



POLÍTICA DE PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO DEL ICBF

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 públicas.

Que 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.

Que 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"*.

Que el Decreto No. 1069 de 2015 *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho"*, definió al Comité de 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.

Que el Decreto No. 1069 de 2015 estableció entre las funciones de los Comités de Defensa Judicial y Conciliación de las Entidades Públicas del orden nacional, departamental, distrital, etc, 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"*.

Que mediante Resolución No. 5722 del 6 de septiembre de 2012, publicada en el Diario Oficial No. 48.560 del 21 de septiembre de 2012, se reestructuró el Comité de Defensa Judicial y Conciliación en la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - Cecilia de la Fuente De Lleras y se estableció como funciones del Comité de Defensa Judicial y Conciliación *"Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico"* y *"Diseñar las políticas generales que orientan la defensa de los intereses en litigio de la entidad"*, que le serán aplicables a los casos con identidad fáctica y jurídica

en los que la entidad hace parte, con el fin de asistir a las diferentes instancias judiciales con una posición institucional unificada y coherente.

Que 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, que han sido estudiadas y puestas a su consideración, ha implementado políticas en materia de defensa judicial y de prevención del daño antijurídico.

Que 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 Instituto, en aras de evitar la recurrencia de los hechos generadores del daño antijurídico.

Que 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, y con el fin de mitigar los hechos generadores del daño, se considera necesario implementar las Políticas de Gestión Jurídica, Prevención del Daño Antijurídico y Defensa Judicial del ICBF.

Que el documento denominado "**POLÍTICA DE PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO DEL ICBF**" fue propuesto por los abogados del Grupo de Representación Judicial de la Oficina Asesora Jurídica y analizado en varias sesiones del Comité de Defensa Judicial y Conciliación, en las cuales, se realizó los ajustes de acuerdo a las observaciones realizadas por los integrantes.

Se proponen las siguientes temáticas, así:

I.PROCESOS ADMINISTRATIVOS HIGIENICO SANITARIOS SANCIONATORIOS

INTRODUCCIÓN

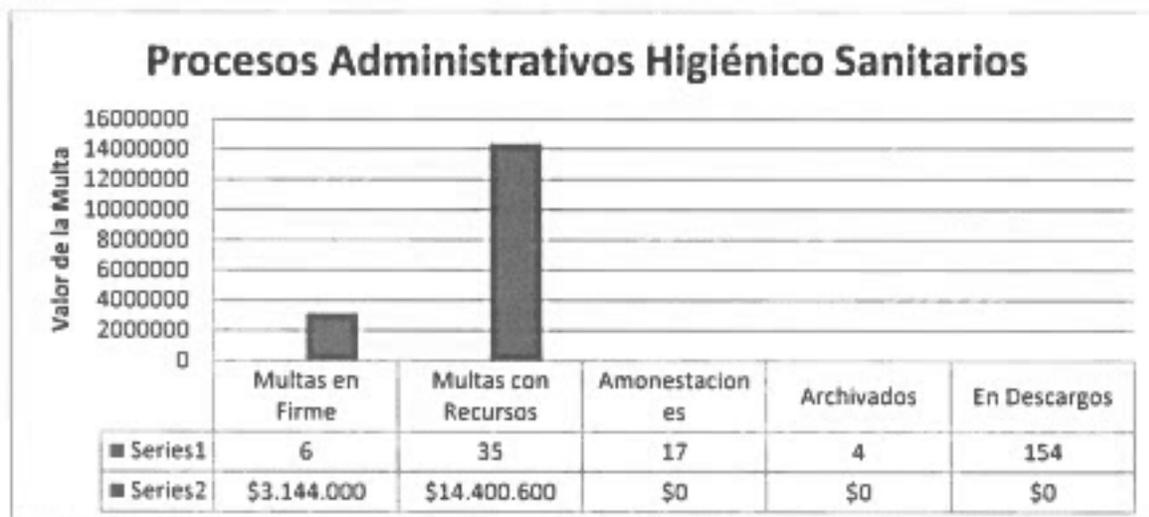
El propósito que nos lleva a construir la política de prevención del daño antijurídico deriva de los procesos administrativos higiénico-sanitarios sancionatorios en contra del Instituto con ocasión de la presunta violación normativa contemplada en la Ley 9 de 1979, Ley 10 de 1990, Ley 100 de 1993, Ley 1122 de 2007, Decreto 3075 de 1997, Decreto 677 de 1995, Resolución 2190 de 1991, lo que ha generado un incremento en la formulación de

pliego de cargos contra los Establecimientos y Hogares de Bienestar y comedores para la tercera edad, por ser el ICBF la entidad supervisora de dichos contratos de aporte.

Previo a construir la presente política se requirió a los coordinadores de Grupo Jurídicos de las regionales, revisar y reportar información del inicio de procesos administrativos higiénico sanitarios sancionatorios con el fin de conformar una base de seguimiento de estos procesos, y poder realizar una defensa óptima y unificada a los intereses de la Entidad. El resultado obtenido es que solo la Secretaria Distrital de Salud de Bogotá, ha adelantado estos procesos administrativos en contra del ICBF.

Ahora, para la elaboración del informe se tuvo en cuenta los archivos digitales contenidos en el aplicativo CONSUSDATOS, comunicaciones allegadas a la Oficina Asesora Jurídica y los consolidados manejados por el grupo jurídico de la Regional Bogotá y la Oficina Asesora Jurídica.

Dicho lo anterior, se presenta la estadística de los procesos activos y terminados en los que la Entidad es objeto de sanción.



NORMATIVIDAD

La política de prevención del daño antijurídico y de defensa de los intereses del ICBF tiene fundamento en el Decreto 1716 de 2009.

ALCANCE

Sede de la Dirección General
 Avenida carrera 68 No. 64c – 75. PBX: 437 76 30
 Línea gratuita nacional ICBF 01 8000 91 8080
www.icbf.gov.co

Estamos cambiando el mundo

La política de prevención del daño antijurídico y de defensa de los intereses del ICBF es aplicable a todas las dependencias de la entidad y a todos los operadores que ejecutan los contratos de aporte.

HECHO GENERADOR DEL DAÑO ANTIJURIDICO

Para definir las causas que dieron inicio a los procesos administrativos higiénico-sanitarios sancionatorios y las posteriores sanciones, el ICBF tuvo en cuenta los fundamentos expuestos en los pliegos de cargos, definiéndose en todos los casos la falta de supervisión por parte del ICBF en la ejecución del contrato de aporte en los HCB y Comedores para la tercera edad e incumplimiento de los lineamientos de calidad por parte de los operadores.

Las causas más frecuentes desplegadas en los procesos higiénico-sanitarios fueron las siguientes:

- Edificación e Instalaciones sanitarias en malas condiciones.
- Equipo de cocina y utensilios en mal estado.
- Personal manipulador de alimentos sin certificación médica.
- Requisitos higiénicos de la fabricación
- Almacenamiento de agua sucia, no apta para consumo.
- Distribución, transporte y comercialización de alimentos sin cumplir estándares de calidad
- Sin botiquín de primeros auxilios
- Sin extintores
- Sin planes de emergencia para los casos respectivos.
- Rotulado de alimentos
- Sillas y mesas en malas condiciones, sin tapizado.
- Otras.

