

109



República de Colombia
Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
 Cecilia De la Fuente de Lleras
REGIONAL Nariño
 Grupo Jurídico
 07 SEP 2016 Hora: 2:25pm



52-20000

San Juan de Pasto

Doctora:

ADRIANA CERVANTES ALOMIA.
 JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE PASTO.
 E. S. D.

Quedemos
 Fotos: 144
 Recibido por: *Elizabeth Sant*
 SECRETARIA

República de Colombia
 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
 Cecilia De la Fuente de Lleras
 Regional Nariño
 Sede Regional
 BIENESTAR FAMILIAR
 RADICADO No. 5-448425
 FECHA: 07 SET. 2016

REF.: REPARACIÓN DIRECTA
 DEMANDANTE: WALTER DARIO MUÑOZ Y OTROS
 DEMANDADO: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF
 RADICACIÓN: 52001333100220150057600
 ACTUACIÓN: CONTESTACION DEMANDA

NATHALIA CAROLINA SARMIENTO BURBANO mayor de edad, vecina de esta ciudad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.085.278.363 expedida en Pasto, y portadora de la Tarjeta Profesional No. 235.785 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderada del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- REGIONAL NARIÑO** - Establecimiento Público del orden nacional creado mediante Ley 75 de 1968, con domicilio principal en Bogotá y Sede Regional en Pasto, ubicada en la Carrera 3ª con Calle 23 esquina, Barrio Mercedario de la nomenclatura urbana de dicha ciudad; de conformidad con el poder que se aporta al presente escrito, y del cual solicito respetuosamente reconocimiento de personería jurídica para actuar en el proceso; dentro del término señalado por su despacho de conformidad con lo dispuesto por el artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, contesto la demanda, en los siguientes términos:

1.- CON RELACIÓN A LAS PRETENSIONES.

En nombre del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF Regional Nariño**, manifiesto que me opongo a cada una de las pretensiones de declaración y condena contenidas en la demanda por carecer de fundamentos fácticos y de derecho, en consecuencia, solicito que en la sentencia se exonere de responsabilidad a la entidad que represento y se declaren probadas las excepciones propuestas.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, me permito realizar pronunciamiento sobre los hechos de la demanda; de conformidad con los siguientes argumentos:

2.- CON RELACIÓN A LOS HECHOS.

FRENTE AL HECHO "1": SE ADMITE, que el día 24 de septiembre de 2013, en horas de la mañana los señores **WALTER MUÑOZ** y **LUCIA ARAUJO**, llevaron a la niña **KAREN MUÑOZ** al

Calle 23 Cra 3ª B/ Mercedario - 7307580
 Línea gratuita nacional ICBF 01 8000 91
 8080
 www.icbf.gov.co

Estamos cambiando el mundo



Hogar Comunitario "Los Amiguitos", ubicado en el barrio Eduardo Santos del municipio de la Unión - Nariño.

FRENTE AL HECHO "2": NO LE CONSTA, es una apreciación subjetiva del demandante. Al ICBF no le consta el estado de salud que presentaba la niña KAREN MUÑOZ el día 24 de septiembre de 2013, al momento de ingresar al Hogar Comunitario; ello deberá probarse en el proceso, por cuanto se trata de acontecimientos ajenos al ICBF Regional Nariño.

FRENTE AL HECHO "3": NO LE CONSTA al Instituto las condiciones bajo las cuales la niña KAREN MUÑOZ sufrió la lesión en su brazo derecho, ello deberá probarse en el proceso, por cuanto se trata de acontecimientos ajenos al ICBF Regional Nariño, no obstante en indagación que hiciera la supervisora del contrato a la ex madre comunitaria, ésta última manifestó que la niña presentó un resbalón, que en ningún momento la niña fue dejada sola, ni la caída se presentó en un columpio.

FRENTE AL HECHO "4": ES PARCIALMENTE CIERTO, toda vez que según la información que consta en el Centro Zonal la Unión, entre ellos copia de algunos documentos emitidos por el Hospital Eduardo Santos de la Unión Nariño, tras el llamado que hiciera la ex madre comunitaria, los padres de la niña KAREN MUÑOZ ARAUJO la recogen en el Hogar Comunitario, a fin de conducirla al Hospital Eduardo Santos E.S.E del municipio de la Unión - Nariño, donde es atendida por urgencias, y se le diagnosticó "fractura de la epífisis inferior del humero", cabe resaltar que la calificación de "una grave fractura" no consta en las copias de los documentos médicos, sino es una mera consideración de la parte demandante; además, debe tenerse en cuenta que en dicho documento se lee "Paciente de 1 año diez meses quien el día de hoy sufrió caída desde su propia altura mientras se encontraba en el jardín (...)". Por otra parte no le consta al Instituto que la niña hubiese sido trasladada al Hospital Infantil Los Ángeles de la ciudad de Pasto, ello deberá probarse en el proceso.

FRENTE AL HECHO "5": NO LE CONSTA al Instituto, la llegada de la niña al Hospital Infantil Los Ángeles, ni los diagnósticos o procedimientos que allí se realizaron, toda vez que los documentos clínicos de los cuales se allegó copia al Centro Zonal La Unión corresponden únicamente al Hospital Eduardo Santos E.S.E, razón por la cual lo manifestado por la parte demandante deberá probarse en el proceso, por cuanto se trata de acontecimientos ajenos al ICBF Regional Nariño.

FRENTE AL HECHO "6": NO LE CONSTA al Instituto la llegada de la niña al Hospital Infantil Los Ángeles, ni los diagnósticos o procedimientos que allí se realizaron, toda vez que los documentos clínicos de los cuales se allegó copia al Centro Zonal La Unión corresponden únicamente al Hospital Eduardo Santos E.S.E, razón por la cual, lo manifestado por la parte demandante deberá probarse en el proceso, por cuanto se trata de acontecimientos ajenos al ICBF Regional Nariño.

FRENTE AL HECHO "7": NO LE CONSTA al Instituto la llegada de la niña al Hospital Infantil Los Ángeles, ni los diagnósticos o procedimientos que allí se realizaron, toda vez que los documentos clínicos de los cuales se allegó copia al Centro Zonal La Unión corresponden únicamente al Hospital Eduardo Santos E.S.E, razón por la cual, lo manifestado por la parte demandante deberá probarse en el proceso, por cuanto se trata de acontecimientos ajenos al ICBF Regional Nariño.



República de Colombia
Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
Cecilia De la Fuente de Lleras
Regional Nariño
Grupo Jurídico



FRENTE AL HECHO "8": ES PARCIALMENTE CIERTO, toda vez que según la información que consta en el Centro Zonal La Unión, entre ellos copia de algunos documentos emitidos por el Hospital Eduardo Santos de la Unión Nariño, se observa que la niña KAREN MUÑOZ ingresó por urgencias al Hospital Eduardo Santos E.S.E del municipio de la Unión – Nariño, no obstante no se evidencia que el diagnóstico realizado corresponda a una "infección por bacteria cocos gram positiva", pues el documento "Urgencias" del 09 de octubre de 2013 describe lo siguiente: "*Diagnostico Principal: T814 Infección consecutiva a procedimiento – no clasificada en otra parte*" "*Diagnostico 1: S424 Fractura de epifisis inferior del humero*". Aunado a ello, es de mencionar que la diagnosticada infección fue adquirida por la niña con posterioridad a la cirugía realizada, por lo tanto, esta surgió como consecuencia de un proceso quirúrgico realizado en el brazo de la niña, y no a partir de un supuesto hecho u omisión de ICBF.

FRENTE AL HECHO "9": NO LE CONSTA, al Instituto la presunta hospitalización de la niña en el Hospital Infantil Los Angeles, ni los diagnósticos o procedimientos que allí se realizaron, toda vez que los documentos clínicos de los cuales se allegó copia al Centro Zonal La Unión corresponden únicamente al Hospital Eduardo Santos E.S.E. Cabe resaltar, que entre los documentos clínicos se encuentra Epicrisis de fecha 28 de octubre de 2013, no obstante ésta no hace relación directa a la presunta intervención del H.I.L.A., razón por la cual, lo manifestado por la parte demandante deberá probarse en el proceso, por cuanto se trata de acontecimientos ajenos al ICBF Regional Nariño.

FRENTE AL HECHO "10": SE ADMITE, que el día 24 de octubre de 2013 la madre de la niña KAREN MUÑOZ la condujo al Hospital Eduardo Santos E.S.E del municipio de la Unión – Nariño, donde fue atendida por urgencias, de acuerdo a los documentos clínicos de los cuales se allegó copia al Centro Zonal La Unión.

