

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 124

Santiago de Cali, agosto veintitrés (23) de dos mil dieciséis (2016).

Medio de Control	Reparación Directa
Radicación	76001333300520130004100
Demandante	ALEXANDER ORDOÑEZ BASANTE Y OTROS
Demandado	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF
Juez	CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia dentro del medio de control de reparación directa, instaurado por parte de KEITTI DAYANA BASANTE LUCIO obrando en causa propia y la del señor ALEXANDER ORDOÑEZ BALANTA, en su propio nombre y en representación de la hija menor de ambos NICOLLE DAYANA ORDÓÑEZ BASANTE; así como por parte de la señora MARÍA DEL PILAR LUCIO CASTRO, en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

- 1.1. Declarar administrativamente responsable al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – en adelante ICBF, por las lesiones y perturbaciones físicas sufridas por la demandante NICOLLE DAYANA ORDÓÑEZ BASANTE, en el Hogar Infantil AMIGUITOS adscrito a dicha entidad.
- 1.2. Que en consecuencia se ordene a la parte demandada a pagar las siguientes sumas de dinero, a título de PERJUICIOS MORALES y

según jurisprudencia del Consejo de Estado, con fundamento en los principios de reparación integral y equidad:

- NICOLLE DAYANA ORDÓÑEZ BASANTE – “cien (50)” salarios mínimos legales vigentes.
- KEITTY DAYANA BASANTE LUCIO – treinta (30) salarios mínimos legales vigentes.
- BRAYAN ALEXANDER ORDOÑEZ BALANTA – treinta (30) salarios mínimos legales vigentes.
- MARÍA DEL PILAR LUCIO CASTRO – veinte (20) salarios mínimos legales vigentes.

1.3. Ajuste previsto en el artículo 177 del C. C. A.

1.4. Cumplir la sentencia con fundamento en los artículos 176 y 177 del C. C. A.

2. HECHOS

Los hechos expuestos en la demanda, se sintetizan así:

- 2.1. KEITTY DAYANA BASANTE LUCIO y ALEXANDER ORDOÑEZ BALANTA son padres de la menor NICOLLE DAYANA ORDÓÑEZ (nacida en octubre 28 de 2007) e integran su grupo familiar junto con MARÍA DEL PILAR LUCIO CASTRO a su vez abuela de dicha niña, con soporte en la solidaridad y cariño.
- 2.2. La menor ingresó al Hogar Infantil AMIGUITOS del ICBF, ubicado en la Calle 3 C No. 73 – 40 de la ciudad de Cali, con el fin de prepararse a su vida académica, gozando de buena salud, sin limitación física ni psicológica.
- 2.3. La niña citada sufrió un accidente encontrándose dentro de las instalaciones del Hogar Infantil el pasado 26 de enero de 2011 y como consecuencia de ello, fue remitida a la IPS COLMÉDICA ubicada en la Avenida ROOSEVELT No. 26 – 61 de Cali, lugar en el cual fue atendida por la doctora SANDRA ROJAS y de la situación fue informada telefónicamente la abuela y madre citadas.

- 2.4. Según la versión de la profesora del Hogar Infantil, YOFANI PRECIADO, la niña fue afectada por haber sido bajada una reja de puerta de hierro ubicada en el lugar, por parte de otros niños, situación la cual no pudo evitar la citada profesora.
- 2.5. EL ICBF dio una versión anacrónica de los hechos y por ello a través de la Procuradora 218 Judicial de Infancia, Adolescencia y Familia, debió insistir hasta obtener respuesta de enero 25 de 2012 a petición de mayo 24 de 2011.
- 2.6. El diagnóstico del médico ortopedista que conoció del accidente, fue el de fractura abierta de falange II de la mano derecha, para cuyos efectos ordenó cirugía de la mano.
- 2.7. La menor sufrió lesiones consistentes en su extremidad superior que le ocasionaron perturbación funcional y deformidades que la han afectado emocionalmente e impacto moral y psicológico y desconsuelo a la familia.
- 2.8. La entidad demandada no ha dado respuesta a solicitudes de la accionante.
- 2.9. El Hogar ha dado respuestas no satisfactorias, entidad con la cual se han reunido con fecha octubre 18 de 2011 lo cual estima violatorio de los artículos 90 de la Carta, 86 del C. C. A., 16 del Decreto 2304 de 1989 y Ley 446 de 1998 artículo 31.
- 2.10. Por las razones expuestas se estima hubo omisión de la autoridad competente.

3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Enuncia como tal las siguientes disposiciones que transcribe parcialmente:

Artículos 1, 2, 6, 11, 90 y 95 de la Constitución Política y 86 del C. C. A., referentes al Estado Social de Derecho y la cláusula general de protección y de responsabilidad patrimonial del Estado por sus hechos u omisiones; la Ley 446 de 1998 artículo 16 sobre valoración de daños.

Expresa que en el caso que nos ocupa, prima el respeto por la dignidad humana y la solidaridad de las personas, para afirmar que la responsabilidad patrimonial no necesariamente es subjetiva, es decir por falla del servicio debido a un hecho doloso o culposo del agente, sino objetiva. Esto es, aunque la actividad estatal sea lícita, como consecuencia de la comisión de un daño antijurídico surge el deber y obligación de reparación, con la finalidad de restablecer la situación de la persona afectada.

Agrega la demanda, que debido a la custodia, subordinación, dependencia y cuidado que ejercían los docentes frente a la niña lesionada y frente a los niños que la acompañaban (artículo 2347 del Código Civil), omitió el deber de cuidado sin causal que permita afirmar su exoneración, para cuyos efectos se remite a las sentencias de septiembre 7 de 2004 Expediente 14869 Consejera Ponente NORA CECILIA GÓMEZ MOLINA; y de febrero 18 de 2010 Expedientes 17533 y 17732 Consejero Ponente MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada ICBF, a través de apoderado especial contestó la demanda manifestando su oposición a las pretensiones, señalando que inmediatamente ocurrió el accidente de la niña NICOLLE DAYANA atendió los deberes que le asistían de conformidad con la Ley 1098 de 2006 y plantea las excepciones de caso fortuito y fuerza mayor debido a la actividad desplegada por los niños al cerrar la reja que le produjo lesiones a la menor citada e inexistencia de causa para demandar conforme visita de verificación efectuada para efectos de brindar apoyo a la familia y a la niña.

Según la respuesta de la demanda, el ICBF no es sustituto de la responsabilidad, por excepción cuando los padres no logren asumirla, ésta se extiende a la familia y a la sociedad, para cuyos efectos invoca los artículos 90 de la Carta Política; 124 y 125 del Decreto 1471 de 1990 y 2347 del Código Civil y concluye que por no existir falla del servicio, no puede haber lugar a responsabilidad.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Concluida la práctica de pruebas, el apoderado de la parte demandante no presentó escrito de alegatos de conclusión.

El apoderado de la parte demandada por su parte se ratificó en lo dicho con relación a la ausencia de responsabilidad por parte del ICBF, situación derivada del análisis del caso fortuito o fuerza mayor que invoca a la luz de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado que cita por apartes.

Dentro del escenario de los elementos que según la demandada configuran la responsabilidad (Daño Antijurídico causado por agente del Estado o Falla del Servicio y Relación de Causalidad adecuada), insiste en afirmar que no causó el daño, ni funcionó mal el servicio prestado, toda vez que no lo produjo ni dejó de ejecutar sus funciones, sino por el contrario actuó con base en las facultades que le asistían y quien procuró la atención médica de la menor lesionada fue la Directora del Hogar Infantil AMIGUITOS señora MÓNICA TAMAYO, así como la profesora YOFANY PRECIADO.