En consecuencia, el ICBF es objeto de investigaciones administrativas por causas que corresponden a presuntas violaciones normativas contempladas en las normas indicadas, por parte de los Establecimientos y Hogares de Bienestar y comedores para la tercera edad.

IDENTIFICACIÓN DE LAS CAUSAS QUE ORIGINAN LOS PROCESOS ADMINISTRATIVOS HIGIÉNICOS SANITARIOS SANCIONATORIOS Y SANCIONES CONTRA LA ENTIDAD.



El ICBF, en la elaboración del diagnóstico de los hechos que se identificaron en todos los procesos administrativos higiénico-sanitarios sancionatorios, estableció que la falencia se halla en la falta de supervisión de los contratos de aporte por las áreas misionales encargadas para ello. Por tanto y para efectos de formular la política de prevención, partiremos de las causas que pueden ser prevenibles.

- La falta de supervisión en cabeza de los coordinadores de los centros zonales
- La falta de información de las visitas realizadas a los HCB.

Lo que se procura es que el ICBF, durante el desarrollo del proceso en sede administrativa demuestre que los hechos pugnados no tuvieron lugar y que no se generó el daño alegado.

Sin embargo, los procesos administrativos higiénicos sanitarios sancionatorios tienen la función de alertar y mostrar a los responsables de los procesos misionales y administrativos las posibles falencias en su actuación.

POLITICAS DE PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURIDICO Y DE DEFENSA DE LOS INTERESES DEL ICBF

De conformidad con lo anterior, se establecerán las medidas para corregir el problema y así se constituya en una política para la prevención del daño antijurídico generado por la causa primaria encontrada, la cual debe consistir en un plan de acción para solucionar un problema que incluya medidas que la mitiguen o resuelvan.

Hecho Generador	Identificación de la causa que origina el daño antijurídico	Políticas de prevención del daño antijurídico	Responsable
<ul style="list-style-type: none">- Edificación e instalaciones Sanitarias en malas condiciones.- Equipo de cocina y utensilios en mal estado.- Personal manipulador de alimentos sin certificación médica.- Requisitos higiénicos de la fabricación	Falta de Supervisión en los contratos de aporte.	La Supervisión deberá ser ejecutada por una oficina o área que permanentemente vigile y controle el cumplimiento a la normatividad sanitaria. Establecer contacto con las Secretarías de Salud, con el fin de trabajar	Dirección de Primera Infancia. Oficina de Aseguramiento a la Calidad.

<ul style="list-style-type: none"> - Almacenamiento de agua sucia, no apta para consumo. - Distribución, transporte y comercialización de alimentos sin estándares de calidad - Sin botiquín de primeros auxilios - Sin extintores - Sin planes de emergencia para los casos de necesidad. - Rotulado de alimentos - Sillas y mesas en malas condiciones, sin tapizado. - Otras 		<p>mancomunadamente en la vigilancia de dichos HCB.</p>	
---	--	---	--

II. POLITICA PARA LA PREVENCIÓN CONTROVERSIAS CONTRACTUALES EN EL EJERCICIO DE FACULTADES EXORBITANTES DEL ESTADO

I. Identificación del problema a resolver

Este escrito se orienta a resolver el gran problema que significa, para el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**, las controversias que se suscitan cuando en ejercicio de las facultades excepcionales del Estado y de las cláusulas contractuales se imponen sanciones como imposición de multas, declaratorias de caducidad, terminación de contratos con la respectiva declaratoria de siniestro y de la efectividad de la cláusula penal.

a. Descripción del análisis realizado.

El **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** desde la Sede de la Dirección General y en sus Regionales celebra gran cantidad de relaciones contractuales con terceros, con el fin de cumplir con su objeto misional.

En ejercicio de las relaciones contractuales, el Estado tiene la potestad de ejercer cláusulas excepcionales y otras propias del derecho privado, pero que siempre implican el cumplimiento de la garantía del debido proceso para el contratista de la administración. Partiendo de lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política, artículo 17 de la Ley 1150 de 2017, Artículo 86 de la Ley 1474 de 2001, Resolución 1100 de 10 de marzo de 2015 por el cual se adopta el Manual de Contratación Vigente, la Guía del supervisor



de contratos y convenios suscritos por el ICBF de 25 de marzo de 2015, de lo establecido en las propias cláusulas contractuales se hace necesario que en la Dirección de Contratación y en los Grupos Jurídicos de las Regionales se realicen las actuaciones sancionatorias contractuales con estricto cumplimiento de las normas vigentes para garantizar el debido proceso a los contratistas; no se trata solo de demostrar el incumplimiento e imponer la sanción, sino garantizar que se cumplan todas las formalidades y permitir el ejercicio del derecho de defensa del contratista.

b. Identificación de las causas primarias prevenibles

Entre las falencias detectadas y que explican la ocurrencia de los hechos, que han servido de fundamento para las reclamaciones registradas, en contra del **INSTITUTO COLOMBIANO BIENESTAR FAMILIAR**, en el encuentran:

1. Falta de capacitación de los Grupos Jurídicos de las Regionales y la Sede de la Dirección General en los procedimientos sancionatorios contractuales.
2. Poca atención de la Dirección de Contratación en ejercicio del control de tutela sobre las actividades sancionatorias de las Regionales.
3. La omisión en el cumplimiento del Manual de contratación vigente.
4. La omisión en el cumplimiento de la Guía del supervisor de contratos y convenios suscritos por el ICBF.

Adicionalmente se presentan como causas sistemáticas que generan controversias contractuales y que por su utilidad conceptual para esta manual la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado profirió la Circular Externa No. 09 que establece las principales causas y las posibles soluciones en materia de contratación estatal, tanto en la parte precontractual, contractual y postcontractual. Se incorporará el estudio de la ANDJE en este documento:

"Las entidades estatales desconocen, con relativa frecuencia, el principio general de derecho según el cual, las partes de un contrato válidamente celebrado están obligadas a ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna (arts. 1602 y ss. C.C.).

Por lo anterior, y como primer recomendación debe exhortarse a la administración a través de los supervisores de los contratos y a quienes deben cumplir con el objeto de los mismos, que en virtud del principio del pacta sunt servanda, las partes deben cumplir lo establecido en la relación contractual, incluso así su querer sea diferente.

El cumplimiento de los fines del Estado depende, en gran medida, de la cabal y oportuna ejecución de los contratos que sus entidades y agentes celebran para satisfacer necesidades colectivas y garantizar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos que requieren los administrados.

En este orden, la conducta de los servidores públicos que intervienen en la gestión contractual es determinante para el logro de los cometidos estatales y es por esta razón que la Agencia exhorta a la estricta y rigurosa observancia de la normatividad que regula la contratación administrativa y al cumplimiento de las reglas y postulados que presiden la administración de bienes ajenos y gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia, tal como expresamente lo dispone el numeral 4 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993.

La prevalencia del interés público involucrado en la contratación administrativa impone deberes de conducta y comportamiento que los contratantes están obligados a acatar durante todas las etapas contractuales. En lo que se refiere a los organismos y agentes estatales, estos deberes se concretan en el cumplimiento de diferentes actuaciones, gestiones y actividades durante las etapas de preparación (precontractual), ejecución (contractual) y liquidación (pos contractual) del contrato.

