolver el gran problema que significa para el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, el pago por concepto de indemnizaciones, por la presentación de eventos de lesiones y muerte de niños, niñas y adolescentes, que se encuentran bajo su protección en Hogares Infantiles y comunitarios e instituciones de protección y restablecimiento de derechos operadas por terceros, en virtud de la celebración de contratos de aporte.

Toda vez que el funcionamiento y desarrollo del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, es ejecutado directamente por la comunidad a través de Asociaciones de Padres de Familia o de otras organizaciones comunitarias.¹

Para tal fin, el ICBF suscribe Contratos de Aporte con dichas Asociaciones de Padres de Familia o con otras organizaciones comunitarias, quienes atenderán niños menores de siete años organizados en grupos con diferentes edades que aseguren el proceso de socialización e interacción familiar.² Para el financiamiento del programa el ICBF realiza un aporte a la Asociación de Padres o entidad contratista, encargada de administrar tales recursos los cuales “se destinarán para financiar la dotación inicial, la capacitación, la beca, la supervisión y la evaluación”. La beca está formada por “los recursos, que se asignen a las familias para atender a los niños y por lo tanto se destinarán a: madre comunitaria, reposición de dotación, aseo y combustible, raciones, material didáctico duradero y de consumo para hacer actividades con los niños y apoyo para servicios públicos”.³

El artículo 2 del Acuerdo 021 de 1989 y el artículo ° del Acuerdo 021 de 1996, “contempla que el ICBF debe coordinar y ejecutar el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar.”⁴ En desarrollo de tal mandato, el ICBF, a través de diferentes Resoluciones, ha emitido múltiples lineamientos técnicos dentro de los cuales debe enmarcarse la conducta de los contratistas.

El literal b) del artículo 5 del Acuerdo 021 de 1996 menciona, como una de las características del programa, la siguiente:

¹ Decreto 1340 de 1995. Artículo 3.

² Acuerdo 21 de 1996. Artículo 5.

³ *Ibidem*.

⁴ Lineamiento técnico administrativo, modalidad hogares comunitarios de bienestar en todas sus formas (fami, familiares, grupales, múltiples, múltiples empresariales y jardines sociales) para la atención a niños y niñas hasta los cinco (5) años de edad

“(…) b) Los espacios para la atención de los niños en los Hogares Comunitarios de Bienestar, deben garantizar mínimas condiciones físicas, ambientales y de seguridad que permitan realizar actividades con los niños para proporcionar su normal crecimiento y desarrollo y evitar posibles riesgos. (Subrayado fuera de texto)”.

En concordancia con lo anterior, el lineamiento técnico aprobado por dicha normatividad establecía, como requisito para la planta física del Hogar Comunitario, que debería “estar localizada en zona de bajo riesgo de accidentabilidad y brindar seguridad al contar con adecuadas condiciones locativas o de infraestructura y control de riesgos para prevenir la ocurrencia de accidentes de los niños”. Requisito que es producido por todos los lineamientos técnicos emitidos hasta la presente época.

Cabe recordar que, los lineamientos técnicos emitidos por el ICBF son aprobados mediante Resolución, y que aquel documento forma parte del acto administrativo, razón por la cual, lo establecido en el lineamiento técnico se convierte en una verdadera norma de derecho.

Dentro de las responsabilidades, que el lineamiento técnico antes mencionado, le endilgaba al contratista, podemos mencionar, entre otros los siguientes: i) velar por la garantía de los derechos de los niños del Hogar y, ii) dar fiel cumplimiento a las cláusulas pactadas en el contrato de aporte firmado con el ICBF, respondiendo por el buen funcionamiento de los hogares.

Finalmente, según el contrato de aporte suscrito por los diferentes operadores, entre las obligaciones de contratista están: i) Respetar y salvaguardar los derechos fundamentales de los niños y niñas, consagrados en el artículo 44 de la Constitución Política, en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en el Código de Infancia y Adolescencia y demás normas pertinentes, ii) Garantizar la atención del servicio público de bienestar familiar contratado, conforme a los objetivos, normas y lineamientos técnico administrativos establecidos por el ICBF para el programa y modalidad y, iii) Cumplir los objetivos, normas y lineamientos técnico administrativos del ICBF para el programa y modalidad contratado.

Así pues, de lo anteriormente expuesto se deduce que el contratista tiene un verdadero deber de seguridad para con los niños y niñas que se encuentren en el respectivo Hogar Comunitario. Éste se plasma en la obligación, que tiene el operador, de adecuar la planta física del Hogar Comunitario en aras de prevenir accidentes y de garantizar la integridad física de los niños y niñas.

Deber que es ínsito a los objetivos y finalidades del servicio de bienestar familiar, por cuanto, el desarrollo y la protección integral de los niños y niñas se encuentra íntimamente ligado con la seguridad e integridad física de los mismos. No debe perderse de vista que senda es la jurisprudencia en la que se ha reconocido que los operadores de estos programas son genuinos agentes del estado y por tal razón no son juzgados como particulares. Es por el contrario, que se articuló una doctrina, hoy pacífica, desde el Consejo de Estado en la que el ICBF responde por los daños que ocasionan los sujetos con los que existe un contrato de aporte.

Precisamente, con esta conclusión se abre la siguiente óptica que complementa a la primera, en la medida que describe los pronunciamientos del Alto Tribunal de lo Contencioso.

El vínculo de servicio público (la razón de la condena al ICBF es la misma que debe servir de fundamento para repetir en contra de quienes procede la acción de repetición).