FRENTE AL HECHO "11": SE ADMITE, pues de los documentos clínicos de los cuales se allegó copia al Centro Zonal La Unión, se observa que a la niña KAREN MUÑOZ se le diagnosticó "*Diagnostico Principal: L031 Celulitis de otras partes de los miembros*" y ordena hospitalizar.

FRENTE AL HECHO "12": ES PARCIALMENTE CIERTO, que la niña KAREN MUÑOZ fue dada de alta a los 7 días siguientes de llevarse a cabo el tratamiento antibiótico, a fin de que en su hogar continuara su recuperación, ello de acuerdo a los documentos clínicos cuya copia fue remitida al Centro Zonal La Unión. Dentro del mismo material se evidencia que la niña acudió a terapias físicas que beneficiaron su recuperación. No obstante no le consta al Instituto que dichas terapias fueren tortuosas para la niña o los demandantes.

FRENTE AL HECHO "13": NO LE CONSTA al Instituto la fecha en la cual la niña KAREN MUÑOZ se recuperó de su lesión, así como tampoco la fecha en la que finalizó el tratamiento realizado a la misma, ello deberá probarse en el proceso, por cuanto se trata de acontecimientos ajenos al ICBF Regional Nariño.

FRENTE AL HECHO "14": NO LE CONSTA al Instituto, si la niña actualmente no cuenta con completa movilidad de su brazo derecho, ello deberá probarse en el proceso, por cuanto se trata de acontecimientos ajenos al ICBF Regional Nariño.



FRENTE AL HECHO "15": NO LE CONSTA al Instituto la preocupación y el dolor padecido por la niña KAREN MUÑOZ y sus padres, así como tampoco los gastos que la situación desencadenó; tampoco los presuntos recursos económicos que la madre de la niña dejó de percibir en virtud de la misma y la presunta afectación económica de la familia, ello deberá probarse en el proceso, por cuanto se trata de acontecimientos ajenos al ICBF Regional Nariño.

FRENTE AL HECHO "16": NO LE CONSTA al Instituto, las labores en las cuales se desempeñan los demandantes, así como tampoco los salarios que devengan en virtud del ejercicio de las mismas, ello deberá probarse en el proceso, por cuanto se trata de acontecimientos ajenos al ICBF Regional Nariño.

FRENTE AL HECHO "17": NO ES CIERTO, la parte introductora del hecho "17" no constituye un hecho sino una consideración subjetiva del apoderado de los demandantes, en tanto hace referencia a preceptos constitucionales y legales. No es cierto que las lesiones sufridas por la niña, y que presuntamente se concretan en una infección, sean consecuencia de una falla en el servicio por parte de la entidad, pues como lo indican los diagnósticos médicos allegados al Centro Zonal la Unión, dicha infección fue posterior a un procedimiento quirúrgico que se practicó a la niña para sanar la fractura, cabe resaltar que dicha fractura no fue producto de un supuesto descuido en el cuidado de la niña al dejarla sola en un columpio como erróneamente manifestó la parte demandante, sino, una caída desde su propia altura, esto es, un resbalón de la niña.

FRENTE AL HECHO "18": SE ADMITE, toda vez que el día 09 de febrero de 2015 el apoderado de los señores WALTER MUÑOZ y LUCIA ARAUJO, radicó derecho de petición en la oficina de archivo y correspondencia del ICBF Centro Zonal la Unión - Nariño, al cual se le dio el correspondiente trámite bajo el radicado número E-3112.

FRENTE AL HECHO "19": ES PARCIALMENTE CIERTO, toda vez que si bien mediante oficio con radicado S-3822 del 25 de marzo de 2015, se brindó respuesta al derecho de petición, el mismo refiere a la naturaleza jurídica de la relación entre las madres comunitarias y las entidades o personas que participan en el programa Hogares Comunitarios de Bienestar, mencionando la inexistencia de una relación laboral entre el ICBF y las Entidades Administradoras del Servicio, anteriormente denominadas Operadores; así como entre el ICBF y las madres comunitarias.

FRENTE AL HECHO "20": SE ADMITE, que la ex madre comunitaria, señora MILENA MUÑOZ renunció de manera verbal en reunión que se realizó con la Supervisora Contractual del contrato de aporte No. 151 de 2013 y personal de la EAS COMFAMILIAR DE NARIÑO, motivo por el cual se da lugar a la reubicación de la unidad aplicativa "Los Amiguitos" a fin de no obstruir la prestación del servicio del Hogar Comunitario.

FRENTE AL HECHO "21": SE ADMITE, a fin de agotar el requisito de procedibilidad que consagra el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, el apoderado de los demandantes el día 24 de septiembre de 2015 radicó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría Judicial para Asuntos Administrativos de Pasto, la cual se llevó a cabo el día 02 de diciembre de 2015 siendo declarada fallida por inexistencia de ánimo conciliatorio.



República de Colombia
Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
Cecilia De la Fuente de Lleras
Regional Nariño
Grupo Jurídico



3. HECHOS, FUNDAMENTOS DE DERECHO Y RAZONES DE LA DEFENSA.

Dentro de éste acápite es necesario precisar acerca del marco jurídico del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, así como del sustento legal del Contrato de Aporte en lo relativo a la independencia en la ejecución del objeto contractual por parte de las Entidades Administradoras del Servicio en tanto hacen parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar y la responsabilidad del Estado a través del medio de control de Reparación Directa, y más precisamente respecto de los requisitos para la estructuración de la falla en el servicio, pues se demostrará en el proceso que éstos no se cumplen, liberando de responsabilidad a la entidad que represento. También se precisará mediante el análisis del caso concreto, con base en el sustento fáctico de la demanda de reparación directa, la configuración de la causal de eximente de responsabilidad hecho de un tercero.

3.1 SUSTENTO LEGAL DEL CONTRATO DE APORTE - MARCO JURÍDICO DEL PROGRAMA DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR.

Sea lo primero advertir que, para el caso concreto la madre comunitaria cabeza del Hogar Comunitario donde infortunadamente ocurrieron los hechos, se encontraba vinculada a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE NARIÑO, COMFAMILIAR DE NARIÑO, identificada con NIT No. 899.999.239-2. Ésta entidad por su parte suscribió el contrato de aporte No. 151 de 2013, del cual se aportó prueba idónea, entidad que hace parte del Sistema Nacional de Bienestar familiar, razón por la cual, surgen obligaciones para ella respecto de los niños y niñas usuarios del servicio que ejecutan.

El ICBF para el desarrollo de los programas misionales provee recursos a los operadores o entidades administradoras del servicio, tales como la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE NARIÑO, mediante la figura del contrato de aporte, ello conforme al artículo 21 de la Ley 7 de 1979 *"por la cual se dictan normas para la protección de la Niñez, se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones"*, el cual consagra como una de las funciones del ICBF, la de *"Celebrar contratos con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales para el manejo de sus campañas, de los establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objetivo"*. Desarrollando este propósito el Instituto suscribe y ejecuta contratos siguiendo un régimen especial exceptivo denominado *"Contratos de aporte"*

El contrato de aporte es una modalidad sui generis de contrato, no se trata de una subcontratación de servicios o funciones del ICBF, sino de la entrega de aportes a las familias colombianas a través de organizaciones sin ánimo de lucro o asociaciones de padres de familia, labor que se desarrolla de conformidad a lo establecido por la normatividad jurídica vigente al momento de los hechos, Ley 7 de 1979 y su Decreto Reglamentario 2388 de la misma anualidad. Como lo ha mencionado la Jurisprudencia, el contrato de aporte no solo difiere sustancialmente de cualquier otro negocio jurídico en su objeto, sino de igual manera en su causa, toda vez que la actividad que se asume por el contratista es de carácter esencial y de específica relevancia para la sociedad (ésta representada a través de las entidades sin ánimo de lucro que suscriben contratos con el ICBF) y el Estado, y no simplemente una función administrativa o propia de la entidad pública. Aunado a ello, el Decreto 1340 de 1995 que reglamenta el funcionamiento de los Hogares Comunitarios de Bienestar estableció en su artículo tercero que el funcionamiento y desarrollo del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, será ejecutado directamente por la comunidad

Calle 23 Cra 3ª B/ Mercedario - 7307580

Línea gratuita nacional ICBF 01 8000 91

8080

www.icbf.gov.co

Estamos cambiando el mundo



**BIENESTAR
FAMILIAR**

República de Colombia
Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
Cecilia De la Fuente de Lleras
Regional Nariño
Grupo Jurídico



GOBIERNO DE COLOMBIA

a través de Asociaciones de Padres de Familia o de otras organizaciones comunitarias; y en su artículo cuarto menciona que la vinculación de las madres comunitarias, así como la de las demás personas y organismos de la comunidad, que participen en el programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, mediante su trabajo solidario constituye contribución voluntaria por cuanto la obligación de asistir y proteger a los niños, corresponde a los miembros de la sociedad y la familia.

