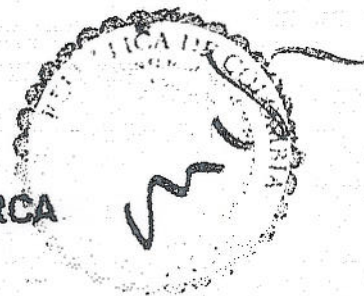


**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCION TERCERA
SALA DE DESCONGESTIÓN**



Bogotá D. C., seis (6) de octubre de dos mil cuatro (2004)

MAGISTRADO PONENTE: CECILIA DEL ROSARIO PEÑA MEDINA
EXPEDIENTE: 2001-0298
DEMANDANTE: ELDA MARTÍNEZ Y OTROS
DEMANDADO: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, ICBF.

REPARACIÓN DIRECTA

Agotado el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia en el proceso, que en ejercicio de la Acción de Reparación Directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, llevaron a cabo, a través de apoderada, ELDA MARTINEZ quien actúa en nombre propio y en representación de su menor hijo HOVER STIVEN OCHOA MARTINEZ; FABIAN SANDOVAL BARBOSA, JOSÉ EUSEBIO SANDOVAL BUITRAGO E IDALY MARTÍNEZ, con fundamento en los siguientes

HECHOS

Según la demanda, se resumen, en:

1. NATALIA SANDOVAL MARTÍNEZ había sido admitida en el programa de madres comunitarias del ICBF y asistía desde hacía unos cuatro meses al Hogar Madres Comunitarias de Barrios Unidos, ubicado en la calle 71 No. 35-41 dirigido y atendido por la señora Nancy Pérez Hernández.
2. El 26 de julio de 1999, Eida Martinez llevó a su hija Natalia Sandoval Martinez al Hogar Comunitario a eso de las 7 a.m, en perfecto estado de salud, pero aproximadamente a las 11 a.m., la señora Nancy Pérez se hizo presente en el sitio de trabajo de la madre para comunicarle que su hija se había tapado con una cobija y como consecuencia de esto la estaban tratando en la Clínica Nicolás de Federmán, a donde la madre de la menor se dirigió, la encontró conectada a varios aparatos y según el médico ya no se podía hacer nada por la niña, por cuanto llevaban más de una hora en maniobras de reanimación pero no reaccionaba; además, porque, según la actora, la niña había llegado a la clínica sin signos vitales. El levantamiento del



lo utilizaban otros niños y supo con posterioridad a los hechos, que como la señora no tenía quien le ayudara con el cuidado de los menores, delegada esta obligación en los niños más grandes para cuidar a los pequeños, por lo que se trata de una falta a los deberes y obligaciones de la madre comunitaria, quien con su conducta irresponsable dio lugar a que se produjera el accidente en el cual perdió la vida la menor. Así mismo, se afirma, que según el artículo 12 de la Ley 7ª de 1979, el Sistema Nacional de Bienestar Familiar corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, lo mismo que organizar el programa denominado Madres Comunitarias, en concordancia con la Ley 89 de 1988.

4. De igual manera, el Hogar Madres Comunitarias de Barrios Unidos, para la fecha de los hechos, se hallaba constituido bajo el subsidio, atención y cuidado del ICBF, que para el efecto había suscrito el contrato de aporte No. 29/18/99/0099, celebrado entre el ICBF Regional Bogotá y la Asociación de Padres de Hogares de Bienestar Familiar BENROSAR, cuyo objeto es proveer los recursos de que trata la cláusula sexta del contrato, por parte del Instituto, correspondiéndole, a su vez, vigilar el buen funcionamiento del programa y conformidad con las normas técnicas y administrativas expedidas por el ICBF, quien controla y supervisa el funcionamiento del programa e imparte las autorizaciones a quienes están encargados de desarrollar estas labores, previos los requisitos que exija el ente público. (Folios 5 a 9 c.1)

FUNDAMENTO DE DERECHO DE LAS PRETENSIONES

Cita como tales, los artículos 1º, 2º, 44 y 90 de la C.N.; artículos 78, 86, 136, 206 a 214 del C.C.A; Ley 75 de 1968; Ley 7ª de 1979; Ley 89 de 1988; Decreto 1340 de 1995, Decreto 2388 de 1979, Decreto 2019 de 1989, 27 de 1974, acuerdos del ICBF y jurisprudencia del Consejo de Estado para casos similares.

PRETENSIONES

Con fundamento en los anteriores hechos, la apoderada de la parte actora solicita que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA: Se declare que el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR es administrativa y extracontractualmente responsable de los daños causados a los demandantes por la muerte de la menor NATALIA SANDOVAL MARTÍNEZ, en hechos ocurridos el 26 de julio de 1999.

Para ELDA MARTINEZ, FABIAN SANDOVAL BARBOSA, JOSE EUSEBIO SANDOVAL BUITRAGO E IDALY MARTINEZ, mil quinientos gramos de oro (1.500) para cada uno de ellos, en su carácter de madre, padre y abuelos de la víctima.

Para OVEN ESTIVEN OCHOA MARTINEZ, setecientos cincuenta gramos de oro, en su carácter de hermano de la víctima.

TERCERA: El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por intermedio de los funcionarios a quienes corresponda la ejecución de la sentencia, dictará dentro de los treinta días siguientes a la comunicación de la misma, la resolución correspondiente en la cual se adoptarán las medidas necesarias para su cumplimiento y pagará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia o del auto que apruebe la conciliación." (Folios 4 y 5 c. 1)

TRAMITE Y ALEGACIONES

- Por auto de 10 de mayo de 2001, se admitió la demanda, ordenando el trámite de ley (Folios 16 y 17 c. 1).

- Una vez notificado el auto admisorio de la demanda, el ICBF la contestó, a través de apoderada, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la misma, por considerar que carecen de fundamentos fácticos y jurídicos. Sobre los hechos, se refiere a unos como apreciaciones subjetivas, otros como no ciertos y otros que deben probarse. Expone como razones de su defensa, la naturaleza jurídica del demandado como establecimiento público del orden nacional, cuyo servicio público de bienestar prestado a través de diferentes modalidades y programas, entre ellos el denominado HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR FAMILIAR, está encaminado a contribuir a la garantía de los derechos de los niños consagrados en los artículos 42 y 44 de la C.N.; programa, que según lo dispuesto en el Decreto 2019 de 1989, debe ser ejecutado directamente por la comunidad, a través de Asociaciones de Padres de Familia, e igualmente señala, que el ICBF es la entidad promotora, orientadora, asesora y evaluadora del programa, pero cada asociación selecciona las madres comunitarias que se encargarán del cuidado de los menores.

Aduce que para la ejecución del programa también se estableció en el Decreto 2019 de 1989, que cada Hogar Comunitario funcionará bajo el cuidado de una madre comunitaria, y cada día una madre o un familiar de los niños que asisten al hogar, debe ayudar a la madre comunitaria en el cuidado de los niños. De otra parte, el acuerdo 021 de 23 de



técnica y financiera, entre otros, del Instituto, supervisión que no puede ir más allá del contenido obligacional que le ha impuesto el Estado a través de las disposiciones jurídicas que rigen el programa Hogares Comunitarios de Bienestar, por lo que la falla alegada por la actora, deberá probarse, toda vez que el daño no lo causó el demandado ni un agente suyo, porque éste como ente rector del sistema Nacional de Bienestar Social, dicta las políticas y lineamientos a seguir para la ejecución de los programas a su cargo, con la anuencia de particulares y otros organismos de carácter particular o público, pero le es imposible, dentro de su función de supervisión colocar al pie de cada madre comunitaria, agentes suyos para proteger la vida de los menores beneficiados con el programa, máxime cuando el programa exige que cada día un padre usuario apoye a la madre comunitaria, por cuanto su colaboración es solidaria y redundante en beneficio de los padres afiliados a cada Asociación.

Propuso como excepciones la FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA con fundamento en que no existe vínculo laboral, contractual ni extracontractual entre el ICBF y la persona señalada por la accionante como causante del daño sufrido, esto es la señora Nancy Pérez Hernández, por lo que se debió demandar a la Asociación de Padres de Hogares de Bienestar, BENROSAR, asociación de naturaleza privada a la que el ICBF le reconoció personería jurídica mediante Resolución No. 325 de 31 de marzo de 1992, y dentro de sus estatutos estableció como objetivos, entre otros: "(...) 5. Velar porque se cumplan los programas de protección, nutrición, salud, vivienda y demás que benefician a la comunidad, dando prelación a los menores. 6. Participar en la ejecución de los programas que propendan por el desarrollo de la comunidad, acatando las políticas de los organismos ejecutores. (...)". Por tanto, el vínculo entre el ICBF y la Asociación es de naturaleza contractual como consta en el contrato de aporte No. 29-18-99-099 dentro del cual el contratista, esto es la Asociación, tiene autonomía en la ejecución del objeto allí acordado.

De igual manera, EL HECHO DE UN TERCERO, porque además de los argumentos anteriores, no existe nexo de dependencia entre el ICBF y la señora Nancy Pérez Hernández, madre comunitaria, que no ostenta la calidad de funcionaria pública, pero sí miembro de la Asociación, de naturaleza privada, elegida por ésta y de la que era fiscal para la época de los hechos. Además, la parte actora manifiesta que el hecho generador del daño fue causado directamente por la señora Pérez Hernández, quien frente al ICBF es un tercero, por cuanto no existe ningún tipo de vinculación entre ellos. Finalmente, hace referencia al concepto de supervisión y evaluación del programa, que le compete al demandado, como acción sistemática orientada a lograr mayor comprensión y actuación frente al trabajo asumido o el conjunto de actividades que ejecutan los diferentes niveles

Resolución No. 001 de 30 de julio de 1999, el Coordinador del Centro Zonal Barríos Unidos, decretó el cierre del Hogar de Bienestar por los hechos ocurridos. (Folios 20 a 27 c. 1).

- Mediante escrito radicado el 21 de mayo de 2001 el Procurador 50 en lo Judicial ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, solicitó llamar en garantía a la señora NANCY PÉREZ por pertenecer al personal del programa MADRES COMUNITARIAS del ICBF, para que en el hipotético caso que se condene a la entidad demandada por falla en el servicio se declare responsable a la madre comunitaria por la conducta gravemente culposa y "se condene a la suma que resulte de la condena". (Folios 1 a 5 c.3)

- Con auto de 25 de octubre de 2001 se aceptó el llamamiento en garantía y se ordenó notificar el auto admisorio de la demanda. (Folios 6 a 8 c.2)

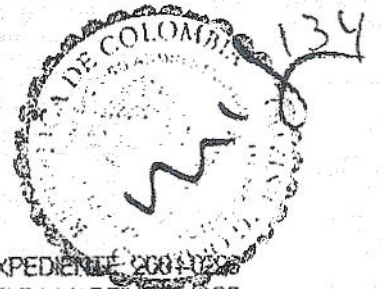
- Surtido el emplazamiento sin lograr la comparecencia de la llamada en garantía, mediante providencia de 25 de abril de 2002, se le designó curador ad litem para que la representara dentro del proceso, quien notificado del auto admisorio de la demanda, la contestó manifestando que ninguno de los hechos le constan y por consiguiente deben probarse y solicita denegar la pretensiones de la demandante. Propuso como excepción LA FALTA O CARENCIA DE CAUSA por considerar que el contrato 29/18/99/099 está suscrito entre el ICBF y una Asociación de Padres de Familia y no con la madre comunitaria como lo pretende hacer ver la parte actora, y además, el funcionamiento de éstos hogares está a cargo de las mismas madres que envían a sus hijos a ellos. También INEPTA DEMANDA porque se instaura contra quienes no tienen ni la responsabilidad ni la obligación de responder y no se acreditan las bases de las cuales se pretende derivar la responsabilidad, pues la causa de muerte de la menor no se acredita en razón a que aún es motivo de investigación. También, porque la madre demandante es integrante de la Asociación de Padres de Familia con la cual el ICBF celebró el contrato. (Folios 31 a 33 c.3)

- Con auto de 25 de julio de 2002, se decretaron las pruebas pertinentes, conducentes y útiles solicitadas por las partes. (Folios 76 a 78 c. 1)

- Vencido el término probatorio, mediante auto de 10 de junio de 2002 (Folio 111 c.1), se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, derecho del cual hicieron uso tanto la parte actora como la demandada, las que luego de efectuar un análisis de los elementos probatorios que obran en el proceso, reiteraron sus argumentos esgrimidos en la demanda y contestación de la misma. (Folios 112 a 124 c.1). Tanto el Ministerio