La concepción moderna de responsabilidad por daños derivados de la actuación del Estado es en verdad un efecto de postulados antiguos sobre la justicia, la concepción del derecho, el estado moderno y varios principios que se han hecho camino a lo largo de varios debates, pronunciamientos judiciales y el establecimiento de leyes que atendieron a la visión de la administración como servicio público.

¿Por qué condenan al ICBF?

En primer lugar, hay que reconocer que a través del servicio público de bienestar familiar al ICBF se le ha confiado un papel protagónico, así, la Ley 7 de 1979 estableció el sistema de Bienestar Familiar como un servicio público “dirigido a promover la integración y realización armónica de la familia, la protección de los niños y niñas del país, y la vinculación de las entidades públicas con el fin de elevar el nivel de vida de la familia y de sus integrantes.”⁵

Así las cosas, el ICBF desarrolla esta función mediante el uso de diferentes herramientas jurídicas, de las cuales se destaca el denominado contrato de aporte que es a su vez un negocio jurídico especialísimo que permite concretar y alcanzar las tan diversas y elevadas prestaciones por parte de la Entidad con los miembros destinatarios del servicio público de bienestar familiar.

Al respecto de la naturaleza del contrato de aporte, el H. Consejo de Estado ha dicho:

“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”.⁶

En ese mismo orden, el Consejo de Estado ha revelado que por la naturaleza del contrato de aporte este es radicalmente distante a cualquier otro negocio jurídico, pues relaciona el núcleo esencial del servicio de bienestar familiar, de tal manera que:

“(…) 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

⁵ Consejo Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Bogotá D.C. 9 de mayo de 2011, M.P. Enrique Gil Botero.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, M.P. Enrique Gil Botero.

es específica consistente en la finalidad de procurar la integración de la familia y la protección de la niñez”.⁷

Desde aquí se presenta un verdadero problema respecto de la responsabilidad en el servicio de bienestar familiar, pues por una parte está el ICBF, el que facilita o aporta los medios para la prestación del servicio y por otra está el contratista o aportado quien es el que materialmente ejecuta el servicio; vinculados estos dos mediante el negocio jurídico: contrato de aporte. Entonces la pregunta sería: ¿A quién se le ha de atribuir la obligación de responder, al contratista - aportado o al ICBF?

La posición de los tribunales Administrativos – De la falla del servicio al Daño Especial (excepcional).

En este punto, resulta imperioso fijar la atención en las posiciones del H. Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos con respecto a la responsabilidad del ICBF, pues es precisamente en el seno de esta jurisprudencia donde se da la respuesta a la pregunta arriba formulada.

Previo a cualquier consideración habría que advertirse que no son prolíferos los fallos de responsabilidad del ICBF, pero si son contundentes con respecto a las razones que deben considerarse para encontrar a la Entidad responsable; tal como a continuación se relaciona:

a. La Falla del servicio por omisión a cargo de la Administración.

La falla del servicio en su expresión más simple es: La responsabilidad por el funcionamiento anormal del servicio o también la inactividad de la Administración frente a un mandato legal o técnico y aunque es uno de los fundamentos para la consolidación de la responsabilidad del Estado, este no apareció en nuestra jurisprudencia sino hasta 1964.⁸

Las concepciones sobre esta teoría transportan implícitamente la noción de culpa como falla en el servicio, es decir, el ICBF resulta responsable ante su mal funcionamiento, cuando este actúa en incumplimiento de las leyes que gobiernan el debido servicio de bienestar familiar o se constituye una violación al derecho que tienen los usuarios del servicio al funcionamiento correcto de servicio que se le ha encomendado al Instituto.⁹

b. La falla del servicio: de la omisión de las obligaciones administrativas, La teoría de la representación, la violación de la obligación de supervisión al servicio de bienestar familiar como obligación de resultado.¹⁰

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, M.P. Enrique Gil Botero.

⁸ SAAVEDRA Becerra, Ramiro, *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*. Bogotá DC., 2008, Op. cit. pág. 231.

⁹ Adaptado el argumento al ICBF, extraído de: WELL, Proosper, *Le Droit Administratif*, Press Universitaires de France. ¿Qué sais-je? 7^{ème} ed. Paris.1978. p.12 en SAAVEDRA Becerra, Ramiro, *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*. Bogotá DC., 2008, Op. cit. pág. 240.

¹⁰ Sobre la responsabilidad del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar frente a los hogares comunitarios: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de septiembre de 1998, MP. Juan de Dios Montes Hernández y de 26 de mayo de 2010, MP. Gladys Agudelo Ordoñez, Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de diciembre de 1993, M.P. Julio César Uribe Acosta, Extraído de: Consejo de

Quizá el fallo que daría camino a esta posición, el cual es reiteradamente citado por jueces, tribunales y el propio H. Consejo de Estado cuando se pretende resolver un caso donde se demanda la responsabilidad del ICBF por daños y lesiones de niños, niñas y adolescentes, fue el proferido en 1993 ¹¹ por el Consejero de Estado Julio César Uribe Acosta.

En este pronunciamiento se advierte que es en virtud del contrato de aporte en el cual se fundamenta la razón por la cual debe el ICBF responder por los daños antijurídicos causados por los contratistas-aportados, pues en este negocio jurídico no puede deslindarse la responsabilidad de la Entidad por no participar materialmente en la ocurrencia del daño.

