

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA.

Santiago de Cali, siete (7) de septiembre del dos mil veintiuno (2021)

PROCESO N°: 76001-33-33-012-2018-00035-00
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: PASTORA FRANCO SUAZA Y OTROS
Correo: asjuridico121@yahoo.com.co
notificacion.procesal@gmail.com
DEMANDADO: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF y
FUNDACIÓN CAICEDO RIOPAILA CASTILLA
Correo: notificaciones.judiciales@icbf.gov.co;
representacion.judicial@icbf.gov.co; jesus.herrera@icbf.gov.co;
correos@confianza.com.co; jjgonzalez@confianza.com.co;
comunicaciones@asesoresjuridicosprofesionales.com

I. ANTECEDENTES

Los señores PASTORA FRANCO SUAZA, en nombre propio y representación de su hija menor MARIA DEL ROSARIO BEDOYA FRANCO; ANA CAMILA MAYO FRANCO; CARLOS ANDRÉS MARTÍNEZ FRANCO, quien concurre en nombre propio y representación de su hijo menor JUAN SEBASTIAN MARTINEZ PEREA y DANIELA ANDREA FRANCO SUAZA, a través de apoderado judicial, acuden a la jurisdicción en ejercicio del medio de control de Reparación Directa previsto en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 –en adelante CPACA- con el fin de que se declare al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF y a la FUNDACIÓN CAICEDO GONZÁLEZ RIOPAILA CASTILLA patrimonialmente responsables por los perjuicios causados a los demandantes, por la muerte del menor JUAN DIEGO FRANCO SUAZA en hechos acaecidos el 07 de julio de 2017 en el Municipio de Santiago de Cali.

En consecuencia, solicita que la entidad demandada sea condenada al pago de los perjuicios morales y a la afectación a bienes y derechos convencionales y constitucionalmente amparados.

Como **HECHOS** de la demanda se resumen los siguientes:

1. A la edad de 15 años, Daniela Andrea Franco Suaza presentó problemas de salud, motivo por el que su madre, señora Pastora Franco, la trasladó a la Fundación “Cer Mujer” donde luego de varios

exámenes descubrieron que la joven estaba en estado de embarazo. La gestación, controles al feto y demás atenciones médicas, se llevaron a cabo en la fundación, debido a los escasos recursos de su madre.

2. El 10 de julio de 2015 en la Fundación “Cer Mujer” nació el menor Juan Diego Franco Suaza y permaneció en la Institución con su madre Daniela Andrea Franco durante 8 meses. Posteriormente, regresaron a la casa de habitación de la señora Pastora Franco Suaza ubicada en Amaine - Municipio de Palmira, donde estuvieron 4 meses. Después la menor, junto con su hijo, decidió mudarse a la casa de los abuelos paternos de su hijo, lugar donde residió alrededor de 3 o 4 meses y posteriormente se mudó a otra residencia.

3. Luego de enterarse de la mudanza, la señora Pastora Franco decidió buscarlos desesperadamente y los encontró en circunstancias no aptas para la crianza de su nieto, por lo que el 01 de febrero de 2017 acudió al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y solicitó la protección de los dos menores de edad.

4. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar inició su labor para restablecer los derechos de la menor Daniela Andrea Franco y su hijo Juan Diego Franco Suaza y el 30 de marzo de 2017 realizó una visita al lugar donde residían. Encontró al menor con peso y talla adecuado pero con retraso en el crecimiento debido a la inseguridad alimentaria, por lo que se le dieron varias instrucciones a la madre con el fin de un mejor cuidado de su hijo.

5. Posteriormente, la menor Daniela Andrea Franco junto con su hijo Juan Diego Franco Suaza, se presentaron de manera voluntaria ante el Centro Suroriental del ICBF y manifestaron que no contaban con los recursos necesarios para atender a su hijo, por lo que solicitaron protección de la entidad. Después de un estudio de la situación de los menores, se identificaron factores de alto riesgo respecto de su calidad de vida y un ambiente sano, sumado a la falta de habilidades de la madre para iniciar actividades de crianza del menor, por lo que se ordenó un PARD a favor del niño, en la modalidad de hogar sustituto.

6. El 30 de marzo de 2017, se abrió la investigación No. 0222 y se adoptó como medida provisional, entre otras, la del restablecimiento del derecho a favor del menor Juan Diego Franco Suaza a través de la ubicación en medio familiar -hogar sustituto- en la Fundación Caicedo Gonzales Riopaila Castilla. Se emitió boleta de ingreso dirigida al Coordinador de la Fundación y se designó como madre sustituta a la señora Gloria Inés Sánchez Ramírez. En el mismo lugar fue asignada su madre Daniela Franco.

7. El 07 de julio de 2017, siendo aproximadamente las 16:00 horas, el menor Juan Diego Franco Suaza de 23 meses de edad, se encontraba aparentemente solo en el hogar sustituto que le fue asignado ubicado en la diagonal 66 No. 33B-35 Conjunto Residencial Jardines, lugar donde se presentó un incendio por una veladora que le ocasionó quemaduras y finalmente la muerte.

8. El 8 de julio de 2017, el ICBF se encargó de realizar las gestiones documentales para reclamar el cuerpo del niño y hacer entrega del cadáver.

9. Por los hechos se inició una investigación en la Fiscalía 40 Seccional de la Unidad de Vida con No. de SPOA 760016000193201725111.

II. DEFENSA DE LAS ENTIDADES DEMANDADAS

2.1 La FUNDACIÓN CAICEDO GONZÁLEZ RIOPAILA CASTILLA se opuso a las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos manifestó que en calidad de administradora del programa “hogares sustitutos” del ICBF recibió para ubicación a los menores Juan Diego Franco Suaza y su madre Daniela Andrea Franco, sin que en su proceso participara miembro alguno del grupo familiar. Agregó que ninguno de los ahora reclamantes formaron parte de la red de apoyo ni grupo familiar en procura del restablecimiento de los derechos de los menores.

Señaló que conforme al documento “Formato Único – Proceso De Atención Plan De Atención Integral PLATIN – Restablecimiento de Derechos”, elaborado por profesionales que conforman el equipo psicosocial adscrito a la Fundación Caicedo González Riopaila, la menor Daniela Andrea Franco permaneció en la Fundación “Ser Mujer” durante su embarazo y 8 meses después del nacimiento de su hijo Juan Diego Franco Suaza, momento en que fue retirada de la Institución por su madre Pastora Franco, con quien vivió un tiempo y después se trasladó a la casa de un amigo. Finalmente buscó ayuda del ICBF porque no quería separarse de su hijo.

La menor Daniela Andrea Franco se presentó voluntariamente junto con su hijo Juan Diego Franco Suaza ante el ICBF buscando ayuda porque no contaba con una red de apoyo para ella y su bebe, manifestación que quedó plasmada en el auto de apertura No. 0223 del 30 de marzo de 2017, fecha en la que ingresaron al programa “hogares sustitos” administrado por la Fundación Caicedo González Riopaila, cuando contaban con 17 años y 1 año y ocho meses, respectivamente. Se tramitó el proceso de restablecimiento de derechos para ambos y la Defensoría de Familia los asignó al Hogar Sustituto de la señora Gloria Inés Sánchez Ramírez.

Indicó que la entrega física de los menores estuvo directamente a cargo del ICBF y es a partir de ahí que se activan las actuaciones a cargo de la Fundación como administradora del programa para el

cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones determinadas por el ICBF y contenidas en el lineamiento técnico que regula la actividad del operador. Una vez los menores son ubicados en el hogar sustituto se hace el reparto interno del caso a los equipos interdisciplinarios adscritos a la Fundación. En este caso le correspondió al equipo No. 1 y dentro de los primeros 45 días se realizaron las valoraciones por parte del equipo psicosocial y medico a ambos menores y se surtieron las actividades propias del Plan de Atención Integral (PLATIN).

El infortunado hecho en el que perdió la vida el menor Juan Diego Franco Suaza ocurrió en la unidad de servicios "HOGAR SUSTITUTO" de la señora Gloria Inés Sánchez Ramírez el viernes 7 de Julio de 2017, siendo aproximadamente las 4:00 pm, hora en la que se recibió en la línea telefónica fija de la Fundación Caicedo González Riopaila Castilla una llamada de la madre sustituta para reportar el incendio, así como la presencia de los bomberos y la policía. La señora Sánchez Ramírez informó que el menor no se encontraba solo en el inmueble, pues su hija KATHERINE PINEDA SANCHEZ (mayor de edad de 24 años de edad aproximadamente) se encontraba al interior de la vivienda, la madre del menor Daniela Andrea Franco Suaza se encontraba en el kiosco de la unidad y la adolecente Angie Tatiana Caicedo Hurtado (adolescente también ubicada en el Hogar Sustituto ya indicado) se encontraba fuera del inmueble realizando actividades propias de su desarrollo escolar, por su parte la señora Sánchez se encontraba paseando las mascotas en unidad residencial. Aseguró que la vivienda es pequeña y una vez Katherine advirtió la situación intentó ingresar a la habitación pero no lo logró y solo recibió quemaduras en su brazo.

Señaló que una vez se surtieron los trámites de entrega del cadáver, se dispuso por parte de la Defensoría de Familia que las exequias se llevarían a cabo el día lunes 10 de julio. Para ese día se citó a todo el equipo psicosocial de la Fundación y a las adolescentes Daniela Andrea Franco y Angie Tatiana Caicedo Hurtado con el objeto de definir su reubicación. Inesperadamente se presentó la señora Pastora Franco Suaza, situación que dio lugar a que la adolescente Daniela Franco Suaza entrara en angustia y desespero por lo que debió ser atendida y retirada del lugar. La Defensora de Familia asumió la atención de la Señora Pastora Franco y evitó el contacto entre ellas. También se presentó la abuela del menor por línea paterna a quien se le permitió por parte de la Defensora de familia participar en las actividades que se desarrollaban en torno al sepelio del niño.

Afirmó que los acontecimientos descritos contribuyen a demostrar la ausencia de relación filial y de afecto entre la demandante Pastora Franco Suaza y la madre del pequeño Juan Diego Franco Suaza razón por la que el menor debió ser ingresado bajo protección del ICBF, sin que haya generado vínculo afectivo alguno con los miembros de la familia materna que hoy demandan y reclaman el pago de perjuicios morales.

El mismo día del sepelio Daniela Franco debió ser reubicada nuevamente en el hogar de la señora

Nelly Bastidas, pero lamentablemente la adolescente se evadió del hogar sustituto el 11 de julio en la noche. Por ese motivo, el 12 de julio de 2017 se emitió el Informe extraordinario con el que se reportó por parte de la Psicóloga Carolina Narváez Murillo la situación que se presentó con la adolescente.