Los Hogares comunitarios de Bienestar fueron creados por el Gobierno Nacional, la Ley 89 de 1988, los define de la siguiente manera: *"Se entiende por Hogares Comunitarios de Bienestar, aquellos que se constituyen a través de becas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF- a las familias con miras a que en acción mancomunada con sus vecinos y utilizando un alto contenido de recursos locales, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de los estratos sociales pobres del país."*

Es así que el Hogar Comunitario no desarrolla la prestación del servicio público de Bienestar Familiar, en representación de este Instituto, sino como una obligación también propia de la familia y la sociedad, el Hogar Comunitario no ostenta una vigilancia exclusiva del ICBF, sino también por la comunidad e incluso por particulares; ahora bien, el ICBF ejerce la supervisión de la calidad del servicio que se brinda en los Hogares Comunitarios, en debida forma y de manera lícita, pero no por esta razón se endilga responsabilidad a la entidad pública cuando las circunstancias que generan el daño contienen en sí una circunstancia ajena incluso a la conducta de uno de los llamados por la ley a cumplir el objetivo del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, como lo es la madre comunitaria, integrante de la comunidad que rodea a la menor de edad, puesto que, como lo establece el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, la Familia, la Sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral en observancia del principio de corresponsabilidad.

Es así que el ICBF no subcontrata el cumplimiento de un objetivo que sea exclusivo a la entidad, sino, realiza un contrato de aportes de conformidad con la ley, mediante el cual los integrantes del Sistema Nacional de Bienestar Familiar que son también personas naturales y privadas, participan bajo dicho principio de corresponsabilidad, a cada uno le asiste el deber de proteger y garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, pues de conformidad con el parágrafo segundo del artículo primero de la Ley 89 de 1988 y el artículo cuarto del Decreto 1340 de 1995, el desarrollo del programa Hogares Comunitarios de Bienestar se basa en la participación activa de la comunidad, su trabajo solidario y la responsabilidad de las familias en el cuidado de sus hijos; el programa Hogares Comunitarios de Bienestar está dirigido a fortalecer la responsabilidad de los padres en la formación y cuidado de sus hijos, en este sentido, no están apartados de dicho proceso de formación, que está dirigido a fortalecer también la participación comunitaria en la autogestión y solución de sus problemas. De conformidad con lo anterior, la entidad pública ICBF no es la única llamada a cumplir los objetivos del Sistema Colombiano de Bienestar Familiar, y más aún, en el caso concreto que no ha generado daño alguno, ni con hechos ni con omisiones, como tampoco se ha dado lugar a la imposición de cargas excesivas a los menores de edad o sus familias.

Respecto a las entidades sin ánimo de lucro vinculadas al Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se tiene que éstas adquieren la condición de contratistas de ICBF dada la responsabilidad constitucional que asumen en el cuidado de los menores de edad, y así lograr una efectiva participación comunitaria dando aplicación al principio de corresponsabilidad. Así las

Calle 23 Cra 3ª B/ Mercedario - 7307580
Línea gratuita nacional ICBF 01 8000 91
8080
www.icbf.gov.co

Estamos cambiando el mundo



República de Colombia
Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
Cecilia De la Fuente de Lleras
Regional Nariño
Grupo Jurídico



cosas, las cooperativas y asociaciones como la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE NARIÑO celebran un contrato de aporte con el ICBF siempre y cuando pertenezcan a la economía solidaria, y dentro de su objeto social se contemple la autogestión y mejoramiento de la calidad de vida de los niños, niñas y las familias usuarias del servicio.

Finalmente, teniendo en cuenta lo anterior se da aplicación al principio de corresponsabilidad para la atención de niños y niñas en Hogares Comunitarios, una competencia del Sistema Nacional de Bienestar Familiar en su conjunto, y no exclusiva de una entidad pública, así en desarrollo del dicho principio se reitera que el ICBF realiza el aporte de unos dineros con el objeto de que los niños y niñas sean atendidos en la modalidad, pero en ningún momento adquiere responsabilidad de manera individual por los hechos que se puedan desencadenar dentro de los hogares comunitarios. Por otra parte, resaltando como anteriormente se mencionó las organizaciones tales como la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE NARIÑO forman parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, con las cuales ICBF contrata tienen a cargo el funcionamiento y desarrollo de los hogares comunitarios. Esto en virtud de los artículos 2 y 6 del Acuerdo 21 de 1996, los cuales consagraban lo siguiente:

"ARTÍCULO SEGUNDO. EL FUNCIONAMIENTO. El funcionamiento y desarrollo del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar será ejecutado por las familias de los niños beneficiarios del Programa, que se constituirán en Asociaciones de Padres u otra forma de organización Comunitaria y quienes una vez tramitada su personería jurídica ante el ICBF, celebrarán contratos de aporte para administrar los recursos asignados por el Gobierno Nacional y los aportes provenientes de la comunidad. Los Hogares Comunitarios de Bienestar deberán funcionar prioritariamente en los sectores más deprimidos económica y socialmente y definidos dentro del SISBEN como estratos 1 y 2 en el área urbana y en sectores rurales concentrados.

ARTÍCULO SEXTO. DE LA EJECUCIÓN Y ADMINISTRACIÓN DEL PROGRAMA. El Programa Hogares Comunitarios de Bienestar será ejecutado y administrado directamente por la comunidad, a través de Asociaciones de Padres de Familia de los menores beneficiarios del Programa o de otras Organizaciones Comunitarias de conformidad con las normas y lineamientos dictados por el ICBF para tal fin.

Las Asociaciones de Padres de Familia se integran por los padres de familia o personas bajo cuya responsabilidad se encuentren los niños beneficiarios del Programa y por quienes solidariamente quieran participar como madres comunitarias.

Para efectos del presente acuerdo, se entiende por otras Organizaciones Comunitarias aquellas organizaciones sin ánimo de lucro, constituidas legalmente y conformadas por habitantes de un mismo vecindario, barrio, vereda, caserío o territorio, con el objeto de brindar atención a los niños de su comunidad mediante la autogestión, el trabajo solidario y apoyo a la solución de sus problemas para formar y conseguir una cultura ciudadana integral.



Las Asociaciones de Padres de Familia o las Organizaciones Comunitarias podrán admitir hasta 25 Hogares, dependiendo de las condiciones que prevalezcan en la comunidad.

Las Asociaciones de Padres de Familia o las organizaciones comunitarias, en su calidad de entes administradores del programa, serán los responsables del correcto funcionamiento de los Hogares Comunitarios de Bienestar apoyados en los Comités de Vigilancia y Control y de Veeduría Ciudadana”.

Con todo ello se tiene que en lo atinente a la ejecución y funcionamiento del programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, así como en todas las demás modalidades de atención del Servicio Público de Bienestar Familiar, de acuerdo con la Ley y las disposiciones reglamentarias que regulan la materia, la responsabilidad por las acciones u omisiones en las que incurran las entidades sin ánimo de lucro que brindan atención a los niños y niñas, las cuales puedan causar perjuicios a los mismos usuarios o a terceros, recaen de manera exclusiva en las Entidades Administradoras del Servicio, como la entidad CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE NARIÑO, la cual suscribe con el ICBF el respectivo contrato de aporte.

Así las cosas, es la entidad administradora del servicio CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE NARIÑO y la comunidad quien ejecuta un servicio que de por sí también es suyo, y es ésta quien debe asumir las consecuencias de dicha ejecución, por su parte, la entidad pública ha cumplido a cabalidad con las funciones que le corresponden y con ello no ha generado daños, es incuestionable que el Instituto venía cumpliendo a cabalidad el deber de supervisión de la atención brindada en el Hogar Comunitario, tal como se observara en líneas siguientes, además de ello, se tiene que con su actuar lícito, el ICBF no ha impuesto cargas exageradas a los administrados, de modo que no puede imputársele responsabilidad objetiva al Estado y por ende no surge obligación alguna de reparar perjuicios.

3.1.1 Independencia en la ejecución del objeto contractual por parte de la Entidad Administradora del Servicio, en tanto hace parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

Las funciones que cumple el ICBF dentro del contrato de aporte como coordinador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar es la de realizar un aporte de un recurso, vigila y controla el cumplimiento de los lineamientos técnicos del programa, por su parte el contratista no es asimilable a un simple particular quien ejecuta una actividad a nombre de una entidad pública, pues las entidades contratistas de ICBF tales como la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE NARIÑO, han hecho y hacen parte, como ya se mencionó, del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, razón por la cual, desarrollan una función que les asiste, tanto bajo el principio de corresponsabilidad establecido en el artículo 44 superior, en la Ley 1098 de 2006 y en la reglamentación del Sistema Nacional de Bienestar Familiar. De este modo, no puede hacerse analogía en este caso con aquellos contratos de obra pública ejecutados por particulares y donde el responsable frente a una indemnización es el dueño de la obra, pues aquí el contratista es un agente del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, con total independencia y responsabilidad en el cumplimiento del objeto contractual. En este sentido, las Entidades Administradoras del Servicio no ejercen funciones de dirección o administración en representación del ICBF, ni tampoco de intermediarios, puesto que la función de ejecución del programa es propia de estas.