Por supuesto, el ICBF alegó en sede de instancia la autonomía tanto patrimonial como personal de los hogares comunitarios¹², lo cual fue refutado por el Consejo de Estado en la sentencia en comento al establecer que:

1. El contrato de aporte es una forma de ejecución compartida entre los particulares y el ICBF, pues ambos recíprocamente concurren para la prestación del servicio.
2. Aunque no exista vínculo laboral para el desarrollo del servicio, si son mecanismos de participación ciudadana con los aportados, quienes desarrollan materialmente el servicio, comporta un innegable nexo representativo del ICBF.
3. El ICBF es responsable patrimonialmente por las acciones y omisiones de quienes desarrollan una función pública, lo que convierte al aportado-contratista en un agente indirecto que representa la Entidad.¹³

Así las cosas, se estableció una responsabilidad del ICBF con base en la teoría de la representación, que no es otra cosa que la responsabilidad que subyace al ICBF por causa de los daños por acciones u omisiones por parte de quienes lo representan en la prestación del servicio, en estos eventos los aportados-contratistas.

Con respecto a la falla del servicio en este caso, se da explícitamente en la selección errada o la falta de capacitación de quienes prestan materialmente el servicio como un típico caso de imprudencia, impericia o negligencia.

Aunque no es excluyente a la posición anterior y hay quienes sostienen que esta causa de imputación es desarrollo de la representación del servicio, ha sido empleado este argumento para dar fuerza a las condenas en contra del ICBF, es así como en otro fallo de también reiterada concurrencia por parte de los jueces administrativos se ubica, el proferido en 1998 ¹⁴ por el

Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2011, MP. Mauricio Fajardo Gomez.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de diciembre de 1993, M.P. Julio César Uribe Acosta

¹² Hay que advertir que los jueces administrativos han extendido esta consideración a las diferentes modalidades de prestación del servicio de bienestar familiar.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de diciembre de 1993, M.P. Julio César Uribe Acosta.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de septiembre de 1998, M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

Consejero de Estado: Juan de Dios Montes Hernández, en este pronunciamiento la posición jurisprudencial tiene un sutil cambio con respecto a la razón de condena al ICBF, pues en adelante se entenderá que:

1. El ICBF es la entidad rectora del Servicio de Bienestar Familiar.
2. Que, del conjunto de mecanismos dispuestos para la prestación del servicio de bienestar familiar, se encuentra que es el ICBF quien coordina a los que prestan materialmente el servicio.
3. Como rector del servicio de bienestar familiar, tiene la obligación de vigilancia y supervisión de quien presta el servicio de bienestar familiar materialmente.¹⁵

Aunque, como se advierte es sutil el cambio, esta jurisprudencia sigue manteniendo el hecho que el acto negligente, imprudente o dañoso de quien directamente presta el servicio se comunica con la actuación del ICBF, pero con un ingrediente adicional, la omisión de vigilancia y supervisión del Instituto en el caso en particular.

Por otra parte, si el ICBF demostraba la imposibilidad de desarrollar una actividad a la que estaba obligado, podía ser absuelto de responsabilidad, porque se habría establecido un estándar de servicio del cual no podría ser exigible sobre este, porque de hacerlo se estaría frente al absurdo de obligar a la entidad a lo imposible.

En una sentencia de avanzada en 2011 proferida por el H. Consejo de Estado por el Consejero Mauricio Fajardo Gomez, se hizo un esclarecimiento de las razones de contenido Constitucional, pues se reconoce la calidad de los principios y garantías fundamentales de los niños, niñas y adolescentes:

1. El principio de protección constitucional reforzada contenido en el inciso tercero del artículo 13 superior.
2. El principio de interés superior de los niños y niñas y de prevalencia de los derechos de éstos sobre los derechos de los demás (inciso final artículo 44 C.P.)
3. Protección especial a los derechos a la integridad física, a la salud, a la seguridad social, a la alimentación equilibrada, al nombre, a la nacionalidad, a tener una familia y no ser separado de ella, al cuidado y el amor, a la educación y a la cultura, a la recreación y a la libre expresión de su opinión (artículo 44 C.P.);
4. El deber en cabeza del Estado de protección especial contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos
5. La titularidad de protección de los derechos de los niños y niñas del país por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Corresponde entonces al ICBF, en representación de la organización estatal, velar por la protección y materialización efectiva del catálogo axiológico y programático antes señalado, para cuyo propósito se le han entregado a ese establecimiento público múltiples herramientas contenidas en el Código del Menor – normativa vigente para el momento de los hechos que se juzgan en este proceso– y actualmente en el Código de la Infancia y la Adolescencia encaminadas a la satisfacción plena de las garantías esenciales de los niños y niñas de Colombia. Precisamente por lo

¹⁵ Aunque no es muy afortunada una tesis de este sentido, pues la jurisprudencia administrativa en este sentido ha vinculado este argumento.

anterior, el Código del Menor establecía varias medidas de protección e instrumentos de salvaguardia para retrotraer los efectos de una conducta lesiva de los derechos de los niños y niñas y de los adolescentes o para hacer cesar la amenaza que pudiese pender respecto de los mismos.¹⁶

Así las cosas, el régimen de responsabilidad que recae sobre el ICBF, es más estricto por el contenido constitucional de su servicio, llevando hasta el punto de que las obligaciones que derivan de la prestación del servicio son de resultado y no se constatan con el mero hecho de disponer todos los medios necesarios, es decir, el correcto funcionamiento del servicio es el resultado esperado de la prestación de este.

Aunque la sentencia en comento no hace tan clara esta condición resulta de la atenta lectura, pues en la primera instancia se absolvió al ICBF por haber dispuesto todos los elementos necesarios para la prestación del servicio, aunque no se hubiese constatado el resultado positivo.