De otra parte afirma que no existe nexo causal adecuado entre el accidente ocurrido y la responsabilidad atribuida al ICBF, al tenor de los artículos 90 y 2341 del Código Civil, en armonía con la jurisprudencia de la Corte Constitucional que también cita por apartes.

Finalmente destaca que no se probó la relación de carácter conyugal y afectiva entre los padres y la menor afectada, así como de la relación afectiva de ésta frente a su abuela y que según el diagnóstico de la niña perdió su capacidad laboral en un 8,46 % (Deficiencia 4,56 % - Discapacidad 1,40 % - Minusvalía – 2,50%) y por tal razón la indemnización sería de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes y no respecto de sus padres de quienes no acreditaron su calidad de cónyuges.

6. TRAMITE PROCESAL

La demanda que nos ocupa, fue admitida mediante proveído N° 281 de abril 19 de 2013¹, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos legales exigidos con tal finalidad; posteriormente, dicha decisión fue notificada a la entidad demandada y

¹ Folios 72 al 74 frente y vuelto Cuaderno No. 1

demás sujetos procesales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA².

La parte demandada, dio respuesta oportuna a la demanda; solicitó la práctica de pruebas documentales y testimoniales a su favor, con el fin de sustentar su argumentación de ruptura de nexo de causalidad entre el hecho jurídico atribuido y la actuación desplegada por el ICBF³, soportada en las circunstancias ya enunciadas de caso fortuito o fuerza mayor en cuanto no fue el ICBF, quien causó el eventual daño.

7. DECISIÓN DE EXCEPCIONES DE MERITO

Los medios exceptivos propuestos de fuerza mayor e inexistencia de causa planteados por la parte demandada, plantean argumentos que apuntan a sustentar el probable hecho de un tercero, para el caso un niño que acciona una reja con la cual se produce el accidente y eventual culpa de la víctima que dirigiéndose al salón de clase se le adelantó en llegar al salón a su profesora, situación que se considera por parte del Despacho; forma parte del análisis del debate de fondo frente al problema jurídico.

Por tal razón dicha temática será resuelta en el desarrollo de la presente providencia, sin que resulte necesaria su individualización inicial.

8. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al acontecer procesal, para resolver de fondo el presente medio de control y teniendo en cuenta la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial, debe el Juzgado determinar si el ICBF es responsable administrativa y extracontractualmente por los daños causados a la niña NICOLLE DAYANA ORDÓÑEZ BASANTE y demás demandantes, debido a las lesiones personales y secuelas padecidas por aquella, con ocasión de accidente que le originó a su vez la realización de un procedimiento quirúrgico con el fin de superar los efectos del mismo.

² Folios 79 al 82 Cuaderno No. 1

³ Folios 87 al 264 Cuaderno No. 1

9. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Para resolver el problema jurídico antes planteado, se procederá a:

- (i) Realizar un análisis sobre la responsabilidad extracontractual del Estado en general, el daño antijurídico y su imputabilidad al mismo;
- (ii) Analizar si resultan aplicables al caso, las causales eximentes de responsabilidad, enfocándose en las relativas a fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de un tercero y la probable culpa de la víctima planteados en la contestación de la demanda;
- (iii) Efectuar un análisis del acervo probatorio; y,
- (iv) Con base en el análisis probatorio, determinar si en el **caso concreto**, a los demandantes le asiste o no el derecho reclamado.

9.1. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO – DAÑO ANTIJURIDICO E IMPUTABILIDAD

Como primera medida, obligatorio es recordar que el artículo 90 de la Constitución Política, establece un principio general de responsabilidad patrimonial extracontractual a cargo del Estado, fundamentado en la noción de daño antijurídico y el título de la imputación a la administración.

9.1.1. Noción del daño y antijuridicidad del daño

Para efectos de definir el daño, el Despacho acoge la postura que al respecto ha asumido el Consejo de Estado, conforme a la cual ha Considerado⁴:

“(...) El daño constituye el primer elemento o supuesto de la responsabilidad, cuya inexistencia, o falta de prueba, hace inocuo el estudio de la imputación frente a la entidad demandada; esto es, ante la ausencia de daño se torna estéril cualquier otro análisis, comoquiera que es el umbral mismo de la responsabilidad extracontractual del Estado.

“Así las cosas, el daño se refiere a aquel evento en el cual se causa un detrimento o menoscabo, es decir, cuando se lesionan los intereses de una persona en cualquiera de sus órbitas, es “la ofensa o lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera”⁵

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección C, sentencia de septiembre 10 de 2014. Radicación número: 05001-23-31-000-1991-06952-01(29590), C.P. Enrique Gil Botero.

⁵ ORGAZ Alfredo, El daño resarcible. 2ª Edición. Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires. Pág. 36. En ese mismo sentido VÁSQUEZ Ferreira Roberto en su obra Responsabilidad por daños. Ed. Depalma, Buenos Aires. Pág. 174 lo definió así: “El daño es la lesión a un interés jurídico.”

“(...) es pertinente señalar, que la constatación de éste no es suficiente para que se proceda a su indemnización; en efecto, el daño debe ser cualificado para que sea relevante en el mundo jurídico, por ello la Constitución Política en el artículo 90 señala que “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (Se resalta).

Sobre la antijuridicidad del daño, esta misma providencia puntualizó:

“(...) La antijuridicidad⁶ se refiere a aquello que no se tiene la obligación de padecer, al evento que es “contrario a derecho”⁷, “es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad”⁸, ello se refiere a que se desconozca cualquier disposición normativa del compendio normativo, sin importar la materia o la rama del derecho que se vulnera, puesto que la transgresión a cualquiera de ellas, genera la antijuridicidad del daño⁹.

“En ese orden, la antijuridicidad puede ser estudiada en el plano formal y en el material: el primero de ellos se evidencia con la simple constatación de la vulneración a una norma jurídica, y el segundo se refiere a la lesión que se produce con esa vulneración, en los derechos de un tercero¹⁰, aspectos que deben estar presentes para que el daño sea indemnizable.

“Sin embargo, es preciso señalar que no sólo es antijurídico el daño cuando se vulnera una norma jurídica, sino también aquel que atenta contra un bien jurídicamente protegido, en palabras de ROBERTO VÁSQUEZ FERREYRA, “la antijuridicidad supone una contradicción con el ordenamiento, comprensivo éste de las leyes, las costumbres, los principios jurídicos estrictos dimanantes del sistema y hasta las reglas del orden natural. En esta formulación amplia caben los atentados al orden público, las buenas costumbres, la buena fe, los principios generales del derecho y hasta el ejercicio abusivo de los derechos”¹¹(...)”¹².

Para completar la conceptualización, el Consejo de Estado sostuvo en sentencia de enero 28 de 2015¹³, con ponencia del doctor JAIME ORLANDO SANTOFIMIO:

“(...) Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización” de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación e interés. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”. Como bien se sostiene en la doctrina: “La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público (...)”

⁶ Término que ha sido aceptado por un sector de la doctrina como sinónimo de injusto, y en ciertos eventos de ilícito.

⁷ BUSTOS Lago José Manuel, Ob. cit. Pág. 45.

⁸ Nota del original: “Cfr. BUERES, A. J.: <<El daño injusto y la licitud>> op. Cit., p. 149. En el mismo sentido, entre otros, RODRIGUEZ MOURULLO, G.: Derecho Penal. Parte General, op cit., p. 343: <<Para la determinación de la antijuridicidad resulta decisivo el ordenamiento jurídico en su conjunto>>”. BUSTOS Lago José Manuel. Ob. cit. Pág. 50.

