



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, quince (15) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Referencia: Reparación Directa
Radicación N°: 70-001-33-33-003-2016-00039-00
Demandante: Margarita Rosa Mendoza Álvarez
Demandado: Nación – Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF –
Fundación Semilla del Sur

SENTENCIA N° 159

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en los artículos 179 y 182 de la ley 1437 de 2011, procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia, previa observancia de los presupuestos procesales para esto, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado e impedimento procesal.

1. ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA

1.1.1 Partes

- Demandante: **Margarita Rosa Mendoza Álvarez**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 25.986.901, quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandante: **Isaac Manuel Viera Mendoza**, identificado con cédula de ciudadanía N° 92.540.046 de Sincelejo².
- Demandante: **Claudia Patricia Viera Mendoza**, identificada con cédula de ciudadanía N° 1.102.842.320 de Sincelejo³

¹ Folio 13.del Expediente N° 1

² Folio 14 del expediente N° 1

³ Folio 15 del expediente N° 1

Demandado: Nación – Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF – Fundación Semilla del Sur.

1.1.2. PRETENSIONES.

PRIMERO: Que se declare a la Nación – Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF – Fundación Semilla del Sur, administrativamente responsable por los daños causado a los demandantes, con ocasión del cierre injustificado del hogar comunitario” PAQUITO N° 34”, el cual era dirigido por la madre comunitaria MARGARITA ROSA MENDOZA ÁLVAREZ.

SEGUNDO: Que se condené a la Nación – Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF – Fundación Semilla del Sur, a indemnizar en forma íntegra por el daño causado por perjuicio materiales, como inmateriales actuales y futuros, la suma de \$ 103.455.182.

Por perjuicio morales a cada uno de los demandantes la suma de 40 SMLMV en calidad de víctima e hijo de la víctima, equivalente a \$ 82.734.480.

Por lucro cesante consolidado a favor de la directamente afectada la señora Margarita Rosa Mendoza Álvarez, la suma de \$ 20.720.702.

TERCERO: Condenar a las entidades demandadas al pago de las costas y agencia en derecho y demás gastos en que incurra de conformidad con el artículo 188 de CPACA

CUARTO: Que se dé cumplimiento a la sentencia dentro del término señalado en el artículo 192 de CPACA.

1.1.3 HECHOS:

- Afirman que, se desempeñaba como Madre Comunitaria dentro de los hogares comunitarios del bienestar familiar desde el año 1987, por más de 27 años.
- Señalan que, el día 2 de febrero de 2014, la señora DIANA LEZAMA MOLINA, representante legal de la Fundación Semilla del Sur, entidad contratista del ICBF, le informa de manera verbal, que el ICBF había dado la orden de no renovar el contrato.
- Expresan que, presentó petición por intermedio de su hijo al ICBF, para que le informara acerca de la no renovación del contrato.
- Manifiestan que, mediante oficio de fecha 7 de abril de 2014, el ICBF le informa que, el día 14 de agosto de 2012, recibió una carta de renuncia, firmada por ella, que por ello se expide la resolución N° 14 de agosto de 2012, el cual se resuelve el cierre y reubicación del hogar comunitario de bienestar familiar y se ordenó notificar a la representante legal de la Fundación Semilla del Sur, para que realizara el proceso de

cierre y reubicación, igualmente informaba la celebración de un contrato laboral de fecha 2 de febrero de 2014 con la señora SONIA MARÍA CONTRERAS.

- Dicen que, nunca presentó renuncia ante el ICBF, ni a la FUNDACIÓN SEMILLA DEL SUR.
- Narran que, la carta de renuncia que esta aportada, no tiene fecha de recibido, ni mucho menos la firma del funcionario que la recepcionó.
- Indican que el hogar comunitario funcionó hasta el mes de enero de 2014 y no hasta el mes de agosto de 2012, prueba de ello son los pagos a salud que realizaba la Fundación Semilla del Sur, a su favor.
- Arguye que, el día 11 de abril de 2014, presentó denuncia penal ante la Fiscalía General de Nación contra DIANA LEZAMA, por el delito de falsedad en documento privado.
- Escribe que, el 22 de septiembre de 2014, con acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación, presentó petición a la Fundación Semilla del Sur, para que entregará copia de la planilla de pago, por concepto de salarios de los meses octubre, noviembre, diciembre de 2013 y enero de 2014, y la planilla de pago por concepto de salud de los mismos meses.
- Anuncia que, el 10 de octubre de 2014, la representante legal de la Fundación Semilla del Sur, dio respuesta a la petición, manifestando que en dichos meses se había consignado por concepto de sueldo a la señora SONIA CONTRERAS, por haber cedido la titularidad del hogar comunitario
- La respuesta a la petición anterior constituye una falsedad, dado que como madre comunitaria se desempeñó hasta el mes de enero de 2014.
- Por último, comenta que, es una señora que tiene 62 años, que laboró durante 27 años como madre comunitaria y no cuenta con una pensión que respalde su vejez.