Como fundamento jurídico citó el marco legal que sustenta el programa “hogares sustitutos” y señaló que la participación de la Fundación en la administración de tales programas dispuestos por el ICBF, para la fecha de ocurrencia de los hechos de la demanda, se encuentra enmarcado en el Contrato de Aporte No. 76.26.116.1169 suscrito entre el ICBF y la Fundación Caicedo Gonzales Riopaila, vigente entre el 29 de noviembre de 2016 y el 30 de noviembre de 2017, cuya cláusula vigésima primera excluyó contractualmente la solidaridad entre las partes y la cláusula segunda determinó claramente la individualización de las responsabilidades.

Finalmente, concluyó que la Fundación ha cumplido con todas y cada una de las obligaciones impuestas para el ejercicio de su actividad como operador del programa “hogares sustitutos” a cargo del ICBF, sin que, a su juicio, tenga participación por acción u omisión en los hechos que terminaron con el fallecimiento del menor Juan Diego Franco. Aclaró que la madre sustituta no ostenta la calidad de empleada ni subcontratista de la Fundación, dado que su medio de vinculación es directo mediante la solicitud que tramitan ante el ICBF y cuya aprobación proviene de una resolución emitida por esta autoridad administrativa.

Formuló las excepciones denominadas “*inexistencia de la obligación*”, “*ausencia de elementos para demostrar la responsabilidad indirecta en cabeza de Fundación Caicedo Gonzales Rio Paila*”, “*excepción a la cláusula de indemnidad contenida en el contrato de aporte No. 76.26.116.1169*”, “*divisibilidad de la sentencia, en proporción al grado de responsabilidad en la comisión del hecho*”, “*buena fe*”, “*temeridad o mala fe de los demandantes*”, “*la que se desprende del cumplimiento de las normas jurídicas dispuestas en la Ley 1098 de 2006 y las demás disposiciones que le reglamentan,, y particularmente en el lineamiento técnico emitido por el ICBF para el proceso de gestión de restablecimiento de derechos en las modalidades para la atención de niños, niñas y adolescentes, con derechos inobservados, amenazados o vulnerados de fecha 22 de julio de 2016*”. (fls. 1 a 358 del Archivo 01 -Cuaderno Principal 2- del Expediente Digital).

2.2 EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF guardó silencio (fls. 359 y 422 del Archivo 01 -Cuaderno Principal 2- del Expediente Digital).

III. LLAMADA EN GARANTÍA

La **COMPAÑÍA ASEGURADORA FIANZAS S.A. CONFIANZA** (llamada en garantía por la Fundación Caicedo González Rio Paila Castilla) señaló que no le constan los hechos de la demanda, por lo que

se atiene a lo que resulte probado en el proceso y se abstuvo de pronunciarse frente a las pretensiones.

Frente a los hechos en que se basa el llamamiento en garantía, indicó que la Póliza 03RE004206 de responsabilidad civil extracontractual se regula por las condiciones generales del contrato de seguros y los límites asegurados; y respecto a la póliza 03GU0 68176 adujo que el objeto de este seguro es totalmente ajeno al presente juicio de responsabilidad, ya que ampara el cumplimiento del contrato garantizado.

Recalcó que la póliza de cumplimiento es de naturaleza contractual y por tanto no está llamada a cubrir perjuicios que se causen a terceros con ocasión de la ejecución del contrato garantizado, por lo que a su juicio es improcedente presentar llamamiento en garantía.

Se opuso a la condena al considerar que los conceptos incluidos en las pretensiones de la demanda, están expresamente excluidos de cobertura dentro de la póliza de responsabilidad civil extracontractual y frente a la póliza de cumplimiento es clara la improcedencia de su afectación, toda vez que es una garantía de naturaleza contractual y por lo tanto cualquier daño a terceros esta excluidos de cobertura.

Frente a la demanda, formuló como excepciones las que denominó: *“falta de legitimación en la causa por parte de Fundación Caicedo Gonzales Rio Paila Castilla para llamar en garantía a Confianza S.A.”*, *“ausencia de responsabilidad por parte del asegurado – inexistencia de nexo causal entre el daño o perjuicio sufrido y la conducta que se pretende imputar”*, *“límite del valor asegurado por evento para los amparos de perjuicios extrapatrimoniales y lucro cesante”*. Y respecto al llamamiento en garantía propuso la que denominó: *“inexigibilidad de la póliza por ausencia de cobertura de los hechos que dan origen a las pretensiones de la demanda, las pólizas de cumplimiento no cubren responsabilidad civil extracontractual, daños a terceros, ni perjuicios indirectos, perjuicios morales, ni lucro cesante, ni daños a la vida en relación”*. (fls. 62 a 127 del Archivo 01 -Cuaderno Llamado en Garantía- del Expediente Digital).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término para presentar alegatos de conclusión la parte demandada **Fundación Caicedo González Riopaila Castilla** reiteró los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda y solicitó se declaren prosperas las excepciones formuladas y en consecuencia de ello se nieguen las pretensiones de la demanda. (Archivo 17 del Expediente Digital).

La parte demandada **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF** alegó de conclusión de manera extemporánea. (Archivo 18 y 18.1 y Constancia Secretarial archivo 19 del Expediente Digital).

La **Parte Demandante** y la llamada en garantía **Compañía Aseguradora Fianzas S.A. Confianza** guardaron silencio. (Archivo 19 del Expediente Digital).

El **Ministerio Público** no emitió concepto. (Archivo 19 del Expediente Digital).

Tramitada la instancia no observándose nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el mérito del asunto y para ello se,

V. CONSIDERACIONES

5.1. Las excepciones

Respecto a este tópico encuentra el Despacho que las excepciones formuladas por la entidad accionada Fundación Caicedo González Riopaila Castilla y por la llamada en garantía Compañía Aseguradora Fianzas S.A. Confianza, en esencia son de mérito, pues si se configura o no la responsabilidad de las entidades accionadas, es un asunto propio del fallo de fondo que ha de proferirse en el presente proceso y no de un pronunciamiento previo.

5.2. Problema Jurídico

¿Determinar si las entidades demandadas INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF y FUNDACIÓN CAICEDO GONZÁLEZ RIOPAILA CASTILLA, son patrimonialmente responsables por los perjuicios reclamados por los demandantes, como consecuencia de la muerte del menor Juan Diego Franco Suaza en hechos ocurridos el 07 de julio de 2017?

Para dar solución al interrogante planteado se seguirá el siguiente derrotero: **i)** Se realizará un análisis de los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado en el caso concreto, iniciando por la acreditación del **daño antijurídico**, una vez establecido aquél, se estudiará lo referente a la **imputación** sobre las entidades accionadas, analizando el título de imputación aplicable al *sub-lite*, acorde con los hechos comprobados; **ii)** La liquidación de perjuicios donde se evaluará el quantum solicitado; **iii)** Se definirá el tema de la llamada en garantía y por último, **iv)** Las costas procesales.

5.3. Los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado

Con la expedición de la Constitución Política de 1991, el fundamento de la responsabilidad pasó de la antijuridicidad de la conducta del agente (falla del servicio), en la cual la acción u omisión del Estado era el eje central de la obligación resarcitoria a la antijuridicidad del daño sufrido por la víctima¹, aquí es la lesión o el menoscabo a un derecho el que cobra relevancia para el campo resarcitorio.

Al respecto el artículo 90 Constitucional, consagra que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Del anterior contenido normativo podemos deducir la existencia de dos elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado:

Un daño antijurídico, entendido como aquella afectación patrimonial o extrapatrimonial a un bien, derecho o interés legítimamente protegido por el ordenamiento jurídico, el cual la víctima no estaba en la obligación legal de soportar y la imputación del mismo al ente público, es decir, la posibilidad de atribuir tanto material (nexo de causalidad, acción y/u omisión) como jurídicamente (búsqueda del contenido obligacional vulnerado) esa afectación a la demandada que justifique el deber jurídico de repararla.

5.3.1. El Daño Antijurídico

Es el primer elemento a analizar en el campo de la responsabilidad patrimonial del Estado, su no acreditación exonera al juez de cualquier análisis de atribución a la entidad demandada, pues si no existe afectación no se tiene el fundamento para que se obligue a reparar a la administración pública. Este concepto no tiene definición positiva en nuestro ordenamiento jurídico, en esa medida su desarrollo ha sido por vía jurisprudencial.

El Consejo de Estado ha explicado que: *“sólo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga”*². Por su parte, la Corte Constitucional lo ha entendido como *“El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”*³.

Sobre este elemento de la responsabilidad el Despacho, encuentra acreditado el daño alegado por los demandantes, esto es, el fallecimiento del menor⁴ Juan Diego Franco Suaza, de conformidad con

¹ Arévalo, H. (2011). *Responsabilidad del Estado y de sus Funcionarios*. Cuarta Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, pág. 25.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 28 de marzo de 2012, No. Interno 22.163, C.P. Enrique Gil Botero.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-333 del 1 de agosto de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴ A folio 8 del archivo 01 –Cuaderno Principal 1– del expediente digital, obra el registro civil de nacimiento donde se refrenda que nació el 10 de julio de 2015, por lo que para la fecha de los hechos contaba con 23 meses de edad.

el registro civil de defunción No. 09421168 que da cuenta que su deceso se presentó el **07 de julio de 2017**, siendo las 16:00 horas⁵.

En igual sentido, sobre este suceso se tiene el Certificado de Defunción No. 815689-4, en el que se registró la misma fecha y hora del fallecimiento y como manera probable de muerte “violenta”⁶

También obra Informe Pericial de Necropsia No. 2017010176001001544 del 08 de julio de 2017 practicado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses que arrojó como conclusión pericial: *“el caso se trata de un niño que fallece a consecuencia de incendio por el patrón de lesiones y el daño en la vía aérea y los pulmones la secuencia lógica es que sufre daño en la vía respiratoria y fallece por este mecanismo siendo las quemaduras severas en el cuerpo con un patrón postmortem, es decir, cuando se quema ya estaba muerto”*; causa básica de la muerte: *“quemaduras de vía aéreas por gases calientes”*; y manera de muerte violenta: *“con patrón de muerte accidental”*⁷.

Los anteriores elementos probatorios demuestran la ocurrencia del deceso del menor Juan Diego Franco Suaza el 07 de julio de 2017 a raíz de quemaduras de vía aéreas por gases calientes, por lo que se tiene por acreditado el primer elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado.

