

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO SESENTA Y DOS ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTA
SECCION TERCERA

Bogotá D.C., seis (6) de marzo de dos mil veinte (2020)

Expediente: No. 110013343 062 2017 00136 00.
Demandante: SALOMON GARZÓN Y OTROS
Demandada: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR Y OTRO
Medio de control: REPARACIÓN DIRECTA

SENTENCIA No. 2020 – 0023

1. ASUNTO

Una vez surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede esta instancia judicial a emitir sentencia en el proceso de la referencia, surtido a través del medio de control de reparación directa impetrada por Salomón Garzón y otros contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y otro con motivo de la muerte de la menor Lizet Dayana Garzón Escobar.

2. TEMA PRINCIPAL TRATADO

La responsabilidad del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y de la Fundación Ayuda a la Infancia Hogares Bambi Colombia por los presuntos perjuicios causados a los demandantes con ocasión del fallecimiento de la menor Lizet Dayana Garzón Escobar que había sido dejada por su madre bajo el cuidado del referido Hogar.

3. ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones de la demanda

“Primera. LA NACION- INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR Y HOGARES BAMBI BOGOTA, sean declarados administrativamente responsable de los perjuicio morales causados a la Señora LUZ ADRIANA ESCOBAR ESCOBAR, el señor SALOMON GARZON y sus hijos menores de edad; SARAY MICHELL ESCOBAR ESCOBAR, KEVIN ESTIBEN GARZON ESCOBAR, por falla, omisión o falta del servicio que condujo a ocasionarle la muerte de la hija y hermana menor LIZET DAYANA GARZON ESCOBAR.

Segunda. Condenar, en consecuencia, a la Nación colombiana – INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR Y HOGARES BAMBI BOGOTA, como reparación del daño ocasionado, a pagar a mis representados la Señora LUZ ADRIANA

40

ESCOBAR ESCOBAR, el señor SALOMON GARZON y sus hijos menores de edad; SARAY MICHELL ESCOBAR ESCOBAR, KEVIN ESTIBEN GARZON ESCOBAR los perjuicios de orden moral, actuales y futuros, los cuales se estiman en principio en la suma de **TRESCIENTOS SALARIOS MINIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES** (O de acuerdo a lo que se pruebe dentro del proceso), discriminados de la siguiente manera: **MORALES. DOLOR, TRISTEZA CONGOJA-----COMPENSACIÓN**

MADRE: 100 SMLV
PADRE: 100 SMLV
HERMANO: 50 SMLV
HERMANA: 50 SMLV

Tercera. La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia, en los términos de los art. 138 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

Quinta. (sic) Que se profiera condena en costas.

3.2. Hechos relevantes de la demanda

El sustento fáctico relevante que origina el estudio del presente asunto y que se plasmó en la fijación del litigio es el siguiente:

- ✓ El 20 de marzo de 2015 la señora Luz Adriana Escobar Escobar madre de la menor Lizet Dayana Garzón realiza solicitud formal de ingreso a la fundación Hogar Bambi Bogotá, donde la trabajadora social Laura Serna tramita para fecha de ingreso el 24 de marzo de 2015.
- ✓ El 24 de marzo de 2015 Luz Adriana Escobar Escobar formalizó el ingreso de la menor a la Fundación Hogar Bambi Bogotá ubicada en la transversal 5 Q No. 48 J – 24 sur barrio callejón de Santa Bárbara, previo a los estudios de ingreso y a los estudios médicos establecidos por esta fundación.
- ✓ En la historia clínica elaborada en el Hospital Rafael Uribe Uribe CAMI – CHIRCALES establece el estado de la paciente, el plan de manejo y la conducta final.
- ✓ En la fecha del insuceso de hace presente la Policía de Infancia y Adolescencia, así como el CTI para adelantar inspección a cadáver con la noticia criminal 11001600002820150083. Fiscal seccional 292 Dagoberto Mojica Garzón donde se establece como causa de la muerte: por establecer.
- ✓ En el informe pericial de necropsia No. 201510111001000973 del 29 de marzo de 2015, se describen hallazgos importantes a nivel broncopulmonar como la presencia de hemorragias petequiales subpleurales, las cuales son indicativas de hipoxia tisular. Además, presencia de moco transparente en tráquea y bronquios, también se observa que resume material rojizo espumoso a nivel pulmonar.
- ✓ El 17 de noviembre de 2016 se radica derecho de petición ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

244 /

- ✓ El 12 de diciembre de 2016 se archiva el proceso penal.
- ✓ El 21 de diciembre de 2016 llega comunicación a la demandante con la respuesta del Instituto de Medicina Legal respecto al estudio de hispatología.

3.3. Actuación procesal

- a. La demanda se admitió mediante auto del 16 de agosto de 2017 (fl. 63 y 64 cppl) luego de subsanados los defectos fijados en proveído del 5 de julio de 2017 (fl. 59), así mismo obra en el expediente que se efectuaron las notificaciones de rigor (fls. 73 a 80).
- b. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar dentro de la oportunidad legal presentó su escrito de contestación de la demanda, en donde se refirió a los hechos, se opuso a las pretensiones y propuso excepciones (fl. 81 a 91). Por su parte la Fundación Ayuda a la Infancia Hogares Bambi Bogotá no contestó la demanda.
- c. En virtud de las excepciones propuestas, el día 13 de junio de 2018 se fijó en lista corriendo el traslado de las mismas de conformidad con lo establecido en la normatividad procesal, respecto de lo cual la parte actora realizó las manifestaciones que a bien consideró.
- d. Por auto del 1 de agosto de 2018 se aceptó el llamamiento en garantía que el ICBF realizó a Seguros del Estado S.A., entidad que no contestó la demanda ni el llamamiento pese a haber sido notificada en debida forma (cuad. 2).
- e. Mediante proveído del 29 de noviembre de 2018 se fijó fecha de audiencia inicial para el día 11 de abril de 2019 (fl. 172).
- f. El citado día se adelantó la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 (fls. 174 a 179).
- g. La audiencia de pruebas se celebró en sesiones del 23 de julio y 12 de agosto del año anterior, en esta última se declaró clausurada la etapa probatoria y se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 187 a 188 y 212 a 213).

3.4. Contestación de la demanda

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se opuso a la prosperidad de las pretensiones y planteó las siguientes excepciones:

- Falta de legitimación en la causa por pasiva

Alega que la modalidad en que ingresó la menor a la Fundación Hogares Bambi no corresponde a ninguna de las que maneja el ICBF, por lo que para su vinculación a los programas que regula la entidad, la vinculación debe ser a través del Defensor de

Familia, Comisaría de Familia o Policía de Infancia y Adolescencia; situación que no se presenta en este caso, pues no existe ningún proceso de restablecimiento de derecho a favor de la menor fallecida.

- Inexistencia de relación de causalidad entre el presunto hecho dañoso alegado por el apoderado de la parte actora y el resultado

Excepción que fue soportada en la ausencia de causalidad entre el hecho dañoso alegado y el resultado expuesto en el presente caso.

3.5. Pruebas obrantes en el proceso

Documentos vistos en el CD de folio 1, y en el Cd de folio 53, así como a folios 41 a 46 y 84 a 95:

- ✓ Cédulas de Luz Adriana Escobar y Salomón Garzón. (fl. 16 y 17)
- ✓ Registro civil de nacimiento de Saray Michell Escobar Escobar, Kevin Estiben Garzón Escobar, Lizet Dayana Garzón Escobar. (fl. 18 a 20)
- ✓ Certificado de defunción. (fl. 21)
- ✓ Documentación relacionada con hogares Bambi. (fl. 22 a 28)
- ✓ Historia clínica Hospital Rafael Uribe Uribe. (fl. 29 a 33)
- ✓ Acta de derechos y deberes expedido por la Fiscalía. (fl. 34)
- ✓ Informe de necropsia. (fl. 35 a 37)
- ✓ Derecho de petición. (fl. 38 a 39)
- ✓ Respuesta derecho de petición. (fl. 40 y 41)
- ✓ Derecho de petición dirigido a la Fundación Ayuda. (fl. 42)
- ✓ Respuesta a derecho de petición. (fl. 43 y 44)
- ✓ Estudio Hispatológico emitido por Medicina Legal. (fl. 45 y 46)
- ✓ Auto de archivo. (fl. 47 y 48)
- ✓ Acta de constitución de la Institución Hogar Bambi. (fl. 49 y 50)
- ✓ Resolución 743 de 1988. (fl. 51 y 52)
- ✓ Registro civil de defunción. (fl. 61)
- ✓ Copia de solicitud de ingreso. (fl. 97 a 99)
- ✓ Contrato de aporte No. 1110 de 2014. (fl. 105 a 111)
- ✓ Contrato de aporte No. 1144 de 2014. (fl. 112 a 119)
- ✓ Copia simple del lineamiento técnico para modalidades de apoyo. (fl. 120 a 159)
- ✓ Interrogatorio de parte de Luz Adriana Escobar Escobar. (fl. 187, 188 y 194)
- ✓ Interrogatorio de parte representante legal Hogar Bambi. (fl. 212, 213 y 219)
- ✓ Condiciones generales póliza. (fl. 196 a 205)
- ✓ Póliza No. 33-44-101110545. (fl. 13 y 40 cuad. llamamiento.)
- ✓ Póliza No. 33-40-101026499. (fl. 14 y 37 cuad. llamamiento.)
- ✓ Póliza No. 33-44-101110554. (fl. 23 y 38 cuad. llamamiento.)
- ✓ Póliza No. 33-40-101026506. (fl. 24 y 39 cuad. llamamiento.)