Puede advertirse que la falla del servicio ha sido el título empleado por la judicatura para la fundamentación de la responsabilidad del ICBF, y que salvo algunas excepciones se ha acudido a la teoría de daño especial.

c. Responsabilidad objetiva: El daño especial en el servicio del ICBF (excepcional).¹⁷

Este régimen de responsabilidad es quizá de los más estrictos, pues aquí ya no se va a tener en cuenta si la Entidad empleó todos los medios necesarios para la prestación del servicio, cerrando la puerta a una exoneración por un servicio prudente y materialmente posible. Por esta razón se cataloga como subsidiario y excepcional debido a su rigor.

Es así como, se ha venido tejiendo lo que muchos especialistas en derecho de daños han afirmado como un avance excepcional en la responsabilidad patrimonial del Estado¹⁸, sometiendo sus actos una regla objetiva de análisis. Aunque su origen sigue hoy siendo un debate doctrinal que no es menester atender en esta sede, puede, no obstante, establecerse de manera cierta que en 1947 se daría la aparición de la figura en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2011, MP. Mauricio Fajardo Gomez.

¹⁷ “El título de daño especial implica un juicio de equidad, en el que se establece que una carga pública desproporcionada implica un daño antijurídico”, en este sentido consultar sentencia de 9 de junio de 2010, expediente número 1989, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero, actor José William Rico Mendoza y otros. “Esta misma Sección ya había precisado el régimen objetivo como el título jurídico por excelencia para resolver la atribución de los daños irrogados en centros de reclusión para personas que se encuentran privadas de la libertad por cuenta del Estado”, ver sentencia de febrero 20 de 2008, expediente número 16996, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero, actor María Adelfa Castañeda y otros. De igual forma, la Sala de la Sección ha considerado “debido a la especial relación jurídica de sujeción a la cual somete el Estado a la persona que por su cuenta y decisión priva de su libertad, el régimen de responsabilidad se torna objetivo”, consultar sentencia de 7 de octubre de 2009, expediente número 16990, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez, actor Marina Bocanegra de Ramírez.

¹⁸ Sería quizá el Juez Holmes, uno de los realistas jurídicos norteamericanos más destacados, en sostener que la diferencia entre la culpa y la responsabilidad objetiva proporciona un seguro en caso de accidente, HOLMES W., Oliver, *The Common Law*, Boston: The Little Brown, and CO. 1881.

El común denominador de esta teoría desde el derecho comparado es el principio de igualdad ante las cargas públicas, el cual ha sido referido como la verdadera razón para la responsabilidad del Estado. Así como lo sostiene Teissier “no es justo que los ciudadanos de un país tengan que sufrir, en una proporción desigual, actos del poder público y del funcionamiento de los servicios públicos de interés general establecidos por el bien de todos”.¹⁹

Frente a la responsabilidad patrimonial del Estado, puede afirmarse que este régimen jurídico ha sido empleado para el estudio en casos de privación de la libertad en centros especiales de los adolescentes infractores, que al interior de estos centros sufren un daño, es así como en 2010 el Consejo de Estado profiere quizá la sentencia ²⁰ más determinante en este tema.

Haciendo extensiva la protección prescrita en el artículo 44 de la Constitución Política a los fundamentos de la responsabilidad extracontractual de la administración pública, cuando se trata de adolescentes reclusos en centros especializados de detención por infracción a la Ley penal de adolescentes, donde se les ha impuesto una medida para la reeducación o rehabilitación y se manifiesta “la existencia de un daño antijurídico consistente en la lesión de varios derechos

[b. Listado de las causas generadoras de la problemática a resolver.](#)

Analizados los hechos por los cuales el ICBF se ha visto obligado al pago de condenas y/o solicitudes de conciliación, acontecimientos presentados en los menores de edad bajo protección, con sucesos relativos a violencia sexual, muerte y lesiones ocurridas en los Hogares Infantiles y Comunitarios, y en las instituciones de restablecimiento de derechos o del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes - SRPA se encuentran en orden de mayor recurrencia, las siguientes:

1. Hechos de violencia sexual ocasionados en los centros de modalidad internados o instituciones de sistema penal, estas son ocasionadas entre los adolescentes.
2. Violencia Sexual en el marco del conflicto armado y violación de derechos fundamentales.
3. No retiro de los niños, niñas y adolescentes del medio en el que se encuentra el agresor.
4. Lesiones ocasionadas en centros de modalidad internados, instituciones de sistema penal o modalidad de consumo de Sustancias Psicoactivas - SPA, estas son ocasionadas entre los adolescentes.
5. Lesiones ocasionadas en niños, niñas y a adolescentes, en hogares comunitarios y CDI.
6. Muerte de niños y niñas en Hogar Comunitario.
7. Muerte de niños, niñas y adolescentes que se encuentran bajo medida de protección y

¹⁹ TESSIER, Gorges, *La Responsabilité de la puissance publique*, Paul Dupont Éditeur, Paris, 1906. P. 23.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Bogotá D.C., 7 de febrero de 2010, MP. Enrique Gil Botero, Radicado: (38382).

restablecimiento de derechos.

8. Muerte de niñas y niños que ingresan en alto grado de desnutrición, los cuales son entregados para medidas de protección al ICBF tras estar en observación médica (hospitales, centros de salud o EPS).
9. Muerte de adolescentes en instituciones de sistema penal, estas son ocasionadas entre los adolescentes.

c. Identificación de las causas primarias prevenibles.