⁹ Sobre el concepto de daño antijurídico resulta ilustrativo, la breve reseña que sobre el mismo presentó, VÁSQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 128.: “En una primera aproximación, Compagnucci de Caso define a la antijuridicidad como “el acto contrario a derecho, considerado este último concepto como una concepción totalizadora del plexo normativo.”

“Gschntzer entiende por antijuridicidad “una infracción de una norma, ley, contrato, ya norma expresa, ya atentado a la finalidad que la norma persiga o lesiones principios superiores”.

“En el campo penal, Mezger define la antijuridicidad –injusto- como el juicio impersonal- objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico.”

¹⁰ BUSTOS Lago José Manuel. Ob. Cit. Pág. 51 a 52.

¹¹ Nota del original: “así lo expusimos en nuestra obra *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo*” ED. Vélez Sarsfield, Rosario, 1988, p.67. Ver también Alberto Bueres en *El daño injusto y la licitud...*, ob. cit., p. 149, y Omar Barbero, *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, Edit. Astrea, Bs. As., 1977, p. 106.”

¹² VÁSQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 131.

¹³ Radicación No. 05001233100020020348701 (32912). Actor: DARÍO DE JESÚS JIMÉNEZ GIRALDO Y OTROS. Demandado: La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

De lo dicho, en síntesis, el daño objeto de reparación se configura cuando:

- i) Tiene el carácter de antijurídico;
- ii) Se trasgrede un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento; y
- iii) Posee una connotación cierta, valga decir, que se pueda apreciar materialmente y no sea un simple supuesto.

9.1.2. Título de la imputación:

Sobre la modalidad de imputabilidad, basta mencionar que se trata del componente que permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado.

Con relación al título de la imputación, la jurisprudencia ha abordado varias formas, valga decir, *falla del servicio*, *riesgo excepcional* y *daño especial*, cuyo contenido emana de actuaciones estatales diferentes, y por ende se desarrollan de distinta forma y poseen reglas y requisitos distintos para su configuración. Cada una de estas formas mediante las cuales se desarrollan, constituyen los denominados regímenes de imputación, que bien pueden ser objetivos o subjetivos.

El régimen objetivo, es aquel en el cual no se evalúa la conducta estatal para determinar su responsabilidad (no se analiza si existió dolo o culpa), sino que lo determinante es el daño y su antijuridicidad, siendo atribuible a los títulos de imputación de *daño especial* y *riesgo excepcional*.

El régimen subjetivo, es aquel en el cual sí es determinante la conducta estatal, pues solo existirá responsabilidad cuando esta sea fallida, tardía, imprudente, irregular, valga decir, reprochable; razón por la cual, el elemento esencial para establecer responsabilidad, cuando estamos frente al régimen subjetivo, es la estructuración de la culpabilidad, por parte del agente estatal bajo el título de falla del servicio.

Sobre la aplicación de los títulos de imputación, el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha manifestado¹⁴:

*(...) En lo que refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 **no privilegió ningún régimen***

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección A, sentencia del 12 de marzo de 2014. Radicación número: 68001-23-15-000-1998-00405-01(30648), C.P. Mauricio Fajardo Gomez.

en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, **sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.**

“En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia (...).” (Se resalta).

Dentro de la conceptualización del denominado daño antijurídico, se incluye la teoría del daño especial, entendido como aquel que la víctima no tiene la obligación de soportar y en consecuencia la imputabilidad es objetiva frente al mismo Estado (no requiere prueba de dolo ni de culpa dentro del contexto de responsabilidad subjetiva).

De conformidad con el acontecer fáctico planteado en la demanda y la jurisprudencia reseñada, considera el Despacho que el título de imputación que inicialmente resulta aplicable al presente asunto, es el de responsabilidad objetiva por daño especial, siendo este el título de imputación preferente, aunado a que la parte actora pretende el resarcimiento de los daños presuntamente ocasionados por la conducta omisiva y negligente del Hogar Infantil “del ICBF” AMIGUITOS, según consta en los hechos 2 y 8 de la demanda.

Lo anterior, en cuanto se afirma que la niña NICOLLE DAYANA ORDOÑEZ BASANTE sufrió un accidente que le produjo lesiones personales con secuelas; hecho ocurrido en la sede donde opera el referido Hogar Infantil. La situación afectó los derechos de los miembros del grupo familiar de la menor, lo que según la demanda, genera el pago de perjuicios que deben ser indemnizados, por omisión en el deber de cuidado.

No obstante lo dicho, se aclara que como la demanda igualmente invoca la omisión en el deber de cuidado, la situación nos llevaría al análisis del tema de culpabilidad por falla en el servicio, debido a su deficiente funcionamiento. Para dilucidar el probable conflicto entre el título que se debe asumir para resolver la cuestión - falla de servicio - responsabilidad objetiva-, como antecedente sobre la

posibilidad de imputar responsabilidad objetiva en centros de cuidado de la infancia y la niñez, el Consejo de Estado¹⁵ ha precisado:

“(...) Ahora bien, en cuanto al título de imputación, debe decirse que la jurisprudencia de la Sala ha sostenido que controversias de esta naturaleza (daños sufridos por menores en centros de infancia y niñez) se rigen por el título de imputación subjetivo de falla del servicio, pero (...) en providencia de mayo 9 de 2011, esta misma Subsección dejó sentado que ”(...) el régimen de responsabilidad llamado a regular situaciones de este matiz es el objetivo, comoquiera que la administración pública no puede exonerarse con la sola acreditación de un comportamiento diligente y cuidadoso. En efecto, en supuestos de esta especificidad existen dos circunstancias que hacen aplicable el título objetivo de responsabilidad de daño especial: i) la naturaleza, rango y especial protección que recae sobre los derechos de los niños y niñas del país y ii) la finalidad y objetivos propios del servicio público esencial de bienestar familiar (...)”

Con relación al ICBF y con ocasión de daños causados a menores al interior de hogares comunitarios, igualmente ha dicho el Consejo de Estado¹⁶:

“(...) Como se aprecia, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada al señalar que es posible imputar daños ocurridos al interior de hogares comunitarios – inclusive los desencadenados directamente por la acción u omisión de la madre comunitaria – al ICBF, puesto que el establecimiento público no se desprende de la dirección, control y vigilancia del servicio público que en esos centros de atención se presta a la niñez, circunstancia suficiente para decidir de manera desfavorable el argumento de defensa relacionado con la autonomía financiera, operacional y administrativa de aquéllos. Por lo tanto, mal hace la institución demandada, dada la relevancia del servicio público que se presta en los hogares comunitarios, en invocar de manera velada una falta de legitimación en la causa por pasiva cuando la ley, la jurisprudencia y toda la actuación administrativa que reposa en el proceso apuntan a demostrar lo contrario, esto es, que el ICBF es el primer llamado a afrontar si de los supuestos fácticos que se juzguen, en cada caso concreto, se genera responsabilidad patrimonial por la existencia de un daño antijurídico que le sea imputable (...)”

Existe entonces responsabilidad estatal objetiva, cuando se configura un daño de carácter antijurídico, atendiendo a que el sujeto que lo sufre, no tiene el deber jurídico de soportarlo y una vez verificada la ocurrencia de un daño de esta índole, surge el deber de indemnizarlo plenamente, siempre y cuando este sea imputable al Estado. Se aclara además que el resarcimiento debe ser proporcional al daño sufrido.