3.6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

245 ✓

Parte demandante: Mediante memorial radicado el 27 de agosto de 2019, el apoderado de la parte demandante presentó sus alegatos de conclusión oportunamente, en donde se ratificó en la prosperidad de las pretensiones.

Parte demandada: En escritos allegados el 21 de agosto y 27 de agosto (2) del año anterior, los apoderados judiciales de los demandados junto con el representante del llamado en garantía recorrieron el traslado para alegar de conclusión, solicitando la no prosperidad de las pretensiones.

Concepto del Ministerio Público: En esta oportunidad el agente de Ministerio Público se abstuvo de conceptuar.

4. PROBLEMA JURÍDICO

Se fijó en la audiencia inicial el siguiente **problema jurídico**: determinar si existe responsabilidad por falla en el servicio de parte de las entidades demandadas con ocasión de la muerte de la menor **Lizet Dayana Garzón Escobar** ocurrida el 28 de marzo de 2015. En este sentido, en el evento de declararse la responsabilidad de las demandadas, se analizarán los términos de la condena pretendida por los demandantes de conformidad con los perjuicios relacionados en la demanda.

Así mismo, de encontrarse responsable al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se analizará si el llamado en garantía debe asumir la condena que se imponga a aquella.

5. CONSIDERACIONES

5.1. Presupuestos procesales

5.1.1. Procedencia y caducidad del medio de control:

El Despacho advirtió que en el presente caso los demandantes pretenden se declare la responsabilidad de los demandados por los presuntos perjuicios causados con ocasión de la muerte de la menor Lizet Dayana Garzón Escobar quien se encontraba bajo el cuidado de la Fundación Hogar Bambi, la cual era vigilada por el Instituto Colombiano de Bienestar familiar, por lo que el medio de control impetrado es procedente de conformidad con el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En lo que tiene que ver con la caducidad del medio de control, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales y evitar que las situaciones queden indefinidas en el tiempo, ha señalado que el legislador estableció unos plazos razonables para que las personas acudan ante la jurisdicción con el fin de satisfacer sus pretensiones. Término que en caso de vencerse acarreará como consecuencia la operancia del fenómeno jurídico procesal de la caducidad, lo cual implica la pérdida de la facultad de accionar y hacer efectivos sus derechos.

4A

Dicha figura no admite suspensión, salvo que se presente solicitud de conciliación extrajudicial en derecho, en concordancia con lo previsto en la Ley 446 de 1998 y 640 de 2001, así como tampoco admite renuncia y, de encontrarse probada, debe ser declarada de oficio por el juez.

Frente a la caducidad del medio de control de reparación directa, el literal i) del numeral 2° del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala que esta se configura, por regla general, al vencimiento del plazo de dos años contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho generador del daño que se alega como antijurídico, proveniente de la acción u omisión de la administración, o desde cuando el hecho dañoso fue conocido por el demandante.

En este orden de ideas, el Juzgado constata que en el presente caso el hecho dañoso se configuró el **28 de marzo de 2015** fecha en la cual falleció la menor Lizet Dayana Garzón Escobar; lo que quiere decir que es a partir del **29 de marzo de 2015** que inició el cómputo del término de caducidad de dos años previsto en el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, consolidándose el mismo, el **29 de marzo de 2017**.

Observa el Despacho que obra constancia expedida el **11 de mayo de 2017** por la Procuraduría 56 Judicial II Administrativa¹, en donde se indica que el día **23 de marzo de 2017** se presentó la solicitud de conciliación, esto es, faltando 7 días para que se configurara este fenómeno.

Como se resaltó, la constancia de no acuerdo se expidió el 11 de mayo de 2017, luego los demandantes tenían 7 días para presentar la demanda, esto es, hasta el **18 de mayo de 2017**. Revisado el expediente, tenemos que a folio 57 se encuentra acta individual de reparto, donde se observa que la demanda fue presentada el **15 de mayo de 2017**, concluyendo que la caducidad no operó.

5.1.2. Legitimación en la causa:

La legitimación en la causa hace referencia a la posibilidad de que la persona formule o contradiga las pretensiones de una demanda, por ser el sujeto activo o pasivo con interés en la relación jurídica sustancial debatida en un proceso, lo que quiere decir que las personas con legitimación en la causa se encuentran en relación directa con la pretensión, ya sea desde la parte activa, como demandante, o desde la parte pasiva, como demandado.

En tal sentido, le asiste **legitimación en la causa por activa** a:

- **Luz Adriana Escobar Escobar y Salomón Garzón** (padres de la menor) que se acredita con el registro civil de nacimiento de Lizet Dayana Garzón Escobar²;

¹ Fl. 55 y 56

² fl. 20

246

- **Saray Michell Escobar Escobar³, Kevin Estiben Garzón Escobar⁴** (hermanos de la menor) conforme a sus respectivos registros civiles de nacimiento; y

Por su parte, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Fundación Ayuda a la Infancia Hogares Bambi Colombia se encuentran legitimados en la causa por pasiva, toda vez que son a quienes se les atribuye la producción del daño.

No obstante, respecto de la legitimación material de la demandada, se aclara que esta será determinada con el sentido de la sentencia -denegatoria o condenatoria- por lo que su análisis se realizará en la parte considerativa.

5.2. Caso en concreto

5.2.1. Régimen de responsabilidad aplicable

De conformidad con lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado⁵ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública⁶ tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo.

En relación con la naturaleza del daño antijurídico, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha señalado que corresponde al juez determinar si el daño trasciende lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario⁷. En este sentido se ha señalado que "*en cada caso concreto deberá establecerse*

³ fl. 18

⁴ Fl. 19

⁵ "3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regimenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado". Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

⁶ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política "los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado". Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues "menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, 'la imputatiojuris' además de la 'imputatiofacti'". Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: "En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura "siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público". Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2006. C.P. Mauricio Fajardo. Exp. 13168.

49

*si el daño sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico*⁸.

En este punto aclara el Despacho que aunque el artículo 90 Superior establece que el Estado *“responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables”*, no existe en nuestra legislación una definición de daño antijurídico, razón por la cual, la jurisprudencia lo ha definido 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”*⁹, esto es, aquel que se produce a pesar 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”*¹⁰.

En otras palabras, el daño antijurídico, ha sido entendido como el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc., suponiendo la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo, sin que el ordenamiento jurídico le haya impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de causales de justificación.¹¹

En relación con la imputación, la jurisprudencia ha considerado que en los eventos en los cuales se juzgue la responsabilidad de la Administración en los términos del artículo 90 Superior, se necesitará tanto de la acreditación del daño antijurídico, como la imputación del mismo, precisando que la sola demostración del primer elemento no basta para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, ya que éste es condición necesaria más no suficiente de la misma.¹²

Según lo ha entendido y explicado la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, *“imputar, para nuestro caso, es atribuir el daño que padeció la víctima el Estado, circunstancia que se constituye en condición sine qua non para declarar la responsabilidad patrimonial de este último (...) la imputación del daño al Estado depende, en este caso, de que su causación obedezca a la acción o a la omisión de las autoridades públicas en desarrollo del servicio público o en nexo con él, excluyendo la conducta personal del servidor público que, sin conexión con el servicio, causa un daño.”*¹³

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 27 de septiembre de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11601.

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2 de marzo de 2000. C.P. Mará Elena Giraldo Gómez. Exp. 11945, entre otras. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero de 30 de julio de 2008. Exp. 15726.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias de 11 de noviembre de 1999. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11499 y del 27 de enero de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 10867, entre otras. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero de 30 de julio de 2008. Exp. 15726.

¹¹ Sentencia del veintisiete (27) de enero de dos mil diez (2010), Consejo de Estado – Sección Tercera, Magistrado ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “C” Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Número Interno: 24677

¹³ Sentencia del veintiuno (21) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999), Consejo de Estado – Sección Tercera, Magistrado ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Precisa el Despacho que el caso de autos, se analizará bajo el título de imputación de falla del servicio, para así determinar si la muerte del menor es atribuible a la conducta de las entidades demandadas, y en caso de encontrarse responsabilidad se analizará la indemnización de perjuicios correspondiente, así como el llamamiento en garantía.