República de Colombia
Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
Cecilia De la Fuente de Lleras
Regional Nariño
Grupo Jurídico



El objeto contractual de los contratos de aporte, consiste en la atención de un servicio que compete al Sistema Nacional de Bienestar Familiar, el cual se entiende como el conjunto de organismos, instituciones, agencias o entidades públicas o privadas que total o parcialmente, atienden a la prestación del servicio de Bienestar Familiar, designándose unas funciones a cada organismo, institución o entidad pública o privada; para el caso de las Entidades Administradoras del Servicio, corresponde ejecutar la obligación establecida en el contrato de aportes, bajo su exclusiva responsabilidad y con personal de su dependencia. El ICBF, por su parte coordina, supervisa, y dirige, mas no ejecuta, por ello legalmente es el ente rector y coordinador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

En este sentido, teniendo en cuenta que ICBF celebró el contrato de aporte No. 151 de 2013, con la entidad CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE NARIÑO, cuyo objeto contractual se plasmó en el siguiente sentido: *"Brindar atención a la primera infancia, niños y niñas menores de cinco (5) años, de familias en situación con vulnerabilidad a través de los Hogares comunitarios de Bienestar en las siguientes formas de atención: Familiares, múltiples, grupales, jardín social, empresariales y en la modalidad FAMI, de conformidad con los lineamientos, estándares y directrices que el ICBF expida para las mismas."* De acuerdo a esto se tiene que dicho contrato sería ejecutado por la Entidad Administradora del Servicio, es decir, por la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE NARIÑO, de manera absoluta e independiente.

Es necesario traer a colación un punto muy importante que destaca la independencia y autonomía de la Entidad Administradora del Servicio para ejecutar el contrato con relación a ICBF, en lo concerniente a daños y perjuicios reclamados por terceros, la cual en el contrato ya citado reza:

"VIGESIMA SEGUNDA: INDEMNIDAD DEL ICBF. -EL OPERADOR se obliga a mantener libre de cualquier daño o perjuicio originado en reclamaciones de terceros que se deriven de sus actuaciones o de sus subcontratistas o dependientes y realizadas durante la ejecución del contrato, en cumplimiento del artículo 5.1.6 del Decreto 734 de 2012".

"VIGESIMA TERCERA: AUTONOMIA CONTRACTUAL Y AUSENCIA DE RELACION LABORAL.- El presente contrato será ejecutado por el OPERADOR con absoluta autonomía e independencia y, en desarrollo del mismo (...)"

De lo anterior se concluye que por la naturaleza del contrato de aporte las funciones asignadas a los diferentes actores del Sistema Nacional de Bienestar Familiar y las cláusulas y compromisos suscritos entre el Operador y el ICBF se excluye para esta entidad responsabilidad extracontractual o reparación directa.

3.1.2 Supervisión en el Contrato de Aporte.

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados, y para la cual el Instituto podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos; mientras que la interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice

Calle 23 Cra 3ª B/ Mercedario - 7307580
Línea gratuita nacional ICBF 01 8000 91
8080
www.icbf.gov.co

Estamos cambiando el mundo



**BIENESTAR
FAMILIAR**

República de Colombia
Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
Cecilia De la Fuente de Lleras
Regional Nariño
Grupo Jurídico



una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen.

Los supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y son responsables por mantener informado al ICBF de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.

Así, una vez establecido que el contrato de aporte será ejecutado por el operador, es decir, por la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE NARIÑO, de manera absoluta e independiente, ahora bien, para efectos de verificar que la atención brindada a los niños y niñas beneficiarios del programa de Hogares Comunitarios de Bienestar sea una atención de calidad, es por ello que se ha delegado de acuerdo a lo explicado en párrafos anteriores la labor de supervisión contractual a fin de que se realice el correspondiente seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato a cargo de un funcionario de planta de ICBF, el cual bajo el cumplimiento de dichas funciones en el presente caso ejecutó esta labor de la siguiente manera:

- Informe verificación de estándares de calidad para Hogares Comunitarios de Bienestar de fecha 19 de julio de 2013.
- Lista de chequeo a Hogares Comunitarios tradicionales de fecha 19 de septiembre de 2013.
- Informes de ejecución contractual meses febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre, octubre, noviembre y diciembre del año 2013.

De acuerdo con la anterior relación de actos de supervisión contractual realizada por el ICBF, se denota que éste no ha incurrido en actuación omisiva, negligente y mucho menos ilícita que se relacione con la ocurrencia del accidente sufrido por la niña KAREN DANIELA MUÑOZ ARAUJO, pues las labores relacionadas se realizaron de manera continua e idónea, razón por la cual no puede endilgarse a la entidad que represento una presunta responsabilidad contractual administrativa.

Cabe resaltar que el acontecimiento generado por el accidente sufrido por la niña KAREN DANIELA MUÑOZ ARAUJO no genera por parte de ICBF ningún tipo de acciones u omisiones, toda vez que este es un acto que en ocasiones surge de manera imprevisible, repentina, no esperada, sin embargo, la entidad realizó las gestiones necesarias para identificar de manera oportuna situaciones que amenacen la vida e integridad física y psicológica de la niña, tanto con medidas de atención preventivas tendientes a minimizar situaciones de riesgo, como acciones positivas y oportunas concretadas en capacitaciones a las madres comunitarias en prevención de accidentes y riesgos domésticos, haciendo continuo seguimiento al cumplimiento de obligaciones por parte del Operador y al cumplimiento del estándar de calidad con la que este preste la atención a los niños y niñas.

Además de ello debe tenerse en cuenta que, como lo menciona el informe mundial sobre las prevenciones de lesiones en los niños, del 2012, realizado por la Organización Mundial de la Salud y la Unicef, los niños son particularmente vulnerables a las lesiones, "Los niños no son

Calle 23 Cra 3ª B/ Mercedario - 7307580
Línea gratuita nacional ICBF 01 8000 91
8080
www.icbf.gov.co

Estamos cambiando el mundo



República de Colombia
Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
Cecilia De la Fuente de Lleras
Regional Nariño
Grupo Jurídico



adultos pequeños. Sus capacidades y comportamiento son distintos a los de los adultos. Las capacidades físicas y mentales de los niños, su grado de dependencia, el tipo de actividades que realizan y sus comportamientos arriesgados cambian sustancialmente a medida que crecen. Pero cuando los niños se desarrollan, su curiosidad y su necesidad de experimentar no siempre van parejas con su capacidad de comprender o de responder al peligro, con el consiguiente riesgo de padecer lesiones". Por lo tanto, las lesiones de los niños están muy relacionadas con el tipo de actividades que realizan, lo que, a su vez, se relaciona con la edad y la etapa del desarrollo" no obstante el deber de vigilancia que debe promoverse y llevarse a cabo en pro de la reducción de las lesiones de los niños.

3.2. DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS POR FALLA EN EL SERVICIO Y LA INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL ICBF EN EL CASO CONCRETO.

El artículo 90 de la Constitución Política establece que el Estado "responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables". La jurisprudencia colombiana entiende el daño antijurídico como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho".

En la actual práctica jurisprudencial, existen regímenes diferenciales en cuanto a la configuración de la responsabilidad estatal, en algunos casos se exige la prueba de la culpa de la autoridad, en otros se presume, y en otros, la responsabilidad es objetiva; de manera que en el fondo, el daño antijurídico es aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del estado.

En el presente caso, teniendo en cuenta tanto la posición de la parte demandante, como los supuestos fácticos narrados en el escrito de la demanda, la Señora Juez deberá decidir el asunto con aplicación de la falla del servicio.

Es así que la carga de la prueba radica en cabeza de la parte demandante, pues es el actor quien debe demostrar el daño y la relación de causalidad entre éste y el actuar administrativo, señalando además el cumplimiento de cada uno de los elementos que constituyen la presunta responsabilidad del Estado. En el presente caso, no se encuentran acreditados los supuestos de la responsabilidad estatal, tales como la existencia de un hecho u omisión por parte de la administración, un daño antijurídico y un nexo de causalidad, como se analizará más adelante.