Siguiendo tales lineamientos, la jurisprudencia atrás citada, emitida por el Consejo de Estado¹⁷ con relación al daño antijurídico como elemento que integra la modalidad de responsabilidad que le asiste al ICBF, para el caso materia de

¹⁵ Sentencia de julio 5 de 2012. Expediente No. 199701942. Sección Tercera. Subsección C. Consejera Ponente OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ. Demandante RODRIGO ANTONIO ARBOLEDA MARTINEZ Y OTROS

¹⁶ Sentencia de mayo 9 de 2011. Expediente No. 05001233100020010154602 (36912). Actor MARÍA RUH ROJO JIMÉNEZ. Demandado: ICBF. Consejero Ponente ENRIQUE GIL BOTERO

¹⁷ Ob. Cit. Sentencia de mayo 9 de 2011. Expediente No. 05001233100020010154602 (36912). Actor MARÍA RUH ROJO JIMÉNEZ. Demandado: ICBF. Consejero Ponente ENRIQUE GIL BOTERO

estudio, con ocasión de daños ocurridos a niños que permanecen en hogares adscritos a dicha entidad:

“(...) El daño antijurídico está probado pues existe una lesión a la integridad psicofísica de Sebastián (demandante principal) que repercute en la afectación de varios derechos fundamentales, patrimoniales e inmateriales de los cuales es titular, y una afrenta a la órbita subjetiva o emocional de su progenitora y hermanas, quienes no sólo han sufrido por la condición en que éste se encuentra, sino que además se han vinculado –particularmente la madre– de manera activa a su rehabilitación (...) En ese contexto, la lesión se tiene por establecida, así como su carácter personal, cierto y antijurídico, pues tanto Sebastián como su madre y hermanas no estaban en la obligación de soportar las consecuencias negativas que se desprenden de las graves afectaciones psicofísicas que padece aquél, en virtud del desafortunado suceso ocurrido dentro del hogar comunitario denominado “La Campanita”.

“(...) Se advierte que en el caso concreto el daño ha tenido una evidente significación en la esfera de los derechos fundamentales del niño Sebastián Rojo Jiménez, razón por la que se impone la adopción de medidas de justicia restaurativa que restablezcan el núcleo de las garantías esenciales a favor de aquél, así como la dimensión objetiva del derecho fundamental a la integridad psicofísica de los niños y niñas en Colombia. Sobre el particular, la Sala reitera su jurisprudencia contenida en una reciente providencia en la que se puntualizó (...) Por lo tanto, conforme al precedente, y una vez constatada la gravedad de la lesión de los derechos a la salud y a la integridad psicofísica en los ámbitos subjetivo y objetivo, se adoptarán las siguientes medidas de justicia restaurativa que deberán ser ejecutadas por el ICBF (...)”

La jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁸ también se refirió a la circunstancia especial de que los hogares comunitarios se constituyen con el aval, intervención y supervisión del ICBF, tal como lo dispone el artículo 2 del Decreto 1340 de 1995, para cuyos efectos el ICBF establecerá los lineamientos para el funcionamiento del programa:

“(...) dando cumplimiento a la obligación del Estado, en concurrencia con la familia y la sociedad de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos (...)”.

Esta posición se refuerza con el análisis que ha dado la jurisprudencia de lo dispuesto en el Acuerdo No. 21 de 1996, de la Junta Directiva de Bienestar Familiar, mediante el cual se fijaron los lineamientos técnicos y administrativos de los hogares comunitarios, ya que allí se hace referencia a los aspectos generales del funcionamiento del programa y su financiación por parte del Estado y detallan todos los aspectos a tener en cuenta para la implementación de un hogar comunitario, aspecto sobre el cual, el instituto conserva su deber de supervisión y vigilancia y adicionalmente está facultado para ordenar su cierre, tal como lo contempla el Acuerdo 50 de 1996. Señala la providencia textualmente:

“(...) 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

¹⁸ Sentencia de julio 5 de 2012, con ponencia de la doctora OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

el ICBF en la creación, apoyo, supervisión y control sobre esos centros de atención básica de la niñez.

“Como se aprecia, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada al señalar que es posible imputar daños ocurridos al interior de hogares comunitarios –inclusive los desencadenados directamente por la acción u omisión de la madre comunitaria– al ICBF, puesto que el establecimiento público no se desprende de la dirección, control y vigilancia del servicio público que en esos centros de atención se presta a la niñez.

“(…) Además, resulta paradójico que la entidad pública pretenda desligarse de su legitimación en la causa para enrostrar el comportamiento de la madre comunitaria –con quien el ICBF no tiene vínculo legal o contractual– y la asociación a cargo del hogar comunitario “La Campanita”, cuando es incuestionable que existía un deber a cargo de la entidad demandada de supervisión, capacitación y control del servicio público esencial de Bienestar Social que se ejercía al interior de ese hogar infantil de atención a la infancia.

Y si bien, las madres comunitarias no tienen ningún tipo de vínculo legal o contractual laboral con el instituto demandado, no puede desconocerse que son agentes privados en ejercicio de un servicio público en principio a cargo del Estado, en el que éste ejerce una exigente y permanente inspección sobre las condiciones de seguridad y protección en que se hallan los niños o niñas que reciben la atención en los hogares comunitarios, en aras de materializar las garantías esenciales contenidas en el artículo 44 superior”¹⁹.

En síntesis, el ICBF, puede resultar responsable con ocasión de la actividad desplegada por hogares comunitarios, es decir aquellos establecimientos operados por particulares que se encuentren financiados por aportes y supervisados por tal entidad.

10. EVENTUALES CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

El Despacho considera prudente enunciar que existen situaciones conocidas como causales que eximen de responsabilidad al Estado, a pesar de configurarse un daño antijurídico y de existir un nexo causal entre este y el actuar activo o pasivo de la administración, a saber:

- i)** El caso fortuito (a excepción del título de imputación objetiva de riesgo)
- ii)** La fuerza mayor
- iii)** El hecho exclusivo y determinante de un tercero y,
- iv)** Culpa exclusiva de la víctima.

Estas circunstancias, dan lugar a que sea imposible imputar jurídicamente, responsabilidad al Estado por los daños ocasionados objeto de la controversia judicial. Lo anterior, salvo prohibición expresa en contra.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de mayo 9 de 2011; rad 36912; C.P. Enrique Gil Botero

De conformidad con la argumentación planteada en la contestación de la demanda por el ICBF, se afirma la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor y la ausencia de responsabilidad en la causación del daño por parte de la misma entidad. Lo anterior, planteado desde el punto de vista de:

- La inimputabilidad en la comisión del daño, por caso fortuito o fuerza mayor, no derivado de un hecho precedente o concomitante culpable de la demandada;
- La imprevisibilidad en cuanto el hecho generador del daño es un suceso que escapó de las previsiones normales, conducta prudente ante un hecho de imposible previsión.
- Irresistibilidad, en cuanto ante las medidas tomadas fue imposible que el hecho se presentara.
- La existencia de una causal de exoneración de responsabilidad de la Administración Pública, por ausencia de prueba del nexo causal entre la actuación de la entidad demandada respecto del daño antijurídico sufrido por la demandante. Esto es, la ausencia de injerencia de la llamada a responder, con ocasión de la conducta o hecho generador del daño antijurídico, al margen de que exista evidencia de la producción del daño.

11. PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con lo expuesto, el Despacho debe entrar a analizar si como consecuencia del accidente ocurrido el 26 de enero de 2011 en la sede del HOGAR INFANTIL AMIGUITOS, en el que resultó lesionada y con secuelas posteriores, la menor de edad NICOLLE DAYANA ORDOÑEZ BASANTE, le asiste responsabilidad patrimonial o no al ICBF, bajo la modalidad objetiva por daño especial indemnizable, es decir sin necesidad de probar el dolo o la culpa o si por el contrario existe alguna situación que configure causal eximente de responsabilidad.

Lo anterior sobre la base de considerar la naturaleza de servicio público esencial de bienestar familiar, encaminado a la protección específica de la niñez

colombiana y a la protección y efectividad de los derechos de los niños contenidos en el artículo 44 Superior.

12. ANÁLISIS DEL MATERIAL PROBATORIO ALLEGADO AL PROCESO

Según la argumentación planteada en la demanda, debemos entrar a analizar la hipótesis acerca de si es responsable el ICBF, con fundamento en la doctrina de responsabilidad objetiva expuesta atrás, en contraposición con lo dicho por la defensa de la entidad demandada, en cuanto la inimputabilidad en la comisión del daño; la irresistibilidad e imprevisibilidad debido a situaciones que en su parecer constituyen fuerza mayor o caso fortuito, conjuntamente con la ausencia de prueba de nexo causal entre la actuación de la demanda respecto del daño antijurídico sufrido por la demandante y los demás familiares que igualmente fungen como demandantes.

En tal sentido, se procederá a evaluar el material probatorio allegado al proceso, con el que se pretende acreditar la producción del daño antijurídico causado a la menor NICOLLE DAYANA ORDÓÑEZ BALANTA y si dentro del mismo tiene injerencia o no en su producción el ICBF (nexo causal) y por qué causa, o si mediaron circunstancias de caso fortuito y de fuerza mayor en la producción del daño o por el contrario el ICBF no debe responder por el daño causado a la menor.

12.1. RELACIÓN DE PRUEBAS APORTADAS

Anexo a la demanda radicada con fecha febrero 6 de 2013, se allegó el siguiente material:

12.1.1. Fotocopias informales de las cédulas de ciudadanía Números 2.144.048.042 de KEITTY DAYANA BASANTE LUCIO y 1.144.048.041 de BRAYAN ALEXANDER ORDÓÑEZ BALANTA; y del comprobante de trámite de duplicado correspondiente a la cédula de ciudadanía No. 66.986.283 correspondiente a MARÍA DEL PILAR LUCIO CASTRO²⁰.

- Copia auténtica del registro civil de nacimiento de octubre 3 de 1991, correspondiente a KEITTY DAYANA BASANTE LUCIO, expedido por la Notaría 4ª del Círculo de Cali; hija de MARÍA DEL PILAR LUCIO CASTRO,

²⁰ Folios 4 al 6 Cuaderno No. 1

para entonces menor de 17 años identificada con TP No. 74042630032 y de JOHNN JAIRO BASANTE FRANCO, identificado con cédula de ciudadanía No. 16.797.392 de Cali, quien para la época se afirma contaba con 18 años de edad²¹.

- Copia auténtica del registro civil de nacimiento de octubre 28 de 2007, expedido por la Notaría 4ª del Círculo de Cali, correspondiente a NICOLLE DAYANA ORDÓÑEZ BASANTE; hija de KEITTY DAYANA BASANTE LUCIO, identificada con la tarjeta de identidad No. 91100308733 y de BRAYAN ALEXANDER ORDÓÑEZ BALANTA, identificado con tarjeta de identidad No. 91101530480²².

12.1.2. Copia informal de Historia Clínica de NICOLE (sic) DAYANA ORDÓÑEZ BASANTE, de fecha octubre 31 de 2011, emitida por la Unidad de Ortopedia y Traumatología FARALLONES MAURICIO HERNÁN RAMOS VALENZUELA²³.

12.1.3. Copia informal de Historia Clínica de NICOLLE DAYANA ORDÓÑEZ BASANTE, de fecha enero 26 de 2011, emitida COMÉDICA, con ocasión de que se *"machucó con una puerta"*²⁴

12.1.4. Copia informal de Historia Clínica de NICOL (sic) ORDÓÑEZ BALANTA, de fecha ilegible mes 26 de 2011, emitida por HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE – Evaluación Pre Anestésica y de cirugía²⁵

12.1.5. Informe de diciembre 29 de 2011, suscrito por MÓNICA TAMAYO M., Directora del CAIP²⁶ HOGAR INFANTIL AMIGUITOS ICBF, acerca de la situación médica de la niña NICOLLE DAYANA ORDOÑEZ y de las medidas preventivas asumidas por el establecimiento, con ocasión del accidente reportado²⁷, incluyendo las de retiro posterior de las rejas existentes en los salones.

²¹ Folio 7 Cuaderno No. 1

²² Folio 8 Cuaderno No. 1

²³ Folios 9 y 10 Cuaderno No. 1

²⁴ Folios 11 al 29 y 32 Cuaderno No. 1

²⁵ Folios 30 al 31, 33 al 37 Cuaderno No. 1

²⁶ Al respecto se precisa que la sigla CAIP corresponde a la de Centro de Atención Integral al Pre Escolar, creados por virtud de la Ley 27 de 1974, para los hijos menores de 7 años de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales y privados; cuyo financiamiento corresponde a los aportes allí precisados que se giran a favor del ICBF, los cuales a su vez fueron modificados por la Ley 7 de 1979 artículo 3 y forman parte del Sistema de Bienestar Familiar, bajo la modalidad de instituciones de utilidad común e incluye sala cunas, guarderías y jardines infantiles sin ánimo de lucro, los centros comunitarios para la infancia y similares

²⁷ Folios 38 al 39 Cuaderno No. 1

12.1.6. Autorización de procedimiento médico de junio 2 de 2011, suscrito por el Auditor de la Gobernación del Valle del Cauca, LEONEL CARDONA SALAZAR²⁸ con cargo a contrato vigente entre la Gobernación – Secretaría Departamental de Salud y Hospital Universitario del Valle, para NICOLLE DAYANA ORDOÑEZ BASANTE, consistente en:

“REDUCCIÓN ABIERTO OSTEOSÍNTESIS DE FRACTURA TRAUMÁTICA FALANGE PROXIMAL 2 DEDO” (sic)

12.1.7. Petición de atención de cirugía para la niña NICOLLE DAYANA BASANTE de 3 años de edad, planteada por las demandantes MARÍA DEL PILAR LUCIO CASTRO y KEITTY DAYANA BASANTE ante el ICBF, radicada con fecha junio 11 de 2011²⁹.

12.1.8. Informes de enero 24 de 2012, sobre demora en atención por parte del ICBF a petición de las señoras MARÍA DEL PILAR LUCIO CASTRO y KEITTY DAYANA BASANTE, suscritos por JHON ARLEY MURILLO BENÍTEZ – Director Regional del ICBF en el Valle del Cauca y ANGELA YANETH REYES BECERRA Asistente de Dirección Regional³⁰.

12.1.9. Incapacidades médicas dadas a NICOLL DAYANA ORDOÑEZ, por 30 y 15 días en enero 26 de 2011 y fecha ilegible³¹.

12.1.10. Copia informal de Certificación de enero 30 de 2013, acerca del trámite conciliatorio adelantado con radicación de octubre 31 de 2012, ante la Procuraduría 58 Judicial II para Asuntos Administrativos de Santiago de Cali, suscrita por la titular del Despacho ELIZABETH BLACO QUINTANA.