- BUITRAGO, IDALY MARTÍNEZ Y NATALIA SANDOVAL MARTÍNEZ. (Folios 1 a 6 c.1)
2. Registro de Defunción de NATALIA SANDOVAL MARTÍNEZ. (Folio 7 c.1)
 3. Oficio No. 2000-3514 de 3 de diciembre de 2000, por medio del cual el Coordinador del Grupo Jurídico del ICBF da respuesta a un derecho de petición. (Folios 8 a 12 c.1)
 4. Copia del Decreto 2019 de 1989. (Folios 23 a 25 c.1)
 5. Copia del Derecho de Petición interpuesto ante el ICBF. (Folio 22 c.1)
 6. Dos recibos distinguidos con los números 026 de 14 de mayo de 1999 y 034 de 16 de junio de 1999 suscritos por Nancy Pérez Hernández en los que consta que ELDA MARTÍNEZ pagó la mensualidad correspondiente al cuidado de su menor hija NATALIA SANDOVAL MARTÍNEZ en el hogar comunitario de la Calle 71 No. 35-41 de esta ciudad. (Folios 26 y 27 c.1)
 7. Fotocopia auténtica de la Resolución No. 00325 de 31 de marzo de 1992 por medio de la cual el ICBF reconoció personería jurídica a BENROSAR. (Folios 34 y 35 c.1)
 8. Fotocopia auténtica de los estatutos de BENROSAR. (Folios 36 a 39 c.1)
 9. Fotocopia auténtica del Acta No. 07 de BENROSAR, de 24 de junio de 1999, correspondiente a la Asamblea Extraordinaria, en la que aparece elegida la señora Nancy Isabel Pérez Hernández, como fiscal de la Asociación. (Folios 40 a 42 c.1)
 10. Fotocopia auténtica de la Resolución No. 001 de 30 de julio de 1999, mediante la cual se decreta el cierre del hogar comunitario denominado MIS MONACHITOS, a cargo de la señora Nancy Pérez Hernández, junto con las actas de notificación personal, tanto a la madre comunitaria como a la representante legal de BENSROSAR. (Folios 44 a 48 c.1)
 11. Fotocopia auténtica del contrato de aporte No. 29/18/99/0099. (Folios 50 a 58 c.1)
 12. Fotocopia de la relación de visitas a los Hogares Comunitarios de Bienestar, incluido el de la señora Nancy Pérez, Mis Monachitos, de 14 de julio de 1999. (Folio 61 c.1 y 13 a 21 c.2)
 13. Fotocopia auténtica de la declaración rendida por la señora Nancy Pérez ante el Coordinador del Centro Zonal Barrios Unidos, en relación con los hechos ocurridos el 26 del mismo mes y año. (Folios 62 a 64 c.1)
 14. Fotocopia auténtica del acuerdo No. 050 de 14 de noviembre de 1996. (Folios 65a 68 c.1)
 15. Fotocopia auténtica de la Resolución No. 706 de 18 de marzo de 1998. (Folios 69 a 72 c.1)
 16. Testimonio rendido por MARITZA VELLOJÍN DE CASTAÑEDA Y MARÍA AMIRA DE OSORIO quienes conocieron de oídas los hechos en los que murió la niña Natalia Sandoval y les consta la convivencia de sus padres, aproximadamente por ocho o



EXPEDIENTE 2003-1020
ACTOR: ELDA MARTINEZ - ICBF

elemento en movimiento sobre el cráneo, lo cual debe ser confrontado con las diferentes versiones sobre las circunstancias en las cuales se produjo el trauma para establecer la forma en que fueron producidas. La presencia de un segmento cuadrado en la fractura ósea occipital sugiere que esta lesión puede corresponder a una lesión patrón (hubo contacto entre el cráneo y una superficie con una forma similar). No hay otras lesiones traumáticas recientes diferentes al trauma cefálico y a un hematoma en cadera derecha tampoco hay cicatrices ni lesiones de presión. Esto permite descartar maltrato crónico. (...) Con la información disponible al momento de la necropsia no es posible determinar una manera de muerte (pudo ser accidental u homicida), si esto es necesario en el curso de la investigación solicitamos respetuosamente a la autoridad la remisión de nuevos datos que permitan mayor claridad de las circunstancias en las cuales ocurrieron los hechos. (...) Con los hallazgos macroscópicos de la necropsia se concluye: CAUSA DE LA MUERTE: TRAUMA CRANEOENCEFALICO DE TIPO CONTUNDENTE. MANERA DE MUERTE: INDETERMINADO CON LA INFORMACIÓN DISPONIBLE HASTA EL MOMENTO. (...)" (Folios 37 A 43 c.2)

18. Fotocopia del oficio GTF-RB- Ampliación 112-2001 de 17 de abril de 2001 del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, dirigido al Juzgado Cincuenta y Dos Penal del Circuito de Bogotá, que resume las circunstancias que rodearon los hechos en los que murió la menor Natalia Sandoval Martínez, con fundamento en declaraciones de las señoras Elda Martínez y Nancy Pérez e injurada de esta última, refiere el marco teórico del maltrato infantil y efectúa, a manera de conclusión, el siguiente comentario: "(...) La lesión que presenta la niña NATALIA SANDOVAL MARTÍNEZ, es un trauma craneoencefálico severo ocurrido en forma reciente por las características de las hemorragias que presenta, esto significa que la lesión ocurrió en las últimas cuarenta y ocho horas antes del fallecimiento. El trauma craneoencefálico está representado por un hematoma subgaleal extenso, unas fracturas craneales y unas hemorragias epidurales y subaracnoideas, con severo edema cerebral, siendo estos criterios para catalogar la lesión como SEVERA O GRAVE Y LETAL(...) RESPUESTA: No es posible establecer el tiempo exacto transcurrido desde el momento de la lesión y el momento de la muerte. Ni es posible cuantificarlo en horas. (...)" (Folios 44 a 49 c.2)
19. Fotocopia auténtica del acuerdo No. 0039 de 1996 por el cual se dictan lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos para la organización y funcionamiento de los Hogares Comunitarios de Bienestar FAMI. (Folios 55 a 57 c.2)
20. Fotocopia auténtica del acuerdo No. 021 de 23 de abril de 1996 por el cual se dictan lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos para la organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar. (Folios 58 a 64

Martínez llevó la niña a la 7 a.m., la entregó despierta y le dijo que *venía con gripa*, "(...) yo procedí a dejarla en la cuna que estaba ubicada únicamente para ella, ya que era la única bebé que tenía bajo mi cargo, la puse en la cuna, pasó un lapso de tiempo, de 10 a 15 minutos, no recuerdo muy bien, la niña concilió el sueño ya que la levantaban temprano para darle el desayuno y bañarla, alrededor de 2 horas, la niña despertó, la tomé en mis brazos como era costumbre procedí a darle el tetero; que ella no tomaba con biberón, sino que se le suministraba con cuchara, aclaro que los alimentos que la niña consumía en el hogar eran suministrados por la mamá, en seguida que le suministré el tetero, le saqué los gases porque ella era una bebé de 7 meses, acto seguido le cambié el pañal, ella quedó tranquila, le puse media galleta wafer que la mamá le había llevado estaba haciendo mucho frío, yo la tapé de los hombros para abajo y ella concilió el sueño nuevamente, acto seguido me dirigí hacia la cocina ... no pasaron más de quince minutos, me devolví, ..., la vi con la cobija por encima y de inmediato a mí se me hizo muy extraño y me agaché porque las barandas de la cama eran altas para haber (sic) que había pasado, vi a la niña con los labios morados, ella estaba morada, la tomé entre mis brazos y salí corriendo a pedir ayuda, salí cogí un taxi, me fui para la clínica San Nicolás ...". Finalmente agrega, que el hogar era visitado por el ICBF con frecuencia, para verificar las condiciones en que se encontraban los menores que allí se cuidaba. (Folios 80 a 85 c.2)

23. Testimonio rendido por JOSEFINA PRADA DE MATEUS quien dentro de sus funciones en el ICBF asesoraba y hacía el seguimiento al hogar que estaba bajo su responsabilidad y nunca conoció queja sobre el desempeño de la señora Nancy Pérez. Refiere que las madres comunitarias se seleccionan con participación de la junta directiva de la Asociación de padres usuarios de los Hogares de Bienestar Familiar, los aportes de diversas entidades públicas y privadas para su funcionamiento y que en las visitas que realizaba se miraba la cobertura general, el aseo general, actividades que realizaban con los niños, decoración; y se capacitaban las madres, los miembros de la asociación, padres de familia y juntas directivas. (Folios 86 a 89 c.2)
24. Declaración rendida por ELDA MARTÍNEZ, madre de la menor, quien manifestó que llevaba a su hija al hogar desde abril de 1999, todos los días lo hacía personalmente entre 7 y 7:30 a.m., y siempre le pidió a doña Nancy que le dejara ver a su hija al medio día, cuando salía a almorzar, pero ese compromiso nunca lo cumplió, pues cuando iba le decía que la niña estaba dormida o que había acabado de almorzar. Recientemente le llevó un corral, donde nunca la acostaba pero sí a otros niños más grandes y en el último mes se dio cuenta que la niña iba con moretones en su espalda, pero su hija estaba en perfecto estado de salud porque el 9 de julio la había

PRESUPUESTOS PROCESALES

Caducidad y Procedibilidad de la Acción

La demanda fue presentada el 2 de febrero de 2001 (Folio 13 c.1), con base en los hechos ocurridos el 26 de julio de 1999, luego, fue presentada dentro del término de caducidad de la acción de reparación directa, previsto en el artículo 86 del C.C.A., siendo la misma procedente en este caso, pues se pretende el resarcimiento de unos perjuicios causados por el presunto daño antijurídico irrogado a los actores por una presunta falla del servicio imputada al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF.

Legitimación en la Causa

En el presente caso, están legitimados en la causa por activa, la señora ELDA MARTINEZ, quien actúa en nombre propio y en representación de su menor hijo HOVER STIVEN OCHOA MARTINEZ; FABIAN SANDOVAL BARBOSA, JOSÉ EUSEBIO SANDOVAL BUITRAGO E IDALY MARTÍNEZ, quienes demostraron su calidad de madre, hermano, padre y abuelos de la menor NATALIA SANDOVAL MARTÍNEZ, pues como se ha dicho en jurisprudencia del Consejo de Estado: *"De conformidad con los artículos 1º, 101, 112 al 115 del Decreto 1260/70 y del artículo 1 del Decreto 278/72, resulta claro que cuando se expida un certificado de registro civil de nacimiento y en él consten los nombres de los progenitores del inscrito, dicho documento constituirá prueba suficiente para acreditar el parentesco de consanguinidad existente entre éste y aquéllos. En efecto, si tales nombres fueron indicados en el correspondiente certificado, es porque el inscrito nació dentro de un matrimonio legalmente celebrado o, siendo hijo extramatrimonial, fue reconocido por su padre o se declaró judicialmente su paternidad".* (Exp. 13086, Ponente: Dr. Alir Eduardo Hernández Enríquez, Actor: Jorge Alfredo Calcedo Cortés).

Respecto del demandado Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, éste se encuentra legitimado en causa para ocupar el extremo pasivo de la relación procesal, por cuanto se le imputa la causación del daño antijurídico reclamado, derivado de una presunta falta o falla en el servicio. Lo anterior, teniendo en cuenta que frente al servicio público de bienestar, prestado a través de diferentes modalidades y programas, entre ellos el denominado HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR FAMILIAR, el ICBF es la entidad promotora, orientadora, asesora y evaluadora del programa, y como ente rector del Sistema Nacional de Bienestar Social, dicta las políticas y lineamientos a seguir para la ejecución de los programas a su cargo, celebra contrato estatal de aporte con cada Asociación de Padres para la ejecución del programa y aunque son éstas, las que ejecutan directamente, deben contar con la supervisión técnica y financiera del

esto es la señora Nancy Pérez Hernández, por lo que se debió demandar a la Asociación de Padres de Hogares de Bienestar, BENROSAR, asociación de naturaleza privada a la que el ICBF le reconoció personería jurídica mediante Resolución No. 325 de 31 de marzo de 1992, ya fue resuelta en el acápite correspondiente a la legitimación en la causa por pasiva, independiente de la responsabilidad que le sea imputable a la mencionada señora, quien fue Llamada en Garantía dentro del presente proceso. Lo mismo ocurre con la INEPTA DEMANDA, porque, según el apoderado de la Llamada en Garantía, se instauró contra quienes no tienen ni la responsabilidad ni la obligación de responder y porque, no se acreditan las bases de las cuales se pretende derivar la responsabilidad, pues la causa de muerte de la menor no se acredita en razón a que aún es motivo de investigación, hecho éste último que es motivo del análisis de fondo del asunto. Por consiguiente, ninguna de estas excepciones tiene vocación de prosperidad.

En lo que se refiere al HECHO DE UN TERCERO, propuesto por el ICBF, porque dicha señora no ostenta la calidad de funcionaria pública y la parte actora manifiesta que el hecho generador del daño fue causado directamente por la señora Pérez Hernández y las propuestas por el curador ad litem de la Llamada en Garantía de FALTA O CARENCIA DE CAUSA por considerar que el contrato 29/18/99/099 está suscrito entre el ICBF y una Asociación de Padres de Familia y no con la madre comunitaria como lo pretende hacer ver la parte actora, y además, porque el funcionamiento de éstos hogares está a cargo de las mismas madres que envían a sus hijos a ellos, no pueden considerarse como medios exceptivos tendientes a enervar las pretensiones de la demanda, sino que por el contrario son asunto del fondo de la litis que se analizarán al resolver el mismo y determinar la responsabilidad que a cada quien le corresponda.

CONSIDERACIONES

Pretenden los actores se declare que el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR es administrativa y extracontractualmente responsable de los daños causados a los demandantes por la muerte de la menor NATALIA SANDOVAL MARTINEZ, en hechos ocurridos el 26 de julio de 1999 y en consecuencia se le condene a pagar a cada uno de los demandantes los perjuicios morales.

SOBRE LA RESPONSABILIDAD

De acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Nacional, para que exista responsabilidad del Estado, se requiere que coexistan dos elementos: el daño antijurídico y la imputabilidad



EXPEDIENTE: 2001-0098
 ACTOR: ELDA MARTÍNEZ-ICBF

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 (Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia del 27 de enero del 2000, M.P. Alir E. Hernández Enríquez).