- a. Insuficiente vigilancia al interior de las instituciones de atención por parte de los cuidadores.
- b. Ausencia de medidas que garanticen la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes
- c. Falta de verificación por parte del Equipo Defensorial de las condiciones psicológicas del medio familiar en el que se ubican los niños, niñas y adolescentes
- d. Incumplimiento de los protocolos de seguridad física y estructural al interior del hogar comunitario para la prevención del riesgo.
- e. Falta de vigilancia y medidas físicas de seguridad para el cuidado de los niños y niñas en caso de emergencia.
- f. Ausencia de procesos, estrategias o acciones preventivas en las unidades de atención.
- g. Falta de capacidad operativa de las modalidades institucionales para atender a los niños y niñas con riesgo a desnutrición y desnutrición aguda.

d. Política de Prevención.

Para evitar la ocurrencia de los hechos generadores de reclamaciones al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** en virtud de hechos de violencia sexual, lesiones o muerte y de otros daños a menores de edad que están bajo su protección, es preciso atacar las causas que originan tales hechos, mediante la elaboración de estrategias, que permitan lograr el cumplimiento de los protocolos de seguridad en el hogar comunitario por parte de los operadores para además, obtener una pronta y adecuada reacción del agente educativo en caso de emergencia, lo cual se realizará a través de un diplomado dirigido a las madres comunitarias en el transcurso del año 2018 y del cual deberán elaborar un plan de acción, para lograr así la certificación de estas capacitaciones. Este diplomado se adelanta desde abril y finalizará en septiembre de 2018, por parte de la Dirección de Primera Infancia en desarrollo del Convenio No.1795 de 2017, suscrito entre la Cruz Roja Colombiana y el ICBF.

Este diplomado tiene por objeto *“Brindar herramientas a los Agentes Educativos de las modalidades de atención del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que les permitan conocer y reducir los riesgos por accidentes a los que están expuestos los niños y niñas durante la primera infancia y*

*aplicar estrategias para hacer una primera respuesta en caso de una emergencia con un niño y niña y hacer gestión de riesgos en las diferentes modalidades y servicios de atención a la primera infancia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*²¹. Así mismo, los agentes educativos que logren certificarse en este diplomado tendrán la capacidad de:

- Identificar los aspectos generales a la Gestión de los Riesgos en la primera infancia
- Definir conocimiento y comunicación del riesgo y sus características
- Enumerar los aspectos esenciales de la Gestión del riesgo en la primera infancia que intervienen dentro del proceso de conocimiento y comunicación del riesgo
- Identificar el concepto de reducción del riesgo y las estrategias que permitan un cambio en los comportamientos que contribuyan a la reducción del riesgo
- Reconocer las acciones de reducción de riesgos de accidentes o situaciones que afecten la vida e integridad de los niños y niñas de la primera infancia
- Reconocer y poner en práctica actividades encaminadas a la gestión del riesgo dirigidas a niños y niñas de la primera infancia
- Enumerar y aplicar las acciones de preparación para el manejo de las emergencias presentadas en niños y niñas de la primera infancia
- Conocer y poner en práctica las acciones de primera respuesta ante situaciones de emergencia presentadas con niños y niñas de la primera infancia.

Por otro lado, la Dirección de Protección, en cabeza de la Subdirección de Responsabilidad Penal para Adolescentes – SRPA y la Subdirección de Restablecimiento de Derechos – SRD, con el fin de prevenir la ocurrencia de lesiones, muertes, conductas suicidas y violencia sexual en niños, niñas y adolescentes y niñas entre adolescentes y jóvenes, que se encuentran en modalidades de responsabilidad penal para adolescentes y restablecimiento de derechos, solicitó a las Regionales ICBF, la formulación de planes de acción en los cuales se plasmen las estrategias para la prevención situaciones de alto riesgo.

Las Regionales ICBF, deberán tener en cuenta las siguientes pautas²² para la formulación de los planes de acción:

1. Los planes de acción deben ser claros en las situaciones y acciones o estrategias para prevenir el riesgo de suicidio, muertes por evasiones, lesiones por quemaduras, muerte por ahogamiento, abuso sexual, lesiones o muertes por riñas entre los adolescentes y/o jóvenes. Los planes de acción deben ser claros en las acciones preventivas de acuerdo con el riesgo y competencias de otros actores.
2. Los planes de acción deben ser claros en procesos de asistencia técnica, espacios de capacitación, socialización o sensibilización sobre el tema. (videoconferencias, visitas, reuniones, talleres, etc.).

²¹ Fuente: Ficha de caracterización de los procesos de formación y cualificación para el talento humano que trabaja con la primera infancia, elaborado por la Cruz Roja Colombiana Seccional Cundinamarca y Bogotá, en desarrollo del Convenio No.1795 de 2017.

²² Fuente: Dirección de Protección -Subdirección de Responsabilidad Penal para Adolescentes.

3. Los planes de acción deben contener acciones relacionadas con los Acuerdos de convivencia y/o Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos y/o prácticas restaurativas, ya que se brindará especial atención al eje de prevención de riñas y lesiones entre los adolescentes del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.
4. Los planes de acción no pueden ser elaborados únicamente por el operador, la regional debe tener una mirada sistémica.

Así mismo, se elaboró un documento denominado **Guía de Orientaciones para la Seguridad y Prevención de Situaciones de Riesgo de los Niños, Niñas y Adolescentes**²³, el cual busca definir orientaciones para la seguridad y prevención de situaciones de riesgo de los niños, niñas y adolescentes con sus derechos inobservados, amenazados o vulnerados en proceso administrativo de restablecimiento de derechos; mayores de 18 años sin discapacidad en declaratoria de adoptabilidad y mayores de 18 años con discapacidad que al cumplir la mayoría de edad se encontraban en declaratoria de adoptabilidad, que permitan cualificar la atención de los equipos interdisciplinarios que operan las modalidades de atención de restablecimiento de derechos del ICBF, Autoridades Administrativas y sus Equipos Técnicos Interdisciplinarios, y supervisores de contrato.