12.1.11. Se aclara que con la contestación de demanda también se allegó copia informal de constancia de retiro de solicitud de conciliación de mayo 16 de 2012, expedida por NAZLY GONZÁLEZ POSSO, Procuradora 57 Judicial II Administrativo³².

Con el escrito de contestación de la demanda³³ a su vez se allegó:

²⁸ Folio 40 Cuaderno No. 1

²⁹ Folios 41 al 44 Cuaderno No. 1

³⁰ Folios 45 al 47 y 48 al 56 Cuaderno No. 1

³¹ Folios 57 y 58 Cuaderno No. 1

³² Folios 292 y 293 Cuaderno No. 1

³³ Folios 83 al 89 y 90 al 93 Cuaderno No. 1

12.1.12. Copia informal de soportes para la celebración de contrato de Aporte No. 76.26.12.1022 de diciembre 4 de 2012 celebrado entre el ICBF y el CLUB ACTIVO 20 30, por valor de \$1.502.255.497³⁴, con el objeto de:

“(...) Atender a la primera infancia en el marco de la estrategia “De cero a siempre”, de conformidad con las directrices, lineamientos y parámetros establecidos por el ICBF, así como regular las relaciones entre las partes derivadas de la entrega de aportes del ICBF a EL CONTRATISTA, para que este asuma con su personal y bajo su exclusiva responsabilidad dicha atención (...)”

Lo anterior a través de la modalidad de HOGAR INFANTIL en las Unidades de Atención del CENTRO ZONAL LADERA de la Regional del ICBF Valle del Cauca, teniendo en cuenta el valor de la canasta de referencia establecida en el Manual Técnico Operativo de la modalidad, con el fin de atender 465 niños y niñas menores de 5 años y / o hasta su ingreso al sistema educativo, de acuerdo con los criterios de focalización definidos por el ICBF en los lineamientos técnicos establecidos para la modalidad Hogares Infantiles LADERA – AMIGUITOS con 245 cupos y SUR – VILLA DEL SUR con 220 cupos.

Dentro de las obligaciones durante la ejecución del contrato, pactado por el término de un año; relacionadas con la infraestructura, el contratista tiene el deber de velar por la seguridad de los espacios físicos donde se realiza la prestación del servicio. Todo el contrato, se debe ejecutar bajo la supervisión del ICBF, que por su parte debe además impartir los estándares de calidad y demás documentos necesarios para la operación de la modalidad de atención.

Aunque con base en la información suministrada el ICBF solicitó llamar en garantía a la Aseguradora SOLIDARIA DE COLOMBIA³⁵ y al CLUB ACTIVO 20 30; dicha solicitud fue objeto de rechazo mediante proveído de octubre 3 de 2014³⁶, por no comprender la documentación aportada la fecha dentro de la cual se produjo el accidente que originó el presente asunto.

12.1.13. Copias informales de Historia Clínica de NICOLLE DAYANA ORDÓÑEZ en COMÉDICA³⁷ e informes acerca de su situación emitidos por el HOGAR INFANTIL AMIGUITOS³⁸.

En el decurso del proceso se allegó:

³⁴ Folios 99 al 190 Cuaderno No. 1 y 1 al 178 Cuaderno No. 2

³⁵ Folios 95 al 98 Cuaderno No. 1

³⁶ Folios 267 al 273 frente y vuelto Cuaderno No. 1

³⁷ Folios 191 al 236 Cuaderno No. 1

³⁸ Folios 237 al 240, 244 al 245, 246 al 251 Cuaderno No. 1

- 12.1.14. Ficha de ingreso de la menor NICOLLE DAYANA ORDÓÑEZ BASANTE al Hogar Infantil "AMIGUITOS"³⁹.
- 12.1.15. Dictamen pericial de diciembre 5 de 2014, elaborado por OSCAR MONDRAGÓN SALAS Médico Forense, en el cual se refiere que la incapacidad médica legal definitiva de NICOLL DAYANA ORDOÑEZ es de 70 días y que como secuela presenta deformidad física del cuerpo permanente y perturbación funcional de órgano sistema de la prensión de la mano derecha de carácter permanente⁴⁰.
- 12.1.16. Dictamen de la Junta Regional de Invalidez de Valle del Cauca, el cual concluye que el total de pérdida de capacidad laboral de NICOLL DAYANA ORDOÑEZ es del 8,46 % a razón de 4,56 % de deficiencia; 1,40 % discapacidad y 2,50 % minusvalía, por daño en el segundo dedo e índice derecho, anquilosis⁴¹.
- 12.1.17. Informes sobre estado de salud en general elaborados por JULIO XAVIER HALLO, Representante Legal del Club Activo 20 30 Internacional de Cali y MÓNICA TAMAYO, Directora del Jardín HOGAR INFANTIL AMIGUITOS, de NICOLLE DAYANE ORDOÑEZ BASANTE, después del accidente de enero 26 de 2011 y haber permanecido hasta diciembre de 2012 en el referido Hogar⁴².
- 12.1.18. Certificado de existencia y representación legal de ASEGURADORA SOLDIARIA DE COLOMBIA⁴³.
- 12.1.19. Informe de MÓNICA TAMAYO, Directora del Hogar Infantil AMIGUITOS⁴⁴, sobre estado de salud al momento de ingreso de la menor NICOLLE DAYANA ORDOÑEZ BASANTE, a partir de agosto 3 de 2010 y de accidente sufrido con fecha enero 26 de 2011. Aclara el informe de la salud de la menor para octubre 27 de 2011, se emitió informe conforme al cual realizaba actividades sin dificultad acorde con su edad y sin angustia respecto del accidente ocurrido.

³⁹ Folios 1 al 4 Cuaderno No. 3

⁴⁰ Folios al 7 Cuaderno No. 3

⁴¹ Folios 8 al 13 Cuaderno No. 3

⁴² Folios 17 al 22 Cuaderno No. 3

⁴³ Folios 252 al 263 Cuaderno No. 1

⁴⁴ Folio 23 Cuaderno No. 3

12.1.20. Testimonio de YOFANIS PRECIADO MOSQUERA⁴⁵, Maestra del Hogar Infantil AMIGUITOS, quien señala que venía del baño con los niños y que cerca al salón NICOLLE se adelantó un poco con manitos atrás sobre pared, y a la altura del salón un niño cerró la reja, “*corrimos*”, la llevamos al servicio médico y se llamó a los padres. No supe el diagnóstico médico. La reja fue retirada del salón de clase, y el hecho afirmado del accidente con la reja, lo considera la testigo, no era previsible.

12.1.21. Testimonio de MÓNICA TAMAYO⁴⁶, Directora del Hogar Infantil AMIGUITOS, quien afirma que llevaba 15 días como Directora, cuando en la fecha de los hechos, la profesora de la niña avisó del accidente, cumplido lo cual la llevaron a la Cruz Roja y luego a COOMÉDICA Seguro del Hogar Infantil, en donde la atendieron durante todo el día. Agrega que se informó de la necesidad de hacerle cirugía en su dedo y que después de más de 2 meses la niña volvió sin ningún problema al Hogar.

Así mismo señala que no pudo percibir los hechos de manera directa, sino que según la versión de la profesora de la accidentada, los niños venían de los bebederos donde se encontraban lavándose los dientes y en determinado momento NICOLLE se adelanta y va al salón pero coloca la manito en la ranura de la reja del salón, momento en el cual otro niño dentro del salón tira la puerta y ocurre el accidente. Con posterioridad a los hechos, se quitaron las rejas para mitigar accidentes futuros, por orden del operador que aclara es CLUB ACTIVO 20 30 y no el ICBF. El Hogar debe ser operado por una entidad que es el CLUB el que a su vez recibe aportes del ICBF.