Con la finalidad de asegurar resultados óptimos y evitar la improvisación en la gestión pública que, en la generalidad de los casos, acarrea gastos innecesarios, el legislador ha previsto que, desde antes de la celebración del contrato, los servidores públicos involucrados en la gestión contractual adelanten un ejercicio de planeación para identificar y dimensionar la necesidad que se requiere satisfacer, así como las características y las condiciones técnicas, de costo y calidad de los bienes, obras o servicios que van a contratarse.

Entonces, sin importar la envergadura de la necesidad por satisfacer o del bien o servicio que se requiera para solventarla, es imprescindible e ineludible contar con estudios previos serios y completos que justifiquen la conveniencia y oportunidad de la contratación y definan con claridad las especificaciones y condiciones técnicas del bien o servicio que se requiere.



En la fase contractual las entidades deben atender con especial diligencia la precisión, claridad y calidad de los documentos que integrarán el futuro contrato, en el sentido de cerciorarse de que contienen y transmiten, con exactitud, sus requerimientos y las estipulaciones que ellas están dispuestas a pactar y a cumplir y que, entre las distintas cláusulas y documentos que lo conformarán, existe la debida correspondencia y univocidad.

Los documentos que conforman el contrato deben regular, completa y suficientemente, las condiciones de tiempo, modo y lugar en que aquel habrá de ejecutarse. En la medida de lo posible, el conjunto de sus estipulaciones y cláusulas debe ser auto contentivo y auto suficiente para regular la relaciones de las partes y las eventuales situaciones que puedan presentarse en el curso de su ejecución y liquidación o, en su defecto, prever procedimientos y/o mecanismos que permitan solucionar las contingencias que puedan afectar su desarrollo

Durante la ejecución del contrato, a las entidades estatales les corresponde ejercer la dirección, control y vigilancia del cumplimiento de las prestaciones derivadas de aquél, facultades que se les confiaron en razón de la relevancia del interés colectivo involucrado en los contratos estatales y con el exclusivo propósito de asegurar la realización de los cometidos del Estado.

La dirección y control de los contratos comporta la potestad de definir y adoptar las decisiones necesarias para evitar su afectación o paralización. La vigilancia, en cambio, implica, por una parte, el seguimiento al desarrollo o ejecución del contrato, para verificar que se lleve a cabo de acuerdo con las especificaciones y condiciones convenidas, y, por otra, conlleva la competencia para formular orientaciones, impartir instrucciones u órdenes y, en fin, coordinar la ejecución del contrato mediante la gestión de asuntos de distinta índole: operativa, administrativa, técnica, contable, financiera y legal, cuya extensión depende de la naturaleza y complejidad de las prestaciones a cargo del contratista.

Así, está claro que la dirección y control del contrato y la vigilancia de este mismo son atribuciones distintas aunque tienen la misma finalidad. Por lo tanto, deben ejercerse conforme a los roles específicos y las funciones que la ley o el reglamento asigna a cada servidor público en particular.

La vigilancia exige conocimiento de la materia propia del contrato, experticia en la ejecución de actividades similares a las que constituyen el objeto del negocio y disponibilidad para ocuparse, permanentemente, de los trámites y diligencias necesarios para impulsar su ejecución. En consecuencia, es imprescindible que la intervención y constante supervisión del desarrollo del trabajo objeto del contrato la ejerzan funcionarios y/o contratistas que tengan suficiente idoneidad técnica para constatar el cumplimiento de las condiciones convenidas y disponibilidad para dispensarle la atención que requiera.

Los representantes legales de las entidades del Estado ejercen el control integral de la actividad contractual soportada en los conceptos y dictámenes periódicos o extraordinarios que deben rendirles los funcionarios y/o contratistas a quienes corresponde intervenir en cada una de las etapas del contrato.

Los interventores están obligados a rendir informe de sus actividades, del estado de los asuntos a su cargo y a reportar sus hallazgos de orden técnico, jurídico, administrativo u operativo al jefe de la entidad o a su delegado y son responsables por la veracidad y consistencia de la información que reporten, en tanto que quienes ejerzan el control de los procesos contractuales son los llamados a adoptar, oportunamente y con base en los avisos que les comuniquen los primeros - a menos que tales informes ofrezcan serios motivos de duda-, las medidas y correctivos pertinentes para garantizar la cumplida ejecución de la actividad contractual estatal.

Por otra parte, la responsabilidad de velar porque los contratos se ejecuten en las condiciones de tiempo, modo y lugar convenidas, comporta, además de la verificación de que el contratista cumpla las prestaciones que le corresponden, impedir, mediante acciones comprobables y ajustadas a derecho, que este ejecute obras, trabajos o servicios que no estén expresamente previstos en el contrato

En los casos que ordena la ley o cuando así lo hubieren convenido las partes, los servidores públicos y/o contratistas encargados de su intervención, vigilancia y/o supervisión deben disponer, en cuanto concluya el plazo de ejecución del contrato, sin ninguna dilación, todo lo necesario para liquidarlo.



En este orden de ideas, resulta de suma importancia que las entidades establezcan protocolos y formatos para orientar las actuaciones de esta etapa, las cuales deben dirigirse a: i) valorar y verificar la calidad y conformidad del producto contratado con respecto a las de las especificaciones convenidas, y ii) a cuantificar las prestaciones ejecutadas por ambas partes.

Asimismo, es de máxima utilidad que los encargados de la vigilancia del contrato rindan informe escrito o levanten acta en la que sienten constancia, el mismo día del vencimiento del plazo de ejecución del contrato, sobre el estado final de su objeto, reportando, principalmente, si hubo ejecución total o parcial y si el conjunto del producto o alguna de sus partes presenta defectos o deterioro.

Otro punto que merece especial atención, es el atinente con la garantía del debido proceso al momento de que la Entidad haga uso de las facultades excepcionales del Estado, en especial las relativas a la facultad sancionatoria como pueden ser la imposición de multas, declaratorias de caducidad, declaratorias de incumplimiento, efectividad de la cláusula penal, entre otras.

En este aparte es necesario que se respete el principio del debido proceso contemplado en el artículo 29 de la Constitución Política, artículo 17 de la ley 1150 de 2017 y artículo 86 de la ley 1174 de 2011. En este sentido la administración debe darle traslado al administrado de los cargos que pretenda hacer valer y de las evidencias del incumplimiento contractual, para que este pueda presentar descargos sobre esas actuaciones, de manera posterior debe realizarse audiencia de debido proceso con citación del garante con el fin de que estos puedan hacer valer su derecho a la defensa con la posibilidad de solicitar y controvertir pruebas, para que después en el marco de un procedimiento garantista, se pueda llegar a la imposición de las sanciones, posibilitándose en todo caso que pueda hacer uso de los recursos de ley.