A su vez, respecto a este punto, ha sostenido la Corte Constitucional que "(...) la noción de daño en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo (...) Esta figura tal como está consagrada en la norma propuesta, comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre la responsabilidad extracontractual del Estado por falta o falla del servicio, daño especial (...).

Con fundamento en lo anterior, se puede establecer que en el presente caso se demostró la existencia del daño antijurídico en el que se sustenta la demanda, pues se acreditó el fallecimiento de la menor NATALIA SANDOVAL MARTÍNEZ, con su registro de defunción (Folio 7 c.1) y la causa del mismo con fotocopia del Protocolo de Necropsia No. 03381 - 1999, del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, (Folios 37 A 43 c.2), así como fotocopia del oficio GTF-RB- Ampliación 112-2001 de 17 de abril de 2001 del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, dirigido al Juzgado Cincuenta y Dos Penal del Circuito de Bogotá, que resume las circunstancias que rodearon los hechos en los que murió la menor y el dictamen sobre el particular (Folios 44 a 49 c.2). De igual manera, con el testimonio rendido por la señora NANCY ISABEL PÉREZ HERNANDEZ, (Folios 80 a 85 c.2) y copia del expediente correspondiente al proceso penal adelantado en su contra por el delito de Homicidio Culposo, en la persona de NALATIA SANDOVAL MARTÍNEZ. (Cuaderno 4)

IMPUTABILIDAD DEL DAÑO

Según lo ha entendido y explicado la Sección Tercera del Consejo de Estado, "imputar – para nuestro caso – es atribuir el daño que padeció la víctima al 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" (Sentencia del 21 de octubre de 1.999, expediente 10946, M.P. Alir Eduardo Hernández Henríquez).

Ahora bien, frente al caso concreto, en lo que se refiere al título de imputación, es el de la falla probada del servicio señalada por la actora por considerar que el ICBF incumplió



EXPEDIENTE: 2001-0299
 ACTOR: ELDA MARTÍNEZ, 198F

particulares del caso y la existencia de una relación de causalidad entre la obligación omitida y el daño.

En este orden de ideas, para que surja el deber del Estado de reparar el daño causado por la muerte de la menor NATALIA SANDOVAL MARTÍNEZ es necesario acreditar, en primer término, que ésta falleció como consecuencia de un traumatismo ocasionado en el Hogar Comunitario Mis Monachitos, por omisión en las obligaciones del ICBF y en el caso concreto, se analizarán los medios de prueba aportados al proceso en su conjunto, dentro de las reglas de la sana crítica, según lo establecido por el artículo 187 del C. de P.C., y apreciada eficazmente la prueba documental trasladada en el caso sub júdice, es de anotar que se le dará tal carácter a los documentos que sea legibles, en consideración a que las pruebas recabadas en el proceso penal fueron conducentes, pertinentes y útiles sin violación al debido proceso y no dejan duda alguna sobre los acontecimientos históricos, teniendo en el actual proceso la misma contundencia probatoria que en el proceso penal y en consideración a que el apoderado de los demandados no las tachó de falsas o se opuso a ellas, teniendo la oportunidad procesal para hacerlo .

Sobre el particular el H. Consejo de Estado, consideró: *"En el caso de aportación debida de prueba documental pública o privada en el proceso penal, y trasladada a éste contencioso administrativo, se apreciará en toda su extensión, porque no fueron tachados dentro de la oportunidad legal. Al respecto la ley procesal civil, artículo 289 C.F.C, indica que la parte contra quien se presente un documento público o privado, podrá tacharlo de falso en la contestación de la demanda, si se acompañó con ésta; y en los demás casos, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que ordene tenerlo como prueba, o al día siguiente al en que haya sido aportado en audiencia o diligencia. CONSEJO DE ESTADO -SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION TERCERA- Consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GÓMEZ-Santa Fe de Bogotá, D. C., diez (10) de agosto de dos mil (2000)- Número de radicación: 12648*

En lo que se refiere a la responsabilidad endilgada al ICBF, está probado que de conformidad con las disposiciones que rigen la materia, como son entre otras el Decreto 2019 de 1989, el Decreto 1340 de 10 de agosto de 1995 por el cual se dictan disposiciones sobre el desarrollo del programa hogares comunitarios de bienestar, el acuerdo No. 050 de 14 de noviembre de 1996, el acuerdo No. 0039 de 1996 por el cual se dictan lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos para la organización y funcionamiento de los hogares comunitarios de bienestar familiar, el acuerdo No. 021 de 23 de abril de 1996 por el cual se dictan lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos para la organización y funcionamiento del programa hogares comunitarios de bienestar, la resolución No. 706 de 18 de marzo de 1998 y el contrato de

140
M.M.

el desempeño de la señora Nancy Pérez y que en las visitas que realizaba se miraba la cobertura general, el aseo general, actividades que realizaban con los niños, decoración; y se capacitaban las madres, los miembros de la asociación, padres de familia y juntas directivas. (folios 86 a 89 c.2). De igual manera, en las planillas de seguimiento y asesoría al hogar comunitario Mis Monachitos que obran a folios 119 a 121 del cuaderno 2, en las que consta que la última visita realizada fue el 14 de julio de 1999 a las 11:50 a.m. Pruebas que no fueron controvertidas por la parte actora, ni tachadas de falsas, en su oportunidad procesal.

De otra parte, en lo que se refiere concretamente a la relación de causalidad frente al daño ocasionado, que como se dijo está plenamente probado, y la presunta falla del servicio, por omisión, endiligada al demandado, es de anotar, que además de los argumentos anteriores, según los testimonios rendidos por la madre comunitaria señora Nancy Pérez y la misma actora, madre de la niña Natalia Sandoval, es evidente que la menor fallecida era cuidada en el hogar Mis Monachitos y la responsabilidad directa del cuidado de los menores recaía en la mencionada madre comunitaria y en quienes tenían la obligación legal y reglamentaria de apoyarla, personas que no tenían vínculo alguno, ni laboral ni contractual con el demandado, por lo que no se puede predicar ésta frente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Ahora bien, en lo que se refiere a la responsabilidad de la señora NANCY PÉREZ HERNÁNDEZ, quien fue llamada y actuó en este proceso en calidad de Llamada en Garantía, si bien se parte de sus obligaciones y la posible negligencia en que hubiese podido incurrir en el cuidado de la menor fallecida, también lo es, que contrario a lo que ella misma da a entender sobre la causa de la muerte de la menor, como una posible asfixia, muy por el contrario, en el protocolo de Necropsia no. 03381 - 1999, del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, a nombre de NATALIA SANDOVAL MARTÍNEZ, fecha de la necropsia 27 de julio de 1999, se refiere: "(...) Llama la atención la ausencia de información en las declaraciones respecto a las circunstancias en que ocurrió este trauma, estas lesiones pueden ser producidas por caída o por un trauma directo con elemento en movimiento sobre el cráneo, lo cual debe ser confrontado con las diferentes versiones sobre las circunstancias en las cuales se produjo el trauma para establecer la forma en que fueron producidas. La presencia de un segmento cuadrado en la fractura ósea occipital sugiere que esta lesión puede corresponder a una lesión patrón (hubo contacto entre el cráneo y una superficie con una forma similar). No hay otras lesiones traumáticas recientes diferentes al trauma cefálico y a un hematoma en cadera derecha tampoco hay cicatrices ni lesiones de prensión. Esto permite descartar maltrato crónico. (...)



INDETERMINADO CON LA INFORMACIÓN DISPONIBLE HASTA EL MOMENTO. (...)
(Folios 37 A 43 c.2) (Subrayas de la Sala).

Y aún más, en el oficio GTF-RB- Ampliación 112-2001 de 17 de abril de 2001 del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, dirigido al Juzgado Cincuenta y Dos Penal del Circuito de Bogotá, que resume las circunstancias que rodearon los hechos en los que murió la menor Natalia Sandoval Martínez, con fundamento en declaraciones de las señoras Elda Martínez y Nancy Pérez e injurada de esta última, refiere el marco teórico del maltrato infantil, efectúa, a manera de conclusión, el siguiente comentario: "(...) La lesión que presenta la niña NATALIA SANDOVAL MARTÍNEZ, es un trauma craneoencefálico severo ocurrido en forma reciente por las características de las hemorragias que presenta, esto significa que la lesión ocurrió en las últimas cuarenta y ocho horas antes del fallecimiento . El trauma craneoencefálico está representado por un hematoma subgaleal extenso, unas fracturas craneales y unas hemorragias epidurales y subaracnoideas, con severo edema cerebral, siendo estos criterios para catalogar la lesión como SEVERA O GRAVE Y LETAL.(...) RESPUESTA: No es posible establecer el tiempo exacto transcurrido desde el momento de la lesión y el momento de la muerte. Ni es posible cuantificarlo en horas. (...)" (Folios 44 a 49 c.2) (Subrayas de la Sala)

En consecuencia, en estas condiciones y por no contarse con prueba alguna diferente que precise las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, es imposible afirmar que la lesión sufrida por la menor Natalia Sandoval y que le causó la muerte, se produjo cuando la misma estaba al cuidado de la señora Pérez Hernández en el Hogar Comunitario Mis Monachitos, por lo se hace imperativo para la Sala concluir que tampoco se puede endilgar a ella la responsabilidad frente a los hechos descritos en el texto de la demanda y se impone para esta Sala la obligación de negar las pretensiones de la parte actora.

En este punto, se hace necesario recordar lo preceptuado por el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 177, en los siguientes términos:

**"Art. 177.- Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.
Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba."**



EXPEDIENTE: 20010299
ACTOR: ELDA MARTINEZ

FALLA

PRIMERO: Denegar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
(Aprobado en sesión de la fecha, acta No. 39)

Cecilia del Rosario Peña Medina
CECILIA DEL ROSARIO PEÑA MEDINA
MAGISTRADA

Beatriz Ariza de Zapata
BEATRIZ ARIZA DE ZAPATA
MAGISTRADA

Carlos H. Jaramillo Delgado
CARLOS H. JARAMILLO DELGADO
MAGISTRADO



EDICTO

LA SECRETARIA DE LA SECCION TERCERA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SALA DE DESCONGESTION, POR MEDIO DEL PRESENTE EDICTO, NOTIFICA A LAS PARTES DE LA SENTENCIA, DICTADA EN EL PROCESO QUE A CONTINUACION SE DETERMINA :

SALA SEGUNDA

NUMERO DE RADICACION: 2001 - 0298

MAGISTRADO INICIAL MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

MAGISTRADO DE DESCONGESTION CECILIA DEL ROSARIO PEÑA MEDINA

DEMANDANTE : ELDA MARTÍNEZ Y OTROS

DEMANDADO: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF

NATURALEZA: REPARACIÓN DIRECTA

FECHA DE LA SENTENCIA: OCTUBRE 6 DE 2004


CONSTANCIA DE FIJACIÓN:

Se fija en lugar público de la Secretaría por el término legal de TRES (3) días, hoy OCTUBRE 12 DE 2004 a las OCHO (8:00 A.M.).


CATALINA FRANCO ARIAS
 SECRETARIA

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN:

Luego de haber permanecido fijado por el término legal, se desfija el presente edicto hoy, OCTUBRE 14 DE 2004 A LAS CUATRO (4:00 P.M.).


CATALINA FRANCO ARIAS
 SECRETARIA



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA - SUBSECCION A

Consejero Ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D. C., trece (13) de noviembre de dos mil trece (2013)

Radicación: 250002326000200100298 01
Expediente: 29.533
Actor: ELDA MARTINEZ Y OTROS
Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
Referencia: APELACION SENTENCIA – REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión el 6 de octubre de 2004, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

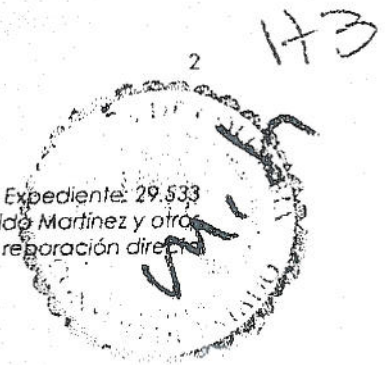
I. ANTECEDENTES

1.1.- La demanda y su trámite.

En escrito presentado el 2 de febrero de 2001, por conducto de apoderado judicial, la señora Elda Martínez, quien actúa en su propio nombre y en representación de su hijo menor Hoover Stiven Ochoa Martínez; Fabián Sandoval Barbosa, José Eusebio Sandoval Buitrago e Idaly Martínez, interpusieron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF), con el fin de que se lo declarara administrativa y



Expediente: 29.533
Actor: Elda Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa



Como consecuencia de la anterior declaración solicitaron, únicamente, que se condenara al demandado a pagar, por indemnización de perjuicios morales, la suma equivalente en pesos a 1.500 gramos de oro para los padres y abuelos de la víctima directa y 750 gramos de ese mismo metal para el hermano.

Como **fundamentos fácticos** de sus pretensiones expusieron los siguientes:

"Natalia Sandoval Martínez había sido admitida en el programa de madres comunitarias del ICBF y asistía desde hacía unos cuatro meses al Hogar Madres Comunitarias de Barrios Unidos, ubicado en la calle 71 No. 35-41, dirigido y atendido por la señora Nancy Pérez Hernández.

El 26 de julio de 1999 Elda Martínez llevó a su hija Natalia Sandoval Martínez al Hogar Comunitario a eso de las 7 a.m., en perfecto estado de salud, pero aproximadamente a las 11 a.m., la señora Nancy Pérez se hizo presente en el sitio de trabajo de la madre para comunicarle que su hija se había tapado con una cobija y como consecuencia de esto la estaban tratando en la Clínica Nicolás de Federman, a donde la madre de la menor se dirigió, la encontró conectada a varios aparatos y según el médico ya no se podía hacer nada por la niña, por cuanto llevaban más de una hora en maniobras de reanimación pero no reaccionaba, pues la niña había llegado sin signos vitales. El levantamiento de cadáver lo hizo la Fiscalía Local de Reacción Inmediata de Engativá.

Del dictamen de medicina legal se desprende que la madre comunitaria a cuyo cuidado se encontraba no dijo la verdad porque la causa de la muerte fue una fractura de cráneo, causada por un golpe severo y además como en esas circunstancias se le dio un tetero a la bebe, éste se fue por el pulmón agravando la situación.

El golpe lo recibió la bebe estando al cuidado del Hogar Comunitario de Barrios Unidos del programa Madres Comunitarias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (...). El hecho ocurrido se puede calificar como una falta a los deberes y obligaciones de la madre

... con su conducta irresponsable dio lugar a que se



174
Expediente: 29.533
Actor: Eida Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa

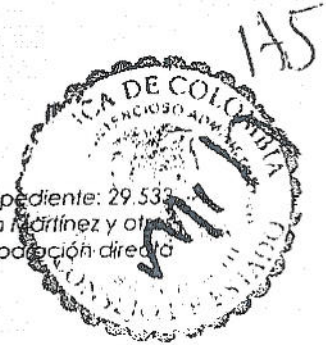


La anterior demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante proveído de fecha 10 de mayo de 2001, el cual se notificó en legal forma a la entidad demandada y al Ministerio Público².

1.2.- El ICBF contestó la demanda dentro de la respectiva oportunidad procesal y se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas por las demandantes. Como razones de su defensa se limitó a manifestar que correspondía a la parte actora acreditar cada uno de los elementos de la responsabilidad del Estado respecto del daño que sirvió de fundamento a la presente acción, máxime cuando no son claras las circunstancias en las cuales se produjo la muerte de la menor Natalia Sandoval Martínez.

De otra parte, propuso las excepciones perentorias consistentes en la falta de legitimación por pasiva y el hecho de un tercero, pues partió de afirmar que la muerte de la menor Natalia Sandoval Martínez se produjo dentro de un Hogar Comunitario perteneciente a la Asociación de Padres de Hogares de Bienestar -BENROSAR-, la cual cuenta con personería jurídica propia, patrimonio autónomo y autonomía administrativa diferente a la del ICBF, amén de que su relación con dicha asociación de naturaleza privada era eminentemente contractual³.

1.3.- En escrito separado al de la contestación de la demanda, el ICBF solicitó que se citara al proceso en calidad de llamada en garantía a la señora Nancy Pérez Hernández, quien era la responsable del Hogar Comunitario donde perdió la vida la menor Natalia Sandoval Martínez. Dicho llamamiento fue aceptado por el Tribunal Administrativo de



Expediente: 29.533
Actor: Elda Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa

2002 el Magistrado Sustanciador de primera instancia le designó curador *ad litem*⁴.

En la contestación del llamamiento, el curador *ad litem* manifestó que habida cuenta de que no existía certeza respecto de las circunstancias en las cuales perdió la vida la menor, mal podía imputársele responsabilidad alguna a la referida Madre Comunitaria por dicho daño; por lo demás, el proceder en el cuidado de la menor en el Hogar Comunitario había sido en todo momento diligente⁵.

1.4.- Vencido el período probatorio, dispuesto en providencia proferida el 25 de julio de 2002 y fracasada la etapa de conciliación, el Tribunal de primera instancia mediante auto de 10 de junio de 2004 dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto⁶.

La parte actora, luego de referirse a los hechos materia de proceso y al acervo probatorio recaudado, indicó que el hecho dañoso que originó la presente acción indemnizatoria resultaba imputable a la demandada, comoquiera que la menor Natalia Sandoval Martínez en la mañana del 26 de julio de 1999 ingresó al Hogar Comunitario en excelentes condiciones de salud; no obstante lo cual, aproximadamente a las 11 a.m., de ese mismo día fue llevada por la Madre Comunitaria a la clínica Nicolás de Federman por presentar un trauma craneoencefálico que finalmente le produjo la muerte; de lo cual se infería la negligencia y descuido por parte del ICBF respecto de la atención y cuidado que debía tener para con los menores puestos bajo su cuidado y protección,



Expediente: 29.533
Actor: Eido Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa



por manera que le correspondía a la demandada reparar lo perjuicios irrogados a los demandantes⁷.

A su turno, el ICBF reiteró los argumentos expuestos con la contestación de la demanda e insistió en la configuración de las excepciones consistentes en la falta de legitimación por pasiva y el hecho de un tercero, para cuyo efecto sostuvo que no era la entidad llamada a responder por la muerte de la menor, puesto que dicho hecho dañoso se produjo en un Hogar Comunitario perteneciente a la Asociación de Padres de Hogares de Bienestar -BENROSAR-, entidad que cuenta con personería jurídica propia, autonomía administrativa y presupuestal diferente a la del ICBF⁸.

Dentro de la correspondiente etapa procesal el Ministerio Público guardó silencio⁹.

1.5.- La sentencia de primera instancia.

Cumplido el trámite legal correspondiente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión profirió sentencia el 6 de octubre de 2004, oportunidad en la cual denegó las pretensiones de la demanda.

Para arribar a tal decisión, el Tribunal a quo señaló, básicamente, que a partir de los medios probatorios recaudados en el proceso no se podía inferir falla alguna del servicio por parte del ICBF que hubiere producido la muerte de la menor Natalia Sandoval Martínez, pues en todo momento había actuado conforme a sus obligaciones legales y



Expediente: 27-333
Actor: Eida Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa

respecto de los Hogares Comunitarios; a lo cual agregó que la menor fallecida se encontraba bajo el cuidado del Hogar "Mis Monachitos", razón por la cual la responsabilidad directa del cuidado de los menores recaía exclusivamente en la Madre Comunitaria, señora Nancy Pérez Hernández y en quienes tenían la obligación legal y contractual de apoyarla; no obstante, dichas personas no tenían vínculo laboral o contractual alguno con el ICBF, por manera que no era esta entidad la llamada a responder por dicho hecho dañoso.

Respecto de la llamada en garantía, señora Nancy Pérez Hernández, quien era la responsable del Hogar Comunitario donde murió la menor, sostuvo el *a quo* que en el proceso no se probó que hubiere actuado con dolo y/o culpa grave frente al daño que originó la presente acción, toda vez que ni siquiera se pudieron esclarecer las circunstancias en las cuales la menor sufrió el golpe que le produjo la muerte¹⁰.

1.6.- El recurso de apelación.

Contra la anterior decisión, la parte demandante interpuso oportunamente recurso de apelación, el cual fue concedido por el Tribunal *a quo* el 26 de octubre de 2004 y admitido por esta Corporación el 10 de junio de 2005¹¹.

Como fundamento de su inconformidad para con la sentencia de primera instancia, la parte recurrente insistió en que en el presente asunto se configuró una falla del servicio imputable al ICBF, comoquiera que el día de los hechos la menor Natalia Sandoval Hernández se encontraba en óptimas condiciones de salud cuando fue dejada al



Expediente: 29.533
Actor: Eida Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa



craneoencefálico que le causó la muerte, razón por la cual el ICBF debía responder por ese lamentable hecho, toda vez que dentro de sus obligaciones se encuentran las de regulación, vigilancia y control de los hogares comunitarios y, en consecuencia, *"es responsable de los hechos o fallas del servicio que se allí presenten"*¹².

1.7.- Una vez se dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto, la parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio¹³.

La parte actora, luego de transcribir íntegramente los argumentos expuestos con el recurso de apelación, solicitó la revocatoria de la sentencia impugnada para que, en su lugar, se accediera a las súplicas de la demanda¹⁴.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el presente asunto sometido a su conocimiento.

II. CONSIDERACIONES

2.1.- Competencia de la Sala.

2.1.1. La Sala es competente para conocer del asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 6 de octubre de 2004, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, congoquiera que la demanda se presentó el 2 de febrero



Expediente: 29'53
Actor: Eida Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa

favor de los padres y abuelos de la menor fallecida, la cual supera el monto exigido para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa tuviera vocación de doble instancia ante esta Corporación para aquella época, esto es \$ 26'390.000¹⁵.

2.1.2. Por otro lado, en cuanto a la oportunidad para formular la presente acción indemnizatoria, advierte la Sala que la misma se interpuso dentro de los dos (2) años que establece el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A., toda vez que el daño por cuya indemnización se demandó, esto es la muerte de la menor Natalia Sandoval Martínez se produjo el día 26 de julio de 1999, razón por la cual, por haberse interpuesto la demanda el 2 de febrero de 2001, se impone concluir que la misma se interpuso oportunamente.

La Sala procederá a estudiar, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, si la entidad demandada es responsable por los hechos narrados en la demanda.

2.2.- El material probatorio recaudado en el expediente.

Dentro de la respectiva etapa procesal y con el lleno de los requisitos legales se recaudaron en el proceso los siguientes elementos de convicción:

- Copia auténtica del registro civil de defunción de la menor Natalia Sandoval Martínez, el cual indica que su muerte se produjo el 26 de julio de 1999 en la ciudad de Bogotá D.C., respecto de la causa del deceso se indicó: "por establecer"¹⁶



Expediente: 29.533
Actor: Eida Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa



- Copia auténtica del protocolo de necropsia realizada el 27 de julio de 1999 al cadáver de la referida menor por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Bogotá D.C., en el cual se consignó la siguiente información:

"Fenómenos cadavéricos:

"Cabeza, cuero cabelludo: Perímetro cefálico 42 cm. No signos de lesiones traumáticas ni otras alteraciones.

Cara: Sin lesiones traumática u otras alteraciones.

Cabeza, espacio subgaleal: **Hematoma laminar subgaleal y epicraneano en el hemicráneo posterior**, se extiende por superficie de huesos parietales, temporales y occipital.

Cráneo: **Fractura conminuta de hueso occipital que muestra un segmento óseo deprimido de forma aproximadamente cuadrado que mide 2 cms., de lado a nivel del occipucio.** De esta se irradian fracturas lineales hacia cada uno de los huesos parietales. Hay otra fractura lineal en hueso occipital fosa posterior lado izquierdo, perpendicular con respecto a la descrita antes.

"[...].

"Análisis del caso: Se trata de la necropsia médico legal de una lactante de 7 meses de edad, cuidada por una señora que se dedica a esta labor en un hogar de madres comunitarias, la niña estaba bajo su cuidado desde abril de este año, en su declaración menciona que la niña fue dejada por la madre hacia las 7 de la mañana luego se durmió y se despertó, hacia las 9 comió y se volvió a dormir, la tapó con una cobija y 45 minutos más tarde la señora encontró que la cobija cubría el rostro de la niña la cual estaba pálida y fría. **Fue llevada al servicio de urgencias de un centro médico donde ingresó sin signos vitales a las 11:15 horas.**

El acta de inspección de cadáver refiere causa y manera de muerte por establecer.

El cadáver no presenta signos extremos de trauma reciente, el desarrollo pondoestatural es acorde con la edad de la niña.

La necropsia revela como causa de muerte un trauma craneoencefálico



Expediente: 29.533
Actor: Eida Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa



No hay lesiones traumáticas recientes diferentes al trauma cefálico y a un hematoma en la cadera derecha, tampoco hay cicatrices ni lesiones de presión. Esto permite descartar maltrato crónico.

"(...).

"Con los hallazgos macroscópicos de la necropsia se concluye:

"Causa de muerte: **Trauma craneoencefálico de tipo contundente.**

Manera de muerte: Indeterminado con la información disponible hasta el momento"¹⁷ (se ha resaltado).

- Copia auténtica del dictamen pericial emitido por el Instituto de Medicina legal y Ciencias Forenses de Bogotá respecto de las lesiones presentadas en la menor Natalia Sandoval Martínez; en dicho documento se consagró la siguiente información:

"abril 17 de 2001.

"Comentario:

La lesión que presenta la niña Natalia Sandoval Martínez, es un **trauma craneoencefálico severo ocurrido en forma reciente** por las características de las hemorragias que presenta, **esto significa que la lesión ocurrió en las últimas 48 horas antes del fallecimiento**. El trauma craneoencefálico está representado por un hematoma subgaleal extenso, unas fracturas craneales y unas hemorragias epidurales y subaracnoideas con severo edema cerebral, siendo estos criterios para catalogar la lesión como severa o grave y letal.

La literatura es clara en afirmar que **la lesión puede evolucionar lenta o rápidamente según la severidad o gravedad de la lesión**. No hay establecido unas tablas rígidas que muestren el tiempo exacto de evolución de una lesión según su severidad, porque existen muchas variables a tener en cuenta como son el tamaño, peso y características físicas de la superficie del objeto que impacta sobre el cráneo, la velocidad, la fuerza del impacto, el espesor del cuero cabelludo que ayuda a amortiguar el golpe, el espesor y la elasticidad del cráneo que muestra su resistencia. **Pero sí sabemos que en las lesiones severas el tiempo de evolución es corto, que puede ir desde la pérdida de la conciencia en el momento del impacto, sin llegar a recuperarla, hasta**



Expediente: 21 533
Actor: Elda Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa

"Con base en la información del caso, determinar cuál fue el tiempo exacto transcurrido entre el momento de la lesión y el momento de la muerte de la bebé.

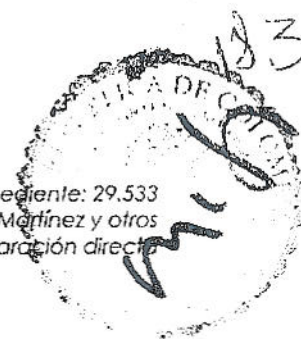
Respuesta: **No es posible establecer el tiempo exacto transcurrido desde el momento de la lesión y el momento de la muerte. Ni es posible cuantificarlo en horas**"¹⁸ (se destaca).

- Testimonio rendido ante el Tribunal a quo por la señora Nancy Isabel Pérez Hernández¹⁹, quien era la encargada del Hogar Comunitario donde falleció la menor y respecto de las circunstancias en las cuales perdió la vida la menor manifestó:

"El 26 de julio la señora Elda Martínez llevó a la niña Elda Sandoval Martínez a las 7 de la mañana, quiero aclarar que ella llevaba a la niña los lunes y los jueves a las 7 de la mañana y la recogía a las 5 de la tarde, el resto de la semana la llevaba a las 8 de la mañana y la recogía a las 6 de la tarde. **Ese día llegó con la niña a las 7 de la mañana en punto**, llegó con afán porque se le había hecho tarde para su trabajo, **me entregó a la niña despierta**, me dijo que venía como con gripita porque el viernes anterior no había asistido la niña al Hogar ya que estaba asistiendo a las vacunas mensuales. Acto seguido que la señora Elda me dejó la niña, yo procedí a dejarla en la cuna que estaba ubicada únicamente para ella, ya que era la única bebé que tenía bajo mi cargo, **la puse en la cuna, pasó un lapso de tiempo de 10 a 15 minutos, no recuerdo bien, la niña concilió el sueño ya que la levantaban temprano para darle el desayuno y bañarla, alrededor de 2 horas la niña despertó, la tomé en mis brazos, como era de costumbre procedí a darle tetero, que ella no tomaba con biberón, sino que se le suministraba con cuchara**, aclaro que los alimentos que la niña consumía en el hogar eran suministrados por la mamá, en seguida que le suministré el tetero, le saqué los gases porque ella era una bebé de 7 meses, acto seguido le cambié el pañal, ella quedó tranquila, le puse media galleta wafer que la mamá le había llevado, ella chupaba su galleta cuando ella desechó la galleta yo la recogí, estaba haciendo mucho frío, yo la tapé de los hombros para abajo y ella concilió el sueño nuevamente, acto seguido me dirigí hacia la cocina que queda más o menos a dos metros de distancia de donde estaba ubicada la cuna de la bebé, **yo fui a la cocina para poner a hacer la colada para el resto de los niños que tenía bajo mi cargo, no pasaron más de 15 minutos. me devolví y siempre estaba pendiente de**



Expediente: 29.533
Actor: Elda Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa



un taxi, me fui para la Clínica San Nicolás, la dirección no la recuerdo pero fue el primer sitio donde yo pude ubicar algo rápido para que atendieran a la niña, yo llegué y me atendieron de inmediato, en el taxi yo traté de prestarle primeros auxilios pero la niña no respondió, cuando llegué a la Clínica el doctor de inmediato le puso oxígeno y unas inyecciones pero la niña no respondió, y yo fui a buscar a la mamá, el único reproche que ella me hizo fue por qué no le había dicho cuando apenas ocurrieron las cosas, al llegar de nuevo a la clínica el doctor nos dijo que ya no había nada que hacer. (...). **No noté nada extraño, ella no tenía sangre ni golpes por ningún lado, no noté ninguna cosa extraña que hubiera podido ocasionar lo que estaba pasando en ese momento. (...). Nosotras como madres comunitarias en esa época teníamos máximo un tope de 15 niños, en el momento que estaban llegando los niños al Hogar Comunitario ese día, **yo me encontraba bajo el cuidado de todos ellos, ya que la señora que me colaboraba no en el cuidado de los niños sino en labores de aseo y cocina ese día no podía asistir en el momento en el que la bebé Natalia Sandoval presentó los síntomas que mencioné con anterioridad, habían llegado aproximadamente 8 niños al Hogar,** no lo puedo precisar con exactitud porque no lo recuerdo, como madres comunitarias sólo podíamos tener a máximo 2 menores de un año, en ese momento yo tenía a la menor Natalia Sandoval de 7 meses y a mi hija Catalina de 1 año, el resto oscilaba entre los 3 y 5 años. (...). La niña siempre llegaba calmada, ella se reía le gustaba mucho chuparse los dedos, jugaba con los juguetes que se le ponían al lado, ese día en particular no estaba tan activa como de costumbre, cuando yo recibí la niña de brazos de la señora Elda, la niña venía como agripada con flemitas, venía incomoda, uno siente cuando un bebé está incomodo, pero **en general estaba bien yo la recibí bien, despierta, la niña estaba bien.** (...). Mi relación con la Asociación siempre fue muy buena, yo tenía nexos con ellos porque **el ICBF lo ubica a uno en una Asociación determinada, la que ellos determinarían, a mí me tocó BENROSAR** con la cual tuve buena relación y contacto permanente"²⁰ (negrillas y subrayas adicionales).**

Mediante oficio No. 0200 del 26 de marzo de 2003 (fl. 78 C. 2), el Juzgado Cincuenta y Dos Penal del Circuito de Bogotá remitió copia auténtica del proceso penal radicado con el No. 2000145, adelantado contra la señora Nancy Isabel Pérez por la muerte de la menor Natalia Sandoval Martínez, en el cual se recaudaron, entre otros, los siguientes elementos probatorios²¹:



Expediente: 29.533
Actor: Elda Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa

- Copia auténtica de la providencia proferida el 10 de febrero de 2000 por la Fiscalía Segunda Seccional de Bogotá, mediante la cual se decidió imponer medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en contra de la señora Nancy Pérez Hernández, por ser presunta responsable del delito de homicidio culposo. Los argumentos que sirvieron de apoyo a la instancia en comento para adoptar dicha decisión fueron, en lo sustancial, los siguientes:

*"El día 26 de julio de 1999, Elda Martínez se levantó para llevar a su hija al jardín infantil, ubicado en la calle 71 con 35, siendo entregada a la responsable de este centro comunitario, Nancy Isabel Pérez Hernández. Siendo las 11 y 30 de la mañana en su lugar de trabajo, recibió una llamada de la mujer Pérez Hernández, quien **le comunicó que su hija Natalia se había tapado con una cobija y se quedó sin respiración**, por lo tanto, acudió al centro asistencial donde se hallaba encontrándola muerta.*

*Conforme al examen practicado por Medicina legal, la menor murió por trauma craneano, **siendo estas heridas causadas por caída o por***

"Conforme a lo anterior, se tiene que los testimonios practicados en un proceso diferente de aquél en el que se pretende su valoración sólo pueden ser tenidos en cuenta por el juzgador cuando son trasladados en copia auténtica, y siempre que hayan sido practicados con audiencia de la parte contra la cual se aducen, o cuando, sin cumplir este último requisito, son ratificados en el nuevo proceso, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 229 del C. de P. C. si no se dan estas condiciones, las pruebas aludidas no podrán apreciarse válidamente. {...}

"Debe anotarse, adicionalmente, que en los eventos en que el traslado de los testimonios rendidos dentro de otro proceso es solicitado por ambas partes, la Sala ha considerado que dichas pruebas pueden ser tenidas en cuenta en el proceso contencioso administrativo, aun cuando hayan sido practicadas sin su citación o intervención en el proceso original y no hayan sido ratificados en el contencioso administrativo, considerando que, en tales casos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio y, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su admisión".

Las indagatorias rendidas en el proceso penal no serán valoradas en esta instancia, pues las mismas no se practican bajo la gravedad de juramento. Al respecto, la Sala ha sostenido:

"En relación con la indagatoria ... practicada dentro de un proceso penal, debe



Expediente: 29.538
Actor: Elda Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa

trauma directo con un elemento en movimiento sobre el cráneo.

"(...).

"Conforme a los anteriores planteamientos y del caudal probatorio hasta ahora arrojado, se puede concluir de acuerdo a lo expuesto por Medicina Legal que la menor murió por fractura de su cráneo el cual puede ser producto de un golpe. En el plenario no aparece la prueba directa, sino indirecta la cual se elabora bajo los indicios graves. ¿En manos de quién se produjo?. **Todo indica que el mismo aconteció en cabeza de la sindicada, pues la menor presentó traumas cuando se hallaba bajo su cuidado, hasta el punto que ella misma hubo de acudir a prestarle ayuda al centro asistencial más cercano que encontró, donde los galenos nada pudieron hacer por la gravedad de las lesiones que presentaba internamente.**

"(...).

"Obra por tanto en contra de la inculpada indicios graves de lugar y tiempo, pues la niña fue llevada a las siete de la mañana al centro comunitario, para a las pocas horas presentar problemas de salud, más no los problemas de salud propios de un infante, sino los presentados a raíz del trauma craneoencefálico, tal como lo determinó el Instituto de Medicina Legal.

Es un indicio grave en su contra de la mencionada sindicada, la mala justificación, al querer atribuir la muerte de la bebé al hecho de haberla encontrado tapada con una cobija y con los labios morados, desgonzada, situación ésta que no concuerda con las causas de muerte, por cuanto no fue por asfixia, como se dijo anteriormente, el deceso de la niña fue por fractura en su cráneo.

Como se observa, el material probatorio es indicativo de que la indagada actuó negligente e imprudentemente, sin tener el máximo de cuidado que se debe asumir en la labor de cuidado de menores, especialmente cuando se trata de bebés"²² (negrillas adicionales).

- Copia auténtica de la providencia calendarada el 5 de mayo de 2000, a través de la cual la Fiscalía Segunda Seccional de Bogotá decidió proferir resolución de acusación contra la señora Nancy Pérez Hernández como autora del delito de homicidio culposo en la persona de Natalia Sandoval



Expediente: 29.533
Actor: Elda Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa

- Copia auténtica de la sentencia proferida por el Juzgado 52 Penal del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual decidió "[a]bsolver a Nancy Isabel Pérez Hernández por el delito de homicidio culposo". Los argumentos para adoptar dicha decisión fueron, básicamente, los siguientes:

*"Teniendo en cuenta lo consignado en antecedencia debemos analizar qué sucedió 48 horas atrás, es decir, en manos de quienes estuvo la menor en ese lapso de tiempo; veamos, los hechos sucedieron el 26 de julio de 1999 -lunes-, si nos regresamos **48 horas atrás tenemos que, las mismas empiezan a contarse a partir del día 24 de julio de 1999 -sábado-, la menor estuvo bajo el cuidado de su hermano Hobber, pero no está plenamente establecido que en ese lapso de tiempo hubiese sufrido alguna lesión la infante, por lo tanto no podemos endilgarle responsabilidad a su hermanito.** Ahora bien, la madre como trabajaba hasta el sábado medio día, ella permanecía sábado por la tarde y domingo todo el día cuidando a sus hijos entre ellos su bebé, **pero tampoco está plenamente establecido que en ese tiempo la menor hubiese recibido alguna lesión. Finalmente, recibe la menor a las 7 de la mañana del día 26 de julio de manos de su progenitora quien afirma haberla entregado en buen estado de salud, situación que corrobora la propia encartada, pero la enjuiciada solamente tiene a la menor de las 7 de la mañana a las 11 y treinta de la mañana, que es cuando se acerca a la infante y observa que tiene la cobija tapándole el rostro, se la quita y se da cuenta que no respira y que tiene los labios morados y es cuando acude a pedir auxilio, aquí en este momento tampoco podemos afirmar que la responsable de la lesión que recibió la infante fue bajo el cuidado de la procesada, porque como bien lo indica el Instituto de Medicina Legal, la lesión se produjo con 48 horas de antelación a su fallecimiento y la procesada sólo tuvo al cuidado de la menor cuatro horas -de 7 a 11 a.m.-, luego en este lapso de tiempo no estableció que la menor hubiese recibido algún golpe que hubiese determinado la muerte.***

Recuérdese que la cuidaron 48 horas antes de su fallecimiento tres personas, su hermano, su progenitora Elda y la procesada Nancy Isabel Pérez, pero hasta el momento del fallo no fue posible endilgarle responsabilidad a ninguna de ellas, menos aún a la hoy procesada, por lo que al Despacho no le queda otro camino que proferir sentencia de carácter absolutorio en favor de Nancy Isabel Pérez Hernández, con base en el principio constitucional del indubio pro reo, y así se consignará en la parte resolutive de este fallo"²⁴ (subrayas y negrillas adicionales).



Expediente: 29.533
Actor: Elda Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa

16
187
15

manera para probar las imputaciones contra la demandada. Debe anotarse que, como lo ha reiterado la Sala en jurisprudencia pacífica, las sentencias penales no configuran cosa juzgada frente a procesos de responsabilidad extracontractual del Estado²⁵.

²⁵ "La Sala reitera el criterio jurisprudencial conforme al cual la sentencia penal que se profiera en el proceso penal que se adelante contra el servidor estatal, sea ésta condenatoria o absolutoria, no tiene efectos de cosa juzgada en la acción de reparación que se adelante contra el Estado por esos mismos hechos, porque, conforme se ha sostenido en las providencias en las que se ha acogido dicho criterio: (i) las partes, el objeto y la causa en ambos procesos son diferentes: a través del ejercicio de la acción penal, el Estado pretende la protección de la sociedad, con la represión del delito y para ello investiga quién es el autor del mismo y cuál su responsabilidad; a través del ejercicio de la acción de reparación, la víctima del daño antijurídico pretende la indemnización de los perjuicios que le ha causado el Estado con una acción que le sea imputable; (ii) los principios y normas que rigen ambos procesos son, en consecuencia, diferentes, lo cual incide, entre otros eventos en los efectos de las cargas probatorias, así: en el proceso penal la carga de la prueba de la responsabilidad del sindicado la tiene el Estado, quien deberá desvirtuar la presunción de responsabilidad que por mandato constitucional ampara a todas las personas; en tanto que en la acción de reparación directa, quien finalmente soporta los efectos adversos de la carencia de prueba de los elementos de la responsabilidad estatal es el demandante, y (iii) el fundamento de la responsabilidad del Estado no es la culpa personal del agente, sino el daño antijurídico imputable a la entidad; de tal manera que aunque se absuelva al servidor por considerar que no obró de manera dolosa o culposa, en los delitos que admiten dicha modalidad, el Estado puede ser condenado a indemnizar el daño causado, bajo cualquiera de los regímenes de responsabilidad y, en cambio, el agente puede ser condenado penalmente, pero el hecho que dio lugar a esa condena no haber tenido nexo con el servicio.

"Adicionalmente, se observa que la responsabilidad patrimonial del Estado no constituye el efecto civil de un ilícito penal, por eso, no son aplicables las normas relacionadas con los efectos de la sentencia penal absolutoria sobre la pretensión indemnizatoria que se formule en proceso separado del penal. Ello por cuanto la responsabilidad del Estado, conforme a lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, se genera en los eventos en los cuales se causa un daño antijurídico imputable a la entidad demandada, al margen de que ese daño hubiera sido causado con una conducta regular o irregular.

"Y, finalmente, si bien la sentencia penal que se dicte contra el servidor estatal no tiene efectos de cosa juzgada en la acción de reparación directa, no puede desconocerse el valor probatorio que la misma pueda tener en este proceso; por lo tanto, la sentencia penal puede ser el fundamento de la decisión de reparación, cuando constituya la única prueba de las circunstancias del ilícito que ha sido juzgado, de la cual se infieran los demás elementos de la responsabilidad estatal, como lo son el hecho, la autoría del agente estatal y el nexo con el servicio; pero, se insiste, ese valor de la sentencia penal no surge del hecho de que la misma produzca efectos de cosa juzgada sobre la acción de reparación sino porque esa sentencia constituye una prueba documental para el proceso, que bien puede brindar al juez contencioso certeza sobre los elementos de responsabilidad.

"En consecuencia, aunque en el caso concreto se hubiera proferido en el proceso penal



17
88
15
Expediente: 29.533
Actor: Eida Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa

- Copia auténtica de la Resolución No. 001 del 30 de julio de 1999, expedida por la Coordinadora del Centro Zonal del ICBF Regional Bogotá, mediante la cual se decidió "[d]ecretar el cierre del Hogar de Bienestar de la Madre Comunitaria Nancy Pérez Hernández, de la Asociación BENROSAR", lo anterior en virtud del fallecimiento de la menor Natalia Sandoval Martínez en dicho Hogar Comunitario ocurrido el 26 de julio de esa misma anualidad²⁶.

- Copia auténtica de la Resolución No. 0325 del 31 de marzo de 1992, a través de la cual el ICBF Regional Bogotá reconoció personería jurídica a la Asociación de Padres Usuarios de Hogares de Bienestar BENROSAR²⁷.

- Copia auténtica del contrato No. 29/18/99 celebrado el 15 de enero de 1999 entre el ICBF Regional Bogotá y la Asociación de Padres de Hogares de Bienestar BENROSAR, cuyo objeto recayó en proveer recursos para los Hogares Comunitarios pertenecientes a esa Asociación consistentes en aseo, combustible, servicios públicos, raciones, material didáctico, etc., por la suma de \$ 48'3338.536. De igual forma se observa que la cláusula cuarta del aludido contrato establece que "[e]l contratista para la ejecución de las obligaciones que este contrato le impone y el cumplimiento del objeto del mismo, no tendrá ninguna relación laboral con el ICBF, ni existirá relación laboral entre el ICBF y las personas que utilice o le colabore para la prestación del servicio"²⁸.

- Mediante oficio de fecha 24 de febrero de 2003 la Coordinadora del Centro Zonal Barrios Unidos del ICBF Regional Bogotá D.C., hizo constar que "[f]anto la Asociación de Padres de Usuarios BENROSAR como las

del Centro Zonal



Expediente: 29.533
Actor: Elda Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa

Barrios Unidos y practica visita de seguimiento al igual que la propia Junta Directiva de la Asociación de Padres BENROSAR” 29.

2.3.- Conclusiones probatorias y caso concreto.

De conformidad con el material de convicción allegado al proceso se encuentra plenamente acreditado el daño antijurídico que fundamentó la presente acción indemnizatoria, en tanto la muerte de la menor Natalia Sandoval Hernández³⁰, supone, por sí misma, una aminoración de distintos bienes jurídicos protegidos y amparados por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, establecida la existencia del aludido daño antijurídico, aborda la Sala el análisis de imputación con el fin de determinar si en el caso concreto dichos daños le puede ser atribuidos a la Administración Pública demandada y, por lo tanto, si constituye deber jurídico a cargo de ésta resarcir los perjuicios que del mismo se derivan y si la sentencia debe ser confirmada o revocada.

Pues bien, de conformidad con los elementos de convicción antes relacionados, se encuentran debidamente acreditados en el proceso los siguientes hechos:

i) Que el día 26 de julio de 1999 a las 7.00 a.m., la señora Elda Martínez acudió al Hogar Comunitario “Mis Monachitos” -cuya responsable era la señora Nancy Pérez Hernández-, para dejar bajo el cuidado y protección de dicho hogar a su hija de 7 meses de edad Natalia Sandoval Martínez;

ii) Que la referida menor al momento de ingresar a dicho Hogar



19
19/0

Expediente: 29.533
Actor: Elda Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa



tal y como lo manifestó la misma persona que la recibió, esto es Nancy Pérez Hernández;

iii) Que según esta misma persona, la niña concilió el sueño y luego recibió alimentos; posteriormente, la niña volvió a quedarse dormida, no obstante, luego de unas horas la referida señora se percató de que la niña presentaba los labios y la cara de color morado, motivo por el cual la levantó de la cuna y se dirigió con ella a la Clínica San Nicolás, lugar donde llegó sin signos vitales.

iv) Que una vez practicada la necropsia al cadáver de la menor se pudo establecer que la causa de su muerte fue "trauma craneoencefálico severo ocurrido en forma reciente", esto es que ocurrió en las últimas 48 horas antes del fallecimiento; según el dictamen la referida lesión se produjo como consecuencia de "contacto entre el cráneo y una superficie con una forma similar"; de igual forma se descartó maltrato crónico a la menor; finalmente, se indicó que "no es posible establecer el tiempo exacto transcurrido desde el momento de la lesión y el momento de la muerte" y;

v) Que luego del trámite del proceso penal adelantado contra la señora Nancy Pérez Hernández, el Juzgado 52 Penal del Circuito de Bogotá decidió absolverla de toda responsabilidad penal con fundamento en el principio constitucional del in dubio pro reo, por considerar que no se encontraban claras las circunstancias en las cuales la menor sufrió la lesión que le produjo la muerte; además, sostuvo que dicha lesión se habría producido dentro de las 48 horas antes de su fallecimiento y la sindicada



Expediente: 29.533
Actor: Elda Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación de la

hubiese sufrido el trauma craneoencefálico que le produjo la muerte dentro del Hogar Comunitario a cargo de la señora Nancy Pérez Hernández, lo cierto es que este hecho se encuentra acreditado de manera indiciaria³¹, teniendo en cuenta que la aludida menor no presentaba señal alguna de lesión o sintomatología que permita inferir que al momento de ser recibida por la Madre Comunitaria -Nancy Pérez Hernández-, hubiere presentado un trauma craneoencefálico severo. Lo anterior es ratificado por el testimonio de la propia señora Nancy Pérez Hernández, quien afirmó que recibió a la niña despierta y en buenas condiciones generales de salud, pues la alimentó en dos oportunidades y no percibió anomalía alguna en la menor.

A lo anterior cabe agregar que el dictamen pericial emitido por el Instituto de Medicina Legal, resulta claro al afirmar que "en las lesiones severas el tiempo de evolución es corto, que puede ir desde la pérdida de la conciencia en el momento del impacto, sin llegar a recuperarla, hasta la aparición de síntomas a las primeras 4-8 horas".

Así pues, a partir de tales elementos de convicción se tiene acreditado que con anterioridad a las 7.00 a.m., -momento en que fue entregada la menor al cuidado del Hogar Comunitario-, la menor Natalia Sandoval Hernández no presentaba signo alguno de lesión o trauma físico; sin embargo, luego de que la menor permaneció por más de cuatro (4) horas bajo el "cuidado" de dicho Hogar Comunitario, fue llevada sin signos vitales al servicio de urgencias de la Clínica Nicolás de Federman, como

³¹ "El indicio es un medio de prueba crítico, lógico e indirecto, estructurado por el juzgador a partir de encontrar acreditado por otros medios autorizados por la ley, un hecho del



Expediente: 29.533
Actor: Elda Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa

consecuencia de un trauma craneoencefálico severo.

En conclusión, forzoso resulta concluir que se halla demostrado que la menor Natalia Sandoval Hernández murió como consecuencia de un trauma craneoencefálico severo producido entre las 7 y 11 a.m., del día 26 de julio de 1999, en el Hogar Comunitario "Mis Monachitos", cuya responsable era la señora Nancy Pérez Hernández.

2.4.- Imputación del daño antijurídico al ICBF.

En Colombia con la Ley 7 de 1979, se instituyó el Sistema de Bienestar Familiar como un servicio público a cargo del Estado, encaminado a promover la integración y realización armónica de la familia, la protección de los niños y niñas del país y la vinculación de las entidades públicas con el fin de elevar el nivel de vida de la familia y de sus integrantes. Además, se determinó que una de las entidades principales a cargo del servicio público de Bienestar Familiar sería el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (establecimiento público), con competencia a nivel nacional.

En relación con la protección de la infancia, la niñez y la adolescencia, la Constitución Política estableció diversos principios, derechos y garantías fundamentales que se traducen en los siguientes postulados: **i)** el principio de protección constitucional reforzada contenido en el inciso tercero del artículo 13 superior; **ii)** el principio de interés superior de los niños y niñas y de prevalencia de los derechos de éstos sobre los derechos de los demás (inciso final artículo 44 C.P.)³²; **iii)** la protección especial a los derechos a la integridad física, a la salud, a la seguridad social, a la alimentación adecuada, al nombre, a la nacionalidad, a tener una familia y no ser



Expediente: 29.533
Actor: Eida Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa



recreación y a la libre expresión de su opinión; **iii)** el deber en cabeza del Estado de protección especial contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos, y **iv)** la titularidad de protección de los derechos de los niños y niñas del país por parte de la familia, la sociedad y el Estado³³.

De otra parte, esta Corporación ha reconocido de manera expresa la posibilidad de declarar la responsabilidad del ICBF, en sede de responsabilidad extracontractual del Estado –vía acción o pretensión de reparación directa–, por los daños irrogados a menores mientras se encuentren bajo el cuidado y protección del ICBF o algún Hogar Comunitario vinculado a dicho Instituto. Sobre el particular, la Sala ha discurrido de la siguiente forma:

"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

³³ "El artículo 44 de la Constitución Política prescribe que la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión son derechos fundamentales de los niños, a lo cual agrega que éstos serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual,



194



Expediente: 29.533
Actor: Eldo Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa

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."³⁴

".....
.....

"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 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**



Expediente: 29.533
Actor: Elda Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa

24 195

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**"³⁵ (negritas y subrayas fuera de los textos originales).

De conformidad con todo lo anterior, ha de concluirse que siempre que se presente la concreción de daños antijurídicos a los menores que se encuentren bajo el cuidado y protección de los Hogares Comunitarios, el Estado a través del ICBF, está obligado a resarcir los perjuicios que se llegaren a causar, siempre que le sean imputables.

Para el caso sub examine, existen suficientes elementos de juicio que permiten arribar a la conclusión de que la entidad demandada -ICBF-, está compelida a reparar los daños antijurídicos padecidos por los demandantes. En efecto, para la Sala el daño es causal y jurídicamente atribuible a la entidad demandada, por las siguientes razones:

Tal y como quedó demostrado, para el instante de los hechos, la menor Natalia Sandoval Martínez se encontraba en una situación de incapacidad dada su corta edad -7 meses-, lo cual le impedía autodeterminarse y/o protegerse; además, porque su madre la entregó en buenas condiciones de salud para su cuidado y protección al Hogar Comunitario, razón por la cual éste asumió **posición de garante** respecto de la vida e integridad de la menor, inclusive frente a la posibilidad de que se causara daño a sí misma; es decir, que de conformidad con el



Expediente: 29.522
Actor: Elda Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa

ordenamiento jurídico el ICBF estaba compelido a impedir la concreción del resultado dañoso³⁶.

³⁶ "La posición de garante trata de dar una explicación y respuesta teórica y coherente a la cuestión de cuáles son las condiciones que deben darse para que el no impedir la entrada de un resultado sea equiparable a la causación positiva del mismo. Según la opinión que aquí será defendida, sólo se puede alcanzar una solución correcta si su búsqueda se encamina directamente en la sociedad, pero ésta entendida como un sistema constituido por normas, y no si la problemática toma como base conceptos enigmáticos basados en el naturalismo de otrora, pues la teoría de la posición de garante, como aquí entendida, busca solucionar solamente un problema normativo-social, que tiene su fundamento en el concepto de deber jurídico." Cf. PERDOMO Torres, Jorge Fernando "La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión", Ed. Universidad Externado de Colombia, 2001, Pág. 17 a 20. Ver igualmente: LÓPEZ Díaz, Claudia "Introducción a la Imputación Objetiva", Ed. Universidad Externado de Colombia; JAKOBS, Günther "Derecho Penal - Parte General", Ed. Marcial Pons; ROXIN, Claus "Derecho Penal - Parte General" "Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito", Ed. Civitas.

En jurisprudencia del 28 de octubre de 2010 (radicado 32.582), la Corte Suprema de Justicia discurre de la siguiente manera:

"Posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable.

"Cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandona la posición de garante.

"En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. Es el concepto que vincula el fenómeno estudiado con los denominados delitos de comisión por omisión, impropios de omisión o impuros de omisión.

"En sentido amplio, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas.

"La legislación penal colombiana sigue el criterio restringido, en el entendido que, con fundamento principal en los artículos 1º y 95.2 de la Constitución Política, que construyen el principio de solidaridad, el artículo 25 del Código Penal dice expresa y taxativamente en cuáles casos es predicable la posición de garante, siempre con referencia a la omisión impropia o impura. (...)

"Para decirlo de otra manera, existe posición de garante en todos aquellos eventos en los cuales, frente a cualquier bien jurídico, la persona tiene la **obligación constitucional o legal de actuar y no lo hace, pudiendo y debiendo hacerlo** (primera hipótesis); y existe posición de garante en los casos en que, **frente a los bienes jurídicos particularmente mencionados, la persona asume voluntariamente la protección real de otra o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio**; mantiene una estrecha comunidad de vida con otras; emprende la realización de una actividad riesgosa con



Expediente: 29...
Actor: Elda Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa



Respecto de la posición de garante, esta Sala ha razonado de la siguiente forma:

"Por posición de garante debe entenderse aquélla situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho.

Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley –en sentido material– atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida"³⁷.

Así pues, el ICBF a través del Hogar Comunitario "Mis Monachitos", tenía el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produjera la afectación a la vida e integridad de la menor Natalia Sandoval Martínez; sin embargo, se abstuvo de ejercer un riguroso cuidado sobre dicha menor puesta bajo su cuidado y protección, pues como quedó establecido, la menor sufrió un trauma craneoencefálico que le produjo la muerte mientras se encontraba bajo el cuidado y protección de un hogar comunitario adscrito al ICBF.

Por consiguiente, para el asunto *sub examine*, encuentra la Sala incuestionable el hecho de que el Estado debió implementar todas las medidas de seguridad y protección para evitar que la menor Natalia Sandoval Martínez resultara lesionada. En consecuencia, el deber de protección –incluida la obligación de seguridad y protección– era exigible a la entidad demandada; no obstante lo anterior, le era posible exonerarse



Expediente: 29.533
Actor: Elda Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa



concreto no quedó establecida esa precisa circunstancia en tanto del acervo probatorio se desprende que era previsible, predecible o altamente probable que la menor dada su incapacidad absoluta -7 meses de edad- pudiese resultar afectada en su vida o integridad física. Dicha conclusión lleva, además, a deducir, como se indicó precedentemente, la falla en la prestación del servicio en la cual incurrió la entidad demandada por su actuar descuidado o negligente en la producción del hecho dañoso.

En casos similares a los analizados en el presente asunto, en los cuales se ha declarado la responsabilidad del Estado por los daños causados a personas en incapacidad absoluta -pacientes psiquiátricos-, puestas al cuidado y protección de entidades estatales que deben garantizar su seguridad, vigilancia y custodia, la jurisprudencia de esta Sección³⁸ ha discurrido de la siguiente forma:

"En cuanto concierne al alcance de la obligación de seguridad del paciente, encaminada a prevenir la producción de eventos adversos, se tiene que, a diferencia de lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia, la misma contiene los deberes de vigilancia y protección, sin que sea dable desligar esas actividades del contenido prestacional, toda vez que están coligados de forma inescindible.

"[...] Como se aprecia, en esta última providencia el tribunal de casación dividió o seccionó la "obligación de seguridad" de la de "vigilancia y cuidado", para enfatizar que la primera debe ser suministrada de manera general por cualquier establecimiento de salud, mientras que la segunda requiere de convención expresa tratándose de los centros hospitalarios generales, y sólo se entenderá pactada cuando el servicio sea prestado por centros psiquiátricos o geriátricos. En ese mismo sentido se pronunció esta Corporación en sentencia del 28 de septiembre de 2000³⁹, oportunidad en la que se precisó que tratándose de centros de tratamiento psiquiátrico la obligación de cuidado y vigilancia se hacía extensiva a los mismos pacientes, por cuanto pueden irrogar lesiones a otros pacientes o, inclusive, a ellos mismos.



Expediente: 29.533
Actor: Elda Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa

"A contrario sensu, en esta oportunidad la Sala propugna por un conocimiento unívoco de la obligación de seguridad, sin que sea viable escindirla en los términos fijados por la Corte Suprema de Justicia, **comoquiera que la misma lleva aparejados deberes propios como los de custodia y vigilancia**, sin que esta precisión se erija como óbice para el cumplimiento de los mandatos del artículo 7º de la Resolución No. 741 de 1997⁴⁰, del Ministerio de la Protección Social que establece el imperativo de las instituciones y empresas prestadoras de servicios de salud de establecer procedimientos y estándares especiales de seguridad para los usuarios de: i) sala de partos; ii) recién nacidos; iii) hospitales psiquiátricos; hogares geriátricos y iv) centros asistenciales para discapacitados, en garantía del principio de igualdad material reforzada a que hace referencia el inciso tercero del artículo 13 y el artículo 50 de la Carta Política⁴¹.

"Así las cosas, debe precisarse que la obligación de seguridad es una sola y, por consiguiente, es comprensiva de diversas actividades como las de: **protección, cuidado, vigilancia y custodia**, circunstancia por la que todas las instituciones de prestación de servicios de salud deberán contar con la **infraestructura necesaria en lo que se refiere a iluminación, señalización, accesos, ventanas, techos, paredes, muros, zonas verdes y demás instalaciones relacionadas con el servicio público de salud**. De otra parte, los establecimientos hospitalarios deberán adoptar todas las medidas que minimicen los riesgos de robo de menores y de agresiones a los pacientes por terceros (arts. 3º y 4º Resolución 741 de 1997). De otro lado, el hecho de que el servicio de salud sea suministrado por clínicas psiquiátricas no muta o transforma la obligación de seguridad, puesto que todo centro hospitalario tiene como finalidad principal la protección de la integridad de sus pacientes.

"En otros términos, los elementos y el régimen de responsabilidad aplicable en estas circunstancias no se altera dependiendo de que el centro asistencial sea de atención general o de atención psiquiátrica, sino que la diferencia se concreta en el análisis de una eventual causa extraña, específicamente con el hecho exclusivo de la víctima. Lo anterior toda vez que para un centro hospitalario general no resulta previsible que uno de sus pacientes se cause a sí mismo un daño, mientras que por el contrario, en los centros de atención psiquiátrica o mental la autodeterminación del paciente no podrá servir para efectos de desvirtuar la imputación fáctica en la producción del daño. Por lo tanto, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, la obligación no será de resultado y el título de imputación seguirá siendo el de falla del servicio, razón para reforzar la idea de entender la obligación de seguridad como un todo, que requiere un especial análisis frente a la



Expediente: 29.533
Actor: Elda Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa



*eventual acreditación de la causa extraña, concretamente, con la previsibilidad y resistibilidad en la producción del daño"*⁴² (negritas adicionales).

Así pues, si bien el anterior antecedente jurisprudencial resalta las obligaciones de protección, cuidado, vigilancia y custodia que deben cumplir los centros de salud respecto de los pacientes psiquiátricos - incapaces absolutos-, lo cierto es que dichas obligaciones resultan predicables también respecto de los Hogares Comunitarios en los cuales se ponen bajo su cuidado y protección a personas menores de 14 años⁴³, las cuales no tienen la capacidad para autodeterminarse y autoprotgerse, amén de que en ambos casos se está en presencia de personas que se encuentran en debilidad y/o vulnerabilidad manifiesta.

Con fundamento en todo lo anteriormente expuesto, la Sala revocará la sentencia apelada, esto es la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión el 6 de octubre de 2004 y, en consecuencia, analizará la indemnización de los perjuicios solicitados en la demanda.

2.5.- Reparación de los daños antijurídicos.

2.5.1.- Indemnización de perjuicios morales.

Según se acreditó en el presente asunto, el daño que se imputó a la entidad demandada en la sentencia de primera instancia se produjo por la muerte de la menor Natalia Sandoval Martínez, en las circunstancias descritas en el anterior capítulo de esta providencia, todo lo cual produjo a los demandantes, sin duda, una afección moral que debe ser



Acerca de los daños causados por la muerte de una persona, resulta necesario precisar que con la simple acreditación de la relación de parentesco mediante los respectivos registros civiles de nacimiento, se presume que los parientes cercanos de una víctima fatal han sufrido un perjuicio de orden moral; en efecto, la simple acreditación de tal circunstancia, para eventos de perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos, cuando alguno de estos hubiere fallecido o sufrido una lesión, a partir del contenido del artículo 42 de la Carta Política⁴⁴ y de las máximas de la experiencia, resulta posible inferir que el peticionario ha sufrido el perjuicio por cuya reparación demanda.

Agréguese a lo anterior que, es lo común, lo esperable y comprensible, que los seres humanos sientan tristeza, depresión, angustia, miedo y otras afecciones cuando se produce la muerte de un familiar cercano; asimismo, la tasación de este perjuicio, de carácter extrapatrimonial, dada su especial naturaleza, no puede ser sino compensatoria, por lo cual, corresponde al juzgador, quien con fundamento en su prudente juicio debe establecer, en la situación concreta, el valor que corresponda, para cuyo propósito debe tener en cuenta la naturaleza y la gravedad de la aflicción y de sus secuelas, de conformidad con lo que se encuentre demostrado en el proceso.

En el caso que hoy ocupa a la Sala, según lo ya expresado, puede inferirse fácilmente que el daño moral sufrido por los familiares de la menor Natalia Sandoval Martínez fue de gran intensidad, en atención a las circunstancias en que se produjo la muerte de la referida menor y que quedaron



Expediente: 29.33
Actor: Eida Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa



reconocimiento de una indemnización equivalente al valor de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la ejecutoria de esta providencia -como se solicita en la apelación-, a favor de los padres de la víctima directa, suma que de forma reiterada ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación en los eventos en que el perjuicio moral se presenta en su mayor intensidad; de igual forma y con fundamento en ese mismo criterio jurisprudencial, se reconocerá el valor equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de los abuelos y hermano de la referida víctima directa.

Finalmente, debe advertirse que obran en original y copia auténtica los respectivos registros civiles nacimiento y matrimonio de los demandantes, los cuales dan cuenta de la relación de parentesco existente entre la menor Natalia Sandoval Martínez y quienes acudieron al proceso en calidad de sus padres, abuelos y hermano⁴⁵.

Así las cosas, habrá lugar a reconocer, a título de daño moral, las sumas de dinero establecidas a continuación, para cada uno de los demandantes:

Eida Martínez (madre)	100 SMMLV
Fabian Sandoval Barbosa (padre)	100 SMMLV
Hoover Stiven Ochoa Martínez (hermano)	50 SMMLV
Idali Martínez (abuela)	50 SMMLV
José Eusebio Sandoval Buitrago (abuelo)	50 SMMLV



Expediente: 29.533
Actor: Elda Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa

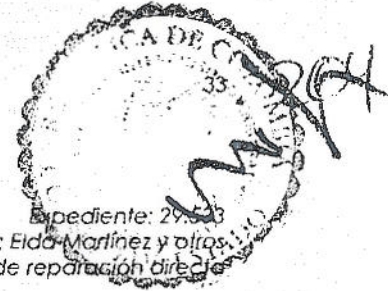
2.5.2.- Medidas de reparación integral.

El daño antijurídico considerado como lesión de un derecho, bien o interés legítimo, supone la alteración o afectación de un estado de cosas que impacta de manera negativa la esfera interna y externa de la persona que lo padece y, por consiguiente, no sólo comprende la órbita patrimonial.

De igual forma, los derechos fundamentales trascienden la esfera individual y subjetiva, pues se ha reconocido que también contienen un plano axiológico u objetivo que está dirigido o encaminado a impedir que transgresiones a éstos se vuelvan a producir, razón por la cual es preciso disponer medidas adicionales de protección dirigidas a mejorar la prestación del servicio estatal respectivo.

La jurisprudencia de esta Sección del Consejo de Estado⁴⁶ ha discurrido sobre el particular, así:

"En consecuencia, cuando el juez de lo contencioso administrativo aprecia la vulneración grave de la dimensión objetiva de un derecho, puede adoptar medidas de justicia restaurativa a efectos de que sea restablecido el núcleo del derecho o interés constitucionalmente protegido, al margen de que el trámite procesal sea el del grado jurisdiccional de consulta o la resolución de un recurso de apelación único. Lo anterior, toda vez que el principio de la no reformatio in pejus, como expresión de la garantía del derecho al debido proceso sólo tiene restricción en la órbita indemnizatoria del principio de reparación integral. En efecto, la jurisprudencia de la Corporación ha precisado que si existe una colisión entre el principio de reparación integral con los principios de congruencia procesal y de jurisdicción rogada, estos últimos deben ceder frente al primero en cuanto concierne a las medidas de satisfacción, rehabilitación, y garantías de no repetición, toda vez que el parámetro indemnizatorio, esto es, el reconocimiento de



Expediente: 29.533
Actor: Eida Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa

"(...) En consecuencia, es posible que el daño antijurídico irrogado por una entidad prestadora del servicio de salud desborde la esfera o dimensión subjetiva, dada su magnitud, anormalidad y excepcionalidad, circunstancia frente a la cual el juez de la reparación no puede ser indiferente, so pena de entender el derecho de la reparación como una obligación netamente inclemnizatoria, cuando lo cierto es que una de las funciones modernas de la responsabilidad es la preventiva.

"En el caso concreto es evidente la falta de diligencia de la entidad demandada, y la forma desentendida y gravemente anormal como se manejó la valoración del embarazo de la paciente, lo que quedó acreditado desde el mismo daño excepcional irrogado que afectó de manera grave la dimensión objetiva del derecho a la salud, más aún si se tiene en cuenta que la lesión directa fue ocasionada sobre tres niñas que alcanzaron a tener un hábito de vida y, en consecuencia, frente a las cuales se predicó la condición de persona en los términos establecidos en el artículo 90 del Código Civil, y que, por lo tanto, contaban con una protección reforzada y especial en los términos del inciso tercero del artículo 13 de la Carta Política y el artículo 44 de la misma, precepto este último que contiene el principio de prevalencia de los derechos de los niños sobre los de las demás personas.

"En ese orden, en la parte resolutive del fallo se dispondrá la adopción de la siguiente medida:

"Como garantía de no repetición, se ordenará enviar copia íntegra y auténtica de esta providencia a la Superintendencia Nacional de Salud, para que remita copia de la misma a cada una de las EPS que funcionan actualmente en Colombia, sin que ello implique, en modo alguno pronunciamiento de responsabilidad en contra de esta última entidad, toda vez que no es parte en el proceso; por ende, se insiste, el único propósito de la medida consiste en la divulgación pedagógica, a efectos de que situación como la descrita en la sentencia no se vuelva a repetir. El valor de las copias será asumido por el ISS".

En el caso concreto, la Sala advierte que se transgredió tanto la dimensión objetiva como subjetiva del derecho a la vida y a la integridad de la menor Natalia Sandoval Martínez, toda vez que el comportamiento del ICBF fue negligente y descuidado para con el cuidado y protección que estaba en la obligación de brindarle; en efecto, según quedó establecido,



Expediente: 29.533
Actor: Elda Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa

32
M. J. J. J.
2014

Por lo tanto, con fundamento en el principio de reparación integral (art. 16 Ley 446 de 1998⁴⁷), la Sala decretará las siguientes medidas, con miras a restablecer la dimensión objetiva del núcleo de los derechos fundamentales transgredidos:

- Como medida de no repetición⁴⁸, el Director o Directora General a nivel nacional del ICBF remitirá a todos los Centros Regionales de esa entidad en el país, copia íntegra de esta providencia para que sea difundida entre las Asociaciones de Padres de Hogares de Bienestar.

- De igual forma, el ICBF establecerá un link con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia. La entidad demandada, en el término de 2 meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo, subirá a la red el archivo que contenga esta decisión y mantendrá el acceso al público del respectivo vínculo durante un período de 6 meses que se contarán desde la fecha en que se realice la respectiva carga de la información en la página web de esa institución.

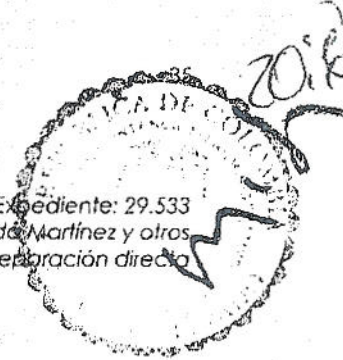
⁴⁷ "A través de la cual se expidieron normas sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia", el artículo en mención preceptúa:

"ARTICULO 16. VALORACION DE DAÑOS. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la **valoración de daños** irrogados a las personas y a las cosas, **atenderá los principios de reparación integral** y equidad y observará los criterios técnicos actuariales (Se resalta).

⁴⁸ Acerca de la Garantía de No Repetición, a la que se alude en la presente providencia, se ha hecho referencia dentro del siguiente contexto: "En cuanto a la obligación de no repetición: El Estado está obligado, "en virtud de los deberes generales de respetar los derechos y adoptar disposiciones de derecho interno (Arts. 1.1 y 2 de la Convención) a adoptar las medidas necesarias para asegurar que violaciones como la que han sido declaradas en la presente sentencia no se producirán de nuevo en su jurisdicción". Este deber casi siempre aparece expresado en la parte de la sentencia relativa a las reparaciones, porque de cierta manera es una forma de reparación "erga omnes" ya que se ordena en beneficio de todas las personas que se encuentran dentro de la



Expediente: 29.533
Actor: Eldo Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa



La entidad demandada deberá enviar un informe de cumplimiento de la orden anterior, con destino a la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de este fallo.

2.6.- Respetto de la responsabilidad de la llamada en garantía.

En el presente caso, los hechos o actuaciones que dieron lugar al llamamiento en garantía fueron anteriores a la expedición de la Ley 678 de 2001, por manera que las normas sustanciales aplicables para dilucidar si el llamado actuó con culpa grave o dolo, serán las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta del agente público, que es la que constituye la fuente de su responsabilidad patrimonial frente al Estado, casos en los cuales resulta necesario remitirse directamente al criterio de culpa grave y dolo que recoge el Código Civil:

"Artículo 63 C. C.-. Clases de culpa y dolo. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materia civil equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levisimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios



Expediente: 29.533
Actor: Elda Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa

No obstante lo anterior, frente a estos conceptos, el Consejo de Estado⁴⁹ ha señalado que para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos. Así mismo, es necesario tener en cuenta otros conceptos como los de buena y mala fe que están contenidos en la Constitución Política⁵⁰ y en la ley, a propósito de algunas instituciones como por ejemplo contratos, bienes y familia.

En consideración a lo anterior, la Sala⁵¹ ha explicado que para determinar la responsabilidad personal de los agentes, ex agentes estatales o particulares investidos de funciones públicas, el análisis de sus actuaciones dolosas o gravemente culposas comporta, necesariamente, el estudio de las funciones a su cargo y si respecto de ellas se presentó un incumplimiento grave. Igualmente, se requiere establecer si dicho incumplimiento fue debido a una actuación consciente y voluntaria del agente, es decir, con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento **y con la intención de producir las consecuencias nocivas** –actuación dolosa–, o si al actuar pudo prever la irregularidad en la cual incurriría **y el daño que podría ocasionar** y aún así no lo hizo o confió imprudentemente en poder evitarlo –actuación gravemente culposa–.

Es claro entonces que se trata de establecer una responsabilidad subjetiva cualificada, en la cual juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; por ello, en cualquier análisis de la conducta del agente...



Expediente: 29.523
Actor: Eida Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa



juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico permitirá deducir la responsabilidad del agente, ex agente estatal o particular en ejercicio de funciones públicas y, por ello, resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta.

En el caso *sub examine*, advierte la Sala que tal y como se analizó anteriormente, la señora Nancy Pérez Hernández para el día de los hechos era la única persona que se encontraba al cuidado de ocho (8) menores de edad, además de las labores de aseo y cocina propias del Hogar Comunitario del cual era responsable, de lo cual se infiere que no pudo cumplir con sus labores de cuidado y protección de forma idónea; no obstante, del escaso acervo probatorio arrimado al proceso no se puede tener certeza respecto de las circunstancias en las cuales se produjo la lesión de la menor Natalia Sandoval Martínez que le produjo la muerte, salvo, claro está, que dicha lesión se produjo mientras estaba bajo el cuidado del Hogar Comunitario "Mis Monachitos".

Así pues, para la Sala del exiguo material probatorio aportado, no es posible establecer que la señora Nancy Pérez Hernández, en su calidad de responsable del aludido Hogar Comunitario donde falleció la citada menor, hubiere actuado con dolo o culpa grave. Ciertamente, a partir de tales probanzas no se pueden establecer el grado de responsabilidad que le asiste a la referida llamada en garantía, pues no hay elementos determinar que la conducta con la cual actuó la referida persona es constitutiva de dolo o culpa grave.

Por consiguiente, se tiene que el análisis de la conducta de la llamada en garantía no puede ser efectuado porque no se aportaron elementos de



Expediente: 29.533
Actor: Elda Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa

Sandoval Hernández, ni para determinar que habría sido su culpa grave o dolo la causa determinante del daño por cuya indemnización se reclama.

2.7.- **Condena en costas.**

Comoquiera que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, debido a que ninguna procedió de esa forma en el *sub lite*, no habrá lugar a su imposición.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, esto es la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión el 6 de octubre de 2004.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **DECLARAR** patrimonial y extracontractualmente responsable al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-, por los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión de la muerte de la menor Natalia Sandoval Martínez, ocurrida el 26 de julio de 1999 en la ciudad de Bogotá D.C., de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.



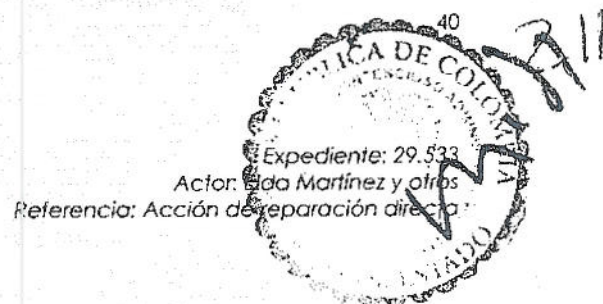
Expediente: 29.533
Actor: Eida Martínez y otros
Referencia: Acción de reparación directa

Eida Martínez (madre)	100 SMMLV
Fabian Sandoval Barbosa (padre)	100 SMMLV
Hoover Siiven Ochoa Martínez (hermano)	50 SMMLV
Idali Martínez (abuela)	50 SMMLV
José Eusebio Sandoval Buitrago (abuelo)	50 SMMLV

CUARTO: Condenar al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF-, a la reparación integral de la violación de los derechos humanos de los mencionados demandantes, para lo cual, de conformidad con la parte motiva de esta providencia, deberán adoptarse las siguientes medidas de naturaleza no pecuniaria:

4.1.- Como medida de no repetición, el Director o Directora General a nivel nacional del ICBF remitirá a todos los Centros Regionales de esa entidad en el país, copia íntegra de esta providencia para que sea difundida entre las Asociaciones de Padres de Hogares de Bienestar.

4.2.- De igual forma, el ICBF establecerá un link con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia. La entidad demandada, en el término de 2 meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo, subirá a la red el archivo que contenga esta decisión y mantendrá el acceso al público del respectivo vínculo durante un período de 6 meses que se contarán desde la fecha en



La entidad demandada deberá enviar un informe de cumplimiento de la orden anterior, con destino a la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de este fallo.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

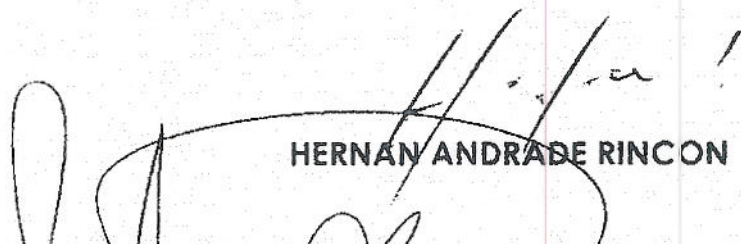
SEXTO: NEGAR las pretensiones formuladas contra la llamada en garantía, señora Nancy Pérez Hernández.

SEPTIMO: CUMPLASE lo dispuesto en esta providencia, en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

OCTAVO: Sin condena en costas.

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUELVASE** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento y expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias de las que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HERNÁN ANDRADE RINCON



DOCTOR: HERNAN ANDRADE RINCON

EDICTO

LA SUSCRITA SECRETARIA DE LA SECCION TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO, NOTIFICA A LAS PARTES LA SENTENCIA DICTADA EN EL SIGUIENTE NEGOCIO:

EXPEDIENTE: 250002326000200100298 01
(29533)

DEMANDANTE: ELDA MARTINEZ Y OTROS

DEMANDADO: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

NATURALEZA: REPARACION DIRECTA

FECHA DE LA SENTENCIA: TRECE (13) de NOVIEMBRE de DOS MIL TRECE (2013)

EL PRESENTE EDICTO SE FIJA EN LUGAR PUBLICO DE LA SECRETARIA DE LA SECCION POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS, COMPRENDIDOS ENTRE LAS 8 a.m. DEL 22/11/2013 Y LAS 5 p.m. DEL 26/11/2013, HORA EN QUE SE DESFIJA.

DE CONFORMIDAD CON EL ARTICULO 331 DEL C. de P.C., EL TERMINO DE EJECUTORIA DE ESTA PROVIDENCIA CORRE ENTRE EL 27 AL 29 DE NOVIEMBRE DE 2013.

LA SECRETARIA,

María Isabel Feullet Quevedo
MARÍA ISABEL FEULET QUEVEDO