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

La falla del servicio en su expresión más simple es: La responsabilidad por el funcionamiento anormal del servicio o también la inactividad de la Administración frente a un mandato legal o técnico y aunque es uno de los fundamentos para la consolidación de la responsabilidad del Estado, esta no se apareció en nuestra jurisprudencia sino hasta 1964.¹

Las concepciones sobre esta teoría transportan implícitamente la noción de culpa como falla en el servicio, es decir, una entidad pública resultaría responsable ante su mal funcionamiento,

¹ SAAVEDRA Becerra, Ramiro, *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*. Bogotá DC., 2008, Op. cit. pág. 231.



cuando ésta actúa en incumplimiento de las leyes que gobiernan el debido servicio o se constituye una violación al derecho que tienen los usuarios del servicio al funcionamiento correcto que se le ha encomendado a una entidad en particular.

Los presupuestos a tener en cuenta para abordar el tema de responsabilidad extracontractual del Estado bajo el régimen subjetivo denominado Falla del Servicio, y expresados en la jurisprudencia del Consejo de Estado, son los siguientes:

1. Un mal funcionamiento del servicio que corresponde a la administración incluyendo dentro de este concepto el funcionamiento tardío, el deficiente y su no presentación.
2. Que se haya causado un perjuicio.
3. Que existe una relación de causalidad entre el perjuicio, y el malo, tardío, deficiente o ausente funcionamiento del servicio; esto es, los hechos u omisiones que deriven el daño deben ser la causa determinante del mismo.

Además, de acuerdo a la Jurisprudencia del Consejo de Estado, para la ocurrencia de falla de servicio, son presupuestos el reconocimiento de la existencia de mandatos de abstención o de acción a cargo del Estado, y para que el Estado asuma responsabilidad con fundamento en ello, se deben acreditar el incumplimiento de deberes a cargo del Estado, la omisión o la inactividad de la Administración Pública o el desconocimiento de la posición de garante, debe valorarse así que es a los demandantes a quienes les asiste el deber de probar los supuestos de hecho de las normas cuya aplicación solicitan, es decir, la carga de la prueba sobre el daño, la falla del servicio y el nexo de causalidad les asiste a los demandantes; para el caso concreto, los demandantes no lograrán demostrar el cumplimiento de tales requisitos, por las razones que se argumentan a continuación:

3.2.2. Incumplimiento de los requisitos legales y jurisprudenciales para la ocurrencia de falla del servicio en el caso concreto.

Como se comentó, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido tres elementos que deben confluir para la existencia de la responsabilidad por parte del Estado, a saber: " 1) Un daño antijurídico, es decir un daño que el afectado no está en el deber legal de soportar, por tanto no existe norma que así lo establezca; 2) Una falla del servicio, consistente en el mal funcionamiento de la Administración porque el servicio se prestó en forma tardía o deficiente, es decir que se trata de un defecto en la ejecución de las funciones a cargo de las autoridades estatales y que puede presentarse bien por acción o bien por omisión ; 3) Finalmente es necesario que el daño antijurídico se haya producido como consecuencia directa de esa falla del servicio, o sea que ésta ha debido ser la causa eficiente de aquel.

En algunas hipótesis y obedeciendo a los aspectos de hecho y de derecho de cada caso en concreto, el segundo elemento antes mencionado, puede variar, es decir, el Estado puede ser responsable no solo por falla en el servicio, sino también por daño especial, por riesgo creado o riesgo excepcional o por falla en la función pública.

a). Inexistencia del hecho y daño antijurídico.



República de Colombia
Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
Cecilia De la Fuente de Lleras
Regional Naríño
Grupo Jurídico



GOBIERNO DE COLOMBIA

Si bien el artículo 90 de la Constitución establece que el Estado "responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables", no existe en la legislación definición alguna del daño antijurídico. No obstante, la jurisprudencia nacional ha definido tal concepto como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está justificado por la Ley o el derecho", en otros términos, aquel que produce a pesar de que "el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación".

Se tiene en el presente caso que no se ha demostrado la existencia de vulneración de un interés legítimo por parte de la entidad, pues si bien los demandantes alegan el sufrimiento de un daño que se concreta en lesiones personales, éste no logra constituirse en un daño antijurídico, pues la antijuridicidad del daño no se configura con la sola certidumbre o materialidad de la lesión, sino, es necesario además encontrar que esa lesión contravenga el ordenamiento jurídico, por cuanto quien lo soporta no tiene el deber jurídico de hacerlo. El ICBF no ha incurrido con su actuar en una contravención al ordenamiento jurídico, puesto que la cadena de acciones que se desenlazaron con anterioridad y posterioridad a los hechos, se realizaron en total cumplimiento de la función de supervisión, y tomando las medidas necesarias para garantizar su protección contra abusos, agresiones o cualquier otro tipo de daño, no existió negligencia u omisión de deberes por parte de la entidad, las acciones de la misma no se apartaron de la legalidad, ni se impuso en ningún momento una carga que el demandante no tenga el deber de soportar; y consideradas las actuaciones del ICBF es posible observar que no ha incurrido en hechos u omisiones que le hayan producido un daño o afectación al demandante, pues todas se han ceñido a la Ley. Fue así que se respetó la función de supervisión, verificando continuamente la calidad del servicio brindando por la Caja de Compensación, calidad que en ningún momento se deterioró.

El Consejo de Estado en su Sección Tercera, ha establecido respecto al daño que sufre una persona en su vida e integridad personal, que éste ha de ser indemnizado por el Estado siempre y cuando se pruebe que dicho daño sea antijurídico e imputable al Estado.

Respecto a lo anterior, mencionó el Consejo de Estado que "(...) el daño antijurídico no puede ser entendido como un concepto puramente ontico, al imbricarse en su estructuración un elemento factico y uno jurídico se transforma para convertirse en una institución deontológica, dado que en términos normativos (artículo 16 de la Ley 446 de 1988) y, por lo tanto, solo respecto de la misma es posible predicar consecuencias en el ordenamiento jurídico. Es así como, solo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de la misma es posible predicar consecuencias en el ordenamiento jurídico. Es así como, solo 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 carga."

De conformidad con lo anterior, solo la lesión antijurídica es resarcible integralmente, así las cosas, de llegarse a demostrar el ingrediente material que consiste en el hecho o fenómeno físico de la lesión, no habrá lugar a demostrar en este asunto el ingrediente formal, que es aquel que provendría de la ilegalidad de la actuación del Estado, concluyéndose que la entidad pública no dio origen al daño.



República de Colombia
Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
Cecilia De la Fuente de Lleras
Regional Nariño
Grupo Jurídico



El estado de lesiones personales sufridas por la niña KAREN MUÑOZ, las cuales alegan los demandantes como el daño que pretenden les sea resarcido, no surgió de las acciones de atención infantil desplegadas por la entidad demandada, sino en una situación ocasional e imprevisible, frente a la cual, no obstante, se tomaron las medidas idóneas del caso. Fue así, que frente al reporte del caso brindado por los padres del niño y posteriormente por el Comité Técnico conformado por funcionarios del operador y de ICBF, se realizó el correspondiente seguimiento a fin de implementar las medidas de atención, y de contingencia asumidas frente a la situación, e informe respecto al estado social y de salud de la niña, gestionar la atención que este y sus padres requirieron.

En este punto, es de mencionar que en el escrito y las pruebas fundamento de la demanda de Reparación Directa interpuesta por los señores WALTER DARIO MUÑOZ y LUCIA MARCELA ARAUJO no se menciona haberse realizado una valoración médico legal por parte de personal especializado del Instituto Nacional de Medicina y Ciencias Forenses Dirección Seccional Nariño, así como tampoco se aporta el informe de dicho examen, éste se cataloga como el medio probatorio idóneo para determinar con precisión la concreción de un daño antijurídico sufrido por la niña que conllevaría a la determinación de un dictamen acabado de la situación fáctica ocurrida y donde además se determine la gravedad de la lesión sufrida.

b) Inexistencia del nexo de causalidad.

De igual forma, en la hipótesis de tenerse como probada una afectación en la integridad personal de la niña KAREN MUÑOZ, no existió falla del servicio como tampoco existió nexo de causalidad. Si bien los demandantes refieren que las afecciones al estado de salud de la niña surgen de una supuesta omisión de la entidad en el cumplimiento de la normatividad y acciones frente al accidente sufrido por la niña en el Hogar Comunitario de Bienestar "Los Amiguitos" dicha afirmación no es cierta como se probará en el proceso, puesto que como consta en el acervo probatorio aportado, los informes requeridos y las gestiones realizadas por las supervisión del contrato, se observará que la supervisión idónea se ejerció incluso con anterioridad a la situación presentada. En el presente caso, un presunto daño antijurídico no puede ser imputado a la entidad que represento bajo cualquiera de los títulos de responsabilidad, pues debe considerarse que el ICBF Regional Nariño atendió en oportunidad la función de supervisión del contrato de aporte.