12.1.22. Testimonio de ANA PATRICIA PAZ GUTIÉRREZ⁴⁷, Asesora de los Hogares Infantiles del Club 20 30: Afirma que no se encontraba en la institución sino en reunión con el representante del CLUB ACTIVO 20 30 y al acudir al sitio se quedó tranquilizando a los niños y a la docente por el hecho ocurrido. Aclara que el Operador es el CLUB ACTIVO 20 30, quien por su parte procedió a verificar todo sobre la atención brindada a la niña, conjuntamente con el representante legal de la entidad.

12.1.23. LILIANA SARRIA PARRA⁴⁸, Cargo Coordinadora Centro Zonal LADERA ICBF, ente encargado de supervisar HOGAR INFANTIL Y CDI AMIGUITOS: Afirma como supervisora del contrato en cuestión, que a sus

⁴⁵ CD visible a folio 288 Cuaderno No. 1

⁴⁶ CD visible a folio 288 Cuaderno No. 1

⁴⁷ CD visible a folio 288 Cuaderno No. 1

⁴⁸ Folio 288 Cuaderno No. 1

manos llegó documentación que señalaba la descripción del accidente ocurrido a NICOLLE DAYANA. Aclara además que el ICBF terceriza el servicio público de bienestar familiar, mediante contratos con otras organizaciones, con el fin de que ejecuten el servicio de bienestar familiar. Es decir, contratan operadores para prestar atención en primera infancia y se supervisa a la unidad de servicio por lineamientos y estándares ya designados por el nivel nacional. Afirma que el Hogar Infantil y el operador conocen antes de firmar el contrato de aportes, todos los lineamientos y estándares que fija el nivel central y que su labor se limita a supervisar y prestar asistencia de carácter permanente a los hogares con base en tales lineamientos y estándares. En tal sentido, agrega la testigo, no imparten órdenes sino que estas se construyen en la sede donde opera la Dirección de primera infancia. El rol de funciones de coordinación, agrega la testigo, no es velar dentro de la Unidad de servicios sino controlar con la entidad operadora, el contrato de aportes como modalidad de contrato existente dentro del ICBF.

12.1.24. Se aclara que también se había solicitado el testimonio de ZULMA MEJÍA, el cual fue desistido; situación aceptada en audiencia de enero 21 de 2015⁴⁹.

12.1.25. Certificado expedido por la Coordinadora del Grupo Jurídico del ICBF, ANGELA YANETH REYES BECERRA, de noviembre 14 de 2013, en el sentido de que la entidad sin ánimo de lucro CLUB ACTIVO 20 – 30 INTERNACIONAL DE CALI, tiene representación legal en cabeza de ANDRÉS FELIPE GUTIÉRREZ TRIANA⁵⁰.

12.2. ESTUDIO DEL CASO CONCRETO

Retornando a los temas generales de responsabilidad administrativa extracontractual, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que el régimen general de responsabilidad extracontractual es el subjetivo y ha establecido que en aquellos casos en los cuales hay un desequilibrio frente al deber de soportar las cargas públicas se aplica el régimen de responsabilidad objetiva.

⁴⁹ Folios 296 al 298 y cd a folio 299 Cuaderno No. 1

⁵⁰ Folio 264 Cuaderno No. 1

A partir de lo anterior, el Consejo de Estado ha establecido que el régimen de responsabilidad objetiva se aplica cuando se configura uno de los siguientes eventos:

- i) Riesgo excepcional;
- ii) Daño especial;
- iii) Ocupación de inmueble;
- iv) Daños causados por trabajos públicos;
- v) Perjuicios causados por un acto administrativo legal;
- vi) Expropiación por motivos de utilidad pública.

Para el caso concreto que nos ocupa, se debe entonces aplicar el régimen de responsabilidad objetiva por daño especial; situación derivada de:

12.3. La naturaleza, rango y especial protección que recae sobre los derechos de los niños y niñas del país y;

12.4. La finalidad y objetivos propios del servicio público esencial de bienestar familiar.

Lo anterior sobre la base de que en el presente asunto se debate la responsabilidad objetiva del ICBF, como consecuencia de las secuelas de accidente sufrido por la niña NICOLLE DAYANA ORDOÑEZ BASANTE, dentro de las instalaciones de un Hogar Infantil "del ICBF".

12.5. Requisitos para determinar la responsabilidad objetiva por daño especial

12.5.1. Prueba de la existencia del daño.

12.5.2. Prueba de que el daño es imputable a la conducta en la cual incurre un agente del Estado.

12.5.3. No es necesario probar el dolo o la culpa del agente del Estado.

12.6. Prueba de la existencia del Daño

En cuanto a lo primero, es decir el Daño Antijurídico, tenemos que decir que según la comunicación de marzo 10 de 2015 suscrita por la Directora de la Institución HOGAR INFANTIL AMIGUITOS NIT 890.331.206-1, MÓNICA M. TAMAYO M., la menor NICOLLE DAYANA ORDÓÑEZ BASANTE ingresó a dicha institución desde agosto 3 de 2010, gozando de buena salud física y mental⁵¹.

Así mismo, de conformidad con la prueba documental, testimonial y dictámenes médicos atrás enunciados⁵², no hay duda acerca de que la menor NICOLLE DAYANA ORDOÑEZ BASANTE, para enero 26 de 2011, sufrió un accidente dentro de las instalaciones del HOGAR INFANTIL AMIGUITOS, causado porque un compañero igualmente menor de edad, cerró una reja ubicada en proximidades a la puerta de acceso al salón de clase y que dicho accidente le produjo secuelas en su organismo, descritas en los dictámenes médicos rendidos por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y la Junta Regional de Calificación de Invalidez, así como en su correspondiente historia clínica, sobrevinientes a intervención quirúrgica que debió practicársele.

Se destaca en principio, que el procedimiento quirúrgico citado obedeció a la necesidad de corregir una situación de afectación de la salud padecida por la paciente NICOLLE ORDOÑEZ BASANTE, persona que para la fecha de ocurrencia del accidente contaba con tres (3) años de edad.

13.2. Prueba de la imputabilidad y antijuridicidad del daño

Retomando el tema de la antijuridicidad del daño, al respecto se acoge lo dicho por el Consejo de Estado, que por su parte ha definido⁵³:

“(...) El concepto de daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. (...) La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que, por lo tanto, en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial) (...)”

⁵¹ Folio 23 Cuaderno No. 3

⁵² Historia Clínica e Informe de seguimiento al estado de salud de NICOLLE ORDOÑEZ BASANTE de enero 15 de 2013, elaborado por JUANA MARÍA SOTO Coordinadora Centro Zonal Ladera del ICBF visibles a folios 9 al 39 y 246 al 251 Cuaderno No. 1; CD visible a folio 288 Cuaderno No. 1, 5 al 7 y 8 al 13 Cuaderno No. 3

⁵³ Sentencia de mayo 26 de 2011. Radicación: 19001-23-31-000-1998-03400-01(20097). Consejero Ponente HERNÁN ANDRADE RINCÓN. Sección III Subsección A. Actor FLORENTINO MUÑOZ PIAMBA Y OTROS.

En el caso que nos ocupa, la demandante afectada con el accidente nació el 28 de octubre de 2007⁵⁴, de manera tal que para enero 26 de 2011, contaba con 3 años y cerca de 3 meses de edad. Como se encontraba bajo el cuidado del HOGAR INFANTIL AMIGUITOS⁵⁵, es evidente que en principio la responsabilidad por éste tipo de situaciones recae en la persona que adelante el respectivo cuidado.