5.3.2. La imputación

Inicialmente, en el estudio de los elementos de la responsabilidad se hablaba de la existencia de un nexo de causalidad entre la acción u omisión del Estado y el daño causado, es decir, que la afectación causada sea consecuencia del actuar deficiente de la administración. El Consejo de Estado inicialmente entendió este concepto como la exigencia de una relación de causa efecto entre la conducta del Estado y el daño causado⁸.

Sin embargo, con la evolución jurisprudencial y atemperándose al contenido del artículo 90 Constitucional, se adoptó el término imputación, entendido como un elemento que comprende el nexo de causalidad, visto desde el plano material, pero que además se complementa con una causalidad jurídica, entendida como la búsqueda del contenido obligacional vulnerado que justifica el deber de reparar esa afectación, siendo en esta última donde se analizan los diferentes títulos de imputación.

5.3.2.1. El título de imputación

⁵ Fl. 10 del archivo 01 –Cuaderno Principal 1– del expediente digital.

⁶ Fl. 64 del archivo 01 –Cuaderno Principal 1– del expediente digital.

⁷ Fls. 84 a 86 del archivo 01 –Cuaderno Principal 1– del expediente digital.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 21 de octubre de 1999. Radicación No. 10948 y 11643 (Acum), C.P. Alíer Hernández Enríquez.

La parte actora arguye que las entidades demandadas tenían la posición de garante frente a la víctima y que conforme acontecieron los hechos, las demandas se abstuvieron de ejercer un cuidado del menor que estaba bajo su cuidado y protección, pues aquel falleció en un incendio que se presentó en el hogar sustituto en el que se encontraba.

Sobre la posición de garante, el H. Consejo de estado⁹ ha señalado:

“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”.

Y respecto a la imputación sobre la posición de garante, en un caso similar al aquí debatido, el Honorable Consejo de Estado, en Sentencia del 26 de marzo de 2014, en el expediente bajo radicado No. 50001-23-31-000-2000-00116-01(28077), señaló:

“...En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante”¹⁰.

Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcarse por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal¹¹, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse... que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”¹².

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos¹³, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 4 de octubre de 2007, Exp. 15.567. M.P. Enrique Gil Botero, sentencia del 12 de junio de 2013 Exp. 28.390 y del 24 de julio de 2013, Exp. 23.958, entre otras.

¹⁰ Cita de la transcripción: Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

¹¹ Cita de la transcripción: “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23..

¹² Cita de la transcripción: “MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204.

¹³ Cita de la transcripción: Merkl ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos

negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho.

Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

En los anteriores términos, cabe estudiar la responsabilidad extracontractual del Estado analizando dos extremos: el régimen de responsabilidad aplicable en materia de la responsabilidad del Estado derivado de la prestación del servicio de bienestar familiar o de las actividades que se desarrollan en los establecimientos o instituciones del Estado destinadas a cumplir con los mandatos constitucionales del artículo 42 y 44 C.P. y; la realización del juicio de imputación para el caso en concreto.”

Conforme a lo anterior, la responsabilidad endilgada a las entidades demandadas debe abordarse teniendo en cuenta la posición de garantes frente a menores de edad que se encuentran a su cargo, atendiendo las obligaciones legales que les corresponde de brindarles protección, cuidado, vigilancia y custodia, a través de los hogares sustitutos, estableciendo si el daño alegado les resulta o no imputable, bajo el título de falla en el servicio.

5.3.2.2. Hechos probados

El menor Juan Diego Franco Suaza nació el 10 de julio de 2015, conforme se desprende del Registro Civil de Nacimiento obrante a folio 8 del archivo 01 –Cuaderno Principal 1– del expediente digital, en el que además consta que su madre es Daniela Andrea Franco Suaza.

El 01 de febrero de 2017, la señora Pastora Franco Suaza se presentó ante ICBF en su calidad de abuela materna del menor Juan Diego Franco Suaza, denunciando que era víctima de maltrato por negligencia de su madre adolescente Daniela Andrea Franco Suaza, entre otras acusaciones, por lo que solicitó la intervención del Instituto (fl. 20-21 del archivo 01 –Cuaderno Principal 1– del expediente digital).

Conforme al Formato de Constatación de Denuncia No. 1760807398, se tiene que el 06 de febrero de 2017 la profesional Quelis Rosa Sevillano Fajardo del ICBF, efectuó visita a la vivienda ubicada en la carrera 26m # 58-02 de Cali, lugar donde se encontraban la menor Daniela Andrea Franco Suaza y su hijo Juan Diego Franco Suaza. En la visita estableció que la denuncia registrada era verdadera, teniendo en cuenta que *“Daniela de 17 años de edad no cuenta con habilidades sociales suficientes para asumir sola las actividades relacionadas con el proceso de crianza y desarrollo de su hijo, además de identificar que no cuenta con redes de apoyo asertivas para fortalecer en esa tarea*

finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la *conditio sine qua non*, sino *conditio per quam* de la administración”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211.

de cuidadora, lo que podría generar un riesgo latente para la madre y el niño". (fl. 31-33 del archivo 01 –Cuaderno Principal 1– del expediente digital).

En virtud de lo anterior, el 10 de febrero de 2017, la profesional Olga Obando Valencia, Defensora de Familia del Centro Zonal Suroriental del ICBF, expidió boleta de citación a Daniela Andrea Franco Suaza con el fin de que compareciera junto con su hijo menor. (fl. 34 del archivo 01 –Cuaderno Principal 1– del expediente digital).

Obra Historia de Atención No. 21082312781361, registrada por la profesional Diana Marcela Azuero del ICBF, en la que consta que el 30 de marzo de 2017 le fue practicada valoración nutricional al menor Juan Diego Franco Suaza por parte de la profesional Grethel Manuela Meza, en la que se consignó *"se encuentra en peso y talla adecuado y con retraso en crecimiento según indicador talla para edad lo cual puede estar asociado a la inseguridad alimentaria que se presenta en la vivienda ya que los gastos son sufragados por el novio de la madre... Cabe resaltar que el niño posee su esquema de vacunación acorde a su edad, y su control de crecimiento y desarrollo al día. No se observa caries dental ni alguna afectación aparente que afecte su estado de ánimo, el niño se encuentra alerta, a febril al contacto, no se observa discapacidad ni maltrato físico aparente"*, por lo que se registraron propuestas de atención para el menor.

En el historial de atención, como concepto socio familiar se señaló que Daniela Andrea Franco Suaza se presentó al ICBF junto con su hijo Juan Diego Franco Suaza y un amigo, para obtener protección para ella y su hijo, porque no contaba con su familia o una red de apoyo ni un lugar donde quedarse. El ICBF identificó factores de alto riesgo para el menor y requirió iniciar PARD a favor de Juan Diego con ubicación institucional de hogar sustituto de la Fundación Caicedo Gonzales Riopaila Castilla, a fin de restablecer sus derechos, brindar protección y mejorar sus condiciones de vida. También se dispuso trasladar el proceso al defensor de familia asignado a la institución para continuar con el PARD.

Y como concepto de valoración integral, se registró que: *"teniendo en cuenta que el niño es hijo de madre adolescente que se encuentra en condiciones de vulnerabilidad ya que no cuenta con red de apoyo, se encuentra desescolarizada y sin un lugar donde vivir es necesario brindarle protección a ambos para el restablecimiento de sus derechos"*. (fl. 22 a 30 del archivo 01 –Cuaderno Principal 1– del expediente digital).

La Defensora de Familia del Centro Zonal Suroriental del ICBF dictó auto de apertura de investigación No. 0222 del 30 de marzo de 2017 y dio inicio a la correspondiente investigación en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos del niño, niña o adolescente radicado bajo el No. 1149939416; ordenó la práctica de pruebas y diligencias y adoptó como medida provisional de restablecimiento de derechos a favor del niño Juan Diego Franco Suaza la ubicación en un hogar

sustituto en la Fundación Caicedo Gonzales Riopaila Castilla. (fl. 39 a 40 del archivo 01 –Cuaderno Principal 1– del expediente digital). Del cual se efectuó notificación por emplazamiento (fl.41).

En la misma fecha se expidió boleta de ingreso del menor Juan Diego Franco Suaza a la Fundación Caicedo Gonzales Riopaila Castilla, al hogar de la madre sustituta Gloria Inés Sánchez Ramírez y se suscribió acta de ubicación en la que se registraron las obligaciones a las que se comprometió la madre sustituta frente al menor . (fl. 45 del archivo 01 –Cuaderno Principal 1– del expediente digital y fl. 165 a 169 del archivo 01 –Cuaderno Principal 2– del expediente digital).

Por auto No. 47 del 19 de abril de 2017, la Defensora de Familia Martha Cecilia Caicedo avocó conocimiento del trámite administrativo de restablecimientos de derechos a favor del niño Juan Diego Franco Suaza, en razón al cambio de autoridad administrativa. (fl. 49-50 del archivo 01 –Cuaderno Principal 1– del expediente digital).

Mediante Oficio de 15 de mayo de 2017, dirigido a la madre sustituta Gloria Inés Sánchez Ramírez, suscrito por la Coordinadora Técnica de Programas Hogares Sustitutos de la Fundación Caicedo Gonzales Riopaila Castilla (fl. 51 del archivo 01 –Cuaderno Principal 1– del expediente digital), se hizo entrega del plan de atención integral del menor JUAN DIEGO FRANCO SUAZA, en el que consta la descripción del ingreso, la identificación de su familia o red de apoyo, diagnóstico integral y la realización de programas de vida saludable, de desarrollo de potenciales, de construcción de ciudadanía, y fortalecimiento personal y familiar, en el que se registró que hasta ese momento no contaba con red de apoyo o familia biológica vinculada al proceso(fl.52 a 60).

El 04 de julio de 2017, la Defensora de Familia dictó auto No. 088 y fijó fecha para audiencia de pruebas para el día 24 de julio de 2017 a efectos de definir la situación jurídica de la adolescente Daniela Andrea Franco Suaza y el menor Juan Diego Franco Suaza. (fl. 63 del archivo 01 –Cuaderno Principal 1– del expediente digital).

Frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en el que se produjo el deceso del menor Juan Diego Franco Suaza, obra en el expediente bitácora institucional de la Fundación Caicedo Gonzales Riopaila Castilla, de fecha 07 de julio de 2017, suscrita por la Trabajadora Social Andrea Grijalba, en la que se registró:

“siendo aproximadamente las 4:00 PM se recibe llamada de la señora Gloria Inés Sánchez, quien informa que en su casa se presenta un incendio que está siendo atendido por los bomberos y la Policía, se indaga sobre el estado de los beneficiarios del programa, refiere que las adolescentes se encontraban por fuera del hogar en la zona social de la unidad residencial, mientras el niño Juan Diego estaba dormido en el 3er piso de la vivienda, que él sigue dentro de la casa y no ha podido ser rescatado por los bomberos” (fl. 206 del archivo 01 –Cuaderno Principal 2– del expediente digital).

Asimismo, obra Informe de Fallecimiento del menor Juan Diego Franco Suaza, suscrito por la Coordinadora Técnica de Hogares Sustitutos, Coordinadora Auxiliar en Psicología, Trabajadora Social, Psicóloga Equipo 1, Psicóloga Equipo 5 y la Nutricionista, profesionales de la Fundación Caicedo Gonzales Riopaila Castilla, en el que respecto a los hechos, se señaló:

“...El hecho ocurrió en la UNIDAD DE SERVICIOS HOGAR SUSTITUTO de la señora Gloria Inés Sánchez identificada con cedula 31.885.463 de Cali-Valle, ubicado en la diagonal 66 No. 33B-35 Ciudad 2000 Urbanización Jardín de las Casas F13; el día de ayer, viernes 7 de Julio. Siendo aproximadamente las 4:00 pm se recibe llamada de la madre sustituta Gloria Inés Sánchez a una de las líneas fijas de la Fundación. En primera instancia la llamada es recibida por el Auxiliar Administrativo Jhon Steven Ocoró quien traslada la llamada a la profesional de seguimiento del hogar Andrea Grijalba Ramírez, a quien la madre sustituta le reporta que en su casa se había presentado un incendio y que en el lugar de los hechos hacían presencia los bomberos y la policía. Se indaga acerca del estado de las adolescentes ubicadas en el hogar, refiere que ellas no estaban en casa que se encontraban "en el Kiosko de la unidad"; se pregunta por el niño de 2 años hijo de la adolescente Daniela Franco y al respecto afirma que el niño se encontraba dormido en el 3 piso, pero que él aún se encuentra dentro de la vivienda, pues los bomberos no lo han podido rescatar. Posterior a esto se procede a informar los hechos a la Coordinadora Técnica Consuelo Delgado.

De manera inmediata la Coordinadora Técnica de la Fundación Caicedo González Riopaila Castilla Doctora Consuelo Delgado de Lañas se comunica telefónicamente con la autoridad administrativa competente la Defensora del ICBF la Doctora Martha Caicedo sin ser posible la comunicación, entonces de manera simultánea al no obtener comunicación se procedió a llamar a la nivel regional del ICBF Valle y se logra tener contacto con la Doctora María Victoria Delgado psicóloga del grupo de protección quien aporta el teléfono móvil del Doctor Milton Poso quien tiene a su cargo la coordinación del grupo de protección, de igual forma dicha funcionaria del ICBF también suministra el teléfono de la coordinadora y supervisora del contrato suscrito entre el ICBF y la Fundación Caicedo González Riopaila Castilla programa hogares sustitutos del centro zonal centro del ICBF, Doctora Yaneth Milena Murillo, a quien se le informa de la emergencia y se solicita el favor de comunicarle a la Defensora encargada del caso la Doctora Martha Caicedo y de hacer presencia urgente en el lugar de los hechos.

De igual forma inmediatamente se conforma un equipo psicosocial de la Fundación Caicedo González Riopaila para acompañamiento al lugar de los hechos y se desplaza al hogar sustituto los profesionales Andrea Grijalba trabajadora social y profesional de seguimiento al hogar sustituto, María Isabel Cediél psicóloga del equipo 2, Carolina Narváez psicóloga del equipo 1 encargada del caso del niño Juan Diego Franco Suaza y la Doctora Consuelo Delgado de Lañas coordinadora Técnica del programa Hogares sustitutos. Se llega al hogar sustituto siendo las aproximadamente 5.00 p.m. del día 07 de julio del 2017, a la misma hora llega el equipo del ICBF: la coordinadora del Centro Zonal Centro Doctora Janeth Milena Murillo, la defensora Martha Caicedo, la trabajadora social del equipo de esta defensoría Lina Ramírez y posteriormente llega Constanza Bonilla trabajadora social del equipo de la defensoría de la Doctora María Ruth Muñoz, Verónica Ojeda psicóloga de la defensoría de la Doctora Haudi Villamizar y la coordinadora del centro zonal Nororiental Doctora Nancy Bonilla Ocoro.

Cuando los equipos del ICBF y de la Fundación Caicedo González Riopaila Castilla llegan al lugar de los hechos ya se encontraba cubriendo la emergencia la Policía, CTI, Fiscalía y Bomberos de Cali, en este momento se recibe información de que el niño había fallecido y que están próximos a realizar el levantamiento.

Se brinda por parte de los psicólogos y la trabajadora social de la Defensoría apoyo psicosocial a la adolescente madre del niño fallecido y a la madre sustituta; así mismo la trabajadora social de seguimiento al hogar sustituto brinda apoyo social a la otra adolescente ubicada en el hogar.

Teniendo en cuenta la crisis y la afectación emocional de la madre sustituta, madre bióloga adolescente y los demás integrantes del hogar no se indaga donde se encontraba la madre sustituta en el momento del siniestro y tampoco se indaga la causa de este y si había o no presencia de adultos en el hogar; lo cual se espera que la autoridad administrativa

competente lo indaga en la declaración que tome a la madre sustituta la señor Gloria Inés Sánchez y demás personas que considera pertinente.

El día 8 de Julio de 2017 la Fundación Caicedo González Riopaila Castilla se encuentra a la espera de la entrega del cuerpo por parte de Medicina Legal a la defensora encargada del caso; simultáneamente, el operador realiza gestiones con la entidad funeraria con la cual tiene convenio para todo el proceso de sepelio.

Los hechos sucedidos el 07 de julio del 2017 en el hogar sustituto de la señora Gloria Inés Sánchez donde sucede el fallecimiento del niño Juan Diego Franco Suaza son referenciados por la madre sustituta a través de llamada telefónica a las instalaciones de la Fundación Caicedo González Riopaila Castilla donde opera el programa de hogares sustitutos, siendo aproximadamente las 4:00 p.m. indicándole a la profesional de seguimiento del hogar sustituto la trabajadora social Andrea Grijalba que su casa se está incendiando y que el niño aun los bomberos no lo habían podido rescatar; el deceso del niño se conoce tan solo cuando los equipos de la defensoría del ICBF como de la Fundación Caicedo González Riopaila Castilla llegan al lugar de los hechos...” (fls. 181 a 200 del archivo 01 –Cuaderno Principal 2– del expediente digital).

También obra informe de actuaciones de 08 de julio de 2017, suscrito por la defensora de familia Martha Cecilia Caicedo Quintero y la trabajadora social Lina Marcela Ramírez en el que se señaló:

“En la fecha siendo las 09:00AM nos desplazamos al Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses de la ciudad de Cali conforme a lo programado, la defensora de familia y trabajadora social, con el fin de realizar las diligencias y acciones legales concernientes a los trámites para la entrega del cadáver del niño JUAN DIEGO FRANCO SUAZA ante los hechos ocurridos el día anterior.-

Nos presentamos a la funeraria para todo lo pertinente, más sin embargo se le sugiere mucha prudencia en el manejo de la información, dado que el día de hoy, nos abordaron en Medicina Legal un señor preguntando por la adolescente DANIELA ANDREA FRANCO SUAZA, que como estaba, que donde estaba y que cuando entregaban el cadáver del bebe, situación que al mismo tiempo se preguntó al señor quién era??? Pero el referido señor no responde.

Posteriormente, nos desplazamos a la URI de la Fiscalía 120 Seccional del Centro de Cali, donde solicitamos la entrega del documento para poder reclamar el cuerpo, pero ante la situación que se evidenció en las instalaciones de Medicina Legal, se le solicitó a la funeraria, mucha discreción en el manejo de la información en este caso y que únicamente estaba autorizado para reclamar el cuerpo del bebe, el ICBF, a través del defensor de familia, - finalmente se coordina todas las acciones para que el cuerpo sea entregado el lunes próximo en horas de la mañana” (fl. 66).

Con ocasión de los anteriores hechos se abrió una investigación penal con SPOA No. 760016000193201725111¹⁴ por parte de la Fiscalía Seccional 40 Seccional de la Unidad de Vida, por el delito de homicidio figurando como víctima Juan Diego Franco Suaza, que fue remitida a este Despacho en octubre de 2019. En el expediente obra el Formato de Inspección Técnica a Cadáver¹⁵ en el que se registró como descripción del lugar de la diligencia, lo siguiente:

“10. DESCRIPCIÓN DEL LUGAR DE LA DILIGENCIA (Incluyendo los hallazgos y procedimientos realizados) Siendo las 16:05 horas del día en cursos palacio 8 de la URI centro, informa de una persona que fallece en el DIAGONAL 66 NUMERO 33B-35 BARRIO CIUDAD 2000 CONJUNTO RESIDENCIAL JARDINES DE LAS CASAS su muerte es por

¹⁴ Fls. 30-58 del Archivo 01 –Cuaderno Pruebas– del expediente digital.

¹⁵ Fls. 35-36- del Archivo 01 –Cuaderno Pruebas– del expediente digital.

quemaduras de un niño de años de nacido, refieren que la casa se incendió y bomberos lo encuentran incinerado.

De inmediato se traslada la unidad móvil de criminalística de la SIJIN MECAL. turno "A" al lugar de los hechos donde hablamos con los integrantes del cuerpo de bomberos voluntarios de Cali, integrada por el señor; SARGENTO JORGE FORERO CABIEDES identificado con cedula de ciudadanía # 16739897 De Cali, quien es INVESTIGADOR DE INCENDIOS« El señor CABO GIOVANNY GALVIS FLORES identificado con cedula de ciudadanía # 76041232 quien es el comandante del grupo de bomberos integrada por una ambulancia AM7 con 2 unidades bomberos, la maquina B4 con 4 unidades, la maquina BIO con 3 unidades. Y el señor GIOVANNY GALVIS hace entrega del formato de primer respondiente diligenciado en el cual refieren lo siguiente. (No fue alterada después de la llegada de bomberos a atender el incendio, pero antes de la llegada hablan intentado socorrer al niño los habitantes de la vivienda, es un incendio estructural declarado en cuartos de tercer piso de la vivienda.)