1.1.4.--DISPOSICIONES VIOLADAS.

Con la actuación de la entidad demandada se infringieron los siguientes preceptos:

Constitucionales: artículos 2, 5, 6, 25, 29, 48, 85, 90 ,94 de la Constitución Política de Colombia.

Legales: Ley 1023 de 2006.

1.2 TRÁMITE DEL PROCESO.

- El día 10 de marzo de 2016, se realizó el reparto en la oficina judicial de los Juzgado de la ciudad de Sincelejo, correspondiéndole conocer del asunto al Juzgado Tercero Administrativo Oral de Sincelejo⁴.

⁴ Folio 68 cuaderno N° 1

– Por auto de fecha 1 de Junio de 2016, se admitió la demanda, y se ordenó la notificación personal a las entidades demandadas y a la Procuradora Judicial N° 103 Delegada ante este Juzgado⁵.

- La admisión de la demanda fue notificada personalmente a las entidades demandadas, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica, mediante correo electrónico el día 13 de julio de 2016⁶.

- La entidad demandada, **Nación - Fundación Semilla del Sur**, día 9 de agosto de 2016, contestó la demanda en término.⁷

- La entidad demandada, **Nación - ICBF**, día 30 Septiembre de 2016, contestó la demanda en término⁸

- Por Secretaría el día el 26 de enero de 2017, se dio traslado de las excepciones⁹.

- Mediante auto de fecha 24 de mayo 2017, se convocó a las partes para llevar a cabo la audiencia inicial. Providencia que fue notificada por estado el día 25 del mismo mes y año¹⁰.

- En audiencia inicial, se resolvieron las excepciones previas, se fijó el litigio y se decretaron varias pruebas que debían ser practicadas el día 20 de septiembre de 2017.

- En audiencia de prueba se incorporaron las allegadas, se recibieron los testimonios y se ordenó a las partes presentar sus alegatos de conclusión por escrito en el término de 10 días.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Por su parte, **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF**, se opone a cada una de las pretensiones de la demanda, toda vez que, no le asiste fundamento fáctico, ni jurídico que conlleve a la acción de reparación directa por la expedición de la resolución N° 014 de 14 de agosto de 2012.

En cuantos a los hechos manifiesta que la señora MARGARITA ROSA MENDOZA, no laboró en el ICBF, ya que el cargo de Madre Comunitaria no existe en la planta de personal de dicha entidad.

Dice que, la razón por la que ordenó el cierre y reubicación, fue la carta de renuncia voluntaria firmada por la señora MARGARITA MENDOZA ÁLVAREZ, tal como se evidencia en la carta anexada.

⁵ Folio 70 Cuaderno N° 1

⁶ Folios 79-82 cuaderno N° 1.

⁷ Folio 88-94 cuaderno N°1

⁸ Folio 277-292 cuaderno N° 2

⁹ Folio 317 cuaderno N° 2

¹⁰ Folio 334 cuaderno N° 2

Manifiesta que, si es cierto que se presentó petición la cual fue contestada el día 7 de abril de 2014, en los términos señalado por la demandante.

Argumenta que, no le consta el lugar donde funcionó el hogar comunitario durante el año 2013 y enero de 2014, ya que el informe presentado por la FUNDACIÓN SEMILLA DEL SUR, dice que en el año 2014, dicho hogar no funcionaba en las instalaciones de la demandante.

Indica que, es extraño que los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2013 y enero de 2014, fuesen pagados a la demandante por concepto de aporte en salud, ya que en la planilla de pago efectuado en estos meses fueron consignados a nombre de la señora Sonia Contreras Puente.

Para terminar, reitera que el cargo de Madre Comunitaria, no existe en la planta del ICBF, ya que estos fueron creados como una estrategia de un plan de lucha contra la pobreza absoluta y a la generación de empleo, regulado por la ley 89 de 1988 y el decreto 2019 de 6 de septiembre de 1989.

Por otro lado en la contestación por parte la **FUNDACIÓN SEMILLA DEL SUR**, en cuanto a las pretensiones de la demanda se opone cada una de ellas, ya que no le asiste derecho a la demandante para invocar.