No es preciso entrar a analizar si existió dolo o culpa con ocasión de tal situación, en cuanto la menor no estaba obligada a soportar el riesgo al cual se la expuso, en cuanto justamente era responsabilidad del Jardín Infantil AMIGUITOS su cuidado.

En el sentido expresado, no importa que la conducta generadora del daño provenga de una conducta asumida por otro niño, que igualmente según lo reconoce la testigo presencial del hecho, por cuanto igualmente se encontraba bajo cuidado del aludido hogar infantil.

Tampoco tiene espacio la posibilidad de exonerar por la denominada culpa de la víctima, en cuanto justamente el responsable del cuidado, estaba en la obligación de garantizar la seguridad de los niños a lo largo de su recorrido en sitios ajenos y colindantes con su salón de clase o en términos generales el espacio ocupado por el Hogar Infantil.

Tampoco es dable afirmar que la existencia de diligencia y cuidado exonere de responsabilidad, toda vez que se insiste existía a cargo del Hogar Infantil, el deber de salvaguardar la seguridad de los menores.

En síntesis, el Hogar Infantil debe responder por el daño causado a un niño bajo su cuidado, sin que importen los temas de dolo o culpa de la conducta de la persona que lo produjo, ni el hecho de un tercero o la culpa de la víctima, por cuanto forman parte del conjunto de obligaciones de cuidado.

No obstante lo dicho, se debe resaltar que según los hechos segundo y octavo de la demanda⁵⁶, se afirma que el HOGAR AMIGUITOS es “del ICBF”, y sin embargo al proceso no se allegó ninguna evidencia de dicha relación que permita inferir la responsabilidad de la entidad en el tema.

Esto es, no aparece ninguna prueba que acredite que el lugar donde ocurrió el accidente es de propiedad de alguna de las instituciones que administre

⁵⁴ Ver registro civil de nacimiento a folio 8 Cuaderno No. 1

⁵⁵ Folio 23 Cuaderno No. 3

⁵⁶ Folios 62 y 63 Cuaderno No. 1

directamente el ICBF y por tanto el Despacho considera inicialmente que no hay prueba de la imputabilidad del daño respecto de dicha entidad y lo que es más, el formato utilizado en la comunicación dentro de la cual se informa acerca del estado de salud al momento de ingreso de la demandante NICOLLE DAYANA ORDÓÑEZ BASANTE, remitido por la Dirección del Hogar Infantil AMIGUITOS, no tiene la sigla del ICBF ni ningún otro elemento que permita deducir la pertenencia del Hogar Infantil al ICBF.

Todo lo anterior, al margen de que la entidad demandada haya realizado un seguimiento frente a la situación de la menor, ya que tal actuación la puede realizar con base en las atribuciones que le asisten y no necesariamente porque sea un establecimiento que le pertenezca al ICBF.

De conformidad con el dicho de la testigo citada por el ICBF, señora LILIANA SARRIA PARRA⁵⁷, quien para la época de los hechos ejercía el cargo de Coordinadora Centro Zonal LADERA ICBF, ente encargado de supervisar HOGAR INFANTIL Y CDI AMIGUITOS, se afirma la probable existencia de una relación contractual. Lo anterior sobre la base de que la testigo afirma que fue supervisora de un contrato de aportes celebrado con otra organización privada considerada operadora y que a su vez es la propietaria del Hogar Infantil y además por cuanto el ICBF terceriza el servicio público de bienestar familiar, mediante dicha modalidad de contratos, sujeto a los lineamientos y estándares pre fijados por el nivel nacional.

Si bien existe claridad desde el punto de vista jurisprudencial acerca del tema de responsabilidad del Estado, por el hecho de los contratistas y en concreto frente a los hogares comunitarios que celebran contratos de aportes con el ICBF⁵⁸, en cuanto es tanto como si la misma Administración ejecutara los contratos directamente en pro del bienestar familiar, razón por la cual eventualmente no serían oponibles además las cláusulas de indemnidad que eventualmente se pacte frente a terceros; el Despacho considera que le asiste al demandante la carga de probar el vínculo contractual existente con el Hogar Infantil, con el fin de establecer precisamente desde el punto de vista probatorio y para el presente asunto, el pacto de cuidado que permita soportar la declaración de la obligación de indemnizar el daño, al tenor del artículo 2347 del Código Civil, en armonía con el artículo 39 de la Ley 80 de 1993, que textualmente señala:

⁵⁷ Folio 288 Cuaderno No. 1

⁵⁸ Ver nuevamente sentencia de julio 5 de 2012, con ponencia de la doctora OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

“De la Forma del Contrato Estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles, y en general aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.”

De otra parte se debe reiterar que aunque la parte demandada solicitó llamar en garantía a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA S. A., ello no pudo efectuarse por cuanto el contrato allegado en copias a la actuación no guardaba correspondencia con la fecha en la cual ocurrió el accidente de la niña NICOLLE DAYANA ORDOÑEZ BASANTE y respecto de la misma información el Despacho no cuenta con prueba que acredite la obligación de cuidado pactada entre el ICBF y la entidad particular obligada al cuidado de la menor citada, al margen de que algunos testigos se hayan referido a un contrato de aportes y a la contratación del CLUB 20 30 titular del Hogar Infantil AMIGUITOS.

Adicionalmente, al margen de que la demandada acepte la existencia de la relación contractual para la época en la cual ocurrieron los hechos, el Despacho no cuenta con un elemento probatorio suficiente que ratifique tal afirmación, de manera tal que no es posible considerar probada dicha situación.

Así las cosas, ante el vacío de carácter probatorio, el Despacho no puede entrar a reconocer determinada indemnización a cargo del Estado en la producción del daño antijurídico; de manera tal que es menester proceder a NEGAR las pretensiones del libelo.

13. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Según lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, la sentencia siempre ***dispondrá*** sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso.

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 *ibidem*⁵⁹, entre otras cosas, establece que:

“(...) se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)”.

⁵⁹ Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

Así las cosas, el referido artículo 188 de la citada ley, ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación⁶⁰:

*“(...) Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la **errónea** interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma **objetiva**, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, **lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales (...).**” (Se resalta).*

Es claro entonces, según lo expuesto, que el criterio para condenar en costas en esta jurisdicción no atiende un carácter objetivo, lo que quiere decir que no siempre ineludiblemente la parte vencida en la litis deberá ser condenada en costas, contrario a ello, corresponde al juez determinar la procedencia de tal condena; razón por la cual, el Despacho varía la posición objetiva que sobre este tema ha venido aplicando, para así acoger la postura del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción en el entendido de implementar un criterio subjetivo respecto al estudio de condena en costas.

En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

“(...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (...).”

Así las cosas, atendiendo lo argumentado líneas arriba, concluye este juzgador que en el presente asunto no se probó la causación de costas que deban ser reconocidas en favor de la parte victoriosa de la litis, razón por la cual, el Despacho se abstendrá de emitir una condena en tal sentido.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. **Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.**

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de fondo propuestas por la parte demandada y la entidad llamada en garantía.

SEGUNDO.- NEGAR las pretensiones del libelo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO.- Sin costas a cargo de la parte vencida en el proceso, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

CUARTO.- ACEPTAR la renuncia del poder presentado por el doctor LEONARDO DELGADO PIEDRAHITA, en su condición de apoderado de la parte demandada INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF e INFORMAR de la situación a la entidad, con el fin de que designe un nuevo apoderado.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Original Firmado
CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez