

Cartagena de Indias D. T. y C., diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES.

Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado	13-001-33-33-005-2015-00542-01
Demandante	NORVELIS ESTHER DIAZ MARTINEZ
Demandado	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF
Tema	DAÑO ANTIJURÍDICO - FALLA DEL SERVICIO POR EXPEDICIÓN IRREGULAR DEL ACTO ADMINISTRATIVO REVOCADO
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante, Norvelis Esther Díaz Martínez, contra la sentencia de fecha quince (15) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones¹

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

"PRIMERA: ... "DECLARE PATRIMONIALMENTE RESPONSABLE DE TODOS LOS DAÑOS Y PERJUICIOS ANTIJURÍDICOS, A LA NACIÓN COLOMBIANA - MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL- INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - CECILIA DE LA FUENTE DE LLERAS - REGIONAL BOLÍVAR - CENTRO ZONAL MAGANGUÉ- EPS-S COMFAMILIAR DE CARTAGENA BOLÍVAR- SECRETARIA DE

¹ Cuaderno de primera instancia Folios 4 -5 Archivo digital "01ExpedienteCuaderno1"

SALUD DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR, tal como es el 'DAÑO MORAL SUBJETIVO', causado a mi representada (...).

SEGUNDA: *Cómo consecuencia de la anterior "DECLARACIÓN" Solicito en virtud del artículo 16 de la ley 446 de 1998, se "CONDENE" a las entidades demandadas a INDEMNIZAR POR DAÑO ANTIJURÍDICO CAUSADO POR FALLA DEL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, al haberse DISCRIMINADO PÚBLICAMENTE. A LA SEÑORA NORVELIS ESTHER DÍAZ MARTÍNEZ, ORDENÁNDOSE EL CIERRE DEL HOGAR COMUNITARIO QUE TENÍA A SU CARGO Y VIOLADO EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE Su FAMILIA. SIN UN FUNDAMENTO LEGAL QUE LO JUSTIFICARA. causándole con su actuar un "DAÑO MORAL SUBJETIVO", debido al rechazo de la que es víctima por parte de la comunidad en general, que tuvo conocimiento que convive con su hija y su nieto portadores de VIH.*

(...)"

1.1 Hechos²

Se exponen como supuestos fácticos los que se resumen a continuación:

1. El 12 de julio de 2013, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Bolívar – Centro Zonal Magangué expidió la Resolución No. 004, ordenando el cierre temporal del hogar comunitario de bienestar a cargo de la señora Norvelis Esther Díaz, con el fin de garantizar la seguridad de los niños beneficiarios del hogar, debido a que en esa fecha recibieron un informe de la EPS COMFAMILIAR Cartagena, sobre el resultado positivo de la prueba VIH del menor Caleb David Villalobos Bolívar, hijo de la señora Cristina Bolívar Díaz, portadora del VIH, siendo estos los miembros del núcleo familiar que convivían con la madre comunitaria.
2. El 27 de agosto de 2013, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Bolívar – Centro Zonal Magangué profirió la Resolución No. 005, con la cual resolvió recurso de reposición interpuesto por la señora Norvelis Esther Díaz, reponiendo la Resolución No. 004 del 12 de julio de 2013, al considerar que no había prueba de que la enfermedad de los

² Cuaderno de primera instancia Folios 2 - 3 Archivo digital "01ExpedienteCuaderno1"

parientes de la madre comunitaria pusiera en riesgo la vida e integridad de los menores a su cargo.

3. La demandante estima que se vulneraron sus derechos a la intimidad, buen nombre e igualdad, pues se sintió discriminada por el solo hecho de la enfermedad de VIH de sus familiares, por parte del ICBF.

2. Contestación

El 13 de junio de 2017, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF) contestó la demanda³ oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, argumentando en resumen que, su actuación no fue un acto discriminatorio, sino en cumplimiento del Acuerdo 050 de 1996, que establece que se debe cerrar de manera temporal mientras se investiga si la enfermedad puede ser un peligro para los niños que conviven en el hogar de bienestar familiar, puesto que había dos personas con VIH. Aseguró además que, no se configuran los elementos de la responsabilidad por falla del servicio, y que no existe nexo causal entre el supuesto daño sufrido por la demandante y la actuación del ICBF y, por ende, responsabilidad alguna que conlleve al reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

3. Sentencia apelada

El Juzgado Quinto Oral Administrativo de Cartagena, en sentencia de 15 de noviembre de 2016⁴ negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente:

No encontró demostrado daño antijurídico que conllevara a indemnización de perjuicios con la expedición del acto administrativo, pues estima que el procedimiento adelantado por el ICBF cumplió su contenido obligatorio, por lo que no se presentó ningún tipo de discriminación por la condición de salud de la hija y nieto de la demandante, sino de prevención y atención al interés superior del nieto y de los niños que recibían los servicios del hogar comunitario.

³ Cuaderno de primera instancia Folios 112 - 126 Archivo digital "01ExpedienteCuaderno1"

⁴ Cuaderno de primera instancia Folios 2 - 31 Archivo digital "03ExpedienteCuaderno3"

Además, enfatizó en que la comunidad se enteró de la situación particular de la enfermedad de los parientes de la actora, por voces de estos mismos y no por la entidad demandada, por lo que descarta por completo cualquier perjuicio atribuible a esta última.

Consideró que de existir una equivocada apreciación de la funcionaria en el riesgo que podía tener la enfermedad de los familiares para los niños del hogar comunitario, esta se corrigió al haber dejado sin efecto su propio acto al resolver el recurso de ley, sin necesidad de acudir al juez. Finalmente, concluyó que no se acreditaron los perjuicios sufridos por la demandante por el cierre del hogar y, que, aunque los testigos dan cuenta de una afectación, la misma no comporta un daño en sí mismo, debido a que el acto no fue ejecutado porque no quedó ejecutoriado.

4. Recurso de apelación

La **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** presentó recurso de apelación⁵ solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda, argumentando que la providencia se aparta de la situación fáctica planteada en la demanda, que se concreta no en torno al cierre temporal del hogar comunitario sino a la motivación de la decisión que es un acto discriminatorio en contra de la demandante, por vivir sus familiares contagiados de VIH en la misma casa en la que funciona el hogar comunitario, lo que le estigmatizó y causó perjuicios morales.

Reprocha que no se haya tenido en cuenta la prueba que es suficiente la Resolución N° 004 de julio 12 de 2013 que ordenó el cierre del hogar por el solo hecho de que su hija y su nieto fueran portadores de VIH – SIDA, y la Resolución No. 005 del 27 de agosto de 2013 que la revocó en sede de reposición. Por lo tanto, estima que la sentencia se basó en apreciaciones subjetivas y no en ningún medio de prueba.

5. Actuación procesal

⁵ Cuaderno de primera instancia Folios 60-66. Expediente digital Archivo “02ExpedienteCuaderno2”.

Mediante providencia de fecha cuatro (04) de agosto dos mil veinte (2020)⁶, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada. A través de proveído fechado seis (6) de octubre de 2020 se corrió traslado para alegatos de conclusión.

6. Alegatos de conclusión

6.1. De la parte demandante⁷

Reforzó los argumentos del recurso de reposición aduciendo que el trato dado por el ICBF a la demandante fue desigual, anulatorio, desproporcionando e irrazonable, afectando su dignidad humana con la actuación que considera le causó el daño.

6.2. De la parte demandada⁸

En términos generales se reafirmó en las mismas consideraciones de la contestación de la demanda.

6.3. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no rindió concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

V.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

⁶ Cuaderno de segunda instancia Folio 4 Archivo digital "01ExpedienteCuaderno1"

⁷ Cuaderno de segunda instancia Folios 16 - 24 Archivo digital "01ExpedienteCuaderno1"

⁸ Cuaderno de segunda instancia Folios 13 - 14 Archivo digital "01ExpedienteCuaderno1"

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de los recursos de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. Problema jurídico

De conformidad con lo previsto en el artículo 328 del Código General del Proceso la Sala se pronunciará únicamente sobre los planteamientos expuestos en los recursos de apelación. Así, el problema jurídico a resolver se contrae a determinar: en primer lugar *¿Si los motivos que sustentaron la Resolución No. 004 de 12 de julio de 2013, expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Bolívar – Centro Zonal Magangué configuraron el daño antijurídico que se invoca en la demanda y, por ende, si hay o no lugar al reconocimiento y pago de los perjuicios morales deprecados?*

3. Tesis

La Sala de Decisión revocará la sentencia de primera instancia, por encontrar demostrado que la actuación administrativa del ICBF generó daño antijurídico a la demandante, imputable a dicha entidad, a título de falla del servicio. Por lo tanto, se ordenará el reconocimiento y pago de los perjuicios morales solicitados.

La anterior tesis se fundamenta en los siguientes argumentos.

4. Marco normativo y jurisprudencial

4.1 Elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado

El medio de control de reparación directa permite que quien haya recibido un daño o perjuicio en desarrollo de la actividad estatal, ya sea, originado en un hecho, una omisión o en una operación administrativa, pueda acudir directamente ante la Jurisdicción Contenciosa para obtener el resarcimiento del mismo. El fundamento constitucional de este medio de control se encuentra

en el artículo 90 de la Carta Política, según el cual el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

El concepto del daño antijurídico fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado, es aquel agravio que el administrado no está obligado a soportar y dentro del concepto de daño antijurídico se subsumen todos los regímenes de responsabilidad, es decir involucra tanto la subjetiva como la objetiva.

Por otra parte, acota la Sala, que no obstante el título de imputación que invoque el demandante, en aplicación del principio *Iura Novit Curia*, el juzgador puede adecuar el régimen de responsabilidad que resulte probado en el proceso.

Los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, son i.- El daño antijurídico y ii.- la imputación. Para que se declare la responsabilidad extracontractual del Estado, es necesario que se estructuren estos elementos, de manera concurrente.

4.2. Falla del servicio por expedición irregular de acto administrativo revocado

El Consejo de Estado⁹ en fallo de tutela del 23 de abril de 2015 señaló que la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado se inclinó por la tesis de la procedencia de la acción de reparación directa para reclamar los perjuicios causados por el acto ilegal que es revocado por la administración.

En la misma providencia, la alta Corporación expuso que:

*“(...) vi) La tesis tradicional –y, por lo tanto, la jurisprudencia vinculante en la materia por constituir precedente horizontal– de la Sección Tercera es aquella según la cual es procedente **la acción de reparación directa, dentro del término de dos años, para cuestionar la falla del***

⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de Tutela del 23 de abril de 2015. Magistrado Ponente Hugo Fernando Bastidas Barcenás. Expediente No. 11001-03-15-000-2014-03055-00(AC).



servicio que surge o se desprende de la revocatoria directa de un acto administrativo por parte de la organización pública.

viii) A situaciones disímiles, el tratamiento para su solución debe ser distinto. En otros términos, uno es el escenario en el que el ciudadano agota la vía gubernativa y, consecuentemente, censura la legalidad del acto administrativo en sede jurisdiccional en aras de obtener el respectivo restablecimiento del derecho; **otro será el supuesto en que la administración motu proprio retira del ordenamiento jurídico el acto administrativo ilegal –al reconocer su error– lo que impide que el administrado acuda a solicitar la nulidad y restablecimiento del acto revocatorio –por ser idóneo corregir la actuación pública– y, en esa medida, el instrumento para obtener el resarcimiento integral del daño será la acción de reparación directa**". (Negritas son de la Sala)

Si bien la tesis expuesta por el Consejo de Estado se refiere a los daños antijurídicos producto de la falla del servicio a partir de los actos administrativos revocados, en uso del mecanismo de la revocatoria directa; la misma resulta aplicable también a los actos que han sido revocados por la administración en sede de recurso de reposición, toda vez que, en esencia, el alcance y finalidad en ambas decisiones es el mismo, es decir, tanto el acto revocado por vía directa como el revocado en virtud de la prosperidad de los recursos, conlleva a que desapareciera de la vida jurídica, dada su expedición de manera irregular reconocida por la misma administración.

4.3. El perjuicio moral y la necesidad de su prueba en el proceso.

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁰, el concepto de perjuicio moral se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena Sentencia del 28 de agosto de 2014. M. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente No. 26251).

La alta Corporación en sentencia del 21 de abril de 2016¹¹, precisó que la condena por concepto de perjuicios morales entendidos como *"la afectación sufrida de bienes no patrimoniales que causa a una persona un acto contrario a derecho. Con su reconocimiento se busca compensar el dolor antijurídico, el impacto sentimental, que sufrió una persona como consecuencia del proceder del Estado"*¹², es procedente en la medida en que se encuentren acreditados dentro del proceso, por parte de quien alega haberlos sufrido, de acuerdo con lo previsto por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y 167 del Código General del Proceso, (...).¹³

Conforme a lo anterior, cabe concluir que es imprescindible que se encuentren debidamente probados en el proceso los perjuicios morales, para que el juez pueda proceder a reconocerlos y a dictar condena por dicho concepto; excepto los caos en que se presume; tales como muerte, lesiones personales, privación injusta de la libertad y desaparición forzada¹⁴.

5. CASO CONCRETO

5.1 Hechos probados

- El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Bolívar – Centro Zonal Magangué expidió la Resolución No. 004 del 12 de julio de 2013¹⁵, por medio de la cual ordenó el cierre temporal del hogar comunitario de bienestar que tenía a su cargo la señora Norvelis Esther Díaz, fundamentado en que en esa misma fecha tuvo conocimiento del

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Adición de Sentencia del 21 de abril de 2016. M. P. William Hernández Gómez. Expediente No. 25000-23-25-000-2002-00526-01(1726-08).

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia del 12 de marzo de 2009, Radicación número: 44001-23-31-000-2003-00499-01(7150-05), Actor: Samuel Santander Lanao Robles, C.P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 13 de septiembre de 2012, Radicación número: 76001-23-31-000-2007-00481-01(1604-09), Actor: Liana Fernanda Sierra Urbano y Otra, C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁴ Ver Consejo de Estado, sentencias del 17 de julio de 1992, exp. 6750 MP. Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ; sentencia del 7 de julio de 2011, exp. 20835 MP. Dr. ENRIQUE GIL BOTERO; sentencia del 1 de marzo de 2006, exp. 15440, MP. Dra. MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ y sentencia del 28 de noviembre de 2002, exp. 12812, MP. Dr. RICARDO HOYOS DUQUE; entre otras.

¹⁵ Cuaderno de primera instancia. Folios 23- 24 Archivo digital "01ExpedienteCuaderno1"

contagio positivo por VIH de dos miembros del núcleo familiar que convivían con la madre comunitaria, por lo que tomó dicha medida con el fin de garantizar la seguridad de los niños y niñas beneficiarios del hogar.

- La Resolución No. 005 del 27 de agosto de 2013¹⁶, proferida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Bolívar – Centro Zonal Magangué resolvió de manera favorable un recurso de reposición interpuesto por la señora Norvelis Esther Diaz, contra la citada Resolución No. 004 del 12 de julio de 2013, reponiendo la decisión, reconociendo la irregular expedición del acto, por no existir prueba de que la enfermedad de los parientes de la madre comunitaria pusiera en riesgo la vida e integridad de los menores del hogar a su cargo.
- El testimonio rendido por la señora por la señora FRANCISCA MARÍA RODELO GORDON¹⁷, quien manifestó tener una amistad muy cercana con la demandante, da cuenta del estado de ánimo de esta, con ocasión al cierre del hogar, pues aseguró que la señora Norvelis cayó en una tristeza y depresión grande porque le dijeron que si ella quería que le abrieran nuevamente el hogar tenía que sacar a su hija y a su nieto. Además, se refirió en su declaración de la siguiente manera: “...Que supo que el hogar fue cerrado “porque Cristina tenía el VIH y el niño”, la discriminaron. sic”. Que Cristina es la hija de Norvells y el nieto, que Cristina tiene 27 años, que supo del motivo del cierre por la cercanía que tenía; ese día llego las encontró llorando y les preguntó porque lloraban y ellas le dijeron que le iban a cerrar el hogar y llorando Cristina la abrazo y le dijo Tu me quieres? Y me dijo “yo tengo el VIH”. Que se enteró de la enfermedad hasta ese momento porque la misma Cristina le dijo. Que el hogar duro cerrado casi un (01) mes. (...)”
- El testimonio dado por la señora MARILUZ CASTRO LARIOS¹⁸, quien afirmó conocer y ser vecina de la demandante de la misma calle desde hace 20 años, narró: “(..) Por pregunta del apoderado de la parte demandante señala que el ICBF le cerró el hogar Infantil porque la hija tenia VIH y eso se formó en la calle como “baile”. Que se enteró del cierre del hogar y las razones por las comunidades del barrio que eso se formó como “un pan comido”, porque las demás madres comunitarias empezaron a hablar y se enteró todo

¹⁶ Cuaderno de primera instancia. Folios 27- 30 Archivo digital “01ExpedienteCuaderno1”

¹⁷ Cuaderno de primera instancia. Audiencia de pruebas Folio 1- 4 Archivo digital “02ExpedienteCuaderno2”

¹⁸ Cuaderno de primera instancia. Audiencia de pruebas Folio 1- 4 Archivo digital “02ExpedienteCuaderno2”

el barrio. Frente al estado anímico y emocional por el cierre señaló que la veía triste, acongojada, que la encontraba llorando en ocasiones y vivía estresada de que le hablan quitado su modo de comer que era del Bienestar de lo que ella trabajaba. (...)".