5.2.2. Análisis del Despacho:

➤ Ocurrencia del hecho y el daño:

Se tiene que de la normativa en que descansa la responsabilidad del Estado, lo primero que se debe indagar, por ser lo fundamental a la hora de deducir responsabilidades indemnizatorias, es el daño, pues si este no se demuestra, si el accionante no logra determinarlo, en vano resulta demostrar los hechos, culpas, fallas de la administración y conductas antijurídicas.

El Consejo de Estado al referirse a este tema ha dicho:

*"El daño es uno de los presupuestos o elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, común a todos los regímenes (falla del servicio, presunción de falla, daño especial, trabajos públicos, etc.) a tal punto que la ausencia de aquél imposibilita el surgimiento de ésta. Esto significa que no puede haber responsabilidad si falta el daño. Ahora bien, para que el daño sea resarcible o indemnizable la doctrina y la jurisprudencia han establecido que debe reunir las características de cierto, concreto o determinado y personal [...]."*¹⁴

Lo dicho hasta ahora significa que para que el daño sea resarcible, se requiere que sean acreditados una serie de aspectos relacionados con la lesión o el detrimento que se reclama, sin los cuales no se puede tener el daño como cabalmente configurado. Por lo que, a efectos de estudiar el caso que nos ocupa, cabe traer a colación los aspectos que jurisprudencialmente se han señalado como requisitos indispensables, esto es, que sea antijurídico, cierto y personal¹⁵.

En el sub lite, el daño sufrido por las demandantes se encuentra plenamente acreditado, pues obra en el expediente el registro civil de defunción de la menor Lizet Dayana Garzón Escobar en donde consta que falleció el día 28 de marzo de 2015. (fl. 61)

Así mismo, en el expediente obra el estudio histopatológico del 13 de diciembre de 2016 realizado a la citada menor, en donde se determinó:

"El estudio histopatológico evidenció neumonitis intersticial; injuria neuronal hipóxica; meningitis aséptica; estrés tímico; hiperplasia linfoide reactiva (ganglios linfáticos, bazo, colon y amígdala lingual) y cambios por autolisis.

La información aportada hasta el momento por la investigación y por la historia clínica del Hospital Rafael Uribe Uribe, los hallazgos macroscópicos de la autopsia y el estudio

¹⁴ C.E., Sec. Tercera. Sent. may. 7/1998. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁵ C.E., Sec. Tercera. Sent. abr. 25/2012. M.P. Enrique Gil Botero.

histopatológico, orientan hacia una insuficiencia respiratoria secundaria a neumonitis intersticial. La probable manera de la muerte es natural.

OPINIÓN PERICIAL: Se trata de un lactante menor de sexo femenino, de 4 meses de edad, quien fallece en una insuficiencia respiratoria aguda secundario a neumonitis intersticial.

CAUSA BÁSICA DE MUERTE: NEUMONITIS INTERSTICIAL

DIAGNÓSTICO MÉDICO LEGAL DE LA MANERA DE MUERTE: NATURAL" (fl. 45 y 46)

En este orden de ideas, se observa que los demandantes logran probar el daño. Así, tal como se indicó con antelación, seguidamente se analizará si el daño acaecido deviene en antijurídico y si es imputable a la entidad demandada.

➤ **La imputación:**

Como primer aspecto se ha de recordar que el artículo 44 de la Constitución Nacional consagra la prevalencia de los derechos de los menores, al exponer que:

"La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás."

Conforme a ello, toda decisión que se tome en relación con los menores debe proveer prioritariamente por la protección de sus derechos, teniendo por norte su especial estado de fragilidad e indefensión. Al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño pontifica en su art. 18°:

"1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas."

Igualmente se ha tener muy presente que la Ley 75 de 1968 creó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar cuyos fines esenciales son los de proveer la protección del menor,

248

y en general el mejoramiento de la estabilidad y del bienestar de las familias colombianas, para ello estableció entre otras funciones, la de asistir al Presidente de la República en la inspección y vigilancia de las entidades de utilidad común que tengan como objetivo la protección de la familia y de los menores de 18 años¹⁶; y recibir y distribuir los recursos y auxilios que se incluyan en el presupuesto nacional con destino a entidades oficiales o particulares que se ocupen de programas de bienestar social del menor y de la familia e inspeccionar la inversión de los mismos.

Con la Ley 7 de 1979 se estableció el Sistema Nacional de Bienestar Familiar como un servicio público a cargo del Estado, el cual cumplirá su función a través del mismo sistema y de los organismos oficiales y particulares legalmente autorizados para ello, teniendo como finalidad: **a) Promover la integración y realización armónica de la familia;** **b) Proteger al menor y garantizar los derechos de la niñez;** y **c) Vincular el mayor número de personas y coordinar las entidades estatales competentes en el manejo de los problemas de la familia y del menor, al propósito de elevar el nivel de vida de nuestra sociedad.**

Esta misma ley determinó en forma más clara las funciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar adicionando a las ya establecidas, la de señalar y hacer cumplir los requisitos de funcionamiento de las instituciones y de los establecimientos de protección del menor de edad y la familia y de las instituciones que desarrollen programas de adopción; así como la de otorgar, suspender y cancelar licencias funcionamiento para establecimientos públicos o privados de protección al menor y a la familia y a instituciones que desarrollen programas de adopción.

Según el numeral 9º del artículo 20 del Decreto 2388 de 1979 reglamentario de la ley en cita, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar también le corresponde supervisar y controlar el funcionamiento de las entidades que constituyen el sistema y prestarle asesoría a las mismas.

De la misma forma el Decreto 361 de 1987 por el cual se dictan normas sobre la vigilancia de las instituciones de utilidad común, determinó que en ejercicio de las facultades de inspección y vigilancia que sobre las instituciones de utilidad común le confiere la Constitución Política al Presidente de la República, podrán decretarse visitas de inspección en orden a asegurar que las mismas cumplan la voluntad de los fundadores, conserven e inviertan debidamente sus rentas y se ajusten en su formación y funcionamiento a las leyes y decretos y observen normalmente sus propios estatutos.

La Ley 1098 de 2006 por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia estipula el deber de vigilancia del Estado sobre *Todas las personas naturales o jurídicas, con personería jurídica expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o sin ella, que aún, con autorización de los padres o representantes legales, alberguen o cuiden a los niños, las niñas o los adolescentes*, en virtud de este deber, al Instituto le compete *reconocer, otorgar,*

¹⁶ Hoy numeral 26 artículo 189 Constitución Política: *Ejercer la inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y para que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores*

4A

suspender y cancelar personerías jurídicas y licencias de funcionamiento a las Instituciones del Sistema que prestan servicios de protección a los menores de edad o la familia y a las que desarrollen el programa de adopción.

De otra parte, el Consejo de Estado ha sido claro a la hora de reconocer la posibilidad de declarar la responsabilidad del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en sede de responsabilidad extracontractual del Estado, con ocasión de los daños causados a menores mientras se encuentran bajo el cuidado y protección de esta entidad, o de algún Hogar Comunitario vinculado al Instituto. Concretamente ha expuesto:

"En concepto de la Sala, la suma de las anteriores disposiciones muestra con claridad que los Hogares Comunitarios dependen administrativa, operacional y financieramente del I.C.B.F. y que son los organismos encargados de desarrollar gran parte de sus objetivos, en particular el Sistema de Bienestar Familiar considerado un servicio público a cargo del Estado, es decir, cumplen una función pública, esto es la protección de la niñez colombiana.

"Dicho Instituto, como entidad rectora de bienestar familiar, controla y supervisa el funcionamiento del programa e imparte autorización a quienes se desempeñan como madres comunitarias, previo el lleno de requisitos también determinados por el I.C.B.F.

"A la luz de las anteriores normas y analizadas en conjunto las pruebas allegadas al proceso, tanto directas como indiciarias, la Sala deduce con certeza, como lo hizo el a quo, que en el caso sub judice se estructuró una falla del servicio por omisión a cargo de la administración, en este caso el ICBF, dado que el niño MAYCOL ESTEVENS RAMIREZ CADAVID falleció en el Hogar Comunitario dirigido por la madre comunitaria señora AURA INES PELAEZ DE ECHEVERRY, cuando esta se encontraba ausente del Hogar, es decir, que fue negligente en el cumplimiento de sus obligaciones y deberes frente al cuidado del niño."¹⁷

.....
.....

"De las disposiciones citadas y lo declarado por la madre comunitaria se puede advertir que de la forma como lo sostiene la entidad demandada en realidad aquella no tiene relación laboral con ésta pues depende jerárquicamente y organizativamente de la Asociación de Padres exclusivamente.

*"Empero, **debe precisarse que la responsabilidad patrimonial del Estado no sólo se estructura sobre las acciones o las omisiones de aquellos que son sus servidores oficiales, sino también por la de aquellos que actúan como sus agentes directos o indirectos que desarrollan una función pública en su nombre y representación.***

"Los hogares comunitarios fueron concebidos institucionalmente como un programa a manera de mecanismo de participación de la misma ciudadanía de escasos recurso como aporte al Estado en la solución de sus problemas apremiantes. Pese a la estructura organizativa interna que se le ha dado a los hogares comunitarios y la forma como ellos funcionan pues tienen personería jurídica independiente, es innegable el nexo

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de septiembre de 1998, Exp. 11130, M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

representativo que surge con el I.C.B.F., tanto es así que el distintivo utilizado para que el público los pueda identificar es el de Hogar Infantil adscrito al Instituto.

“Asimismo, pueden comentarse otras circunstancias que también permiten su vinculación, como son: **la permanente coordinación y asesoría del Instituto sobre los hogares comunitarios, el aporte también permanente que de su presupuesto hace el Instituto para el sostenimiento de éstos; la capacitación y escogencia del personal que los manejarán, entre otros. Las asociaciones de padres que administran tales hogares aunque tienen personería jurídica propia no son entes completamente autónomos del Instituto. Ellos contribuyen con la entidad pública citada en forma mancomunada en la prestación del servicio público. Dichos hogares no son de ninguna manera una forma de administración delegada, sino un mecanismo de participación ciudadana en la ejecución de una función que le corresponde al Estado. El ente público permite que los particulares coejecuten con él un cometido público que si bien lo pueden hacer en forma independiente no les es permitido desarrollarlo por fuera de parámetros y límites que la misma institución les traza. De ahí que no puede sostenerse que el programa de los hogares comunitarios pueda funcionar como rueda suelta de todo el endrenaje (sic) que para tal efecto ha diseñado el Instituto.**

“En el asunto sub-examine **la madre comunitaria no obstante carecer de vínculo laboral alguno con la entidad demandada sí presta a su nombre una función pública a favor de la niñez de escasos recursos y desarrolla en su representación los objetivos que por ley se le han asignado a dicho ente. Por ende sus acciones o sus omisiones son responsabilidad del Instituto**”¹⁸

Alega el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que se debe declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva a su favor, en razón a que la menor Lizet Dayana Garzón Escobar ingresó a la Fundación Hogares Bambi bajo el programa COMUNIDAD, el cual no corresponde a uno de los programas que desarrolla el Instituto, ni tampoco tiene relación con los contratos que suscribieron con la citada Fundación.

Sobre la forma de vinculación de la referida menor, la representante legal de la Fundación Ayuda a la Infancia Hogares Bambi Bogotá relató en el interrogatorio de parte rendido ante este Juzgado:

“El programa de comunidad es un programa netamente de la Fundación donde nosotros acogemos a los niños que tienen unas necesidades y no queremos que se vulneren sus derechos, ellos ingresan pues voluntariamente por sus familias, especialmente acogemos aquellos que son hijos de madre cabeza de hogar, como... que son desplazadas, maltratadas, no tienen las condiciones económicas ni sociales para poder tener sus niños, entonces básicamente consiste en eso. PREGUNTADO. De las resoluciones que le da el Instituto Colombiano del Bienestar Familiar para las modalidades, se encuentra el programa comunidad. CONTESTO. No señora. PREGUNTADO. La menor Lizet Dayana ella ingresó al programa comunidad, entonces por algún proceso de restablecimiento de derechos o algún tema con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. CONTESTO. No señora. PREGUNTADO. Hace cuántos años funciona el programa comunidad.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de diciembre de 1993, Exp. 8.218, M.P. Julio César Uribe Acosta, posición jurisprudencial reiterada en sentencia del 26 de mayo de 2010, Exp. 18.195, M.P. Gladys Agudelo Ordóñez y en la sentencia proferida el 23 de junio de 2011, Exp. 20.324, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, entre otras.

LA

CONTESTO. Aproximadamente 35 años... PREGUNTADO. Cuál es la razón o cuál fue la razón por la que ingresó a la Fundación la niña. CONTESTO. Según lo que nos relata la solicitud de ingreso por parte de la madre, es que ella no contaba con los recursos para tener a la niña con ella, es decir, era una señora desmovilizada, contaba con tres niños, llega a la ciudad y ella se separa de su pareja por violencia intrafamiliar, posteriormente ella nos cuenta que una vecina le cuidaba los niños pero se da cuenta que los maltrataba, ella llega a la Fundación solicitando ayuda, ella conoce de que la Fundación antes, la preocupación de ella que no tenía apoyo familiar y más que todo porque ella pensaba de que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar le fuera a quitar sus niños por las precarias condiciones que tenía, entonces pide ayuda a la, se acerca a la Fundación y nos pide ayuda a través del servicio de programa de comunidad que contamos nosotros. PREGUNTADO. El programa comunidad los niños están internos todo el tiempo. CONTESTO. No señora. PREGUNTADO. Cómo es el horario de los niños dentro del programa comunidad. CONTESTO. El programa de comunidad tenemos dos formas para que ellos estén en el hogar, una es atención día, otra es internado, donde están los niños de lunes a viernes, máximo sábado medio día y deben ser retirados por sus progenitores durante el fin de semana y se reintegran nuevamente el día lunes para que siga en el proceso. PREGUNTADO. En cuál de estas dos modalidades estaba la niña Lizet Dayana. CONTESTO. Internada."

Lo anterior es demostrativo de que la menor Lizet Dayana Garzón Escobar ingresó a la Fundación Ayuda a la Infancia Hogares Bambi Bogotá bajo el programa *comunidad*, el cual corresponde a un programa de desarrollo exclusivo de la referida Fundación, y que no corresponde a aquellos que maneja el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; no obstante esta situación, para el despacho es claro que independientemente de ello, el referido Instituto sí está legitimado en la causa por pasiva dentro de la presente actuación.

Para ello, se traerá a colación lo indicado por el Decreto 936 de 2013 por el cual se reorganiza el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, el cual es definido como el conjunto de agentes, instancias de coordinación y articulación y de relaciones existentes entre estos para dar cumplimiento a la protección integral de los niños, niñas y adolescentes y el fortalecimiento familiar en los ámbitos nacional, departamental, distrital, municipal. Este compendio también define el Servicio Público de Bienestar Familiar como *el conjunto de acciones del Estado que se desarrollan para cumplir en forma integral y permanente con el reconocimiento, la garantía, protección y restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como la prevención de su amenaza o vulneración y el fortalecimiento familiar.*

El artículo 7º de este Decreto determina que los agentes del sistema son aquellas entidades que ejecutan acciones relacionadas con la protección integral de niños, niñas y adolescentes definida en el artículo 7º de la Ley 1098 de 2006¹⁹ y el fortalecimiento familiar, de la misma forma indica que el Sistema Nacional de Bienestar Familiar estará conformado en el ámbito departamental y municipal por *aquellas entidades, instituciones*

¹⁹ ARTÍCULO 7º. PROTECCIÓN INTEGRAL. Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.

La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos.

o agencias, públicas o privadas, solidarias o comunitarias, que ejerzan actividades inherentes a dicho sistema en el ámbito de un departamento, distrito o municipio, según corresponda.

Conforme el numeral 26 del artículo 189 de la Constitución Política resaltado *ut supra*, la facultad de inspección y vigilancia se dirige a la obligación de velar por que las rentas de las instituciones de utilidad común se conserven y sean debidamente aplicadas al cumplimiento de la voluntad de los fundadores. Así mismo se deberá velar por que se ajusten en su formación y funcionamiento a las normas vigentes que le sean aplicables y la observancia de sus estatutos.

Fue así como la Corte Constitucional haciendo hincapié a las funciones de inspección, vigilancia y control manifestó:

“Las funciones de inspección, vigilancia y control se caracterizan por lo siguiente: (i) la función de inspección se relaciona con la posibilidad de solicitar y/o verificar información o documentos en poder de las entidades sujetas a control, (ii) la vigilancia alude al seguimiento y evaluación de las actividades de la autoridad vigilada, y (iii) el control en estricto sentido se refiere a la posibilidad del ente que ejerce la función de ordenar correctivos, que pueden llevar hasta la revocatoria de la decisión del controlado y la imposición de sanciones. Como se puede apreciar, la inspección y la vigilancia podrían clasificarse como mecanismos leves o intermedios de control, cuya finalidad es detectar irregularidades en la prestación de un servicio, mientras el control conlleva el poder de adoptar correctivos, es decir, de incidir directamente en las decisiones del ente sujeto a control. (Subrayado fuera de texto).

En ausencia de una definición legal única, resulta útil acudir al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Según este compendio, inspección significa “acción y efecto de inspeccionar”; a su turno, el término inspeccionar es definido como “examinar, reconocer atentamente”. Por otra parte, el significado de vigilancia acopiado por este diccionario es: “cuidado y atención exacta en las cosas que están a cargo de cada uno”, mientras el verbo vigilar es definido como “velar sobre alguien o algo, o atender exacta y cuidadosamente a él o a ello”. Finalmente, el término control significa “comprobación, inspección, fiscalización, intervención”.

Estas definiciones no ilustran con claridad las diferencias entre los términos. Por ello, para tratar de delimitarlos, también puede ser de ayuda examinar las definiciones que para materias específicas, ha adoptado el legislador. Por ejemplo, la ley 142 de 1994 “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, si bien es cierto no define el alcance de estas herramientas, alude a algunas de las actividades que cobijan: en su artículo 53 prevé que en virtud de las funciones de inspección y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, dicha entidad debe (i) “(...) establecer los sistemas de información que deben organizar y mantener actualizados las empresas de servicios públicos para que su presentación al público sea confiable”, y (ii) “(...) establecer, administrar, mantener y operar un sistema de información que se surtirá de la información proveniente de los prestadores de servicios públicos sujetos a su control, inspección y vigilancia, para que su presentación al público sea confiable”.

LA

En el ámbito de la prestación de servicios de salud, el artículo 35 de la ley 1122 de 2007 define las funciones de inspección, vigilancia y control a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud así:

"A. inspección: La inspección, es el conjunto de actividades y acciones encaminadas al seguimiento, monitoreo y evaluación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y que sirven para solicitar, confirmar y analizar de manera puntual la información que se requiera sobre la situación de los servicios de salud y sus recursos, sobre la situación jurídica, financiera, técnica-científica, administrativa y económica de las entidades sometidas a vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud dentro del ámbito de su competencia.

Son funciones de inspección entre otras las visitas, la revisión de documentos, el seguimiento de peticiones de interés general o particular y la práctica de investigaciones administrativas.

B. Vigilancia: La vigilancia, consiste en la atribución de la Superintendencia Nacional de Salud para advertir, prevenir, orientar, asistir y propender porque las entidades encargadas del financiamiento, aseguramiento, prestación del servicio de salud, atención al usuario, participación social y demás sujetos de vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud, cumplan con las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud para el desarrollo de este.

C. Control: El control consiste en la atribución de la Superintendencia Nacional de Salud para ordenar los correctivos tendientes a la superación de la situación crítica o irregular (jurídica, financiera, económica, técnica, científico-administrativa) de cualquiera de sus vigilados y sancionar las actuaciones que se aparten del ordenamiento legal bien sea por acción o por omisión".

La jurisprudencia constitucional también ha establecido algunas diferencias útiles para resolver el caso bajo estudio. Por ejemplo, en la sentencia C-782 de 2007, la Corporación explicó que "(...) la inspección y vigilancia no implica, de un lado, modificación del sujeto controlado, ya que lo que se busca es que éste se acomode a la ley", y luego agregó: "en síntesis, inspección y vigilancia no significa más que verificar que el sujeto, entidad u órgano controlado en relación con determinadas materias u ámbitos jurídicos se ajuste a la ley".²⁰

Conforme la normativa descrita en el presente acápite, se puede inferir claramente que la competencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en materia de inspección, vigilancia y control, recae sobre todas aquellas instituciones o entidades que tengan como finalidad la prestación de servicios de protección a niños, niñas y adolescentes.

Ahora, para determinar el verdadero alcance de esos deberes de inspección, vigilancia y control sobre las instituciones que cumplen esta misión, vale traer a colación el concepto No. 72 del 16 de junio de 2017 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, donde se analiza el alcance de esta función, estudio que se confecciona atendiendo el concepto de *servicios de protección* donde expuso:

²⁰ Sentencia C-570/12. M. p: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

231

"3. Alcance del concepto de servicios de protección dirigidos a los niños, niñas y adolescentes.

La teoría de la protección integral como estructurarte del Código de la Infancia y la Adolescencia, es el resultado de la evolución del concepto de protección del menor que se traza en el desarrollo normativo que fundamenta la existencia y funciones del ICBF que, como se refirió anteriormente, contempla el despliegue de acciones del orden preventivo encaminadas al desarrollo integral, y restaurativo, definidas para las situaciones de vulneración de derechos de las niñas y niños.

Lo anterior encuentra fundamento en el Decreto 2388 de 1979, compilado por el Decreto Único Reglamentario 1084 de 2015, del que cabe traer a colación las siguientes disposiciones de los títulos VI. DE LA PROTECCIÓN PREVENTIVA y VIII. DE LA PROTECCIÓN ESPECIAL:

Artículo 55. La asistencia preventiva se debe traducir en el conjunto de acciones necesarias para evitar el abandono del menor y la desintegración de la familia.

Artículo 60. La protección preventiva al menor de siete años debe encaminarse a obtener su atención integral en los hogares infantiles, según las modalidades de servicio que establezca el instituto.

Artículo 70. Se entiende por protección especial el tratamiento integral, legal, nutricional y social, que se proporciona:

- a) Al menor desprotegido (niño de la calle);
- b) Al menor abandonado y/o en peligro físico o moral;
- c) Al menor abandonado con limitaciones físicas o mentales, y
- d) Al menor con problemas de conducta, por violación de la ley o por desadaptación social.

Es así como el concepto de protección del menor acogido por el ordenamiento jurídico desde el año 1979, cobija los verbos rectores de la protección integral en los términos acogidos por la Ley 1098 de 2006: reconocimiento, prevención de la amenaza y restablecimiento en caso de vulneración de los derechos de niñas y niños. Esta concepción fue recogida por el artículo 1o del Código del Menor, en el que se señalaba como objeto del mismo, entre otros "2. Determinar los principios rectores que orientan las normas de protección al menor, tanto para prevenir situaciones irregulares como para corregirlas".

El hito más relevante en la evolución del concepto de protección integral, tiene lugar en el ordenamiento jurídico colombiano a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño cuya ratificación determinó la expedición del Código de Infancia y Adolescencia, fundamentado en la teoría de la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, que por principio los reconoce como personas autónomas y titulares de derechos y deberes y conlleva así mismo la responsabilidad solidaria, conjunta y simultánea en cabeza de la familia, de la sociedad y del Estado de cumplir con obligaciones básicas y de generar políticas públicas para garantizar de forma integral los derechos de la niñez y la adolescencia, así como prevenir su amenaza y su vulneración.

En este sentido, vale aclarar que el concepto de protección integral no se encuentra limitado a los servicios de atención cuyo objeto se centra en el restablecimiento de los

LA

derechos de los niños cuando estos han sido vulnerados, sino que abarca también todos aquellos servicios de atención dirigidos a prevenir situaciones de amenaza y vulneración, incluidos los servicios dirigidos a la atención integral de la primera infancia. La idea contraria, equivaldría a concluir que el papel del Estado en materia de protección de niñez y adolescencia se limitaría a proteger al niño que ha sido vulnerado en sus derechos, lo cual desconocería el principio de protección y desarrollo integral de la niñez colombiana.

Bajo este marco, el artículo 7 de la Ley 1098 de 2006 Código de la Infancia y la Adolescencia consagra el principio en mención en los siguientes términos: "Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior. La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos".

Así pues, la garantía implica que, independiente de las condiciones y etapa de la vida en que se encuentre el niño o niña, se debe asegurar su desarrollo integral desde sus capacidades, potencialidades, condiciones físicas y psicológicas, diversidad étnica, entre otros factores que influyen desde el inicio de su primera etapa de vida.

Frente a ello, la Corte Constitucional ha reafirmado que en el Código de la Infancia y la Adolescencia "se reconoce que los menores de 18 años son sujetos titulares de derechos (art. 3); que su protección integral implica, además de reconocerles tal condición, la garantía del cumplimiento de tales derechos, en desarrollo del principio del interés superior (art. 7); el cual, por su parte, fue delimitado como un imperativo para todos, familia, sociedad y Estado, de garantizar la satisfacción integral de sus derechos, bajo una comprensión universal, prevalente e interdependiente de los bienes de los que son titulares"²¹

Así las cosas, la protección de los niños, niñas y adolescentes, incluye, -en el marco del principio de la protección integral-, todos aquellos servicios de atención dirigidos a satisfacer de manera integral los derechos de las niñas y los niños. Frente a todos estos servicios, se entiende configurada la competencia legal y reglamentaria de inspección, vigilancia y control a cargo del ICBF.

En este sentido, es claro que la competencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar respecto de la inspección, vigilancia y control de las entidades que alberguen o cuiden niños, niñas y adolescentes, no se limita a los servicios de protección, entendidos estos, dentro de los programas específicos que atiende esta entidad cuando quiera que exista una inobservancia, vulneración o amenaza de derechos fundamentales de esta población, sino tal cual como lo establece el artículo 16 de la Ley 1098 de 2016, a todas las personas naturales o jurídicas, con personería jurídica expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o sin ella, que aún, con autorización de los padres o representantes legales, alberguen o cuiden a personas menores de 18 años.

Nótese que el artículo 16 mencionado, el cual otorga al ICBF la facultad de IVC sobre las entidades que alberguen o cuiden a personas menores de 18 años, hace parte del título I del Código de la Infancia y la Adolescencia denominado de "La protección integral". Mal

²¹ Sentencia C-113 de 2017.

pues podría interpretarse que esta obligación legal de la entidad se limita a instituciones que prestan servicios dirigidos exclusivamente al restablecimiento de los derechos de los niños cuando estos han sido vulnerados." (subrayado del despacho)

Aterrizando al caso que nos compete, es claro que la Fundación Ayuda a la Infancia Hogares Bambi Bogotá es una entidad privada, sin ánimo de lucro, con personería jurídica reconocida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar mediante Resolución 743 del 25 de abril de 1988, cuyo objeto es "Ofrecer servicios de atención integral para niños y niñas que se encuentren riesgo o violación de sus derechos fundamentales, con o sin familia y en consecuencia en inminente peligro físico, mental social y moral; ofreciendo un programa que contribuya su recuperación física, psicológica, emocional y cognitiva, además de un proceso de preparación psico-afectivo y social para la adopción o el reintegro a su medio familiar, igualmente apoyar y asesora a sus familias en su desarrollo personal y mejoramiento socioeconómico" (fl. 215 a 218)

Igualmente quedó acreditado que para la fecha de los hechos la Fundación Ayuda a la Infancia Hogares Bambi Bogotá recibía aportes del ICBF a través de los contratos de aporte²² No. 1110 y 1144 de 2014 cuyo objeto era 1) Garantizar la aplicación del Modelo de Atención en la Modalidad HOGAR SUSTITUTO ONG – VULNERACION y 2) Garantizar la aplicación del Modelo de Atención en la Modalidad INTERNADO ATENCION ESPECIALIZADA, respectivamente. (fl. 105 a 119)

Del contenido de los referidos contratos y del objeto social de la entidad privada, es dable concluir que efectivamente la Fundación Ayuda a la Infancia Hogares Bambi Bogotá es una entidad que tiene como finalidad la prestación de servicios de protección a niños, niñas y adolescentes, y el hecho de que la menor no haya ingresado a la Fundación en atención a uno de los programas base del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, sino al programa *comunidad* de desarrollo exclusivo de la prestadora de este servicio, no es óbice para relevar al Instituto del deber de inspección, vigilancia y control que debe ejercer frente a esta entidad.

No hay que olvidar que la función de inspección, vigilancia y control que ejerce el ICBF no recae exclusivamente frente a las entidades de derecho privado que ejecutan los programas específicos de la máxima autoridad en materia de infancia y adolescencia, no,

²² "Se trata de un contrato estatal regulado por las normas del Estatuto General de la Contratación Pública –ley 80 de 1993–, y cuya posibilidad de celebración se encuentra consagrada en el numeral 9 del artículo 21 de ley 7 de 1979 y el decreto 2388 de 1979. En efecto, se trata de una clase de convención atípica encaminada a que el ICBF –en virtud de su función de propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteja al menor de edad y le garantice sus derechos– suscriba con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales el manejo de sus campañas, de los establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objetivo (...) el contratista asume la prestación de un servicio propio del sistema de bienestar familiar y social a cambio de una contraprestación, al margen de que el contratista pueda ser una institución sin ánimo de lucro.

En efecto, el negocio jurídico de aporte es un contrato estatal especial suscrito entre el ICBF y un contratista, en el que el primero se compromete, como su nombre lo indica, a efectuar aportes o contribuciones en dinero o especie a una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, y especialmente a instituciones de utilidad pública o de beneficencia, o de reconocida capacidad técnica o social con el fin de que atienda bajo su exclusiva responsabilidad y con su propio personal humano y técnico, un área específica del sistema de bienestar social, es decir, aquellas dirigidas a la atención a la integración y realización armónica de la familia, así como a la protección efectiva de la niñez y adolescencia. Consejo de Estado. Sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 16941, C.P. Enrique Gil Botero.

ese deber amplía su margen a aquellas personas naturales o jurídicas con personería expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o sin ella, que con o sin autorización de los padres o representantes legales, alberguen o cuiden menores de 18 años.

Acaeció que la entidad Hogares Bambi cuenta con personería jurídica expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el menor (4 meses) fue dejado bajo el cuidado de la Fundación en el programa comunidad con la autorización de su madre, y como se indicó, esta entidad presta el servicio de protección a menores; por lo que es evidente que cualquier daño que se cause a menores que fueren atendidos en la Fundación Hogares Bambi por acción u omisión, puede generar responsabilidad en el ente estatal encargado de dirigir el Servicio de Bienestar Familiar.

Por lo tanto, y al tenor de lo indicado en el concepto aludido anteriormente, es claro que la obligación legal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no radica exclusivamente frente a las instituciones que prestan el servicio de bienestar familiar y que buscan el restablecimiento de derechos de los niños cuando estos han sido vulnerados, sino que la obligación del Instituto, va conforme el artículo 16 del Código de la Infancia y la Adolescencia sobre todas aquellas entidades que en cumplimiento de la función pública alberguen o cuiden menores de 18 años, razón suficiente para determinar que el ICBF si está legitimado para responder por los daños aducidos en la demanda, claro está, siempre y cuando, le sean imputables.

Decantada la legitimación de la entidad pública, procede el despacho a analizar si el daño irrogado a los demandantes es imputable a las demandadas, para ello se ha de estipular que conforme el acervo probatorio es claro que la menor Lizet Dayana Garzón Escobar ingresó a la Fundación Ayuda a la Infancia Hogares Bambi el día 24 de marzo de 2015. (fl. 23)

Consta igualmente que la menor Lizet Dayana Garzón Escobar fue valorada por enfermería el mismo día del ingreso, en donde se referenció *rinorrea hialina y tos escasa*, sin recomendaciones de ninguna naturaleza (fl. 28). También obra en el expediente el documento de valoración socioeconómica familiar del 24 de marzo de 2015, en el cual se identificó a la menor, se registró como su madre a Adriana Escobar Escobar y se reseñó como motivo de ingreso:

“Actualmente la señora Adriana se encuentra separada, tiene 3 hijos y no cuenta con red de apoyo familiar, se encuentra sola en la ciudad, actualmente está buscando una oportunidad laboral, pero se le ha dificultado el cuidado de los niños, le colaboraba una vecina pero al parecer trataba de forma no adecuada a los niños, busca ayuda para prevenir una situación que atente el bienestar de los niños”

La historia clínica de la atención de urgencias del Hospital Rafael Uribe Uribe del 28 de marzo de 2015, estipula:

“Paciente de más o menos 8 meses lactante, traída por la madre comunitaria, quien refiere que la niña estaba en un hogar comunitario al cuidado de ella y otra madre comunitaria ,

cuando la compañera le refiere que la niña está morada que no respira que está "desgonzada", pero que no sabe hace cuanto, momento en el cual ella decide llamar la ambulancia pero dice ella que le preguntan muchas cosas y que ella decide no esperarla y que se dirige inmediatamente hacia el CAMI, donde en la parte exterior del CAMI se encuentra parqueada la móvil 52, con el auxiliar de enfermería quien decide ingresar con ella haciendo maniobras de compresión torácica, se ingresa a reanimación donde se inician maniobras según protocolo. Se habla con madre comunitaria quien refiere lo anterior y además que la niña está mal y que no respira, antecedentes desconocidos, es traída por madre comunitaria quien desconoce antecedentes personales de la niña."

Dentro de la presente actuación se escuchó en interrogatorio de parte a la señora Luz Adriana Escobar Escobar madre de la menor fallecida quien narró:

"PREGUNTADO. Cuál es la razón para la que usted ingrese a la niña a la Fundación Hogar Bambi. CONTESTO. Porque yo tenía que trabajar y pues yo miré que la Fundación podía brindarme la ayuda de cuidarme la niña... PREGUNTADO. La niña tenía garantizada la seguridad social por parte de ustedes. CONTESTO. Si señora, ella tenía EPS y todo. PREGUNTADO. Cuál era la EPS de la niña. CONTESTO. La NUEVA EPS... PREGUNTADO. Señora Luz Adriana, usted a qué horas trabajaba. CONTESTO. Yo entraba siempre a las 6 de la tarde y salía por allá tipo 6 de la mañana del otro día. PREGUNTADO. A qué horas dejaba entonces a los niños en la Fundación. CONTESTO. Dentraron, ellos entraron porque allá no duraron sino cinco días no más, o sea, cinco días y murió la niña, digamos yo la metí un no recuerdo bien si fue un lunes o un martes, es que no recuerdo bien, pero de lo que hace que yo la ingresé no duró sino cinco días y falleció, entonces como me la cuidaban así en el día, digamos la señora me dijo no pues acá la puede traer tipo cuatro de la tarde, dos de la tarde, apenas usted vea que le quede tiempo que no vaya a llegar tarde al trabajo, porque yo ingresaba a las seis de la tarde. PREGUNTADO. Y a qué horas recogía a la niña al día siguiente. CONTESTO. Al otro día ocho o nueve de la mañana..."

En relación a la forma en que se presentaron los hechos, la misma Fundación informó que el 28 de marzo de 2015 a las 5:20 a.m. la jardinera de turno, en desarrollo del recorrido adecuadamente programado, observa que la bebé Lizeth Garzón presenta signos que ameritan atención médica, razón por la cual es trasladada de forma adecuada e inmediata al CAMI de Chircales, centro médico más cercano a la Fundación. (fl. 44)

Finalmente se encuentra el estudio histopatológico emitido por medicina legal del 13 de diciembre de 2016, donde se conceptúa:

"El estudio histopatológico evidenció neumonitis intersticial; injuria neuronal hipóxica; meningitis aséptica; estrés tímico; hiperplasia linfoide reactiva (ganglios linfáticos, bazo, colon y amígdala lingual) y cambios por autólisis.

La información aportada hasta el momento por la investigación y por la historia clínica del Hospital Rafael Uribe Uribe, los hallazgos macroscópicos de la autopsia y el estudio histopatológico, orientan hacia una insuficiencia respiratoria secundaria a neumonitis intersticial. La probable manera de la muerte es natural.

OPINIÓN PERICIAL: Se trata de un lactante menor de sexo femenino, de 4 meses de edad, quien fallece en una insuficiencia respiratoria aguda secundario a neumonitis intersticial.

CAUSA BÁSICA DE MUERTE: NEUMONITIS INTERSTICIAL

DIAGNÓSTICO MÉDICO LEGAL DE LA MANERA DE MUERTE: NATURAL" (fl. 45 y 46)

Corolario de lo expuesto, se tiene que la madrugada del 28 de marzo de 2015 una trabajadora de la Fundación Ayuda a la Infancia Hogares Bambi cuando realizaba su turno, observó que la menor Lizet Dayana Garzón Escobar presentaba signos que evidenciaban un mal estado de salud, pues se veía a la niña morada y sin respiración.

Conforme el dictamen rendido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses resulta diáfano que la causa de la muerte de la menor fue una *neumonitis intersticial* que ha sido definida por la doctrina médica como la "*Inflamación del tejido de los alvéolos y del revestimiento de los pulmones, que puede restringir gravemente la respiración en poco tiempo*"²³.

Individualizando este concepto podemos aclarar que por lo tanto la neumonitis es un término general que se refiere a la inflamación del tejido pulmonar. Técnicamente, la neumonía es un tipo de neumonitis porque la infección provoca inflamación. Sin embargo, los médicos suelen utilizar el término «neumonitis» para referirse a las causas no infecciosas de la inflamación pulmonar²⁴, concluyéndose de ello, que la menor Lizet Dayana Garzón presentaba una enfermedad pulmonar intersticial, en tanto esta clase de manifestaciones refieren a un grupo de trastornos pulmonares donde los tejidos del pulmón resultan inflamados y posteriormente dañados²⁵.

Esta enfermedad tiene unas características y unos síntomas particulares que han de ser tratados con tiempo para evitar desenlaces fatales, dentro de los síntomas más comunes se encuentran *i) la dificultad para respirar en reposo o al realizar esfuerzos y ii) la tos seca*²⁶.

Las manifestaciones médicas antes descritas toman mayor importancia cuando de la valoración inicial por enfermería realizada por la Fundación Ayuda a la Infancia Hogares Bambi se determina que la menor Lizet Dayana Garzón presentaba *rinorrea hialina y tos ocasional*, sin que se evidencie un plan de manejo de estos síntomas.

Nótese como la *rinorrea hialina* es una manifestación de la rinitis y de la sinusitis que implica secreción nasal y particularmente hace presencia "*en los cuadros agudos, por edema y secundario a enfermedades sistémicas, principalmente rinofaringitis aguda, rinitis alérgica. Hay inflamación de la mucosa con aumento de la permeabilidad de los capilares, que produce un exudado seroso en la cavidad sinusal. Se presenta edema del estroma con infiltración celular, linfocítico y células plasmáticas*"²⁷.

²³ <https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/hepatitis-c/in-depth/hepatitis-c-drug-side-effects/art-20121674>

²⁴ <https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/pneumonitis/symptoms-causes/syc-20352623>

²⁵ Sobre el particular ver <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/000128.htm>

²⁶ <https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/interstitial-lung-disease/symptoms-causes/syc-20353108>

²⁷ <https://encolombia.com/medicina/revistas-medicas/biomedicas/vol-bio11/sinusitisenlainfancia/>

254

Para el despacho es claro que la presencia de las anteriores manifestaciones implicaban un manejo más a fondo del estado de salud del menor, para ello se debía elaborar una historia clínica por parte de un profesional de la medicina, quien luego de realizar una evaluación física establecería el verdadero estado de salud y las causas de los problemas que padecía en el momento, igualmente determinaría el manejo médico a llevar a cabo; adviértase que se está en presencia de un menor lactante que requiere de un cuidado y un seguimiento personal dadas las especiales características en salud que presentan en los primeros meses de vida, todo ello, en aras de evitar que cualquier enfermedad que padezca en este período (4 meses) se convirtiera en una causa eficiente de afectación a su vida.

Además de ello, los hechos nos demuestran que al momento en que se encontró a la menor en el estado ya descrito, ésta no tuvo ninguna atención inmediata en salud por parte de personal médico alguno, y si bien la Fundación alega que esta no era una exigencia para la prestación de su servicio, el despacho considera que dadas las características del servicio que brindaba la Fundación, ésta tenía el deber de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la vida del menor, y sin duda un personal médico especializado en niños hubiese podido permitir un diagnóstico más preciso sobre la patología que presentaba el menor y adicionalmente, habría podido atenderlo en el instante en que fue encontrado en mal estado de salud, y no casi 40 minutos después de esta situación, tal y como ocurrió.

Conforme lo descrito, el despacho logra concluir que los hechos son demostrativos de la falla del servicio de la entidad demandada, en la medida en que adicional a lo descrito, la menor llevaba 4 días bajo el cuidado de la Fundación Ayuda a la Infancia Hogares Bambi y según informó su representante legal en el interrogatorio de parte rendido dentro del presente trámite, la niña se encontraba en calidad de interna, modalidad que implica permanecer allí de lunes a viernes e incluso los sábados hasta medio día, todo ello en cumplimiento del servicio de Bienestar Familiar a cargo del Estado y bajo la dirección el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por lo que se infiere el actuar descuidado y negligente en la atención que debía recibir la menor, la cual evidencia la producción del hecho dañoso.

En lo que corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar familiar, tal y como se indicó al inicio de estas consideraciones, éste tiene el deber jurídico de velar porque aquellos centros que prestan el servicio de bienestar familiar a menores de 18 años, cumplan con las condiciones mínimas para brindar una especial protección, atención y cuidado a los menores, lo que incluye que cuente con personal idóneo para las diversas situaciones que se presenten, tales como personal médico, de psicología, enfermería, educadoras, entre otras, por lo que también le asiste responsabilidad por el fallecimiento de la menor Lizet Dayana Garzón Escobar pues incumplió su deber de vigilancia y control sobre la Fundación Hogares Bambi para así garantizar el cuidado y la salvaguarda de los menores, imponiéndose el rechazo de la excepción de *Inexistencia de relación de causalidad entre el presunto hecho dañoso alegado por el apoderado de la parte actora y el resultado*.

40

Por las razones expuestas, el Despacho declarará la responsabilidad solidaria de la Fundación Ayuda a la Infancia Hogares Bambi Bogotá y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF por la muerte de la menor Lizet Dayana Garzón Escobar acaecida el 28 de marzo de 2015.

5.3. Indemnización de Perjuicios

Es importante precisar, que los demandantes solamente solicitan el reconocimiento de los perjuicios de orden inmaterial en la modalidad de daño moral.

5.3.1. Perjuicios inmateriales

En primera medida, precisa el Despacho que la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante providencia de unificación del 28 de agosto de 2014 emitió una serie de pronunciamientos en los cuales se analizaron y fijaron los parámetros y topes indemnizatorios en materia de perjuicios inmateriales, lo que comprende daños morales, daño a la salud y afectación relevante a bienes o derechos constitucional y convencionalmente protegidos.

5.3.1.1. Perjuicios Morales

La parte actora en el libelo introductorio, solicita el reconocimiento de daños morales en cuantía de una suma equivalente a 100 y 50 SMLMV, para los demandantes atendiendo el grado de relación afectiva.

El Consejo de Estado en la sentencia de unificación a que se hizo referencia, precisó en relación con el daño moral, lo siguiente:

*"[...] el concepto de perjuicio moral se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo."*²⁸

El Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo señaló que la reparación del daño moral en caso de muerte tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas; y para el efecto, fijó como referente en la liquidación del perjuicio moral, así:

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE REGLA GENERAL					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Relaciones afectivas conyugales y paterno filiales	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

²⁸ C.E., Sec. Tercera - S. Plena, Sent. Unif. ago. 28/2014.

Sobre la presunción del perjuicio moral causado, el Consejo de Estado ha estipulado:

“Actualmente, la Corporación viene reconociendo que la simple acreditación de la relación de parentesco existente permite presumir el dolor sufrido por los parientes, de modo que al allegarse al proceso los registros civiles de la víctima, y sus hermanos es suficiente para que se ordene el reconocimiento de perjuicios morales.”²⁹

En ese sentido, el juez contencioso administrativo está llamado a considerar, dentro de su arbitrio judicial, criterios como i) el dolor sufrido, ii) la intensidad de la congoja, iii) la cercanía con el ser o bien perdido, para fundado en el principio de equidad alcanzar una cuantificación y liquidación justa de su indemnización.³⁰

Al tratarse de una presunción de facto o de hombre, el juez, con base en las máximas generales de la experiencia, realiza inferencias o juicios en virtud de los cuales se considera como cierto un hecho, admitiéndose, en todo caso, pruebas contrarias al hecho presumido³¹.

Frente a Salomón Garzón padre de la menor fallecida el despacho se encuentra con la solicitud de ingreso³² en la que la madre de Lizet Dayana manifiesta que no cuenta con apoyo familiar y que se encontraba separada de su pareja por maltrato; incluso en el interrogatorio de parte que vertió en este proceso indicó:

“PREGUNTADO: El papá de sus hijos vivía con usted.

CONTESTO. No señora.

PREGUNTADO. El papá de sus hijos le ayudaba con el cuidado de sus hijos.

CONTESTO. No, él no me colaboraba a mí.

PREGUNTADO. Él no podía hacerse cargo de los niños por la noche.

CONTESTO. No, yo con él no vivía y él no me colaboraba, por eso me vi en la obligación de meterla en esta Fundación.”

Del material de prueba allegado al proceso y relacionado en el párrafo anterior, se determina que el señor Salomón Garzón pese a su condición de padre de la niña fallecida, no prestaba colaboración ni ayuda afectiva ni económica a ésta, por lo tanto, la condición de tal no es suficiente en este caso para el reconocimiento de los perjuicios morales, en tanto al no evidenciarse ese lazo de afecto y cercanía para con la menor, queda desvirtuada la presunción de afectación moral que contempla este perjuicio, y será del caso negar su reconocimiento.

En ese orden, conforme se expuso en el acápite de legitimación en la causa por pasiva, se les reconocerá a los siguientes demandantes las respectivas sumas de dinero, discriminadas así:

²⁹ C.E., Sec. Tercera, Subsección “C”, Sent. jun. 12/2014, M.P.: Olga Melida Valle de La Hoz.

³⁰ *Ejusdem*

³¹ Devis Echandía, Hernando. Teoría general de la prueba judicial, Bogotá, Editorial ABC, Tomo II, Quinta Edición, 1995, pp. 693 y ss.

³² Fl. 22

NOMBRE	PARENTESCO	VALOR
Luz Adriana Escobar Escobar	Madre	100 smlmv
Saray Michell Escobar Escobar	Hermana	50 smlmv
Kevin Estiben Garzón Escobar	Hermana	50 mlmv

6. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

Teniendo en cuenta que se encontró responsable al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y que ésta había llamado en garantía a Seguros del Estado S.A., en virtud de las pólizas de responsabilidad civil extracontractual que había contratado la Fundación Ayuda a la Infancia Hogares Bambi Bogotá, llamamiento que fue aceptado mediante auto del 1 de agosto de 2018, resulta necesario analizar la responsabilidad de la llamada en garantía.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar allegó la póliza de seguro de cumplimiento entidad estatal No. 33-44-101110554 (fl. 38 cuad. 2), la póliza de responsabilidad civil extracontractual derivada de cumplimiento No. 33-40-101026506 (fl. 39 cuad. 2), la póliza de seguro de cumplimiento entidad estatal No. 33-40-101110545 (fl. 40 cuad. 2) y la póliza de responsabilidad civil extracontractual derivada de cumplimiento No. 33-40-101026499 (fl. 33 cuad. 2), en las cuales funge como tomador la Fundación Ayuda a la Infancia Hogares Bambi Bogotá y como beneficiario el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Analizando cada una de estas pólizas, se encuentra esta juzgadora con que las dos primeras pólizas tienen como objeto el contrato de aporte No. 1110 de 2014, mientras que las dos últimas enmarcan el contrato de aporte No. 1144 de 2014, luego las coberturas se circunscriben a los daños y perjuicios que se lleguen a causar con ocasión de la ejecución de los mismos.

Como se referenció *ut supra*, quedó efectivamente acreditado que entre la Fundación Ayuda a la Infancia Hogares Bambi Bogotá y el ICBF se suscribieron los contratos de aporte No. 1110 y 1144 de 2014 cuyo objeto era 1) Garantizar la aplicación del Modelo de Atención en la Modalidad HOGAR SUSTITUTO ONG – VULNERACION y 2) Garantizar la aplicación del Modelo de Atención en la Modalidad INTERNADO ATENCION ESPECIALIZADA, más sin embargo es de reiterar lo también enunciado detenida y detalladamente al inicio de esta providencia, la menor Lizet Dayana Garzón Escobar no ingresó a la Fundación bajo ninguno de los programas descritos en los contratos aludidos.

En virtud de ello, es claro que al haber ingresado la niña con ocasión del programa *comunidad* el cual era de exclusivo ejercicio de la Fundación, las pólizas que fueron allegadas para establecer la obligación de Seguros del Estado S.A. como ente encargado de amparar el perjuicio acá causado, tienen cobertura exclusiva para el amparo de perjuicios causados con ocasión de los contratos de aporte 1110 y 1144 de 2014, del cual se *íttera* no hacía parte la menor, razón suficiente para declarar que el llamamiento se torna improcedente.

256

7. COSTAS

El Despacho señala que de acuerdo con lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, se condenará a la parte demandada al pago de costas cuya liquidación se realizará por la Secretaría de este Despacho.

Respecto de las denominadas agencias en derecho, su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 10554 de agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura. Así, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el artículo 5 del mencionado Acuerdo, fijándose para los procesos declarativos en primera instancia con cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido.

Ahora bien, en concordancia con el artículo segundo del Acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicarán gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión realizada por el apoderado, la cuantía del proceso y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables. Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se evidencia que el apoderado de la parte demandante presentó la demanda, se hizo presente en la audiencia inicial, en la segunda sesión de audiencia de pruebas, y presentó alegatos de conclusión. Es por lo anterior, que el Despacho fija como agencias en derecho el porcentaje del 4% de lo reconocido, el cual será incluido en la liquidación de costas que realice la Secretaría del Despacho.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SESENTA Y DOS ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ, SECCIÓN TERCERA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de *Falta de legitimación en la causa por pasiva* y de *Inexistencia de relación de causalidad entre el presunto hecho dañoso alegado por el apoderado de la parte actora y el resultado* planteadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar conforme lo anotado en precedencia.

SEGUNDO: DECLARAR administrativamente responsables en forma solidaria al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y a la FUNDACIÓN AYUDA A LA INFANCIA HOGARES BAMBI BOGOTÁ por la muerte de la menor Lizet Dayana Garzón Escobar acaecida el 28 de marzo de 2015, por las razones expuestas en la parte considerativa de la providencia.

TERCERO: En consecuencia, **CONDENAR** en forma solidaria al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y a la FUNDACIÓN AYUDA A LA INFANCIA HOGARES BAMBI BOGOTÁ a reconocer y pagar por concepto de perjuicios inmateriales, en la modalidad de daño moral las siguientes sumas en salarios mínimos legales mensuales vigentes a la expedición de la presente sentencia:

NOMBRE	PARENTESCO	VALOR
Luz Adriana Escobar Escobar	Madre	100 smlmv
Saray Michell Escobar Escobar	Hermana	50 smlmv
Kevin Estiben Garzón Escobar	Hermana	50 smlmv

CUARTO: CONDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y a la FUNDACIÓN AYUDA A LA INFANCIA HOGARES BAMBI BOGOTÁ al pago de las costas, lo cual incluye los gastos procesales y las agencias en derecho que se tasan en la suma de **\$7.022.424**, de conformidad con la parte considerativa de la providencia.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: NEGAR el llamamiento en garantía por resultar improcedente, de conformidad con las razones expuestas en precedencia.

SÉPTIMO: Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

OCTAVO: Una vez ejecutoriado este fallo, previo al archivo del expediente, por secretaría liquidense los gastos del proceso, en caso de remanentes devuélvanse al interesado. Pasados dos años, sin que el interesado los haya reclamado la Secretaría declarara la prescripción de los mismos a favor del Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial.

NOVENO: Liquidados los gastos, **ARCHIVAR** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


MARÍA DEL TRÁNSITO HIGUERA GUÍO
 Jueza