En cuanto a los hechos manifiesta que la señora MARGARITA ROSA MENDOZA, nunca ha sido empleada y trabajadora con la fundación y mucho menos, no le consta que se haya desempeñado por más de 27 años como madre comunitaria.

Señala que como fundación, es simplemente una contratista que se encarga es administrar los recursos alimenticios a ciertos hogares infantiles.

Aclara que la demandante no estaba subordinada la FUNDACIÓN SEMILLA DEL SUR.

Dice que, no es cierto que se le informó al ICBF había dado la orden de no renovar el contrato, pues ya ella no venía ejerciendo la funciones como madre comunitaria, por que meses atrás había presentado carta de renuncia.

Narra que, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, es quien tiene la potestad de cerrar y/o reubicar los hogares comunitarios.

Recalca que, está más que probado la renuncia a su cargo como madre comunitaria y que mediante resolución 014 del 14 de agosto de 2012 se decretó el cierre provisional.

Expresa que, no viene al caso que la señora SONIA MARÍA CONTRERAS, haya comenzado una relación contractual con la fundación, situación que es diferente al planteamiento en la demanda, máxime cuando la legislación de tránsito de las madres comunitarias ordenó una vinculación laboral en los términos del Código Sustantivo del Trabajo.

Señala que, en procura de seguir con el normal funcionamiento con el hogar de bienestar y que los niños no se encontraran perjudicado, se tomó la decisión que el hogar funcionara en una vivienda diagonal a la casa donde vive la demandante, aclarando que no hubo un vínculo laboral.

En cuanto a los aportes a la seguridad social en salud, la FUNDACIÓN SEMILLA DEL SUR, por problema administrativos y razones humanitarias por la avanzada edad y problema de salud, no realizó ante en PES la respectiva novedad de retiro y por esta razón siguieron pagando de manera simultánea dichos aportes.

Indica que a partir de la resolución N° 14 de 14 agosto de 2012, no tiene vínculo contractual con la demandante, solamente tiene un vínculo de amistad, como quiera que el hogar continuaba funcionando en su vivienda y en ocasiones cuando se encontraba ausente la señora SONIA MARÍA CONTRERAS, la demandante por cordialidad colaboraba en firmar las dotaciones de entrega de elementos por dicha fundación.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

1.4.1 PARTE DEMANDANTE:

No alegó de conclusión.

1.4.2 LA PARTE DEMANDADA- ICBF:

Reitera todos los argumentos de la demanda, alega que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, no incurrió en ninguna irregularidad, en el cierre y reubicación del hogar de bienestar, toda vez que se basó en una carta de renuncia donde figura con la firma de puño y letra de la señora MARGARITA ROSA MENDOZA ALVAREZ, donde manifiesta voluntariamente su retiro.

Ahora, si bien manifiesta que esa no es su firma, entonces debe comunicar a la autoridad competente para que realice el respectivo cotejo, para establecer la veracidad de la renuncia.

Por último manifiesta que, teniendo en cuenta las pruebas documentales aportadas dentro del proceso no hay certeza que entre la demandante y el ICBF exista una relación que comprometa a pagar las pretensiones expuestas en la demanda.

1.4.3 LA PARTE DEMANDADA- FUNDACION SEMILLA DEL SUR.

Defiende su posición, y manifiesta que no interfirió de ninguna manera en la decisión unilateral de la demandante en presentar su renuncia en el cargo de madre comunitaria.

Manifiesta que, dicha renuncia, fue aceptada por parte del ICBF, la que conllevó al cierre definitivo del hogar infantil PAQUITO 34.

Indica que, quien tiene la potestad de cerrar un hogar de bienestar y posesionar a una persona para que ocupe el cargo de madre comunitaria es el ICBF y no la fundación semilla del sur.

Alega que, si la demandante estaba inconforme con la resolución N° 014 de 14 de agosto de 2012, debió interponer los recursos de ley, objetándolo inmediatamente para que se declarara la nulidad de ese acto y no esperar casi 4 años para acceder a la administración de justicia.

Dice que, en varias oportunidades la demandante manifestó en ceder el hogar a la señora Sonia Contreras, que durante muchos años fue auxiliar de la accionante, y fue a quien se le otorgó por parte del ICBF el bienestar familiar para su remplazo.

Por último, señala que no existe un vínculo laboral entre la demandante y la fundación semilla del sur y mucho menos que se le haya ocasionado algún tipo de aflicción moral e inmaterial, más cuando ella misma presentó la renuncia al cargo de madre comunitaria.