Este documento, será tenido en cuenta por las Regionales ICBF en el momento de formular el plan de acción, así mismo y conforme al trabajo de prevención de daño antijurídico que realiza la Dirección de Protección, se incluyó en los contratos de aporte, una cláusula especial de prevención de daño antijurídico, que hace vinculante el cumplimiento de las orientaciones impartidas en la **Guía de Orientaciones para la Seguridad y Prevención de Situaciones de Riesgo de los Niños, Niñas y Adolescentes**.

[e. Política de eventual recuperación de económica.](#)

Es importante tener en cuenta que frente a las indemnizaciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en las que podría actuar como demandado el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- con ocasión de las muertes o lesiones causadas a los menores de edad, podría haber una mitigación del perjuicio económico como consecuencia de la utilización del ejercicio del Incidente de Reparación Integral en la jurisdicción penal.

Por medio de esta figura jurídico-penal, el Instituto Colombiano de Bienestar –ICBF- se constituiría en víctima. Lo anterior, fundamentado en el artículo 132 del Código de Procedimiento Penal, norma según la cual “*se entiende **por víctimas**, para efectos de este Código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño como consecuencia del injusto.” Esta norma, interpretada armónica y sistemáticamente con los artículos 102 y 103 del Código de Procedimiento Penal, permitirá que el ICBF en calidad también de víctima por la demanda de reparación directa de la que pueda ser sujeto obligado a indemnizar, podrá recuperar sumas económicas en materia penal ejercitando el incidente de reparación integral una vez ha obtenido la calidad de víctima.*

Esto dicen las normas citadas:

²³ Documento elaborado por la Subdirección de Restablecimiento de Derechos

Artículo 102 de la Ley 906 de 2004. *“En firme la sentencia condenatoria y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador convocará dentro de los ocho (8) días siguientes a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones previstas en los artículos 107 y 108 de este Código, de ser solicitadas por el incidentante.”*

Artículo 103 de la Ley 906 de 2004. *“Iniciada la audiencia el incidentante formulará oralmente su pretensión en contra del declarado penalmente responsable, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira e indicación de las pruebas que hará valer.*

El juez examinará la pretensión y deberá rechazarla si quien la promueve no es víctima o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y está fuera la única pretensión formulada. La decisión negativa al reconocimiento de la condición de víctima será objeto de los recursos ordinarios en los términos de este código.

Admitida la pretensión el juez la pondrá en conocimiento del condenado y acto seguido ofrecerá la posibilidad de una conciliación que de prosperar dará término al incidente. En caso contrario el juez fijará fecha para una nueva audiencia dentro de los ocho (8) días siguientes para intentar nuevamente la conciliación y de no lograrse, el sentenciado deberá ofrecer sus propios medios de prueba.”

En consecuencia, el ICBF buscará la constitución de parte en el proceso penal en calidad de víctima y a su vez, presentará incidente de reparación integral.

III. POLITICA PARA LA PREVENCIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES POR PARTE DE LOS OPERADORES.

[a. Identificación del Problema a resolver:](#)

Obedece al incumplimiento de las obligaciones contractuales del pago de seguridad social por parte del operador a sus trabajadores. (Contrato de aporte)

[b. Hechos Generadores:](#)

Son hechos generadores las reiteradas demandas presentadas, por el presunto incumplimiento en el pago de prestaciones sociales a los contratistas por los operadores con los cuales el ICBF ha celebrado contrato de aporte.

La solidaridad laboral, se encuentra contemplada en el Código Sustantivo del Trabajo, así:

“ARTICULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES. 1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para

realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores".

"2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas". (Subrayado fuera de texto).

Como características de la relación contratista independiente y trabajador, conforme a la norma en mención, pueden extraerse las siguientes:

1. Entre ambos sujetos debe mediar una relación laboral. Es decir, tal relación debe estar permeada por los requisitos establecidos por el artículo 23 del C.S.T.
2. Entre ambos sujetos debe mediar un contrato (escrito, consensual o fáctico) de obra o de prestación de servicios.
3. La obra o prestación del servicio es a favor de un tercero (beneficiario de la obra o de la prestación).
4. Existe un precio determinado por la obra o el servicio prestado.

En relación con lo anterior, las condenas por solidaridad serían violatorias de los derechos fundamentales y desconocen preceptos constitucionales relativos al Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

El Estado Colombiano organizó administrativamente el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, creado desde la Ley 7 de 1979¹¹ actualmente regulado por la Ley 1098 de 2006, artículos 201 a 214.

El Sistema tiene por objeto las políticas públicas de infancia y adolescencia, que se entienden como "el conjunto de acciones que adelanta el Estado, con la participación de la sociedad y de la familia, para garantizar la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes" (artículo. 201).

De dicho Sistema, hacen parte todas las entidades territoriales en los niveles local, departamental y nacional, los entes de control y el Ministerio Público y la sociedad como tal, conforme lo dispone el artículo 214 de la Ley 1098 de 2006, cuando señala que "en desarrollo del principio de corresponsabilidad, las organizaciones sociales especializadas, como las veedurías ciudadanas, o cualquier otra forma de organización de la ciudadanía, participarán en el seguimiento y vigilancia de las políticas públicas y de las acciones y decisiones de las autoridades competentes".

Si el objeto fuese prever una garantía para el pago de la acreencia laboral a favor del trabajador, se lograría lo mismo sin violar los derechos del ICBF y arriesgar el patrimonio público, por ejemplo, disponiendo responsabilidad subsidiaria más no solidaria.

Por otra parte, la relación entre el contratista independiente y el beneficiario de la obra o de la prestación del servicio está caracterizada, según la norma, por lo siguiente:

1. El contratista independiente asume todos los riesgos.
2. El contratista independiente realiza la obra o presta el servicio con sus propios medios, y con libertad y autonomía técnica y directiva.
3. Entre ambos sujetos debe mediar un contrato de obra o de prestación de servicios, el cual será ejecutado por un tercero (trabajador).
4. Cuando se dice fáctico, se hace referencia al contrato establecido en el numeral 2 del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, es decir, lo que doctrinaria y jurisprudencialmente se conoce como contrato realidad.

Ahora, como se puede advertir, el trabajador contratado para la obra o la prestación del servicio y el beneficiario de la obra o de la prestación del servicio, en manera alguna se encuentran vinculados por una relación jurídica. Sin embargo, existe un nexo causal entre los dos, el cual es la naturaleza de la obra o prestación y su pertenencia a las actividades normales o corrientes del beneficiario de tales actos.

c. El contrato de aporte. Naturaleza y características.

Entre los contratos que la ley le autoriza celebrar al ICBF se encuentra el denominado *contrato 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.

Contrato que conforme a lo establecido en el artículo 2.4.3.2.5 del Decreto 1084 de 2015, tiene una naturaleza eminentemente administrativa. Así mismo, el artículo 2.4.3.2.8 *ibidem* consagra que tales contratos *deben ceñirse en su celebración, desarrollo, cumplimiento e interpretación, a la naturaleza y a las modalidades del servicio de bienestar familiar.*

d. Inaplicabilidad del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo por inexistencia de conexidad material entre el contrato de aporte y el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

Al realizar una comparación entre las características de las relaciones mencionadas en el artículo 34 del C.S.T. y las de las relaciones entre el ICBF y el contratista a través de un contrato de aporte, el contratista independiente realiza la obra o presta el servicio con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva.

- Establece el artículo 2.4.3.2.9 del Decreto 1084 de 2015:

Artículo 2.4.3.2.9. 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. (Subrayado fuera de texto)

- Tal como lo dispone el aparte subrayado, el contratista del ICBF está sujeto a las normas, reglamentos o lineamientos que para tal efecto emita la entidad. No existe, por parte del contratista, autonomía o libertad alguna en el aspecto técnico.
- Es el ICBF quien, conforme a la ley, debe regular la conducta y actividades del contratista, y éste tiene la obligación de acatar y seguir las directrices técnicas. Por tal motivo no es autónomo y carece de libertad o autonomía. Prueba de ello son los múltiples lineamientos técnicos que ha emitido el ICBF en aras de regular la actividad de los hogares infantiles.
- Así mismo, tal como ya se mencionó, el ICBF, a través de un aporte, le proporciona al contratista, el cual es una entidad sin ánimo de lucro, los recursos necesarios para cubrir todos los gastos en los cuales deba incurrir para el desarrollo del programa. De tal forma que los medios para la prestación del servicio son provistos por el ICBF.
- Contrato de obra o de prestación de servicios, el cual será ejecutado por un tercero.
- De igual forma, el contrato que relaciona al ICBF y al contratista se da por medio de un contrato de aporte, no de obra ni de prestación de servicios. Y, como se ha mencionado reiteradamente, aquel tiene una naturaleza y características especiales, por lo que no puede confundirse con estos dos.

e. Precio determinado por la obra o el servicio prestado.

No existe un precio. El ICBF contribuye con el desarrollo del programa mediante un aporte, el cual está integrado por diferentes factores o emolumentos, situación que es acorde con la naturaleza de dicho contrato.

Finalmente, el contrato de aporte no es para beneficio del ICBF, sino que los sujetos beneficiados directamente son los niños, niñas y adolescentes.

f. Política de Prevención:

Para evitar la ocurrencia de los hechos generadores de reclamaciones al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR en virtud del reconocimiento de acreencias laborales por obligaciones solidarias debido al incumplimiento por parte del operador en el pago de las acreencias y prestaciones sociales se estableció como estrategia reforzar la obligación del pago de seguridad social mediante la elaboración de las minutas modelo de los contratos de aporte donde se incluyan las cláusulas de indemnidad y obligación del pago de aportes a la seguridad social por parte de los operadores.

Así mismo, mediante memorando S-2018-281082-0101 del 18 de mayo de 2018²⁴, se emitieron recomendaciones para el manejo de posibles incumplimientos e incumplimientos por parte de los contratistas del ICBF relacionados con los aportes al sistema de salud y pensiones, el cual busca mitigar las reclamaciones por parte de los contratistas de los operadores, a través del inicio de procesos sancionatorios, en las siguientes situaciones:

1. Cuando en ejecución del contrato el supervisor evidencie que el contratista no está cumpliendo el pago de salarios y prestaciones laborales y/o el pago de aportes parafiscales.

En desarrollo del contrato, cuando no se cumpla la obligación de realizar pago de salarios y prestaciones sociales:

- El supervisor del contrato debe radicar ante Dirección de Contratación o Coordinador Jurídico de la Regional, según corresponda, el informe de *Supervisión- Inicio proceso administrativo sancionatorio*, para hacer efectiva la cláusula de multas en el contrato.