En el presente caso, se observa de acuerdo a los diferentes informes realizados en virtud del contrato de aporte, el desarrollo de la función de supervisión contractual por parte del Centro Zonal la Unión, en momentos anteriores y posteriores a la ocurrencia de los hechos que se analizan, y que se concreta en la supervisión del contrato de aporte No. 151 de 2013 suscrito con la CAJA DE COMPENSACIÓN COMFAMILIAR DE NARIÑO, tales como oficio de entrega de instrumento de verificación de estándares, acta de visita y plan de mejora dirigido a la madre comunitaria a cargo del Hogar Comunitario "Los Amiguitos", lista de chequeo a hogares comunitarios tradicionales realizada el día 19 de noviembre de 2013 al Hogar Comunitario "los Amiguitos", diligencia en la cual se evalúan aspectos como cobertura, verificación de la prestación del servicio que involucra el chequeo de documentación de los niños y niñas, donde se realiza como observación únicamente el no existir cartel de crecimiento y desarrollo, documentación del HCB, a partir de la cual el supervisor del contrato de aporte determinó que la documentación es completa, atención directa a los niños y niñas, donde se señala que la atención es adecuada, condiciones de higiene y de aseo, en el que se recomienda mantener un orden de los

Calle 23 Cra 3ª B/ Mercedario - 7307580
Línea gratuita nacional ICBF 01 8000 91
8080
www.icbf.gov.co

Estamos cambiando el mundo



**BIENESTAR
FAMILIAR**

República de Colombia
Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
Cecilia De la Fuente de Lleras
Regional Nariño
Grupo Jurídico



implementos de aseo; finalmente como recomendaciones generales y compromisos de la ex madre comunitaria se ratifica la observación y la recomendación hechas.

Por otra parte, se encuentra la realización del formato de informe de supervisión del contrato No. 151 de 2013 por parte del supervisor, el cual evalúa entre otros aspectos el cumplimiento de las obligaciones del contrato por parte del operador de fecha 20 de abril de 2015, en dicho informe, se describe como obligación según la cláusula del contrato "velar por el mantenimiento, orden y seguridad de los espacios físicos donde se realiza la prestación del servicio" se establece que se cumple con la obligación mencionada y se establece como observación "el operador evidenció realización de capacitaciones dirigidas a MC con el objetivo de mantener en orden, seguridad en los espacios donde se presta el servicio, para ello se organizaron comités con el fin de mejorar la atención del servicio", evidenciando ello la realización de capacitaciones, motivo por el cual la supervisión contractual determinó no había lugar a hacer un llamado de atención o calificación insatisfactoria para el operador.

De igual modo la supervisora contractual manifestó que con anterioridad a la ocurrencia de los hechos si existió capacitación a madres comunitarias respecto a la "prevención de accidentes", que ello se llevó a cabo por parte del operador y que sin embargo el operador no aportó copias de las actas de capacitaciones a ICBF. Se evidencia informe de supervisión sobre la ejecución del contrato 151 de 2013, dicho informe es de fecha 11 de febrero de 2013 a 10 de marzo de 2013; e informe de fechas 11 de marzo de 2013 a 10 de abril de 2013. Es así como, es muy complejo inferir que existió falla alguna del servicio por parte del ICBF que hubiere producido las lesiones sufridas por la niña KAREN MUÑOZ, pues este ha actuado conforme a sus obligaciones legales, reglamentarias y contractuales de promoción, orientación, asesoría y evaluación respecto de los hogares comunitarios.

Así las cosas, si se llegase a atribuir una falla del servicio a la entidad pública, sería extralimitar la responsabilidad del Estado en la tesis del nexo causal indefinido o equivalencia de las condiciones, donde se atribuye la responsabilidad por un daño a todas las causas anteriores al mismo, así no sean las causas determinantes para su causación, no obstante, en nuestro sistema de responsabilidad extracontractual esta teoría ya ha sido desplazada por la teoría de la causalidad adecuada, misma en la que es necesario determinar la causa relevante y eficiente de daño, respecto a ello el Consejo de Estado ha insistido que no toda conducta referida a un daño puede entenderse como causal en su producción, pues ni la excelencia ni la insuficiencia de las actuaciones del Estado en la supervisión del contrato de aporte, o de la entidad contratista en la ejecución del objeto contractual mediante la atención a los niños y niñas en el Hogar Comunitario son situaciones que hubieren impedido por sí mismas la producción de las lesiones imprevistas y repentinas.

Téngase en cuenta aquí la teoría de la causa eficiente, que opera en el sistema de responsabilidad extracontractual, conforme a la cual debe determinarse cuál es la causa que efectivamente generó el daño, esto es, para el sub lite, los demandantes concretan el daño en una infección posterior a procedimiento quirúrgico, que como tal, es independiente de la actividad lícita de la entidad que represento. Es así que el comportamiento de la entidad pública no es el determinante del daño sufrido por el particular, así lo establece el artículo 90 de la Carta Política cuando menciona que el Estado debe responder por los daños que sean imputables a la acción u omisión de las autoridades.

Calle 23 Cra 3ª B/ Mercedario - 7307580
Línea gratuita nacional ICBF 01 8000 91
8080
www.icbf.gov.co

Estamos cambiando el mundo



3.2.3. Respecto al daño material: Daño emergente y lucro cesante.

Analizadas las pruebas presentadas por la parte demandante, en el expediente no se encuentran acreditados los aparentes daños causados que se mencionaron de forma indeterminada, como "Viajes a Pasto para cirugías y revisión de la evolución de la menor, medicinas para tratamiento, otros" y "Tiempo dejado de trabajar por la madre para cuidar a su hija", en tanto en los documentos aportados como pruebas fundamento de demanda de Reparación Directa no aparecen tiquetes que comprueben las salidas realizadas a la ciudad de Pasto, ni facturas de compra de medicinas para el tratamiento de la niña, así como tampoco se evidencian certificaciones laborales existentes a la fecha de ocurrencia de los hechos que comprueben que efectivamente se vieron afectadas labores por parte de la madre de la niña y por ende los ingresos que dichas labores generarían. Es así que no hay prueba de la existencia ni de la cuantía de los mismos.

3.2-4 Ausencia del cumplimiento de la carga de la prueba en cabeza de la parte demandante.

Del análisis del escrito se encuentra que la demanda adolece de un requisito indispensable como lo son las pruebas que pretende hacer valer para demostrar, el hecho y especialmente el nexo de causalidad, toda vez que a la demanda se adjuntó documentos como historia clínica de la niña, epicrisis, solicitudes de autorizaciones de servicios de salud, consultas médicas, entre otros; es así que los documentos aportados como pruebas no son prueba de un nexo causal entre el presunto daño sufrido por Karen Muñoz Araujo, y el actuar por parte del ICBF

3.3. CAUSALES EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD.

Como se ha determinado en párrafos anteriores, en el presente caso se argumenta por la parte demandante la existencia de un daño sufrido por la niña KAREN MUÑOZ, sin embargo, se puede observar claramente después de la narración de los hechos fundamento de la demanda y aun después de estudiar y analizar el proceso, que inicialmente la niña presenta una fractura en su brazo derecho. Argumentan además que con total posterioridad se evidenció por los médicos tratantes la presencia de infecciones por bacteria Gram Cocos Positiva y Celulitis, lo que indica que éstas surgieron como consecuencia de un proceso quirúrgico realizado en el brazo de la niña.

Es necesario mencionar que dichas infecciones según definiciones del Instituto Nacional de Salud son adquiridas por los pacientes mientras "recibe tratamiento para alguna condición médica o quirúrgica" y que no se había manifestado ni estaba en periodo de incubación en el momento del ingreso a la Institución de Salud, estas infecciones surgen debido a "varias causas incluyendo el uso de dispositivos médicos, complicaciones quirúrgicas, transmisión entre pacientes y trabajadores de la salud o como resultado de un consumo frecuente de antibióticos", además de causarse "por una variedad de agentes infecciosos, incluyendo bacterias, hongos y virus". Estas pueden ser adquiridas bien sea dentro de la Institución de Salud en la que se atendió al paciente o en virtud de los cuidados que se dieron después del proceso quirúrgico practicado.

Así, una infección que se presenta en un paciente internado en un hospital o en otro establecimiento de atención de salud en quien la infección no se había manifestado ni estaba en período de incubación en el momento del internado. Comprende las infecciones contraídas en el



República de Colombia
Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
Cecilia De la Fuente de Lleras
Regional Nariño
Grupo Jurídico



hospital, pero manifiestas después del alta hospitalaria y también las infecciones ocupacionales del personal del establecimiento.

Conviene destacar que las conclusiones que constan en la Historia Clínica resultan plenamente compatibles con los resultados de los estudios realizados por la Organización Mundial de la Salud, en los cuales se da cuenta que uno de los factores que más influye en la aparición de éste tipo de infecciones es la propia vulnerabilidad del paciente y la utilización de cierto instrumental para el tratamiento médico. Los factores de importancia para los pacientes que influyen en la posibilidad de contraer una infección comprenden la edad, el estado de inmunidad, cualquier enfermedad subyacente y las intervenciones diagnósticas y terapéuticas. En las épocas extremas de la vida – la infancia y la vejez – suele disminuir la resistencia a la infección. En estas condiciones, no es posible afirmar que el daño le resulta atribuible al Instituto a título de falla del servicio, pues el actuar de la entidad pública no constituye causa eficiente de las infecciones sufridas por Karen Muñoz en su brazo.

En tratándose de infecciones intrahospitalarias o nosocomiales, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 6 de noviembre de 1997 tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el tema, al estudiar un caso en el que se discutía la responsabilidad de la Administración por la infección que se produjo en el ojo de una paciente, la cual fue contraída en un quirófano mientras se le realizaba una cirugía de cataratas, circunstancia que llevó a que su ojo tuviese que ser extirpado y se le implantara una prótesis.

"Con la copia de la historia clínica allegada al expediente (f. 7 c. 2) aparece demostrado que Mariela Gutiérrez de Quiroga, quien tenía la condición de afiliada a la entidad demandada, efectivamente fue operada de cataratas en la clínica Fray Bartolomé de las Casas, por cuenta de la Caja de Previsión Social de Bogotá D.C.; que tres días después de la operación presentó una grave infección y que al no poder controlarse mediante drogas, a la paciente se le extrajo el ojo derecho y se le implantó una prótesis. Lo anterior evidencia, entonces, de una parte, la existencia de un daño sufrido por la demandada, y de otra, la relación de causalidad del mismo con la intervención que le fue practicada por la entidad demandada, cuya demostración se cumple simplemente acreditando que el daño sufrido ha sido causado como consecuencia del tratamiento o intervención practicada por la demandada, sin que implique la demostración de la causa específica que lo determinó. (...) A la entidad demandada le correspondía desvirtuar la presunción de falla que obraba en su contra, en virtud de la cual se estimaba precisamente que la infección había ocurrido por su falta de diligencia".

En este sentido se puede deducir que las infecciones que afectaron a la niña pudieron producirse como consecuencia del procedimiento quirúrgico, pudieron producirse en virtud de los cuidados que se dieron después del proceso quirúrgico realizado o pudieron ser adquiridas en la Institución de Salud, tras las actuaciones realizadas por un "tercero" que para el presente caso sería el personal médico que atendió a la niña KAREN MUÑOZ, o la o las personas que se encargaron de brindar los cuidados necesarios requeridos después de habersele practicado la cirugía a la niña dentro del Hospital Infantil Los Ángeles. Por lo cual se configura la causal de eximente de responsabilidad de Hecho de un Tercero como causante directo del daño sufrido por la niña. Son las personas mencionadas y no el ICBF los responsables del hecho, en tanto la conducta generada por estos fue determinante para la ocurrencia de la infección, y además es totalmente



ajena al Instituto para quien se tornaron irresistibles e imprevisibles dichas consecuencias, entiéndase aquí, tanto la que surgió dentro del Hogar Comunitario de Bienestar, como las afecciones surgidas con posterioridad a la cirugía practicada.

Además, se resalta que en la demanda de Reparación Directa no obra prueba de medidas especiales de prevención por parte de la institución médica donde fue atendida para garantizar que la niña intervenida no se hubiese infectado en la operación, no se infectara después de ella o tuviese un tratamiento preventivo o una atención inmediata y eficaz en caso de presentarse cualquier infección, teniendo en cuenta la fragilidad física de la misma. En los documentos aportados no obra constancia de que a los responsables de la niña se les hubiera instruido a fin de evitar aparición de proceso infeccioso postoperatorio. Siendo en todo caso previsible para las instituciones y personal médico la presencia de agentes infecciosos durante y después de una intervención quirúrgica, por sencilla que ésta sea, lográndose desvincular al ICBF de la responsabilidad que se le pretende atribuir por parte de los demandantes, aduciendo las posteriores afecciones de la niña.

Por lo anterior, es correcto afirmar que en el presente caso existió un daño inicial no atribuible a la responsabilidad del Estado por cuanto se actuó en cumplimiento de las funciones de supervisión y vigilancia; y cuyas consecuencias posteriores que se concretan en las infecciones adquiridas por la niña KAREN MUÑOZ tampoco son atribuibles al ICBF en tanto éste es ajeno a cualquier tipo de actuación y resultado por parte del personal de las Instituciones de salud que prestaron sus servicios a la niña, así como a las actuaciones y resultados desplegados por parte de las personas de la familia que hayan suministrado los cuidados posteriores al proceso quirúrgico llevado a cabo a la niña. Por otra parte, demostrar responsabilidad de la entidad pública convocada y desvirtuar la configuración de los elementos anteriormente planteados está en cabeza de la parte demandante, pues es el actor quien debe demostrar el daño y la relación de causalidad entre éste y el actuar administrativo, señalando además el cumplimiento de cada uno de los elementos que constituyen la presunta responsabilidad del Estado y que en el presente caso no se encuentran acreditados.

Finalmente y a modo de conclusión, los demandantes no logran demostrar el cumplimiento de los requisitos de una presunta responsabilidad del Estado, por cuanto no se acreditó que en el desarrollo de las acciones desplegadas por el ICBF, se hubiese incurrido en acción u omisión que hubiese sido la causa determinante de las lesiones sufridas por la niña KAREN DANIELA MUÑOZ ARAUJO; pues de acuerdo a las sub-reglas establecidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, se han establecido tres elementos que deben confluir para la existencia de la responsabilidad por parte del Estado, atribuible por el título de imputación -Falla del Servicio-, a saber: " 1) Un daño antijurídico, es decir un daño que el afectado no está en el deber legal de soportar, por tanto no existe norma que así lo establezca; 2) El mal funcionamiento de la Administración, esto es, que el servicio se hubiese prestado en forma tardía o deficiente, es decir que se trata de un defecto en la ejecución de las funciones a cargo de las autoridades estatales y que puede presentarse bien por acción o bien por omisión; 3) y Finalmente es necesario que el daño antijurídico se haya producido como consecuencia directa de esa falla del servicio, o sea que ésta ha debido ser la causa eficiente de aquel.

Si bien se aportan por la parte demandante, elementos de prueba tendientes a demostrar la ocurrencia de un daño, esto es, la ocurrencia de las lesiones sufridas por la niña KAREN MUÑOZ, no hay lugar a declarar que existió un nexo de causalidad entre el daño y la actuación de la



República de Colombia
Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
Cecilia De la Fuente de Lleras
Regional Nariño
Grupo Jurídico



Entidad Pública que derivara en la concreción de la falla del servicio, las obligaciones del ICBF en razón de que se llevó a cabo la supervisión del contrato de aporte 151 de 2013, con el objeto de garantizar la debida prestación del servicio a los niños y niñas usuarias del programa.

Por otra parte, en otra ocasión el Consejo de Estado se pronunció con respecto a las infecciones que pueden ser adquiridas bien sea dentro de la Institución de Salud, para ello estudió un caso de infección intrahospitalaria contraída por un menor de edad a quien esa infección le produjo una meningitis bacteriana, a lo que ha denominado "riesgo alea". Al respecto se manifestó en Sentencia proferida el 29 de agosto de 2013 por la Subsección B de la Sección Tercera de la siguiente manera:

"Hasta el momento, la aplicación de la categoría de riesgo-álea, que encuentra su origen en la jurisprudencia francesa, se ha reservado en nuestro medio a aquellos supuestos en los que el daño se produce por la utilización de un aparato o instrumento empleado por la ciencia médica para el diagnóstico o tratamiento de ciertas enfermedades o patologías o por la ejecución de ciertos procedimientos para el mismo fin. No obstante, la Sala considera que nada obsta para hacer extensiva la categoría de riesgo-álea a los casos en los cuales el daño es consecuencia de una infección contraída en un centro asistencial, comoquiera que en todas estas situaciones el daño surge por la concreción de un riesgo que es conocido por la ciencia médica, pero que se torna irresistible en tanto su concreción depende, muchas veces, de la ineludible mediación del azar."