- El testimonio de JAINER GUERRA CASTRO¹⁹, vecino y amigo de la actora, expresó en cuanto al estado anímico de esta, que *Norvelis toda triste, encerrada llorando, nunca ni comía ni nada, que solo él le daba consejo. En su versión también expuso: "(...) Que supo del cierre del hogar comunitario, que cree que duro un mes o dos meses. Que sobre las razones del cierre supo por la gente que hablaba y por las compañeras que trabajaban con ellas que comentaban del caso y murmuraban y un hijo de ella que es su amigo y también le comento lo que le pasaba a la mamá. Que por lo que hablaban las demás madres se regó en el barrio. (...)*".

5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

A través del presente medio de control, la señora NORVELIS ESTHER DÍAZ solicita se declare administrativamente responsable al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR REGIONAL BOLÍVAR - en adelante ICBF -, por los perjuicios morales ocasionadas con el trato discriminatorio dado a su hija y a su nieto por ser portadores de VIH y convivir en su misma casa, motivos de la decisión de cierre de su hogar de bienestar comunitario, según la Resolución No. 004 del 12 de julio de 2013, posteriormente repuesta en sede de recurso de reposición, mediante la Resolución No. 005 del 27 de agosto de 2013.

La juez en primera instancia negó las pretensiones de la demanda al considerar que no se demostró en el proceso el daño antijurídico reclamado, puesto que no evidenció ningún tipo de discriminación del ICBF por el estado de salud de la hija y el nieto de la demandante, encontrando que la actuación de la demandada cumplió su deber legal en atención al interés superior del nieto y los niños beneficiarios del hogar de bienestar, sin embargo, precisó que de haberse equivocado la administración lo corrigió cuando dejó sin efecto su propio acto. En cuanto a las afectaciones de la demandante, pese a encontrarlas probadas, determinó que no configuran

¹⁹ Cuaderno de primera instancia. Audiencia de pruebas Folio 1- 4 Archivo digital "02ExpedienteCuaderno2"

daño porque el acto no quedó ejecutoriado y por ende no se ejecutó.

La actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, indicando que el cierre temporal del hogar comunitario en virtud del acto administrativo en cuestión, es un acto discriminatorio en contra de la demandante, por vivir sus familiares contagiados de VIH en la misma casa en la que funciona el hogar comunitario, lo que le estigmatizó y causó perjuicios morales.

En este contexto procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados y el objeto de la apelación.

5.2.1. Daño Antijurídico e Imputación

En primer lugar, precisa la Sala, que la configuración del daño es uno de los elementos estructurales de la responsabilidad del Estado, el cual requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente - que no se limite a una mera conjetura - , y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido en el ordenamiento jurídico, y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria.

En segundo lugar, ya adentrando al análisis particular del caso, a juicio de la Sala, está plenamente demostrado el daño antijurídico invocado en la demanda, generado con la expedición de la Resolución No. 004 del 12 julio de 2013, sin lugar a dudas, porque la misma entidad que lo profirió, ICBF, reconoció que fue expedida de manera irregular, a través de la Resolución No. 005 del 27 de agosto de 2013, que al resolver el recurso de reposición solicitado por la demandante, ordenó reponer la decisión del cierre temporal del hogar de bienestar comunitario, admitiendo la inexistencia de pruebas que sustentaran dicha decisión.

Al respecto, se extrae de este último acto administrativo que, si bien es cierto la entidad tuvo conocimiento del contagio del VIH de los parientes que convivían con la madre comunitaria, Norvelis Esther Díaz Martínez, no había prueba de que dicha enfermedad pusiera en riesgo la vida e integridad de los menores a su cargo, razón por la que optó por desaparecer de la vida jurídica la Resolución No. 004 del 12 julio de 2013.

Así, estima esta Corporación, distinto a lo considerado por el A quo, que la corta vida jurídica del acto administrativo repuesto, independiente de que haya o no quedado ejecutoriado, si ocasionó graves afectaciones a los derechos en la dignidad humana de la demandante, toda vez que, las razones que lo fundaron evidentemente violaron el orden jurídico y constitucional.