En el informe se debe solicitar la imposición de una multa diaria y sucesiva en el porcentaje que el contrato (por regla general es el 0,1% pero debe verificarse en cada caso), por cada día de retraso en que el contratista incumpla con la obligación, hasta que se verifique su cumplimiento.

- Si como resultado del proceso administrativo sancionatorio, se demuestra el incumplimiento del pago de salarios y prestaciones sociales, en el acto administrativo correspondiente se deberá proceder a:

Primero: Imponer la multa diaria equivalente al porcentaje que determine el contrato (por regla general es el 0,1% pero debe verificarse en cada caso), por cada día de retraso en que el contratista incumpla con la obligación, desde el día en que se produjo el incumplimiento, hasta el día en que se expide el acto administrativo.

Segundo: Declarar la ocurrencia del siniestro de incumplimiento amparado por la garantía única, para cubrir los perjuicios derivados del pago del valor de la multa impuesta.

Tercero: Ordenar el pago de la multa al contratista o al garante a la cuenta bancaria de la entidad.

Cuarto: Notificar el acto administrativo en estrados.

Quinto: Indicar que contra la resolución procede el recurso de reposición el cual debe ser interpuesto, sustentado y decidido en la misma audiencia de debido proceso, de acuerdo con lo señalado en el art. 86 de la Ley 1474 de 2011.

Sexto: Ordenar realizar las publicaciones y comunicaciones señaladas en el art. 31 de la Ley 80 de 1993, modificado por el art. 218 del Decreto 019 de 2012, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015 y comunicar a la Procuraduría General de la Nación.

En el evento que se haya impuesto multa al contratista y el acto administrativo esté en firme,

²⁴ Documento elaborado por la Dirección de Contratación

pero persista el incumplimiento de las obligaciones, el supervisor del contrato deberá volver a radicar ante la Dirección de Contratación o Coordinador Jurídico de la Regional, según corresponda, otro informe de *Supervisión-Inicio* proceso administrativo sancionatorio, para hacer efectiva la cláusula de multas en el contrato, para que se dé inicio a otro procedimiento sancionatorio y así sucesivamente, hasta que el contratista se allane a cumplir la obligación debida.

- El Supervisor del Contrato no podrá autorizar el giro de los pagos adeudados al contratista por los períodos en los que se haya incumplido la obligación. Lo anterior bajo el entendido que el Estatuto de Contratación Estatal condiciona el pago de los contratistas del estado a la acreditación del pago de aportes al sistema de seguridad social. Específicamente, el párrafo 1° del art. 23 de la Ley 1150 de 2007 dispone que el contratista debe acreditar que se encuentra al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda, señalando que dicho requisito es condición necesaria para la realización de cada pago derivado del contrato.

2. Cuando el plazo de ejecución del contrato ha terminado y no ha sido liquidado

En el evento que el contrato haya finalizado su plazo de ejecución, se encuentre en estado de liquidación, se evidencie el incumplimiento del pago de salarios y prestaciones sociales:

- El supervisor del contrato deberá enviar una comunicación dirigida al contratista y a su garante ordenando a ambos cumplir con el pago de salarios y prestaciones sociales, bajo el entendido que conforme al numeral 1° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993, la entidad tiene derecho a exigir la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado, tanto al contratista como al garante. En el evento que la entidad no cuente con los nombres, datos de contacto y números de cuenta del personal al que se le ha incumplido el pago de salarios y prestaciones sociales deberá solicitarlo en la comunicación.
- El supervisor del contrato deberá contactar a los trabajadores, para que formalicen una reclamación ante la entidad por el no pago de salarios y prestaciones sociales, conforme a formato que deberá elaborar la entidad.
- El supervisor del contrato deberá radicar ante la Dirección de Contratación o Coordinador Jurídico de la Regional, según corresponda, el informe de *Supervisión - inicio proceso administrativo sancionatorio*, para: i) declarar el incumplimiento de las obligaciones de pagos y prestaciones sociales, ii) cuantificar el incumplimiento y iii) declarar la ocurrencia del siniestro asegurado del amparo de salarios y prestaciones sociales de garantía única de cumplimiento.

En el informe el supervisor deberá cuantificar los perjuicios derivados del incumplimiento, con base en las reclamaciones presentadas por los trabajadores ante la entidad.

- Si como resultado del proceso administrativo sancionatorio, se demuestra el incumplimiento del pago de salarios y prestaciones sociales, en el acto administrativo correspondiente se deberá proceder a:

Primero: Declarar el incumplimiento de la obligación de pago de salarios y prestaciones sociales.

Segundo: Cuantificar el perjuicio sufrido por la entidad con base en la reclamación presentada por los trabajadores ante la entidad.

Tercero: Declarar la ocurrencia del siniestro del amparo de salarios y prestaciones sociales por el valor cuantificado como perjuicio.

Cuarto: Ordenar al contratista o al garante el pago del siniestro a la cuenta de la entidad o a las cuentas de los trabajadores.

Quinto: Notificar el acto administrativo en estrados.

Sexto: Indicar que contra la resolución procede el recurso de reposición el cual debe ser interpuesto, sustentado y decidido en la misma audiencia de debido proceso, de acuerdo con lo señalado en el art. 86 de la Ley 1474 de 2011.

Séptimo: Ordenar realizar las publicaciones y comunicaciones señaladas en el art. 31 de la Ley 80 de 1993, modificado por el art. 218 del Decreto 019 de 2012, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015 y comunicar a la Procuraduría General de la Nación.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C.