1.4.4 MINISTERIO PÚBLICO.

No alegó de conclusión.

2. CONSIDERACIONES

2.1. COMPETENCIA:

El Juzgado es competente para conocer en Primera Instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 155 numeral 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad que invalide lo actuado.

2.3 PROBLEMA JURÍDICO:

En el caso en estudio se determinará ¿ si las entidades demandadas; esto es, EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR Y LA FUNDACIÓN SEMILLAS DEL SUR, son responsable por los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión al cierre del hogar comunitario 2 PAQUITO N° 34” que se encontraba a nombre de la señora MARGARITA ROSA MENDOZA ÁLVAREZ?

Para dar respuesta al anterior interrogante, se resolverá de la siguiente manera: i) responsabilidad patrimonial y extracontractual del estado - clausula general de responsabilidad - elementos ii) régimen jurídico de cierre y reubicación de los hogares comunitario iii) Pruebas iii) caso concreto.

2.3.1 RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO - CLAUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD- ELEMENTOS.

Con relación a este ítem, se hace necesario realizar un análisis para determinar el régimen de responsabilidad al caso concreto, toda vez que el accionante ejerció el medio de control de reparación directa. Para ello se acudirán, en primer lugar, a las normas generales que regulan la responsabilidad del Estado.

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991, en su inciso primero establece la que se ha denominado, clausula general de responsabilidad patrimonial del Estado y de sus entidades públicas como principio constitucional que opera siempre que se verifique (I) la producción de un daño antijurídico (II) que le sea imputado a causa de la acción u omisión de sus autoridades públicas.

Al respecto, el Tribunal Administrativo de Sucre ha considerado¹¹:

“El daño antijurídico¹², siguiendo la línea de pensamiento expuesta por la Sección Tercera – Subsección C del Consejo de Estado, “consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar”¹³; en donde, la antijuridicidad del daño no estriba en que la conducta sea contraria a derecho, sino, siguiendo la orientación española, en que quien lo sufre no tiene el deber de soportarla¹⁴. Por ello, el precedente jurisprudencial constitucional señala que la:“(...

¹¹ Tribunal administrativo de sucre; sala primer; sentencia del 25 de noviembre de 2016, radicado: N° 70001-33-33-005-2013-00172-01, MP: Cesar Enrique Gómez Cárdenas.

¹² Daño injusto de la doctrina italiana

¹³ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 13 de agosto de 2008; Exp. 17042; C.P. Enrique Gil Botero

¹⁴ La Corte Constitucional en sentencia C – 336 de 1996, sobre la conceptualización del daño antijurídico expuso: “*El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan*

antijuridicidad del no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima¹⁵

En decisión reciente la Sección Tercera del Consejo de Estado ha expuesto que sólo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir, no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga¹⁶, a lo que podemos agregar que aun imponiéndola no exceda de las cargas que razones de solidaridad, igualdad imponen la vida en comunidad, violando los principios de igualdad antes las cargas públicas y de confianza legítima.

García Enterría, enseña que, “la antijuridicidad susceptible de convertir el perjuicio económico en lesión indemnizable se predica, pues, del efecto de la acción administrativa (no de la actuación del agente de la administración causante material del daño), a partir de un principio objetivo de garantía del patrimonio de los ciudadanos que despliega su operatividad postulando la cobertura de daño causado en tanto en cuanto no existan causas de justificación que legitimen como tal perjuicio de que se trate¹⁷”.

Se puede apreciar que el daño constituye la directriz del sistema de responsabilidad patrimonial, pues sólo a partir de su existencia surge el derecho de reclamar la reparación de perjuicios y la obligación de quien lo haya causado de repararlo o indemnizarlo; ahora bien, el daño como primer elemento de la responsabilidad, exige para su configuración unos presupuestos, a saber, tiene que ser cierto, personal, legítimo, lícito y directo, señalándose que la certidumbre del daño hacer referencia a la materialidad del daño, a su realidad, lo cual sólo puede resultar de su prueba¹⁸.

Por su parte, la imputación del daño en su doble connotación fáctica y jurídica permite la atribución de la lesión, en donde la imputación jurídica supone establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, siendo allí donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida en el artículo 90 de la Constitución Política¹⁹”; en el análisis fáctico de la imputación deberá establecerse la atribuibilidad material del daño, no solo en punto de identificar el autor del hecho dañoso, sino comprobando el actuar o no actuar (omisión), que permite fenomenológicamente o en el plano material conectar la conducta activa o pasiva que se dice genera el daño con quien se reclama debe reparar el daño.

sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública”.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales “debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuridicidad (sic)”.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección C, Sentencia del 26 de marzo de 2014. Expediente No. 28741

¹⁷ García Enterría, Eduardo, Tomás Ramón Fernández, Curso de derecho administrativo, novena edición 2004, edit. Thomson Civitas. Página 378-379.

¹⁸ BARROS, Bourrie Enrique. Tratado de responsabilidad extracontractual. Página 237. Editorial Jurídica Chile 2006

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 1994. Exp. 9276. C.P. Daniel Suarez Hernández Sentencia del 25 de mayo de 2011, expediente No. 52001-23-31-000-1997-08789-01(15838, 18075, 25212 acumulados). Igualmente, sentencia del 26 de marzo de 2009, expediente No. 17794.

En ese orden, para que surja el deber reparatorio, es necesario la existencia del daño antijurídico y la imputación del mismo a la Entidad Pública, debiéndose en todos los casos, aun en los de aplicación de teorías objetivas de responsabilidad, establecerse si la acción u omisión de la entidad estatal fue la causante del daño, razón por la cual, para que la determinación sea favorable a los intereses de la parte demandante no es suficiente con verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportar el daño padecido, sino que se requiere que el mismo sea imputable a la Administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa eficiente del mismo, siendo necesario descartar la existencia o no de causas excluyentes de responsabilidad²⁰.

Es preciso señalar, que la jurisprudencia actual de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en punto de la imputación tiende a inclinarse en señalar que la misma está llamada a desplazar el concepto de nexo causal, por cuanto este es un fenómeno de las leyes de la naturaleza que sirve de soporte para la configuración del daño, pero que encuentra dificultad en su aplicación cuando la causa del daño no sea el actuar, sino una omisión, por ello, es necesario acudir en esos casos a criterios normativos de imputación, como se ha dicho por ejemplo, en la responsabilidad del Estado por graves violaciones de derechos humanos, pues la simple conceptualización naturalística sería insuficiente para enrostrar el deber de reparar²¹.

Se debe destacar entonces que la construcción del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, en Colombia ha dado pie para señalar que los elementos para que surja derecho a la reparación a cargo del Estado es necesaria la existencia de un daño antijurídico imputable al Estado por su acción u omisión, precisando que el concepto de daño antijurídico en manera alguna puede entenderse como la consagración de un régimen de responsabilidad general objetivo, puesto que la imputación como factor para enrostrar responsabilidad intervienen y así lo ha decantado jurisprudencia títulos de imputación subjetivos y objetivos, siendo los hechos o circunstancias específicas del caso concreto, los que delimitan la aplicación de uno y otro y la imputabilidad del mismo²².

Pero bien, sea cualquiera el título bajo el cual se arroje la pretensión de reparación, será siempre condición necesaria la demostración de los elementos que la configuran, carga que corresponde a la parte que acude en sede judicial a deprecar su declaratoria, teniendo en cuenta la teoría o principio de la carga probatoria, que no solo nos indica a quien interesa la prueba de determinados hechos, sino quien asume las consecuencia de la ausencia de la misma, razón por la cual se ha señalado que el artículo 177 del C. P. C., (hoy 167 del C. G. P) contiene reglas de conductas probatorias tanto para las partes como para el Juez, recordando que los medios de pruebas como herramientas para incorporar los hechos objeto de debate, deben conducir al convencimiento del juez en grado de certeza.

²⁰ Tomas Ramón Fernández, refiriéndose al tópic de la Responsabilidad de La Administración, ha señalado que, “el centro de gravedad del sistema no está ya, ciertamente, en la culpa, sino, en la lesión que la persona afectada por actividad de la Administración experimenta en su patrimonio sin justa causa alguna que los justifique. Es esto, la falta de justificación del perjuicio, lo que convierte a éste en una lesión resarcible. Ver Responsabilidad del Estado, página 15. Departamento de Publicaciones de la Facultad de derecho de la universidad de Buenos Aires. Edit. Rubinzal-Culzoni. 1ª reimpresión 2011

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 9 de julio de 2014. Radicación número: 70001233100019980080801 (44333). Se trata igualmente el tema del control de convencionalidad. Sin desconocer que, en ocasiones el Consejo de Estado se ha referido a la existencia del nexo causal como elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado, entendido entes, *como aquél factor en el que se analiza que la conducta desarrollada por la administración es eficaz en la producción del daño, desde el punto de vista jurídico, es decir, desde un análisis del deber jurídico en cabeza de la administración*¹², para lo cual aplica las tesis de equivalencia de condiciones o la de causalidad adecuada, tal como acontece en el derecho español

²² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 1994. Exp. 9276. C.P. Dr. Daniel Suarez Hernández. Igualmente, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de mayo de 2010. Expediente No. Radicación número: 50001-23-31-000-1996-05291-01(18997). C. P. Enrique Gil Botero. Demandante: Bonifacio Cubillos Barbosa y otros. Demandado: Nación Ministerio de Defensa. Acción de reparación directa

Vertiendo este principio a la Responsabilidad del Estado, la carga de probar se inclina en primigenia labor a la demostración de la existencia del daño, el cual debe ser probado por quien lo sufre o padece, por lo que se afirma que “el daño es el presupuesto más importante del deber de reparar en el derecho contemporáneo”, argumentación encuentra cabal desarrollo en la jurisprudencia del Consejo de Estado, en cuanto al papel fundamental y prioritario del elemento daño como estructurador del deber resarcitorio²³. Superado, lo cual, es necesario adentrarse en el estudio de imputación, bajo los criterios antes enunciados, los cuales en torno al aspecto factico deben igualmente ser acreditados o confirmados por quien persigue la reparación.

Sobre la prueba del daño expuso Juan Carlos Henao²⁴: “Recordando al maestro Antonio Rocha, se puede anotar que dicha regla es apenas natural porque “los elementos que lo integran (el daño) son conocidos, mejor que nadie, por el mismo acreedor que los ha sufrido, y a él le toca, obviamente, poner de presente los medios conducentes para conocer su existencia y su extensión”. No basta, entonces, que en la demanda se hagan afirmaciones sobre la existencia del daño, porque “el demandante no puede limitarse, si quiere sacar avante su pretensión, a hacer afirmaciones sin respaldo probatorio” que por demás no pueden ser valoradas “como si se tratara de hechos notorios o presumibles, y no de situaciones cuya comprobación, por mandato legal, le correspondía al demandante²⁵”. Es así como el juez considera que el demandante debe probar la existencia del daño, so pena, si no lo hace, de impedir la declaratoria de responsabilidad²⁶.”

2.3.2 RÉGIMEN JURÍDICO DE CIERRE Y REUBICACIÓN DE LOS HOGARES COMUNITARIO

En Colombia desde la ley 7 de 1979, se estableció el Sistema de Bienestar Familiar entendido como un servicio público a cargo del Estado, dirigido a promover la integración y realización armónica de la familia, la protección de los niños del país, y la vinculación de las entidades públicas con el fin de elevar el nivel de vida de la familia y de sus integrantes. En ese ordenamiento, se determinó que una de las entidades principales a cargo del servicio público de Bienestar Familiar sería el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, creada con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera.

Por ello, al tener estas facultades, tiene la potestad de ordenar cerrar y reubicar hogar de bienestar, teniendo en cuenta los criterios establecidos en el Acuerdo 50 de 1996, que dice:

“ARTÍCULO PRIMERO. Entiéndese por cierre de un Hogar Comunitario de Bienestar el acto de clausurar el servicio que se presta en el mismo, cuando sobrevengan circunstancias que impidan su normal funcionamiento.

“La decisión del cierre de un Hogar Comunitario de Bienestar será competencia de los Coordinadores de los centros Zonales o quien haga sus veces. El ICBF deberá definir la

²³ Gil Botero Enrique. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Editorial Ibáñez. Cuarta edición. 2010. Página 63-64.

²⁴ Henao, Juan Carlos, El Daño. Universidad Externado de Colombia. Edit. 2007, Pág. 39

²⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. 11 de diciembre de 1992. C.P. Suárez Hernández. Actor: Rodrigo Zambrano Vejarano. Exp. 7403 .

²⁶ Sobre carga de la prueba, ver, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, expediente No. 20001- 23-31-000-1998-04061-01(18499), sentencia del 11 de agosto de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Se puede consultar igualmente sentencia del 30 de abril de 2014, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, expediente No. 700012331000200000111601(36410). C.P. Mauricio Fajardo Gómez

reubicación del Hogar cerrado o de los niños, de conformidad con las necesidades de atención y los recursos existentes.

“El cierre de un Hogar Comunitario de Bienestar es definitivo y se producirá en la siguiente forma:

a) Inmediata cuando se presente alguna de las causales señaladas en el Artículo Segundo del presente Acuerdo.

b) Después de realizar las visitas de seguimiento, asesoría y supervisión al servicio, donde se detecte alguna de las causales señaladas en el Artículo Tercero del Presente Acuerdo, y dichas fallas no se subsanen dentro del término establecido.

“ARTÍCULO SEGUNDO. Son causales de cierre inmediato de un Hogar Comunitario de Bienestar las siguientes:

“(...) j) Accidente grave o muerte de un niño en el Hogar.”

“ARTÍCULO TERCERO. Son causales de cierre definitivo como parte de un proceso de supervisión las siguientes:

“(...) s) Inobservancia de los Lineamientos Técnico Administrativos por parte de la Madre Comunitaria o de uno de los miembros de la Junta Directiva que dificulten el normal funcionamiento del Hogar.”

Conforme a lo anterior, el ICBF de acuerdo a las directrices arriba planteadas podrá cerrar y reubicar un hogar de bienestar, siempre que la circunstancia del caso se lo permita, pero respetando siempre el debido proceso.

Respecto al mismo tema, el Consejo de Estado, en sentencia del 9 de mayo de 2011, consejero ponente Enrique Gil Botero, sala de contenciosos administrativo, Radicación número: 05001-23-31-000-2001-01546-02(36912), ha dicho lo siguiente:

“La constitución y funcionamiento de los hogares comunitarios se encuentran reglamentados en el Decreto 1340 de 1995 (...) Así mismo, en el Acuerdo No. 21 de 1996, de la Junta Directiva de Bienestar Familiar, se fijaron los lineamientos técnicos y administrativos de los hogares comunitarios (...) el ICBF no sólo establece los parámetros administrativos, operativos y financieros de los hogares comunitarios, sino que tiene la potestad de ordenar su cierre, conforme a los criterios delineados en el Acuerdo 50 de 1996 (...) Conforme a la citada normativa resulta incuestionable que al margen de la existencia de personería jurídica, autonomía administrativa, operacional y financiera de los entes encargados de la administración de los hogares comunitarios, el ICBF se encuentra vinculado con su funcionamiento y supervisión, al grado tal que es el encargado de autorizar su creación, ejerce el respectivo control e inspección sobre los mismos, e incluso puede llegar a ordenar su cierre cuando concurren circunstancias que den lugar a ello. Por lo tanto, no son de recibo los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en la impugnación, como quiera que están orientados a desconocer la íntima o estrecha conexión que ejerce el establecimiento público demandado frente a los hogares comunitarios, máxime si éstos se integran al servicio público del Sistema de Bienestar Familiar que se encuentra principalmente a cargo de esa entidad, y que propende por la promoción y protección de las garantías esenciales de los niños y niñas del país. En consecuencia, si bien el programa de hogares comunitarios es ejecutado de manera directa por la comunidad en la cual se localiza aquél, no es posible desconocer la labor que ejerce el ICBF en la creación, apoyo, supervisión y control sobre esos centros de atención básica de la niñez. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, al precisar en situaciones similares a

las que acá se juzgan. (...) Así mismo, la Sala se ha ocupado de eventos en los que se juzga la responsabilidad del ICBF por la afectación a la integridad psicofísica –y de manera concreta la integridad sexual– de niños ubicados en hogares sustitutos en cumplimiento de una medida de protección”.

2.3.4 DE LAS PRUEBAS

En el presente caso, se allegaron las siguientes pruebas:

- Registro civil de los hijos de la demandante²⁷.
- Respuesta de la petición, solicitada por el señor ISSAC MANUEL VIERA MENDOZA, en donde se le informa los motivos del cierre y reubicación del hogar de bienestar familiar²⁸.
- Resolución N° 014 del 14 de julio de 2012, por el cual se ordena el cierre y reubicación de un hogar comunitario de bienestar²⁹.
- Copia simple de la carta de renuncia por parte la señora Margarita Mendoza Álvarez, el día 14 de agosto de 2012³⁰.
- Carta de recomendación, de la señora margarita Mendoza Álvarez de fecha 6 de agosto de 2012, para que la señora Sonia contreras, la remplace en el hogar de bienestar³¹.
- Denuncia penal³².
- Comunicado de recibimiento de una queja por parte el ICBF³³.
- Petición a la fundación semilla del sur, solicitando planilla de pago y por concepto de servicio de salud³⁴.
- Respuesta de la petición- planilla de pago- planilla de pago en salud y pensión³⁵.
- Recibo de entrega de dotación de materiales por parte de la señora Margarita Mendoza el día 23 de enero de 2013³⁶.
- Interrogatorios de parte de la señora de la señora Margarita Rosa Mendoza Álvarez, el cual se encuentran en medio magnético, a folio 371 del expediente N° 2.