Sobre el particular, hay que señalar que es abundante la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de prohibición de discriminación de las personas contagiadas por la enfermedad o portadoras del VIH, lo que traduce indubitadamente en que se torne inconstitucional, el tomar como pretexto o argumento el hecho del padecimiento de dicha enfermedad como razón para apartarles, rechazarles o cohibirles en sus derechos.

Vale la pena citar el siguiente pronunciamiento de la Corte Constitucional en Sentencia T-948 de 2008 en el que queda expresa esta prohibición:

*“La jurisprudencia aplicando un criterio proteccionista de los enfermos y portadores del (VIH/sida) en el contexto laboral, ha buscado que coexistan la enfermedad con los derechos al trabajo y a la dignidad, permitiendo de esta manera que la persona, a pesar de su condición de salud, pueda acceder a los bienes y servicios elementales para su subsistencia y la de su núcleo familiar, sin afectar los derechos de los demás. Así, cuando se ha despedido de manera unilateral a un empleado debido a su condición de portador o enfermo de (VIH/sida), la jurisprudencia de la Corte ha encontrado que tal trato constituye una discriminación inaceptable, (...). **Del precedente expuesto subyace un argumento sencillo pero contundente, que se traduce en que la mera***

condición de ser portador de una enfermedad como el VIH/sida, no es argumento válido para discriminar a una persona en ningún contexto."

(Negrillas son de la Sala)

Por lo tanto, la sola decisión tomada por el ICBF de cerrar el hogar comunitario a la demandante, por el único motivo del contagio como portadores del VIH de los dos miembros de su núcleo familiar, significó un trato discriminatorio y desigual para esta y sus parientes, por ende, causante de un daño que no estaba obligada a soportar la actora en sus bienes fundamentales del derecho a recibir un trato digno, justo y en condiciones de igualdad.

Imputación.

La imputación es la atribución material o jurídica del hecho dañoso; en este orden, como quiera que el hecho dañoso se concreta en la expedición del acto administrativo que ordenó el cierre del hogar comunitario a la demandante; el cual fue expedido por la accionada; en consecuencia dicho hecho es atribuible a la demandada.

5.2.2. Perjuicios Morales

Probado el daño antijurídico incoado en la demanda y la imputación de este a la demandada, el acervo probatorio arrimado permite constatar los perjuicios morales que indicó la demandante haber sufrido, de la siguiente forma:

Los testimonios de los señores FRANCISCA MARÍA RODELO GORDON²⁰, MARILUZ CASTRO LARIOS²¹ y JAINER GUERRA CASTRO²², amigos y vecinos de la actora, coinciden en señalar que tuvieron conocimiento del cierre del hogar a cargo de la señora Norvelis Esther Díaz Martínez por comentarios de la misma familia, y porque se regó la información en el barrio, a raíz de lo cual, manifestaron que les consta el estado de tristeza y depresión que ocasionó esto a la señora Norvelis Díaz, puesto que la veían y conversaban con ella y le notaban su

²⁰ Cuaderno de primera instancia. Audiencia de pruebas Folios 1- 4 Archivo digital "02ExpedienteCuaderno2"

²¹ Ibídem.

²² Ibídem.

estado de ánimo de congoja, ya que se sentía discriminada junto con su hija y su nieto, por el hecho de que le cerraran su hogar y fuente de trabajo, porque estos dos últimos resultaron positivos para contagio con VIH.

En esa línea, se determina que están acreditadas las afectaciones de tipo moral que manifiesta haber sufrido la demandante, con las pruebas testimoniales aludidas.

Sobre este punto, es importante anotar que la Sala dista de la percepción expuesta por el A quo, frente a la divulgación de la información del contagio del virus en la comunidad, específicamente porque la sentencia impugnada enfatizó en que fueron los mismos miembros del núcleo familiar quienes lo comunicaron y publicaron y no la administración.

Al respecto, este colegiado, diferente a esa percepción, entiende que fue precisamente el trato injusto y discriminatorio recibido por la demandante y sus dos parientes, lo que les conllevó a exteriorizar como se sentían por lo que estaban viviendo, su estado emocional y anímico, las afectaciones y aflicciones que tenían en su interior por la situación que atravesaban, algo que es de la esencia del ser humano el mostrar o exteriorizar con los demás sus sentimientos.

Acota la Sala, que en situaciones como la acontecida en el sub judice, si se tiene en cuenta la jurisprudencia constitucional antes citada, resulta fácil deducir que el solo trato de discriminación por razón de padecer la enfermedad o ser portadores del VIH envuelve en sí mismo afectaciones de tipo moral por el rechazo y ataque directo a la dignidad humana a que se ven enfrentadas estas personas.

Ahora, ciertamente no fue la demandante la que resultó con el contagio, pero si dos miembros de su familia con los que convivía de manera cercana, siendo su estado de salud lo que generó el trato discriminante por parte de la administración con la decisión repuesta, de manera que, es apenas natural la aflicción, tristeza, depresión y congoja que pudo sentir la señora Norvelis Esther Díaz Martínez, por el cierre temporal de su hogar comunitario sin existir un motivo valedero para ello, más que la discriminación.

En suma, para la Sala se encuentran acreditados los presupuestos del daño antijurídico sufrido por la demandante, su imputación a la demandada y, los perjuicios morales reclamados, por lo que resulta procedente, declarar la responsabilidad de la administración y la condenar a reparar los perjuicios causados, en los términos que a continuación se señalan.

En tratándose de la tasación de los perjuicios morales, conforme a la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, corresponde al juez tasar discrecionalmente los valores a reconocer por concepto de perjuicios morales conforme a lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, por lo cual se ordenará el pago de veinte (20) SMLMV a la señora NORVELIS ESTHER DIAZ MARTINEZ; suma que considera la Sala razonable y proporcional frente al perjuicio irrogado.

6. Condena en costas

La Sala de Decisión en virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código de General del Proceso.

En ese orden de ideas, se tiene que el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, como ocurre en el presente caso, respecto de la parte demandada; para lo cual se tendrán en cuenta los siguientes factores: i) el trámite de la demanda, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandante.

En ese sentido, se encuentra procedente la condena en costas en primera y segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho a favor de la parte demandante, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de primera instancia; de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia del 15 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se Negaron las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR patrimonialmente responsable al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, por los perjuicios morales causados a la demandante, NORVELIS ESTHER DIAZ MARTINEZ, con ocasión al daño antijurídico generado con su actuación, conforme a las razones señaladas en la parte motiva de esta sentencia.

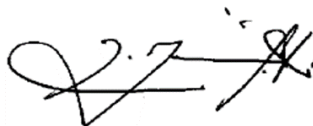
TERCERO: CONDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF al pago de veinte (20) SMLMV por concepto de perjuicios morales causados a la señora NORVELIS ESTHER DIAZ MARTINEZ.

CUARTO: CONDENAR en costas de primera y segunda instancia a la parte demandada; inclúyanse las agencias en derecho y liquídense por el secretario del juzgado de primera instancia.

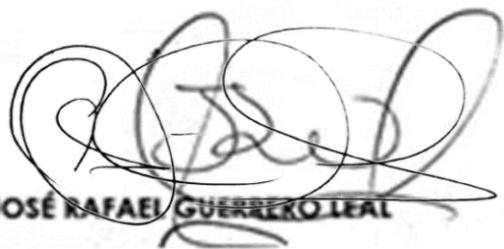
QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS



LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

Salvó voto



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA

Radicado: 13001-23-33-005-2015-00542-01

Cartagena de Indias D. T. y C., diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES

M.PONENTE	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
RADICACION	13001-23-33-005-2015-00542-01
MEDIO DE CONTROL	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE	NORVELIS ESTHER DIAZ MARTINEZ
DEMANDADO	ICBF
Asunto	SALVAMENTO DE VOTO

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto acostumbrado, debo manifestar mi salvamento de voto frente a la decisión de la Sala, por cuanto considero que, con relación a la presunta violación del derecho a la intimidad, se tiene que el acto solo ordenó notificarlo a la demandante que es miembro de la familia y requería conocer la situación en virtud al servicio que presta, y aunque en ese acto también se dispuso la comunicación a una junta directiva, no aparece la prueba de ello, de manera que si otras personas se enteraron del contenido del acto no fue por actuación del ICBF, y discrepo que por esta razón se le haya declarado responsable.

De otra parte, considero que en principio existió discriminación, sin embargo, ese acto considerado discriminatorio no tuvo efectos jurídicos, como quiera que al proceder el recurso de reposición e interponerse el mismo, la decisión quedó revocada, es decir, el acto nunca contó con firmeza.

En estos términos el presente salvamento de voto.


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL
Magistrado