4. EXCEPCIONES

4.1 FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA.

Tal como se expresó en el acápite de "Razones de la Defensa el ICBF" aparece plenamente demostrada la falta de causa jurídica para que prospere la acción ya que el ICBF no ha tenido injerencia en la acusación de los padecimientos del demandante, pues el hecho inicial ocurrido se trató de un accidente que le ocurrió la niña KAREN DANIELA MUÑOZ ARAUJO de manera imprevista y repentina. De igual manera obra prueba también de que la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE NARIÑO, COMFAMILIAR DE NARIÑO, actuó de manera independiente y autónoma en el cumplimiento del objeto contractual, razón por la cual es preciso afirmar que dicha entidad se encuentra llamada a responder extracontractualmente por el presunto daño y los presuntos perjuicios causados a la mencionada niña y a sus padres.

4.2 INEXISTENCIA DE LA RELACION DE CAUSALIDAD ENTRE EL DAÑO Y LA ACTIVIDAD DESPLEGADA POR EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.

Tal como se ha argumentado en las razones de la defensa, y como se demostrará en el proceso, no existe relación causal entre el daño manifestado por los demandantes y las conductas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, pues los perjuicios no tuvieron causa eficiente en las presuntas actuaciones indebidas u omisiones del ICBF, ya que el ICBF no ha incurrido con su actuar en una contravención al ordenamiento jurídico, puesto que la cadena de acciones que se desenlazaron con anterioridad y posterioridad a los hechos, se realizaron en total cumplimiento de la función de supervisión, y tomando las medidas necesarias para garantizar su protección

Calle 23 Cra 3ª B/ Mercedario - 7307580
Línea gratuita nacional ICBF 01 8000 91
8080
www.icbf.gov.co

Estamos cambiando el mundo



contra abusos, agresiones o cualquier otro tipo de daño, no existió negligencia u omisión de deberes por parte de la Entidad, las acciones de la misma no se apartaron de la legalidad, ni se impuso en ningún momento una carga que el demandante no tenga el deber de soportar, los derechos y deberes a ellos asignados al momento de encontrarse disfrutando del servicio que se brinda dentro del Hogar Comunitario, lo cual tampoco genero una carga excesiva para el demandante; y consideradas las actuaciones del ICBF es posible observar que no ha incurrido en hechos u omisiones que le hayan producido un daño o afectación al demandante, pues todas se han ceñido a la Ley.

Aunado a ello, en el contrato de aporte anteriormente relacionado se pactó total independencia de las partes para el desarrollo y ejecución del objeto consignándose en una de sus cláusulas, total autonomía en los siguientes términos:

"VIGESIMA SEGUNDA: INDEMNIDAD DEL ICBF. -EL OPERADOR se obliga a mantener libre de cualquier daño o perjuicio originado en reclamaciones de terceros que se deriven de sus actuaciones o de sus subcontratistas o dependientes y realizadas durante la ejecución del contrato, en cumplimiento del artículo 5.1.6 del Decreto 734 de 2012".

"VIGESIMA TERCERA: AUTONOMIA CONTRACTUAL Y AUSENCIA DE RELACION LABORAL. - El presente contrato será ejecutado por el OPERADOR con absoluta autonomía e independencia y, en desarrollo del mismo (...)"

4.3. CAUSAL EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD – HECHO DE UN TERCERO.

El Consejo de Estado, en su jurisprudencia ha establecido respecto del daño que sufre una persona en su vida, en su integridad física y bienes materiales, debe ser indemnizado por el Estado, siempre y cuando se pruebe que dicho daño, sea antijurídico e imputable al Estado. Así las cosas, se tiene que los demandantes no han logrado demostrar que, en el desarrollo de las acciones desplegadas por el ICBF, se hubiese incurrido en acción u omisión que hubiese sido la causa determinante de las lesiones sufridas por la niña KAREN DANIELA MUÑOZ ARAUJO.

En este punto es importante recalcar que las infecciones que afectaron a la niña pudieron producirse como consecuencia del procedimiento quirúrgico, pudieron producirse en virtud de los cuidados que se dieron después del proceso quirúrgico realizado o pudieron ser adquiridas en la Institución de Salud, tras las actuaciones realizadas por un Tercero que para el presente caso sería el personal médico que atendió la situación médica de la niña KAREN MUÑOZ, o la o las personas que se encargaron de brindar los cuidados necesarios requeridos después de habersele practicado la cirugía a la niña dentro del Hospital Infantil Los Ángeles. Por lo cual se configura la causal de eximente de responsabilidad de Hecho de un Tercero como causante directo de las consecuencias del daño sufrido por la niña son las personas mencionadas y no por el ICBF, en tanto la conducta generada por estos fue determinante y totalmente ajena al Instituto para quien se tornaron irresistibles e imprevisibles dichas consecuencias, entiéndase aquí, tanto la que surgió dentro del Hogar Comunitario de Bienestar, como las afecciones surgidas con posterioridad a la cirugía practicada.



República de Colombia
Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
Cecilia De la Fuente de Lleras
Regional Nariño
Grupo Jurídico



114 #

4.4. FALTA DE INTEGRACIÓN DEL LITISCONSORCIO NECESARIO

Dados los supuestos facticos narrados por la parte demandante, se analizarán en el presente caso relaciones, hechos y actos respecto de los cuales por su naturaleza y por disposición legal y contractual, no pueden resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que intervinieron en dichos actos, esto es, la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE NARIÑO identificada con NIT 891280008-1, la FUNDACIÓN HOSPITAL INFANTIL LOS ANGELES identificada con NIT No. 891200240, donde presuntamente fue practicada una cirugía a la niña, y la Empresa Social del Estado HOSPITAL EDUARDO SANTOS de la Unión Nariño, identificada con NIT 891200952-8, donde se le practicaron controles médicos postoperatorios a la misma.

4.5 EXCEPCION GENÉRICA.

Solicito de manera respetuosa, Señor Juez, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 282 de la Ley 1564 de 2012 y en concordancia con el artículo 306 del C.P.A.C.A, se sirva reconocer las excepciones que se llegaren a encontrar probadas.

5. PRUEBAS.

5.1 DOCUMENTALES:

1. Copia autentica de contrato de aporte No. 151 de 2013 suscrito entre el ICBF y la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE NARIÑO.
2. Copia autentica de informe de verificación de estándares de calidad para Hogares Comunitarios de Bienestar del 19 de julio de 2013.
3. Historia clínica remitida por el Hospital Eduardo Santos E.S.E al ICBF Centro Zonal la Unión - Nariño.
4. Lista de chequeo a Hogares Comunitarios tradicionales de fecha 19 de septiembre de 2013.
5. Copia autentica de informe de supervisión mes de febrero de 2013.
6. Copia autentica de informe de supervisión mes de marzo de 2013.
7. Copia autentica de informe de supervisión contractual mes de abril de 2013.
8. Copia autentica de informe de supervisión contractual mes de mayo de 2013.
9. Copia autentica de informe de supervisión contractual mes de junio de 2013.
10. Copia autentica de informe de supervisión contractual mes de julio de 2013.
11. Copia autentica de informe de supervisión contractual mes de agosto de 2013.
12. Copia autentica de informe de supervisión contractual mes de septiembre de 2013.
13. Copia autentica de informe de supervisión mes de octubre de 2013.
14. Copia autentica de informe de supervisión mes de noviembre de 2013.
15. Copia autentica de informe de supervisión mes de diciembre de 2013.
16. Oficio reclamo realizado por el Señor WALTER MUÑOZ de fecha 25 de septiembre de 2013, radicado No. 26403776.
17. Oficio remitido al Señor WALTER MUÑOZ de fecha 08 de octubre de 2013, radicado No. 1855.



18. Historia clínica de la niña KAREN MUÑOZ allegada al Centro Zonal la Unión por parte del Hospital Eduardo Santos E.S.E.
19. Informe de la niña KAREN MUÑOZ de fecha 15 de octubre de 2015, radicado No. E-437648.

6. NOTIFICACIONES:

LA PARTE DEMANDANTE: En la dirección anotada en la demanda.

LA PARTE DEMANDADA: En la Sede Regional del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, ubicada en la Carrera 3ª con Calle 23 esquina, Barrio Mercedario de la nomenclatura urbana de la ciudad de Pasto. Correo electrónico Notificaciones.Judiciales@icbf.gov.co

LA SUSCRITA APODERADA: En la Secretaría del Juzgado o en la dirección de la demandada, Oficina del Grupo Jurídico. Correo electrónico Nathalia.Sarmiento@icbf.gov.co

Del Señor Juez, respetuosamente,

Atentamente,

NATHALIA CAROLINA SARMIENTO BURBANO
C.C. 1.085.278.363 de Pasto.
T.P. 235.785 del C. S. de la J.