²⁷ Folios 21- 22 del expediente N° 1

²⁸ Folios 28-30 del expediente N° 1

²⁹ Folios 31-33 del expediente N° 1

³⁰ Folio 35 del expediente N° 1

³¹ Folio 36 del expediente N° 1

³² Folios 37-42 del expediente N° 1

³³ Folios 43-44 del expediente N° 1

³⁴ Folio 45-47 del expediente N° 1

³⁵ Folios 48-56 del expediente N° 1

³⁶ Folio 58 del expediente N° 1

2.3.5 CASO CONCRETO:

Se tiene en el presente caso, la señora MARGARITA ROSA MENDOZA ÁLVAREZ, se desempeñaba como madre comunitaria en el hogar comunitario PAQUITO N° 34, hasta el año 2012, dentro del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Que por medio de una supuesta renuncia de fecha 14 de agosto de 2012, la accionante decide dejar el cargo de madre comunitaria, el cual se encontraba a su nombre y dejar en remplazo a la señora SONIA MARÍA CONTRERAS FUENTES, para que ocupara el cargo que ella venía desempeñando.

Que de acuerdo a la carta de renuncia antes mencionada, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, mediante resolución N° 014 del 14 de agosto de 2012, decide ordenar el cierre del hogar comunitario y reubicarlo en el mismo sector para que sea desempeñado por la señora SONIA MARÍA CONTRERAS FUENTES.

Ahora bien, la síntesis del presente asunto, radica en una carta de renuncia firmada por la demandante, que según los hechos de la demanda y el interrogatorio de parte realizado a la accionante el día 19 de julio de 2017, indica que jamás la presentó; dicha renuncia fue el fundamento para que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, expidiera la resolución N° 014 de 2012 y decidiera cerrar el hogar de bienestar de la señora Margarita Rosa Mendoza y reubicarlo en el mismo sector, nombrando a la señora SONIA MARÍA CONTRERAS FUENTE.

Ahora de acuerdo al argumento planteado por la demandante, en donde expresa que nunca firmó la carta de renuncia, no es competencia de este Juzgado entrar a valorar la firma que se encuentra en dicho documento, pero se observa, al realizar un cotejo entre el escrito firmado por la accionante a folio 13, con la que aparece en la carta de renuncia- folio 35, así como la que se realizó en la audiencia de prueba, aportada a folio 370, se puede verificar a prima facie y sin necesidad de ser mayor experto que es la misma rubrica.

Ello no quiere decir que, a este documento se le está dando veracidad, pues no se encuentra fecha de recibido por parte del ICBF, pero si la demandante consideró que su desvinculación fue realizada de manera irregular debió atacar el acto administrativo que la desvinculó de la entidad demandada, por el medio de la acción indicada para ello; igual utilizó en este caso la acción de reparación directa por considerar que se le ocasionó un daño por el cierre injustificado del hogar de bienestar que administraba a su nombre, pero no demostró el perjuicio ocasionado, con los elemento probatorios allegado al expediente; así que teniendo la carga de la prueba y la obligación de probarla y no lo hace para demostrar el perjuicio acaecido, no hay herramienta en grado de certeza para tomar la decisión, más aun cuando el ICBF, tiene la autonomía para abrir, cerrar y administrar los hogares de bienestar en el territorio colombiano, según operen las circunstancias.

Por último, el hecho de que a la accionante se le estuviese cancelando la salud y pensión de los meses de octubre noviembre, diciembre del año de 2013 y enero de 2014, no quiere decir ello que estuviese vinculada con el ICBF, pues ya existía una resolución de cierre y un nombramiento a otra persona, correspondiendo a los señores de la Fundación de Semilla del Sur, lo relativo a dicha novedad para que las entidades correspondientes cesaran respecto de la citada señora.

3. CONCLUSIÓN.

La respuesta al problema jurídico planteado en la fijación del litigio en este asunto es negativa, puesto que no se probó el daño ocasionado por el cierre del hogar de bienestar Paquito N° 34.

4. CONDENA EN COSTAS.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. se condenará al pago de las costas correspondientes a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por Secretaría, en un porcentaje del 5% de la pretensión.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo oral de Sincelejo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

5. FALLA:

PRIMERO: Niéguese las pretensiones de la demanda por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Condénese en costas a la parte demandante. En firme la presente providencia, realícese la liquidación correspondiente, en un monto del 5%.

TERCERO: Ejecutoriado este fallo, devuélvase a la parte demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso, Cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS
Juez