Garantías. Dependiendo de la tipología contractual que se pretenda estructurar se deben exigir pólizas de seguros para amparar a la entidad de posibles controversias futuras. Por ejemplo si lo que se pretende realizar es un contrato de obra, no solo deben pactarse las pólizas de cumplimiento que garanticen el cumplimiento de la obra, también deben solicitarse pólizas de

responsabilidad civil para amparar controversias sobre daños que se puedan causar a terceros, también pueden solicitarse pólizas para amparar el pago de las obligaciones a los trabajadores de la obra¹

II. Medidas para corregir el problema

Para evitar la ocurrencia de hechos generadores de reclamaciones al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**, es preciso que se tomen las siguientes medidas:

1. Cumplimiento de los Grupos Jurídicos de las Regionales y en la Sede de la Dirección General de la normatividad vigente, del Manual de Contratación adoptado en el procedimiento para el ejercicio de las facultades sancionatorias contractuales que garanticen el derecho al debido proceso y se impongan las sanciones que en derecho correspondan.
2. Que la Dirección de Contratación en ejercicio del control jerárquico que implica la desconcentración de funciones, solicite periódicamente o intervenga directamente en los procedimientos sancionatorios contractuales que se adelanten en las Regionales atendiendo la cuantía o la naturaleza de la sanción. Deberá expedirse por la Dirección de Contratación una directriz donde se ordene a las Regionales que informen sobre los procedimientos sancionatorios contractuales a iniciar.
3. Seguimientos periódicos a los supervisores e interventores sobre el cumplimiento de la Guía del supervisor de contratos y convenios suscritos por el ICBF.

III. POLITICA PARA LA PREVENCIÓN DE MUERTE Y/O LESIONES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES (Acciones de Reparación Directa)

I. INTRODUCCIÓN

Luego de analizar los distintos fallos proferidos por los diferentes despachos judiciales a nivel nacional, así como Tribunales y Consejo de Estado, se estableció el alto impacto que tienen las condenas por reparación directa que a lo largo del tiempo que se han

1

Circular externa 09 de 11 de marzo de 2015 de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.



proferido en contra de la entidad, que no solamente puntualizan en los aspectos económicos en detrimento del patrimonio público del ICBF, si no que por el contrario implican compromiso institucional, con el fin de prevenir las situaciones fácticas ya ocurridas y prevalentemente identificadas, atacando de fondo esas situaciones definidas y particulares que por su ocurrencia en el pasado hacen posible resistirlas y prevenirlas.

Dicha contingencia, debe ser abordada desde la observación de cada caso particular contenido en una sentencia de carácter condenatorio y de su análisis emitir recomendaciones puntuales que de forma general sea aplicada por todas las dependencias de naturaleza misional que tienen la directa atención de los menores en cualquiera de los tipos de atención que presta el Instituto.

Y es necesario que el análisis parta de la particularidad de cada caso, y vaya a la aplicación de la recomendación en el ámbito general, pues en todo el país lamentablemente hemos sido objeto de condenas en dos estadios o grados de imputación, ya sea una subjetiva desde los estadios del dolo o la culpa, o uno objetivo desde la óptica de una condena basada en un resultado.

Dichas recomendaciones de cada caso en particular, y aplicadas en general a todos los responsables de la atención de los menores, deberá iniciar desde la identificación de la fuente de riesgo, su posible prevención y las contingencias posteriores en caso de su acaecimiento, donde deberán intervenir la Dirección de Primera Infancia, la Dirección de Protección y una especial postulación del Sistema de Responsabilidad Penal que implica un alto índice de perjuicios a menores objeto de medidas ordenadas por los Jueces de la República.

Se pretende, por un lado, establecer de forma clara las causas que originan el daño antijurídico que se causa al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** por 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, y Centros operados por terceros, en virtud de la celebración de contratos de aporte y por el otro lado, las políticas de prevención del citado daño antijurídico.

a. Descripción del análisis realizado.

EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ha recibido en el último año un número considerable de reclamaciones, entre solicitudes de conciliaciones y demandas, relacionadas con lesiones y muertes de menores que están bajo su protección. Estas reclamaciones han representado para la entidad cuantiosos egresos que obligan a atender de forma clara y precisa el asunto dentro de la política de

prevención del daño antijurídico, toda vez que analizadas las condenas por estos hechos se encuentra que la entidad ha sido declarada responsable de ellos lo que ha generado cuantiosas condenas.

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, ocurridos a los menores bajo su protección relativos a muerte y lesiones ocurridas en los Hogares Infantiles y comunitarios y Centros para atender a menores del SRPA se encuentran en orden de mayor recurrencia, las siguientes:

1. Lesiones presentadas en el desarrollo de actividades cotidianas dentro del Hogar Infantil o Comunitario de Bienestar.
2. Muertes causadas por ahogamiento en tanques, estanques, pozos, lavaderos, baldes, contenedores de agua, etc. dentro del Hogar Infantil o Comunitario.
3. Muertes causadas por quemaduras con líquidos inflamables manipulados por Madres Comunitarias, o dejados en lugares de fácil acceso para los niños y niñas beneficiarios de los programas de bienestar.
4. Lesiones causadas por quemaduras con líquidos calientes manipulados sin el cuidado debido dentro del Hogar Infantil o Comunitario de Bienestar.
5. Amputación de órganos, pérdidas funcionales, pérdida de órgano o miembro ocurridos por diversas causas dentro de los Hogares Infantiles o Comunitarios de Bienestar.
6. Lesiones sufridas por desatención de los menores por manipulación sin vigilancia de diferentes elementos peligrosos parte de los niños y niñas dentro de los Hogares Infantiles o Comunitarios de Bienestar.
7. Muertes causadas por descuido de los operadores en actividades organizadas fuera de las instalaciones de los Hogares Infantiles o Comunitarios, operadores y/o Cajas de Compensación.



8. Eventos de actos sexuales abusivos o violentos dentro de los Hogares Infantiles o Comunitarios de Bienestar.
9. Muertes causadas por ahogamiento debido a la ingesta de alimentos sólidos sin la debida y cuidadosa supervisión e idoneidad de la Madre Comunitaria.
10. Lesiones y muertes en los Centros para adolescentes del SRPA.

c. Identificación de las causas primarias prevenibles

Entre las falencias detectadas y que explican la ocurrencia de los hechos que han servido de fundamento para el alto número de reclamaciones registradas en contra del **INSTITUTO COLOMBIANO BIENESTAR FAMILIAR**, se encuentran:

- a) Una evidente falta de capacitación de las Madres de los Hogares Infantiles y Comunitarios de Bienestar y de los operadores que contratan con la entidad.
- b) Autorización del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** para el funcionamiento de Hogares Infantiles y Comunitarios en instalaciones que no cumplen con los mínimos requisitos de seguridad o ubicadas cerca de fuentes de riesgo para la vida e integridad personal de los Niños y Niñas que están bajo la protección o atención de la entidad
- c) Una muy precaria y en ocasiones inexistente supervisión por parte del ICBF en la ejecución de los contratos de aporte.
- d) Un permanente incumplimiento por parte los Hogares Infantiles y comunitarios y de los operadores de las cláusulas contractuales, en especial las relacionadas con el cuidado personal de los menores y la capacitación e idoneidad de las madres comunitarias.

II. Políticas de prevención.

Para evitar la ocurrencia de los hechos generadores de reclamaciones al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** en virtud de lesiones y muertes o de otros daños a menores que están bajo su protección, es preciso atacar las causas que originan tales hechos, mediante la elaboración de estrategias, en las que estén incluidas la exigencia de mayores requisitos para autorizar el funcionamiento de Hogares Infantiles y Comunitarios, pero también la supervisión real a la ejecución del contrato, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de los operadores.

Lo anterior requiere un fuerte compromiso institucional y algo que puede resultar vertebral, una alta inversión en recurso humano, no sólo calificado sino también comprometido con las labores a desempeñar. Para ello se hace necesario establecer una verdadera supervisión de los contratos de aporte, utilizando para ello personal suficiente en número y debidamente capacitado en para ello y en especial en primeros auxilios, nutrición, suministro de alimentos de conformidad con las diferentes edades, etc.

Resulta más productivo y menos oneroso y consecuente con la labor social que desarrolla el instituto, adelantar un programa de capacitación y desarrollo permanente de supervisores de los contratos de aporte que producirán ingentes resultados positivos que ello produciría.

Por su parte, el Comité de Defensa Judicial y Conciliación del ICBF ha estado permanentemente al frente de las políticas de prevención del daño antijurídico en asuntos de muertes y lesiones de los menores bajo su protección y ha recomendado las siguientes que es oportuno recoger en este documento:

- Se recomienda a las direcciones encargadas de la protección de los niños, niñas y adolescente, que las instituciones y entidades que tengan a cargo el cuidado de estos adquieran juguetes, materiales didácticos y electrodomésticos que eviten lesiones o muerte, al igual que exigir que los juguetes, materiales o electrodomésticos estén debidamente asegurados o fijados de tal forma que no se puedan mover fácilmente de manera de manera peligrosa para los menores.
- Se recomienda preparación a cargo del ICBF, como garante principal de los menores inmersos en los programas misionales de la entidad, en atención básica de vida a las madres comunitarias para cuando se presente atoramiento por parte de los menores en la ingesta de los alimentos u objetos de fácil manipulación.
- Solicitar a las entidades hospitalarias cuando se remita a un menor sometido a medida de protección en un hogar sustituto, un informe detallado del estado de salud del menor en ese momento y el tratamiento a seguir.
- Las áreas misionales deben buscar mecanismos para la formación y capacitación de las madres comunitarias en el suministro de alimentos a los menores usuarios del programa de acuerdo a la edad.
- Establecer por parte de las Direcciones de Primera Infancia y Protección, con el apoyo de Aseguramiento de la Calidad, un lineamiento o protocolo para los desplazamientos de los menores usuarios de los programas del ICBF, en desarrollo de actividades pedagógicas.
- Solicitar a la Dirección de Primera Infancia que, por lo menos una vez al año, se realice a través de las autoridades competentes la revisión de los antecedentes del núcleo familiar que compone el hogar comunitario.



- Realizar el acompañamiento psicológico necesario a los menores que se encuentren bajo medidas de protección con el fin de detectar posibles señales que permitan inferir que el menor puede atentar contra su vida.
- Establecer protocolos de seguridad en los hogares sustitutos que eviten la evasión y/o huida de los menores ubicados en estos programas.
- Evaluar las políticas de seguimiento y vigilancia que se realizan a los hogares sustitutos con el fin de establecer si son idóneos para albergar y cuidar a los niños, niñas y adolescentes.
- Reiterar protocolos sobre la supervisión y vigilancia de elementos dejados en lugares de fácil accesos para los menores tales como ollas con líquidos calientes, combustibles y otros elementos inflamables.
- Instar a los funcionarios de los hogares comunitarios para que no dejen recipientes con agua u otros líquidos en los lugares a los que tengan acceso los menores, así como asegurar los sitios de almacenamiento de líquidos.
- Reforzar las medidas de seguridad y vigilancia de las instituciones de protección, para evitar los menores tengan acceso a objetos corto punzantes, cigarrillo, armas de fuego y demás materiales con los que puedan causar lesiones y reforzar los programas de convivencia, fortaleciendo la supervisión por parte de la Entidad, pero también incluyendo dichas medidas como obligaciones puntuales y específicas en los contratos celebrados con los deferentes operadores de los programas misionales de la Entidad.
- Solicitar a la Dirección de Protección que adopte las medidas necesarias para que la obtención de los cupos en las diferentes modalidades que se manejan en los programas, sea de manera inmediata, sin poner en riesgo la vida e integridad de los menores.
- Recomendar a la oficina de aseguramiento a la calidad, socializar en los diferentes programas misionales las políticas y lineamientos adoptados por el ICBF frente a las diversas situaciones catalogadas como peligrosas.
- Revisar de manera detallada los antecedentes de las entidades con las que se pretenda contratar el desarrollo de los programas del Instituto, con el objeto de excluir de manera obligatoria a todas aquellas que hayan tenido antecedentes por muertes o lesiones personales graves de menores bajo su cuidado.
- Iniciar de manera obligatoria los procedimientos sancionatorios y/o penales cuando existe evidencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales que generen muertes o lesiones a los menores.

CONSECUENCIAS DEL CIERRE DE OPERADORES POR LESIONES O MUERTES DE MENORES DE EDAD BAJO CUSTODIA DEL ICBF

Autorización del ICBF para el funcionamiento de Hogares Infantiles y Comunitarios en instalaciones que no cumplen con los mínimos requisitos de seguridad o ubicadas cerca de fuentes de riesgo para la vida e integridad personal de los niños y niñas que están bajo la protección o atención de la entidad

Al respecto, se deben materializar las condiciones normativas de la entidad, donde cualquier ocurrencia de siniestros que afecten gravemente la condición de los menores, como lesiones, muerte o actividad sexual que restrinja, lesione o limite su integridad sexual, deberá ordenarse el cierre preventivo tal como la normatividad interna de la Entidad lo consagra, no sin antes precaver que tal situación está fundada en la ponderación de los derechos de los menores, que los últimos tiempos ha tomado fuerza en virtud del reconocimiento y asunción de postulados garantistas de talante internacional que buscan proteger a toda costa a la luz del DIH.

Frente a las consecuencias que se presentan de la toma de esas medidas preventivas y sus posibles efectos con ocasión de la toma de decisiones administrativas de carácter definitivo, deberá analizarse cada caso en particular, no sin antes indicar que la medida preventiva implica la salvaguarda y protección inmediata de los menores, donde no se podrá actuar de forma diferente.

En ese sentido, esas medidas preventivas o definitivas deberán a futuro ser consideradas en los contratos de las madres, donde se recomienda indicar que la suspensión de la actividad propia del hogar, en cualquiera de sus formas, implicará la suspensión del pago de los emolumentos que perciba esta, bajo una premisa jurídica eminentemente objetiva que implica que si el objeto contratado cesa, por la causa de situaciones antijurídicas en contra de algún menor, por ende las obligaciones dinerarias en igual sentido se suspenden, esto en el entendido que si existe un contrato, y el objeto no se puede ejecutar, no habrá derecho a los pagos.

No obstante, la reanudación de la prestación del servicio, así como el levantamiento de las medidas preventivas, deberá ser analizada en cada caso en concreto, con el fin de determinar si procede el pago de los instalamentos insolutos.

IV. POLITICA PARA LA PREVENCIÓN EN ASUNTOS DE SOLIDARIDAD LABORAL (Procesos Ordinarios Laborales)

HECHOS GENERADORES DEL DAÑO ANTIJURÍDICO:



Son hechos generadores las reiteradas demandas presentadas en las Regionales, 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 información reportada por la entidad al sistema de gestión de información EKOGUI, administrado por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE), identifica que la actividad litigiosa relacionada con hechos, acciones y omisiones por parte de los operadores con los cuales el ICBF ha celebrado contrato de aporte han desencadenado reclamaciones en la vía prejudicial y judicial en materia contencioso administrativa.

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 1979 ², actualmente regulado por la Ley 1098 de 2006 ³, arts. 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, como dispone el artículo 214 de la Ley 1098 de 2006, *"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 "Por la cual se dictan normas para la protección de la niñez, se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones", Título III "Del Sistema Nacional de Bienestar Familiar", arts. 12 a 18.

³ "Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia", Libro III "Sistema Nacional De Bienestar Familiar, Políticas Públicas e Inspección, Vigilancia y Control".

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 2º 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

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 123 del Decreto 2388 de 1979, tiene una naturaleza eminentemente administrativa. Así mismo, el artículo 126 *ibídem* 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.*

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 127 del Decreto 2388 de 1979:

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. (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 (trabajador)

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 éstos dos.

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.

Consideramos, tener en cuenta lo siguiente :

Sede de la Dirección General
Avenida carrera 68 No. 64c – 75. PBX: 437 76 30
Línea gratuita nacional ICBF 01 8000 91 8080
www.icbf.gov.co

Estamos cambiando el mundo



1. Realizar, previo a la celebración del contrato de aporte, una estricta revisión de los requisitos del trámite y del otorgamiento o reconocimiento de personerías jurídicas y licencias.
2. La Dirección de Contratación deberá confirmar, previa legalización del contrato de aporte, la existencia de una póliza y evaluar la posibilidad de su incremento, que garantice y cubra el pago de las obligaciones laborales, esto es: salarios, prestaciones sociales y seguridad social.
3. Previa autorización de pagos a los operadores, el supervisor del contrato deberá verificar y corroborar el pago efectivo de seguridad social y de salario a sus trabajadores.
4. Exigir un mayor compromiso del supervisor del contrato en cuanto a la revisión del pago de prestaciones sociales y seguridad social.
5. El ICBF, debe analizar la posibilidad de incluir una cláusula en los contratos de aporte en donde se haga la salvedad de que como los recursos son estatales, y en algunos casos se tienen declaraciones de los mismos operadores acerca de que no les pagan a las Madres Comunitarias, esto puede constituir conducta punible por peculado o abuso de confianza y el supervisor estaría en la obligación de instaurar la respectiva denuncia penal.
6. Exigir al supervisor del contrato la constante revisión de los datos y cifras consignadas en la planilla PILA, y que en caso de encontrar alteraciones interponga la denuncia penal por presunta falsedad en documento público.
7. Realizar una lista de incumplimientos evidenciados en estándares de calidad respecto a la obligación contractual de pago de nómina por los operadores del ICBF.
8. Verificar los posibles incumplimientos contractuales de los operadores antes de contratar de nuevo con ellos, y establecer previamente como sanción su exclusión para celebrar contratos.
9. Mediante acción de tutela ante la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, el Instituto a través de la Oficina Asesora Jurídica, está dando la batalla jurídica para lograr obtener un precedente jurisprudencial en la materia, un ejemplo fue la tutela en contra del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali – Sala de Descongestión Laboral, contra el fallo de segunda instancia de fecha 30 de mayo de 2013, básicamente con los siguientes argumentos.

- El Tribunal aplicó una norma no vigente al caso, porque al referirse al artículo 34 del C.S.T. cita que éste "... *dispone que 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...*" (pág. 14 sentencia 2da instancia, **negrita y subrayado fuera de texto**), y esto constituyó su punto de partida.

Esta norma, básica para la decisión cuestionada, corresponde al contenido de la redacción original del art. 34 del C.S.T. anterior a la modificación introducida por el art. 3 del Decreto 2351 de 1965. No es cosa de poca monta, ni un lapsus cálamí, se trata de que el Tribunal hizo actuar al caso una norma no vigente".

- Ahora bien, ambas normas, tanto la contenida en la redacción original del art. 34 del C.S.T. como la que fue subrogada por el art. 3 del Decreto 2351 de 1965, son anteriores al surgimiento del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, creado mediante la Ley 7 de 1979⁴, lo que permite concluir que el funcionamiento de este sistema administrativo que tiene por objeto proteger a la familia, niñez y adolescencia con la participación y colaboración conjunta del Estado, la sociedad y la comunidad está por fuera de las hipótesis para las cuales fue concebida la norma en cuestión.
- La decisión que se acusa como violatoria de las garantías fundamentales del ICBF y del patrimonio público resulta también violatoria del inciso final del artículo 1568 del Código Civil, que manda **"la solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley"**; luego, la interpretación judicial, aun respetable en virtud de la autonomía de la rama jurisdiccional, resulta a la postre *contra legem*.
- El régimen del contrato de aporte⁵ no es compatible con la hipótesis de solidaridad prevista en el art. 34 del C.S.T., porque el Instituto **NO ES NI "BENEFICIARIO DEL TRABAJO", NI "DUEÑO DE LA OBRA"**.

⁴ "Por la cual se dictan normas para la protección de la niñez, se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones", Título III "Del Sistema Nacional de Bienestar Familiar", arts. 12 a 18.

⁵ Sobre el régimen del contrato de aporte, modalidad especial prevista para el ICBF: Ley 7 de 1979, art. 21; numeral 8º; Decreto 2388 de 1979, arts. 123 a 129; Decreto Ley 2150 de 1995, art. 122; Ley 1098 de 2008, art. 11 parágrafo; y Decreto 2923 de 1994.



No es el ICBF el que se lucra de la actividad desplegada por el ente que celebra un contrato de aporte, es la sociedad entera a través de la salvaguarda de la familia.

- En línea con lo anterior, no hay causa jurídica para la condena en solidaridad y por eso se insiste en que ésta vulnera las garantías básicas, porque esta figura se explica cuando la entidad recibe una contraprestación del intermediario laboral, lo que no ocurre en el contrato de aporte en que, por el contrario, **es el Estado que aporta** – valga la redundancia - **o desembolsa con el fin de poder cumplir mejor su objeto, no recibe a cambio obras ni consultorías, etc.**, como sí en cualquier otro contrato estatal.

Es apenas razonable pretender que cuando menos se permita al Instituto ejecutado plantear que el acreedor se dirija primero contra el principal obligado al pago de su acreencia, **pero la sentencia acusada como violatoria de las garantías fundamentales y riesgosa para el fisco le cercena al ICBF cualquier posibilidad de defensa ante una inminente ejecución.**

V. POLITICA PARA LA PREVENCIÓN EN MATERIA DE MADRES COMUNITARIAS :

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha enfrentado también reclamaciones laborales de quienes se desempeñaron como Madres Comunitarias antes de su formalización mediante lo previsto en los arts. 165 de la Ley 1450 de 2011, 36 de la Ley 1607 de 2012 y el Decreto 289 de 2014.

La causa de estos procesos consistió en que el proceso de formalización de las Madres Comunitarias desembocó en la reclamación de derechos laborales retroactivos por parte de quienes se desempeñaron como tales.

Este es también un riesgo jurídico generado a partir de la normatividad que reguló rangos y niveles de incremento de la bonificación de las madres comunitarias y su forma de vinculación; por tanto, el ICBF considera que la causa no es prevenible a nivel de actividades del ámbito de la entidad y además porque ya fueron formalizadas las Madres Comunitarias.

Frente a problemas como estos, la gestión jurídica de la entidad se ha enfocado en (i) controvertir el argumento según el cual las sentencias dictadas a nivel de Tribunales

Administrativos son precedente vinculante, ni interpretación auténtica ni doctrina probable, al tenor de lo previsto en los arts. 4 de la Ley 169 de 1896, 114 de la Ley 1395 de 2010 y 102 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) y lo resuelto por la Corte Constitucional mediante las sentencias C-836 de 9 de agosto de 2001, M. P. Dr. Rodrigo Escobar Gil; C-820 de 4 de octubre de 2006, M. P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-539 de 6 de julio de 2011, M. P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva; y C-816 de 1º de noviembre de 2011, M. P. Dr. Mauricio González Cuervo, y (ii) intentar recursos extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia (CPACA, arts. 248 a 268) para corregir las dis-analogías del precedente vinculante en que incurrían los Tribunales.

VI. POLITICA PARA LA PREVENCIÓN EN MATERIA DE DEFENSORES DE FAMILIA:

El ICBF ha enfrentado una serie de demandas presentadas por quienes ocuparon el cargo de defensor de familia grado 15º u otros que pretenden nivelación salarial retroactiva al grado 17º.

La causa de estos procesos tiene origen en que los Decretos 3265 de 2002, 4482 de 2009 y 423 de 2008, que previeron niveles salariales distintos para los cargos de defensor de familia grado 15º y 17º.

Estos procesos no se generaron en un daño antijurídico causado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, sino en un riesgo jurídico generado a partir de la normatividad que estableció la estructura de cargos y salarios de la entidad; se considera que la causa no es prevenible a nivel de actividades del ICBF y además la acusada disparidad ya no existe.

En la gestión judicial, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha identificado que los fallos en su contra aluden a la supuesta infracción del principio de igualdad, desconociendo el precedente vertical del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2, Subsección B, sentencia de 15 de junio de 2011, radicación 76001-23-31-000-2004-02610-01 (0801-10), Consejera Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, y omitiendo las normas que regulan el sistema de carrera administrativa y el empleo público.

VII. POLITICA PARA LA PREVENCIÓN EN MATERIA DE CREDITOS DE VIVIENDA:



En la actualidad a nivel nacional se encuentran vigentes determinados saldos en favor del ICBF por concepto de créditos de vivienda que fueron otorgados a funcionarios del Instituto para compra o mejora de vivienda, y que aún no han sido cancelados en su totalidad; motivo por el cual ha sido necesario acudir a la jurisdicción civil para recuperar las acreencias existentes a través de la interposición de procesos ejecutivos y ordinarios.

Los créditos de vivienda en su inmensa mayoría presentan como garantía, títulos valores representados en pagarés, y una pequeña cifra a través de garantías hipotecarias.

Los créditos de vivienda otorgados por el ICBF a sus funcionarios configuran un contrato de mutuo de dinero, donde el mutuante o acreedor es el ICBF y el mutuario o deudor es el funcionario beneficiado con el otorgamiento del crédito.

Con respecto a los procesos judiciales de cobro de las obligaciones relativas a los créditos de vivienda otorgados a funcionarios del ICBF, durante el desarrollo de la defensa de los intereses del Instituto, se han identificado variados hechos generadores de daño antijurídico, los cuales se relacionan a continuación:

- **Deficiente custodia de la documentación relativa a los créditos de vivienda, por la indebida aplicación de protocolos de retención documental.**

Es de conocimiento de esta Oficina Asesora Jurídica, que se han extraviado todo tipo de documentos incluyendo títulos valores, en algunos casos se desconoce la ubicación del expediente completo, situación que preocupa notablemente debido a que estos contienen los soportes y las garantías necesarias para el pago de las obligaciones crediticias en favor del ICBF.

Por este motivo se considera necesario establecer medidas adecuadas de conservación de este tipo de documentos, empezando por la realización de un inventario general de los todos títulos que actualmente existen como garantías para el pago de las deudas adquiridas con ocasión del otorgamiento de créditos de vivienda, con el fin de identificar si existen créditos que no cuenten con este tipo de garantías para su cobro. De igual forma en los casos en que sea necesario, deben adelantarse los respectivos procesos de reconstrucción de los títulos, sin perjuicio de las investigaciones de tipo disciplinario y penal que correspondan según el caso.

De igual forma, debe darse estricto cumplimiento a las normas de archivística existentes para este efecto, tales como la debida utilización de las tablas de retención documental que se encuentran estandarizadas por el ICBF.

- **Falta de dinero en caja menor para sufragar gastos judiciales.**

Es de conocimiento de esta Oficina Asesora Jurídica, que se han dejado de efectuar gestiones judiciales debido a la falta de recursos económicos que les permita a los apoderados de los procesos, sufragar en debida forma y oportunidad diversas actuaciones judiciales.

Frente a este aspecto se hace necesario que los Coordinadores de los Grupos Jurídicos de las Regionales del ICBF le den cumplimiento a las directrices que se han efectuado por parte de la Oficina Asesora Jurídica en cuanto a la provisión de recursos destinados para las cajas menores. Lo anterior también representa una gran responsabilidad para cada uno de los apoderados judiciales en cuanto a la debida planificación que deben tener frente al desarrollo de las diferentes etapas procesales en cada uno de los litigios que tengan a su cargo, situación que les permita anticipar las necesidades económicas.

- **Falta de control sobre base de datos nacional de los créditos de vivienda que se encuentran para para cobro jurídico.**

Actualmente la Oficina Asesora Jurídica no ha logrado determinar la cantidad total de créditos de vivienda que se encuentran para cobro jurídico en el país. Los motivos que ocasionan esta preocupante realidad son:

En primer lugar, las Regionales del ICBF no remiten oportunamente los informes del estado actual de los procesos que adelantan.

En segundo lugar, no existe una debida aplicación de las normas de archivo, situación que ha generado la perdida y/o destrucción de los documentos que contienen la información relativa a los créditos de vivienda.

Aunado a lo anteriormente expuesto, en ocasiones los cambios de personal redundan en deficiente manejo y traslado de la información, esto se agrava con la falta de empalmes entre funcionarios, así como la falta de inducción al momento de iniciar la función en el cargo y la irregular entrega de la documentación que soporta el trabajo que habrá de realizarse junto con el debido informe del estado actual de los procesos.

Frente a este aspecto se requiere que las Regionales remitan de manera pertinente y oportuna la información relativa al estado de los procesos, que se cumpla con la debida organización y conservación documental.

- **Deficiente ejercicio de la gestión judicial a los procesos, ocasionando que se pierdan oportunidades procesales, y se archiven por configurarse desistimiento tácito.**

Es de conocimiento de esta Oficina Asesora Jurídica, que se han dejado de efectuar gestiones a diversos procesos judiciales relativos a créditos de vivienda, permitiendo que se que se agoten etapas procesales sin que se realice la debida intervención por parte del ICBF, tales como contestación de excepciones y presentación de alegatos de conclusión; es más, en algunos casos, ha sido tal el nivel de descuido, que los despachos judiciales han ordenado archivar procesos por haberse configurado la figura del desistimiento tácito.

Frente a este aspecto en particular, es de vital importancia que los apoderados del ICBF desarrollen de manera adecuada y dentro de la oportunidad, el seguimiento y la intervención dentro de las etapas y los momentos procesales que correspondan con el fin de ejercer una eficaz defensa de los intereses del ICBF.

No obstante lo anterior, es importante que el Coordinador del Grupo de Representación Judicial, los Coordinadores de los Grupos Jurídicos de las Regionales, y los Supervisores de los contratos de prestación de servicios profesionales, ejerzan control sobre las actuaciones de los apoderados del ICBF, para garantizar la efectividad de la defensa judicial en favor del ICBF.

- **Procedimientos irregulares relativos a los acuerdos de pago.**

A pesar de la existencia de la Resolución 0059 del 30 de enero de 2004, que regula el procedimiento para la suscripción de acuerdos de pago entre los deudores de obligaciones originadas con ocasión del otorgamiento de créditos de vivienda y el ICBF, existen acuerdos de pago suscritos sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en este acto administrativo, situación que resulta preocupante debido a que podría ocasionar futuras nulidades.

Lo anteriormente expuesto, tiene su origen principalmente en el desconocimiento del mencionado acto administrativo, por parte de los apoderados del ICBF, y de los funcionarios que tienen la competencia para adelantar los trámites que permitan suscribir acuerdos de pago como forma de reconocimiento de las obligaciones, interrupción de los términos de prescripción y amortización de los créditos de vivienda.

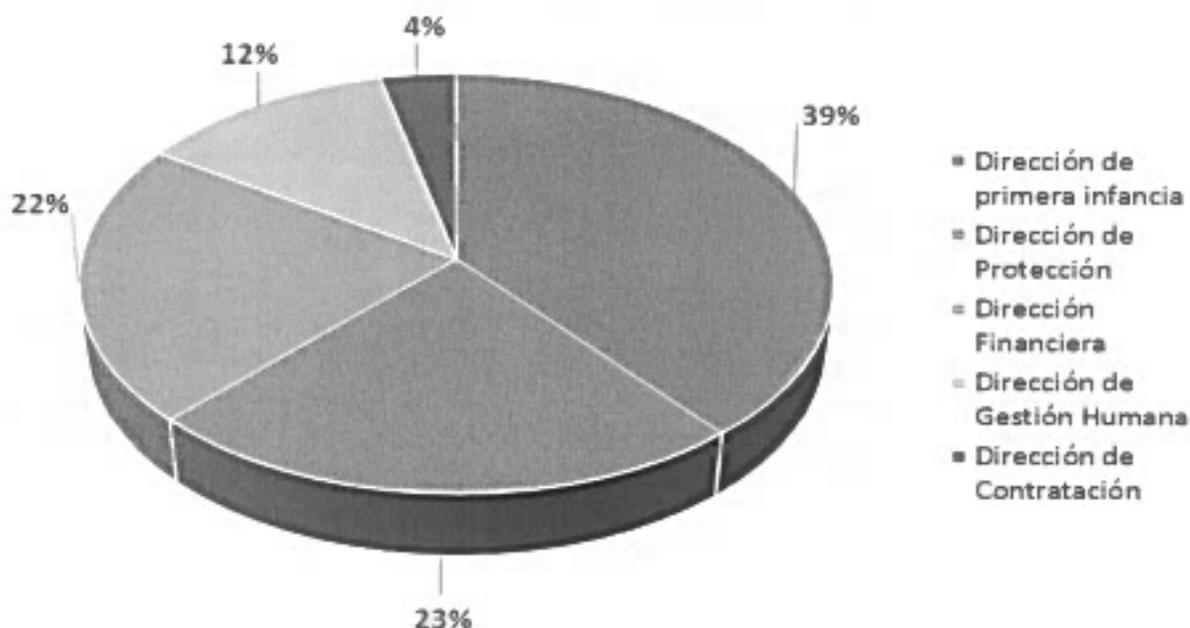
Es por este motivo que la Oficina Asesora Jurídica el día 07 de noviembre de 2014 remitió por correo electrónico dirigido a los Coordinadores Jurídicos de las Regionales del ICBF, copia de los actos administrativos que regulan los procedimientos relativos a los créditos de vivienda Otorgados por el ICBF, adicionalmente, los días 06 de noviembre de 2014 y 26 de febrero de 2015 se remitieron memorandos dirigidos a todas las Regionales del ICBF, otorgando directrices con respecto a este tema en particular.

VIII. PANORAMA ESTADISTICO.

A continuación, se presenta un panorama estadístico de los pagos realizados en la vigencia 2015, por área administrativa y por causa establecida, así:

DEPENDENCIA	VALOR PAGADO
Dirección de Primera Infancia	\$ 1.123.814.898
Dirección de Protección	\$ 678.697.996
Dirección Financiera	\$ 628.613.106
Dirección de Gestión Humana	\$ 355.360.290
Dirección de Contratación	\$ 104.711.953
TOTAL	\$ 2.891.198.243

PAGOS POR ÁREA





Etiquetas de fila	Suma de VALOR PAGADO
Dirección de Primera Infancia	\$ 1.123.814.898
Lesiones menor en Hogar Comunitario de Bienestar	\$ 508.706.597
Muerte menor en Hogar Infantil	\$ 293.714.132
Lesiones menor en Hogar Infantil	\$ 181.875.854
Muerte menor en Hogar Comunitario de Bienestar	\$ 126.817.159
Muerte de menor en Guardería Infantil	\$ 12.701.157
Dirección de Protección	\$ 678.697.996
Muerte menor Centro de Atención Especializada - modalidad internado	\$ 241.216.634
Lesiones menor en Centro de Atención Especializada - modalidad internado	\$ 166.281.319
Muerte de menor en Hogar Sustituto	\$ 142.667.509
Muerte de funcionario de Centro de Atención Especializada	\$ 92.769.600
Muerte de menor por violencia intrafamiliar	\$ 22.361.583
Cuota de sostenimiento madres sustitutas	\$ 13.401.350
Dirección Financiera	\$ 628.613.106
Aportes parafiscales	\$ 628.613.106
Dirección de Gestión Humana	\$ 355.360.290
Reliquidación defensores de Familia	\$ 329.990.271
Contrato realidad	\$ 25.370.019
Dirección de Contratación	\$ 104.711.953
Pago de sumas no reconocidas por servicios efectivamente prestados	\$ 104.711.953
Total general	\$ 2.891.198.243

Suma de VALOR PAGADO