Procedemos a realizar la inspección técnica al cadáver en horas de la tarde-noche, tiempo seco, donde se observa acordonado con personas entre familiares, amigos, bomberos y policías alrededor del mismo, y bomberos dentro de la escena, esperamos unos 400 minutos más mientras que bomberos con agua bajaba la temperatura de la escena para poder hacer la diligencia y no ser perjudicial para la salud de los intervinientes en la escena, luego vamos a subir donde observamos en la fachada de la casa una vivienda de tres pisos terminada en obra blanca, observamos la puerta principal con puerta metaliza y ventana al lado derecho con rejas de color negras, entramos y se observa la sala y al lado izquierdo unas gradas en material en forma rectangular espiral, subimos hasta el tercer piso y de frente observamos un baño con ducha y al lado derecho se observa un alcoba y luego hacia el costado izquierdo observamos otra entrada hacia otra alcoba, ambas piezas totalmente incineradas con sus elementos paredes y parte de techo.

En la primera alcoba la que está al lado de las gradas en el tercer pisos se observan dos camas y el cuerpo del niño de 2 años entre las dos camas, la cabeza a 50 centímetros de la ventana de la alcoba, sobre el piso de concreto en posición artificial (escena alterada por la necesidad de intervención bomberos) cuerpo de cubito abdominal, de morfología cambiante, la parte posterior del cuerpo totalmente incinerada con desfacelacion de la piel y en algunas partes con exposición de masa ósea, y la parte anterior del cuerpo fue la menos afectada por el contacto directo.

De los hechos refieren los investigadores del caso que la casa es de propiedad de la señora GLORIA INÉS SANCHEZ identificada con cedula de ciudadanía 31886466 de Cali.-Valle, quien es a la vez es funcionaria del hogar sustituto de Bienestar Familiar, tanto el niño como la señora madre del niño de nombre DANIELA ANDREA FRANCO LSUAZA identificada con tarjeta de identidad # 1007700239 de Cali, ambos hacían parte del hogar sustituto es decir tanto la madre como el occiso.

*Los hechos se presentaron cuando la señora KATHERINE PINEDA SANCHEZ identificada con cedula de ciudadana # 1154948217 de 24 años, labora en el hogar, estaba en la misma alcoba con el niño **cuando la pieza del fondo del tercer piso se incendió por una veladora que había.** Y la señora madres del bebe había salido de la vivienda a un lugar cerca.*

Al cuerpo, se le realiza fijación descriptiva y fotográfica, se toman fotografías planos generales de planos medios, primeros planos, primerísimos planos y de filiación, el cuerpo se recoge en bolsa plástica de color blanco y se envía al instituto de medicina legal y ciencias forenses para necropsia, plena identidad y posterior entrega a familiares.

Asumen la investigación del caso los funcionarios de la SIJIN con indicativo Italia 1 SUB INTENDENTE ANACONA GOMEZ JAIRO identificado con cedula de ciudadana # fuentes identificado con cédula de ciudadanía # 76098808.”

Igualmente, se registraron los hechos en el Formato Único de Noticia Criminal¹⁶, así:

¹⁶ Fls. 39-46- del Archivo 01 –Cuaderno Pruebas– del expediente digital.

“Relato de los hechos: SIENDO APROXIMADAMENTE LAS 16:30 HORAS DEL DÍA 07 DE JULIO DE 2017 LA CENTRAL DE RADIO DE LA POLICÍA NACIONAL EN COORDINACIÓN CON EL ENLACE DE LA POLICÍA EN LA URI DE LA FISCALÍA CON INDICATIVO PALACIO 8, REPORTA A LA PATRULLA CON INDICATIVO ITALIA 1, CONFORMADA POR LOS INVESTIGADORES SUBINTENDENTE JAIRO ANDRES ANACONA GOMEZ Y PATRULLERO RUBEN MARTINEZ LUNA ADSCRITOS AL GRUPO DE HOMICIDIOS DE LA SECCIONAL DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL DE LA POLICÍA METROPOLITANA SANTIAGO DE CALI E INFORMA QUE DE CUERPO SIN VIDA DE UN MENOR DE EDAD, DE 02 AÑOS DE NACIDO., CAUSA: QUEMADURAS EN INCENDIO, HECHOS OCURRIDOS EN EL CONJUNTO RESIDENCIAL JARDÍN DE LAS CASAS DIAGONAL 66 No 33 B- 35 BARRIO CIUDAD 2000, **LOS HECHOS SE PRESENTAN EN UN HOGAR SUSTITUTO DONDE LA SEÑORA GLORIA INÉS SÁNCHEZ TENÍA A SU CARGO A TRES MENORES DE EDAD ELLA SALE DE SU RESIDENCIA QUEDANDO DENTRO DE SU CASA SU HIJA KATERIN PINEDA Y JUAN DIEGO-FRANCO SUAZA DE 2 AÑOS DE EDAD MANIFIESTA QUE AL LLEGAR A LA RESIDENCIA ENCUENTRA A SU HIJA AFUERA LA MISMA, MANIFESTANDO QUE SE INICIÓ UN INCENDIO DENTRO DE LA CASA Y QUE NO FUE POSIBLE SACAR AL MENOR DE EDAD DE MANERA RÁPIDA** INFORMAN A BOMBEROS Y POLICÍA NACIONAL QUIENES LLEGAN A AUXILIARLOS AL LLEGAR AL LUGAR SE ENCUENTRA LA VIVIENDA EN LLAMAS POSTERIOR A APAGAR LA VIVIENDA SE ENCUENTRA ÉL CUERPO SIN VIDA DEL MENOR DE 2 AÑOS, INMEDIATAMENTE LA PATRULLA DE POLICÍA JUDICIAL NOS TRASLADAMOS AL SITIO CON EL FIN DE REALIZAR LA VERIFICACIÓN Y CONFIRMACIÓN DE LOS HECHOS, SE SOLICITA A TRAVÉS DEL ENLACE DE LA POLICÍA CON LA U.R.1. EN COORDINACIÓN CON LA OFICINA DE CONTROL Y ASIGNACIÓN DE ACTOS URGENTES EL RESPECTIVO REPORTE DE INICIO PARA EL COMIENZO DE LA INVESTIGACIÓN Y DE LAS ACTIVIDADES DE POLICÍA JUDICIAL”.

El Cuerpo de Bomberos Voluntario de Santiago de Cali, compareció en la hora y fecha de los hechos, y en Acta No. 05030 del 07 de julio de 2017 hora 03:36 PM¹⁷, registró:

“LUGAR DE INICIO: DORMITORIO
ORIGEN DEL FUEGO: MADERA DE: - MESA

En un cuarto del tercer piso se originó el incendio. Entrando de frente y a mano izquierda, más exactamente al pie de la ventana se hallaron restos de una mesa en madera donde al realizar la investigación se encontraron varios elementos para realizar oraciones, tales como partes de hojas de una biblia, una camándula, unos santos y algunos arreglos para uso personal, así como partes de la cortina quemada; se realiza búsqueda de las posibles causas del incendio, planteando las siguientes dos hipótesis:

CAUSA INCIDENTE: CONDUCCION DE CALOR POR: - LLAMA DE VELA MUY PROXIMA

1) HIPÓTESIS: se presumía que hubiera sido un corto circuito y se realiza la verificación del sistema eléctrico de la habitación, revisando todos los tomas eléctricos y los interruptores, encontrándolos en buen estado, solo se quemó el encauchetado que cubre los cables del sistema y también los cables del plasma, no presentando daño alguno o perlado, por consiguiente se descarta esta primera hipótesis.

2) **HIPÓTESIS: y que nos cobra más interés fue que cerca a la ventana encontramos restos de una mesa en madera y varios elementos descritos en detalle de origen, se hace un seguimiento a ese sector específicamente y realizamos una limpieza del sitio, encontrando varios elementos y entre estos se halla la parte inferior de una veladora más comúnmente la base en aluminio. Se procede a entrevistar a la Sra. Gloria Inés Sánchez, habitante de la vivienda y manifiesta que en ese sitio tenía elementos para realizar oraciones y que había una veladora pero no recuerda cuando terminó de rezar si la había apagado, ella dice que salió en compañía de la hija del cuarto y el niño había quedado dormido en la habitación acostado en el suelo en el otro cuarto, cabe anotar**

¹⁷ Archivo 12.1 del expediente digital.

que dicha habitación tenía una división de panel yeso y ésta medía aproximadamente 328 cm de largo por 279 cm de ancho, pero el espacio donde falleció el niño tenía aproximadamente 230 cm de largo x 180 cm de ancho, posteriormente también se entrevista a Srta. Katerin Pineda y manifiesta lo mismo, es decir, que habían estado rezando y no recuerdan si habían apagado la veladora. se da por hecho que la causa fue la veladora y por estar un poco abierta la ventana, dicha veladora prendió la cortina y por allí se originó el incendio.”

Ante el deceso del menor, el 13 de julio de 2017, la Defensora de Familia dictó auto No. 103, mediante el cual ordenó abstenerse de realizar audiencia de fallo. (fl. 71 del archivo 01 –Cuaderno Principal 1– del expediente digital).

Por Oficio de 07 de octubre de 2019, la Directora Ejecutiva de la Fundación Caicedo Gonzales Riopaila Castilla, certificó que el hogar sustituto al cual se encontraba asignado el menor Juan Diego Franco Suaza, correspondía al de la señora Gloria Inés Sánchez, ubicado en la diagonal 66 No. 33B-35 Casa F13 Conjunto Residencial El Jardín de las Casas en el barrio Ciudad 2000 de Cali.

Aseguró que desconoce de primera mano las razones por las cuales el menor se encontraba solo al momento del incendio y que es de su conocimiento, según lo dicho por la madre sustituta y las personas que habitaban el hogar, que la señora Sánchez se encontraba paseando las mascotas en la Unidad Residencial. Su hija mayor de edad Katherine Pineda Sánchez se encontraba al interior del inmueble y la madre del menor Daniela Andrea Franco Suaza se encontraba en el kiosco de la unidad, y la adolescente Angie Tatiana Caicedo Hurtado (adolescente también ubicada en el Hogar Sustituto) se encontraba fuera del inmueble realizando actividades propias de su desarrollo escolar. (fls. 1-3 del archivo 01 –Cuaderno Pruebas– del expediente digital).

Obran las declaraciones de los señores Laureano Alvarado y Luz Esther Cruz Caicedo, testigos solicitados por la parte actora, quienes dieron cuenta de la conformación del núcleo familiar de los demandantes, los escasos recursos económicos padecidos, las relaciones familiares y la afectación padecida como consecuencia de la muerte del menor Juan Diego Franco Suaza.

De otro lado, la parte demandada Fundación Caicedo Gonzales Riopaila, convocó a los testigos Consuelo Delgado De Lañas, Diana Marcela Quintero Giraldo Y Carolina Narváez, quienes depusieron sobre el proceso de intervención del ICBF para el restablecimiento de los derechos de los menores Juan Diego y Daniela Franco Suaza y sobre las actuaciones efectuadas una vez se conoció el fallecimiento del menor. Igualmente, se refirieron a lo registrado en el Historia de Atención No. 21082312781361, respecto al concepto socio familiar y al de valoración integral.

Adicionalmente se recepcionó el interrogatorio de parte de la señora Pastora Franco Suaza. Y los demandantes Carlos Andrés Martínez Franco y Ana Camila Mayo Franco no comparecieron a la

audiencia de pruebas celebrada el 11 de marzo de 2020 a rendir el interrogatorio de parte para el cual fueron citados.

Conforme el análisis del conjunto del material probatorio allegado al plenario, se puede colegir en cuanto a las circunstancias de ocurrencia de los hechos los siguientes supuestos:

El ICBF, a través de la Defensora de Familia del Centro Zonal Suroriental, profirió Auto de apertura del 30 de marzo de 2017, por medio del cual se abrió la correspondiente investigación del proceso administrativo de restablecimiento de los derechos del niño, niña o adolescente radicado bajo el No. 1149939416, adoptando entre otras decisiones, la ubicación del niño Juan Diego Franco Suaza, en medio familiar hogar sustituto en la Fundación Caicedo Gonzales Rio Paila Castilla. Por lo que en la misma fecha, se expidió boleta de ingreso del menor al hogar de la madre sustituta Gloria Inés Sánchez Ramírez y se suscribió Acta de Ubicación.

A la madre sustituta, mediante oficio del 15 de mayo de 2017, la Coordinadora Técnica de Programas Hogares Sustitutos de la Fundación Caicedo Gonzales Rio Paila Castilla le hizo entrega del plan de atención integral del menor Juan Diego Franco Suaza en el que consta la descripción del ingreso, la identificación de su familia o red de apoyo, diagnóstico integral y la realización de programas de vida saludable, de desarrollo de potenciales, de construcción de ciudadanía, y fortalecimiento personal y familia.

El día 07 de julio de 2017, alrededor de las 15:00 horas, el menor Juan Diego Franco Suaza se encontraba durmiendo al interior de la vivienda de la señora Gloria Inés Sánchez Ramírez, asignada como hogar sustituto, ubicada en la diagonal 66 No. 33B-35 Casa F13 Conjunto Residencial Jardín de las Casas en el barrio Ciudad 2000 de la ciudad de Santiago de Cali, donde se presentó un incendio en el tercer piso del inmueble. El niño quedó atrapado en medio de las llamas en una habitación del tercer piso de la vivienda mientras hacía siesta; en el lugar de los hechos se encontraba además del menor fallecido la señora Katerin Pineda Sánchez, hija de la madre sustituta Gloria Inés Sánchez, quien estaba en el segundo piso de la residencia y al percatarse del incendio intentó socorrer al menor, pero no fue posible ante las fuertes llamas y el humo, resultando también con quemaduras en primer y segundo grado. Conforme a las pruebas recaudadas en la investigación de los hechos, la madre sustituta se encontraba paseando las mascotas en la misma unidad residencial, la adolescente Daniela Andrea Franco Suaza estaba en el kiosco de la unidad y la adolescente Angie Tatiana Caicedo Hurtado estaba fuera del inmueble realizando actividades escolares.

Aproximadamente las 17:00 horas del 07 de julio de 2017, comparecieron al lugar de los hechos un equipo psicosocial de la Fundación y uno del ICBF, momento en que se les informó que el niño había fallecido y que están próximos a realizar el levantamiento.

Conforme al Informe Pericial de Necropsia No. 2017010176001001544 practicado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el menor Juan Diego Franco Suaza falleció causa de quemaduras de vía aéreas por gases calientes y su deceso se presentó el 07 de julio de 2017 a las 16:00 horas, de conformidad con el Registro Civil de Defunción No. 09421168 y el Certificado de Defunción No. 815689-4.

El día 8 de julio de 2017 el cuerpo del menor fue entregado por parte de Medicina Legal a la defensora encargada del caso y el 10 de julio se llevó a cabo el sepelio.

El incendio que ocasionó las quemaduras y como consecuencia de ellas la muerte del menor Juan Diego Franco Suaza fue causado por la llama de una veladora, que al encontrarse abierta la ventana, prendió la cortina y originó el incendio. Así quedó determinado en el Acto No. 05030 elaborado por el Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Cali.

Así las cosas, las pruebas arrimadas al expediente permiten concluir que la muerte de menor Juan Diego Franco Suaza se presentó cuando se encontraba bajo la protección, cuidado, vigilancia y custodia del hogar sustituto de la señora Gloria Inés Sánchez, quien para el momento de los hechos no se encontraba en la residencia donde ocurrió el accidente; evento desafortunado que es imputable materialmente a las entidades demandadas, porque la causa eficiente y determinante de la muerte fue “*el incendio*” que se originó por una veladora que se encontraba en el lugar.

Ahora bien, para la imputación jurídica se debe analizar la normatividad aplicable a los hogares sustitutos y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a fin de determinar si les es imputable jurídicamente el daño antijurídico irrogado.

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.); iii) la protección especial a los derechos a la integridad física, a la salud, a la seguridad social, a la alimentación equilibrada, al nombre, a la nacionalidad, a tener una familia y no ser separado de ella, al cuidado y el amor, a la educación y a la cultura, a la 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 Estado¹⁸.

En concordancia con lo anterior, el artículo 44 de La Constitución Política prescribe que: *“Son derechos fundamentales de los niños: 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. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”*.

Sobre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, sus competencias y el marco general en el que se encuadra el ejercicio de sus funciones públicas, se tiene que la Ley 7 de 1979 *“Por la cual se dictan normas para la protección de la niñez, se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones”*, 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, determinó que una de las entidades principales a cargo del servicio público de Bienestar Familiar sería el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que tiene como fines la promoción, integración y realización armónica de la familia, la protección de los menores y garantizar los derechos de la niñez.

La Ley en comento dispuso:

“ARTICULO 12. El Bienestar Familiar es un servicio público a cargo del Estado y se prestará a través del "Sistema Nacional de Bienestar Familiar" que se establece en esta norma y por los organismos oficiales y particulares legalmente autorizados.

Corresponde al gobierno proyectar, ejecutar y coordinar la política en materia de Bienestar Familiar.”

“ARTICULO 13. Son fines del Sistema de Bienestar Familiar:
a) Promover la integración y realización armónica de la familia.
b) Proteger al menor y garantizar los derechos de la niñez;
c) Vincular el mayor número de personas y coordinar las entidades estatales competentes en el manejo de los problemas de la familia y del menor, al propósito de elevar el nivel de vida de nuestra sociedad.”

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa,. Sentencia del 26 de marzo de 2014, Radicación Número: 50001-23-31-000-2000-00116-01(28077), Actor: Yanidis Lucumi Guaza y Otros, Demandado: Instituto Colombiano De Bienestar Familiar.

Ahora bien, en el asunto que se analiza se solicita se declare la responsabilidad del ICBF y de la Fundación Caicedo González Riopaila Castilla, cuyo vinculo se sustenta en el contrato de aportes No. 76.26.116.1169, visto a folios 148 a 162 del cuaderno de pruebas, cuyo objeto es “*brindar atención especializada a los niños, niñas y adolescentes que tienen un proceso administrativo de restablecimientos de derechos abierto a su favor, en la modalidad de hogar sustituto*”. En ese contexto, se debe analizar la función concreta que ejerce el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar frente a los hogares sustitutos, a efectos de determinar la responsabilidad de cada uno.

Respecto al contrato de aportes suscritos con la finalidad de colaboración en la prestación del servicio de Bienestar Familiar, el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C, en sentencia del 9 de mayo de 2011, en el proceso radicado al número No. 05001-23-31-000-2001-01546-02 (36912), indicó lo siguiente:

“De otro lado, es posible que el ICBF celebre o suscriba una clase de negocio jurídico especial con particulares –fundamentalmente con asociaciones o fundaciones sin ánimo de lucro o con personas de elevada solvencia moral– denominado contrato de aportes, con la finalidad de que esos sujetos privados de manera armónica con el Estado, colaboren en la prestación del servicio de Bienestar Familia.

Esta Sala ha tenido oportunidad de analizar la naturaleza, contenido y alcance del contrato estatal de aportes, en los siguientes términos:

“Como se aprecia, el contrato de aporte tiene las siguientes características esenciales: i) es un contrato estatal regido por la ley 80 de 1993; ii) se trata de un negocio jurídico atípico, principal y autónomo; iii) oneroso, solemne y formal al igual que todos los contratos estatales, por cuanto se requiere que medie una contraprestación a favor del contratista; constar por escrito y debe estar suscrito por las partes, en los términos consagrados en el artículo 41 de la ley 80 de 1993; iv) bilateral y sinalagmático, en la medida que se desprenden obligaciones y cargas para las dos partes del negocio, esto es, el aportante y el contratista; y vi) conmutativo, toda vez que las prestaciones contenidas en el negocio jurídico son equivalentes, puesto que el contratista asume la prestación de un servicio propio del sistema de bienestar familiar y social a cambio de una contraprestación, al margen de que el contratista pueda ser una institución sin ánimo de lucro.

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

“En ese orden de ideas, al margen de las similitudes que pudieran evidenciarse entre el contrato de aporte y el de prestación de servicios, lo cierto es que aquél reviste una serie de particularidades que no permiten asemejarlo a este último, máxime si el negocio jurídico de aportes supone la intervención de la entidad pública quien se vincula al negocio en una participación de capital o de especie que se traslada de manera definitiva o temporal a favor del contratista para que éste asuma una actividad de bienestar social –integración de la familia o de la protección de la infancia– a cambio de una contraprestación.

“(…) En consecuencia, el contrato de aporte en su condición de contrato atípico se caracteriza porque tiene un sujeto activo calificado y cualificado por la ley, ya que se trata de un negocio jurídico que sólo puede ser suscrito por el ICBF, en el que la entidad pública

entrega unos bienes (tangibles o intangibles) al contratista para que este último asuma, a cambio de una contraprestación, la ejecución de un servicio propio del sistema de bienestar social bajo su exclusiva responsabilidad y con personal técnico y especializado a su cargo.

“En esa línea de pensamiento, a esa convención le resultan aplicables los principios del artículo 209 de la Constitución Política, así como los principios y reglas contenidas en la ley 80 de 1993 y normas complementarias, razón por la que en la selección del contratista juegan un papel preponderante aspectos tales como la transparencia, la selección objetiva y planeación, entre otros, máxime si como lo señala expresamente la ley, resulta prioritario que se seleccione a instituciones o personas que acrediten idoneidad en el manejo de la actividad cuya prestación pretende que el contratista asuma, debido a la relevancia de la función a ejecutar, esto es, la protección de la familia y de los niños y niñas, la primera núcleo esencial de la sociedad en los términos establecidos en el artículo 42 de la Carta Política, y los últimos eje central y primordial de la sociedad, cuyos derechos prevalecen sobre los de los demás, como se reconoció expresamente por el Constituyente en el artículo 44 ibidem.

“Así las cosas, el contrato de aporte no sólo difiere sustancialmente de cualquier otro negocio jurídico en su objeto, sino de igual manera en su causa, toda vez que la actividad que se asume por el contratista (objeto) es de carácter esencial y de específica relevancia para la sociedad y para el Estado –y no simplemente una función administrativa o propia de la entidad pública–, y la causa es específica consistente en la finalidad de procurar la integración de la familia y la protección de la niñez.”

Así las cosas, es factible que entre la administración de un hogar comunitario y el ICBF medie un contrato estatal de aportes, sin que esta circunstancia mute o transforme el servicio que se presta, es decir, el público y esencial de bienestar familiar encaminado a la protección específica de la niñez colombiana y, de manera concreta, a la protección y efectividad de los derechos contenidos en el artículo 44 de la Carta Política, tanto así que el parágrafo 2º del artículo 1º de la ley 89 de 1988, precisó de forma enfática que: “El incremento de los recursos que establece esta Ley se dedicará exclusivamente a dar continuidad, desarrollo y cobertura a los Hogares Comunitarios de Bienestar de las poblaciones infantiles más vulnerables del país...”

En esa perspectiva, los hogares comunitarios están constituidos con el aval, intervención y supervisión del ICBF, y tienen como finalidad la atención de necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños y niñas de estratos sociales menos favorecidos. En consecuencia, bajo la mencionada figura se acerca a las familias y vecinos de una determinada zona, para que con el apoyo del ICBF, se vinculen al Sistema de Bienestar Familiar y, por lo tanto, promuevan la protección y efectividad de los derechos fundamentales de los niños y niñas que requieran servicios de nutrición, salud y protección.

Sobre la figura de Hogar Sustituto, se tiene que es una modalidad de atención que corresponde a una medida administrativa provisional de restablecimiento de derechos ordenada por el Defensor de Familia o Comisario de Familia, que consiste en la ubicación del niño, niña o adolescente en una familia que se compromete a brindarle el cuidado y atención en sustitución de su familia de origen. En este hogar se retoma el proyecto de vida de cada niño, niña o adolescente, garantizando y restableciendo sus derechos y proporcionándoles una protección integral en condiciones favorables.

Conforme el artículo 59 de la Ley 1098 de 2006, por tratarse de una medida *pro tempore*, el niño, niña o adolescente solo podrá permanecer en el Hogar Sustituto por el tiempo máximo de seis (6) meses, sin embargo, este lapso de tiempo podrá ser prorrogado por el Defensor de Familia o Comisario de Familia, previo concepto favorable del Jefe Jurídico de la Dirección Regional ICBF hasta por seis (6) meses más. La normativa también establece que el ICBF asignará un aporte mensual al Hogar

Sustituto para atender exclusivamente los gastos del niño, niña o adolescente y que por ningún motivo existirá relación laboral entre el ICBF y los responsables del hogar sustituto.

A su turno, el Lineamiento Técnico¹⁹ de Modalidades para la Atención de Niños, Niñas y Adolescentes, con Derechos Inobservados, Amenazados o Vulnerados, aprobado mediante Resolución No. 1520 de 2016 del ICBF, desarrolla la modalidad de Hogar Sustituto, los criterios de ubicación, autoridad competente, formas de administración y responsabilidades, así como los roles del padre o madre sustituto; labor que debe ir encaminada a la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, y a su formación personal, familiar y social.

Conforme a la normatividad anterior se concluye que los hogares sustitutos integran al servicio público del Sistema de Bienestar Familiar, que encuentra a cargo –principalmente- del ICBF, entidad que se encuentra vinculada con dichos hogares en su creación, supervisión, funcionamiento y control.

Así lo ha precisado la jurisprudencia del H. Consejo de Estado²⁰ en asuntos similares al aquí discutido, en los que ha declarado la responsabilidad extracontractual del ICBF por los daños causados a menores mientras se encuentren bajo el cuidado y protección del Instituto o de algún Hogar Comunitario vinculado a éste. Al efecto se destaca:

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

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

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

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.

¹⁹https://www.icbf.gov.co/system/files/procesos/lm2.p_lineamiento_tecnico_de_modalidades_para_la_atencion_de_ninos_ninas_y_a_adolescentes_con_derechos_amenazados_yo_vulnerados_v7.pdf

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de diciembre de 1993, Exp. 8.218, M.P. Julio César Uribe Acosta, posición jurisprudencial reiterada en sentencia del 26 de mayo de 2010, Exp. 18.195, M.P. Gladys Agudelo Ordóñez y en la sentencia proferida el 23 de junio de 2011, Exp. 20.324, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, entre otras.

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 si bien lo pueden hacer en forma independiente no les es permitido desarrollarlo por fuera de parámetros y límites que la misma institución les traza. De ahí que no puede sostenerse que el programa de los hogares comunitarios pueda funcionar como rueda suelta de todo el endrenaje (sic) que para tal efecto ha diseñado el Instituto.

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

Conforme a la jurisprudencia aplicable al caso se concluye que, pese a que el servicio de hogar sustituto adoptando por el ICBF como medida provisional de restablecimientos de derechos a favor del niño Juan Diego Franco Suaza fue prestado por la Fundación Caicedo Gonzalez Riopaila Castilla, es el ICBF quien debe velar por su funcionamiento y responder por sus omisiones, pues la vigilancia en la prestación del servicio, por ser público, le compete al Instituto, razón por la que el daño que se ocasionó con la muerte del menor Franco Suaza es imputable, tanto material como jurídicamente al ICBF únicamente.

En virtud de lo anterior, analizadas las pruebas allegadas al plenario se considerar que en el presente asunto se configuró una falla del servicio en cabeza del ICBF, en razón a que se logró demostrar su actuar negligente en la producción del hecho dañoso, comoquiera que se probó que el menor Juan Diego Franco Suaza falleció como consecuencia de quemaduras de las vías aéreas por gases calientes ocasionadas por el incendio que originó una veladora en el hogar sustituto de la señora Gloria Inés Sánchez, quien para el momento del accidente no se encontraba al cuidado del menor.

Es importante destacar que si bien en principio se podría haber estudiado el asunto bajo un régimen objetivo de responsabilidad del ICBF, en la medida que el menor fallecido se encontraba bajo su cuidado y protección –posición de garante–, lo cierto es que el daño se produjo por la actuación negligente de la madre sustituta, quien no ejerció un riguroso cuidado sobre un niño de tan solo 23

meses de edad que estaba bajo su cuidado y protección, pues como quedó comprobado, no se encontraba en la vivienda, ejerciendo los deberes de cuidado al momento de los hechos.

En un caso similar al que aquí se estudia, el Consejo de Estado²¹, concluyó:

“Así pues, el ICBF a través del Hogar Comunitario de Bienestar, ubicado en la Calle 22 Sur No. 51-103 de Playa Rica, Municipio de Villavicencio, tenía el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produjera la afectación a la vida e integridad del menor BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI; sin embargo, se abstuvo de ejercer un riguroso cuidado sobre el niño puesto bajo su cuidado y protección, pues como quedó establecido, el menor sufrió quemaduras de II y III grado con agua hirviendo que alteraron sus condiciones de salud y posteriormente le produjeron la muerte, heridas que se ocasionaron 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 el menor BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI resultara lesionado. Así como también es claro, que dicha actividad debe contar con algunos estándares de calidad que deben ser seguidos por las madres comunitarias en el cuidado de los niños y niñas a su cargo con el fin de evitar ponerlos en riesgo y/o provocar graves accidentes, por conductas imprudentes que bien se hubieran podido evitar y que como en el presente caso han terminado con la muerte del menor. 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 mediante la acreditación de una causa extraña (v.gr. el hecho determinante y exclusivo de la víctima); sin embargo, en el asunto concreto no quedó establecida esa precisa circunstancia en tanto del acervo probatorio se desprende que era previsible, predecible o altamente probable que dejar un recipiente con agua hirviendo en una zona frecuentada por los niños en las instalaciones del Hogar Comunitario en cuestión y sin la correspondiente supervisión de un adulto pudiere ocasionar alguna afectación a la vida o integridad física de los menores. 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.

Así pues, demostrada como está la responsabilidad del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, se procede a determinar la existencia de los perjuicios derivados de la misma.

5.4. La liquidación de perjuicios

5.4.1. Los perjuicios morales

En el escrito de la demanda se solicitó el reconocimiento de las siguientes sumas:

A favor de Daniela Andrea Franco Suaza (madre) la suma equivalente a 100 SMLMV, para Pastora Franco Suaza (Abuela materna) el equivalente a 50 SMLMV, y para María del Rosario Bedoya Franco (tía), Ana Camila Mayo Franco (tía), Carlos Andrés Martínez Franco (tío) y Juan Sebastián Martínez Perea (Primo) la suma de 35 SMLMV para cada uno.

²¹ Consejo de Estado, en Sentencia del 26 de marzo de 2014 en el expediente bajo radicado No. 50001-23-31-000-2000-00116-01(28077)

La jurisprudencia del Consejo de Estado,²² ha definido los perjuicios morales como “...el dolor, el sufrimiento, la tristeza, la angustia y otras manifestaciones sufridas por aquellos que padecen un daño consistente en la muerte de un familiar o las lesiones propias o de un ser querido...”.

En cuanto a la acreditación de los perjuicios morales, ha señalado que se deben probar, sin perjuicio de aquellos eventos en los que se aplica las presunciones derivadas del parentesco, que pueden ser desvirtuadas demostrando debilidad de la relación familiar.²³

Conforme a lo anterior, en principio, es suficiente con que esté acreditado el parentesco para presumir el perjuicio moral en los parientes o familiares hasta el segundo (2º) grado de consanguinidad²⁴ y primero (1º) civil, esto es, padres, hermanos, abuelos, nietos e hijos del afectado y su cónyuge o compañera permanente²⁵. Para los demás grados de parentesco se debe probar la tristeza o congoja padecida para que la indemnización proceda.

En el asunto que se analiza, la Fundación Caicedo Gonzales Riopaila Castilla señaló que en el proceso de ubicación de los menores Juan Diego Franco Suaza y su madre Daniela Andrea Franco al programa de “hogares sustitutos” del ICBF no participó ningún miembro del grupo familiar en la red de apoyo, en procura del restablecimiento de los derechos de los menores. Por tanto, considera que está demostrada la ausencia de relación filial y los lazos de afecto entre la hoy demandante Pastora Franco Suaza y Daniela Andrea Franco Suaza, madre del menor fallecido.

En audiencia de pruebas se surtió interrogatorio de parte a la señora Pastora Franco Suaza para que informara sobre los hechos de la demanda y la relación que tenía con su hija Daniela Andrea Franco Suaza. Aseguró que aunque tenía algunos inconvenientes con su hija, que se originaron porque le exigía que estudiara, siempre estuvo pendiente de su bienestar y el de su nieto; sin embargo, como se trataba de una madre adolescente no le brindaba la atención idónea y necesaria que requería el bebe, razón por la que decidieron buscar ayuda en el Bienestar Familiar - Fundación “Ser mujer” para atender el proceso de gestación, institución en la que permaneció 8 meses después del parto. Posteriormente, convivieron en su casa por espacio de 4 meses, pero Daniela decidió irse de la casa y buscar ayuda nuevamente en Bienestar Familiar donde finalmente le asignaron el hogar de paso.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 03 de diciembre de 2014, Radicación No. 25000-23-26-000-2001-02341-01(28370), C.P. Olga Melida Valle De La Hoz.

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 03 de diciembre de 2014, Radicación No. 25000-23-26-000-2001-02341-01(28370), C.P. Olga Melida Valle De La Hoz.

²⁴ “Artículo 37 C.C.: Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y los primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí.”

²⁵ Consejo de Estado-Sección Tercera, sentencias; del 10 de abril de 2003, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, No. interno 13834; del 10 de julio de 2003, C.P. María Elena Giraldo Gómez, No. interno 14083; del 12 de febrero de 2004, C.P. Ricardo Hoyos Duque, No. interno, 14955; del 24 de febrero de 2005, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, No. interno, 14335; del 10 de marzo de 2005, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, No. interno, 14808; del 8 de marzo de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, No. interno, 15459; del 23 de abril de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, No. interno, 16186; del 19 de noviembre de 2008, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, No interno, 28259.

Afirmó que durante su estancia en la Fundación Ser Mujer y en el hogar de paso del ICBF la visitó en varias oportunidades y estuvo atenta a los trámites para que le entregaran la custodia de su nieto.

También rindieron su testimonio los señores Laureano Alvarado y Luz Esther Caicedo Cruz quienes contaron algunos detalles de la relación familiar de la señora Pastora Franco Suaza y su hija Daniela Franco Suaza. Manifestaron que la señora Pastora velaba por el bienestar de su hija menor de edad y en aras de obtener mejores condiciones para ella y para su nieto, la llevó a la Fundación Ser Mujer donde pasó su embarazo. También señalaron que la menor Daniela Franco tenía problemas mentales que eran tratados por psiquiatra y esa condición hacía que no le brindara una atención adecuada a su hijo, por lo que fue necesario buscar ayuda del ICBF. Aseguraron que la señora Pastora siempre estuvo pendiente de su hija y la visitaba en la Fundación Ser Mujer y en el hogar de paso que le asignó Bienestar Familiar.

Por su parte, las señoras María Consuelo Delgado de Lañas, Carolina Narváez y Diana Marcela Quintero Giraldo, trabajadora social- Coordinadora Técnica del área de hogares de paso, psicóloga y trabajadora social de la Fundación Caicedo González Rio Paila Castilla aseguraron que la menor Daniela Franco Suaza y su hijo Juan Diego Franco Suaza fueron direccionados por el ICBF para el restablecimiento de sus derechos como menores de edad. Antes de ingresar al hogar sustituto pasó su embarazo y post parto en otra Fundación del ICBF - "Ser Mujer", posteriormente, permaneció en casa de su madre un par de meses y nuevamente volvió a Bienestar Familiar a pedir ayuda para ella y su hijo menor. Ingresó a la Fundación con un auto de maltrato por parte de su madre Pastora Franco.

También fueron unánimes en manifestar que cuando se inició el proceso de restablecimiento de derechos, la menor y su hijo no contaban con red de apoyo familiar y durante su estadía en la Fundación no recibió visitas ni acompañamiento de ningún miembro de su familia. Adicionalmente, narraron que en el sepelio del menor Juan Diego Franco Suaza no participó la señora Pastora Franco Suaza, pues aunque apareció el día del entierro en las instalaciones del ICBF, Daniela no quiso tener contacto con ella y la Defensora de Familia tuvo que solicitarle que le respetara ese espacio a la madre del menor fallecido.

La psicóloga Carolina Narváez quien hizo parte del equipo interdisciplinario que atendió a los menores detalló que cuando ingresó a la Fundación Daniela Franco presentaba un atraso significativo en su escolaridad, pues pese a que tenía 17 años de edad sólo había cursado hasta tercero de primaria. También resaltó que Daniela en las entrevistas manifestaba que tenía mala relación con su madre, quien "la sacó" de la casa cuando se enteró de su embarazo. Puntualizó que en la valoración que se hizo de la adolescente no se evidenció deficiencias neurológicas o cognitivas, pero sí encontró que tenía deficiencias familiares, principalmente en el vínculo con su madre Pastora Franco con quien

llevaba una relación conflictiva y de quien -afirmó- recibía malos tratos verbales. Contó que en la Fundación “Ser Mujer” también estuvo Ana Camila Franco, hermana de Daniela, por una situación similar de conflicto con la madre por cuenta de un embarazo adolescente con un hombre mucho mayor que ella y que según la historia era el mismo padre del hijo de Daniela Franco.

Por su parte, Diana Marcela Quintero Giraldo reiteró que fue la propia Daniela Franco Suaza quien buscó la protección del ICBF para ella y para su hijo menor, porque no contaba con una familia que le brindara el apoyo que necesitaba. En el espacio de valoración y de seguimiento Daniela les contó que su madre “la sacó de la casa” cuando se enteró de su embarazo, por lo que durante la gestación y 8 meses después del parto permaneció en la Fundación Ser Mujer adscrita al ICBF; luego, regresó a la casa de su madre pero sólo permaneció durante un par de meses y nuevamente le pidió que se fuera de la casa; ahí permaneció en diferentes viviendas y finalmente, al ver que no podía hacerse cargo del menor, pidió la protección de Bienestar Familiar. Al ser consultada por su red familiar, Daniela manifestó que no quería tener ningún tipo de relación con su madre y que no contaba con un grupo de apoyo. Durante su estadía en el hogar de paso nunca se presentó ningún familiar ni se remitió información sobre el particular por parte de la Defensoría de Familia.

La apoderada de la parte actora tachó los testimonios rendidos por las profesionales María Consuelo Delgado de Lañas, Carolina Narváez y Diana Marcela Quintero Giraldo porque considera que en virtud del vínculo contractual con la Fundación accionada, no son imparciales y tienen interés en el resultado del proceso. Para el Despacho la tacha propuesta no prospera, teniendo en cuenta que el relato de los testigos se contrajo a describir de manera amplia y específica la atención que le brindaron a los menores como equipo psicosocial, que además se respalda con los documentos que sustentaron el proceso de restablecimiento de derecho que fueron allegados al expediente.

Entonces, los testimonios anteriores, vistos en conjunto con las demás pruebas documentales, conducen a concluir que en el presente asunto no hay lugar a reconocer perjuicios morales en favor de la señora Pastora Franco Suaza. A esta conclusión se arriba luego de considerar que si bien la jurisprudencia del Consejo de Estado reconoce que, conforme a las reglas de la experiencia, el dolor moral se presume por la muerte de un pariente consanguíneo, al tratarse de una presunción legal admite prueba en contrario y en tal sentido, si en el proceso concurren elementos de prueba que evidencien una relación débil, hostil o enemistad, no hay lugar a la indemnización por perjuicio moral. Al respecto el Consejo de Estado²⁶ ha planteado:

“La inconformidad de los recurrentes se concentra en la negativa del Tribunal A Quo a reconocer la indemnización de los perjuicios morales sufridos por los señores Cenelia Cifuentes de Sepúlveda, Silvia Cifuentes Rincón, Cecilia Cifuentes Rincón, Lucila Cifuentes Rincón, Olmedo Cifuentes Rincón,

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 09 de febrero de 2011. Consejero Ponente Hernán Andrade Rincón. Radicación (20364)

*Luz Dary Cifuentes Rincón y Guillermo Cifuentes Rincón con la violenta muerte de su hermano Álvaro Cifuentes Rincón, por lo tanto enderezan su pedimento a obtener que, en esta instancia, se les reconozca dicha indemnización. En efecto, está demostrado en el proceso que el señor Álvaro Cifuentes Rincón falleció el 6 de febrero de 1995 en el municipio de La Merced (Caldas) según consta en el registro civil de su defunción (fl. 17) Igualmente está acreditado, con registro civil, que el señor Álvaro Cifuentes Rincón era hijo de Aníbal Cifuentes y Edilma Rincón (fl. 16) y, en consecuencia, hermano de Cenelia, Silvia, Cecilia, María Lucila, Olmedo, Luzdari y Guillermo Cifuentes Rincón (fls. 9 a 15), vínculo de consanguinidad que unido a las reglas de la experiencia, permite inferir la tristeza y el dolor que les causó la muerte de su pariente. **Ahora, también ha dejado precisado esta Corporación que esta presunción puede desvirtuarse cuando la administración demuestre que las relaciones filiales o fraternales se han debilitado de manera notoria, al punto que se han tornado inamistosas o se han deteriorado en su totalidad, evento en el cual la presunción de dolor por la pérdida del consanguíneo desaparece y, en consecuencia, no habrá lugar al pago de reconocimiento alguno a quien así lo pretenda.***

En el presente asunto, la prueba testimonial recaudada se orienta a acreditar que durante proceso de restablecimiento de derechos de Daniela Franco Suaza y su hijo menor Juan Diego Franco no contaron con apoyo familiar y por el contrario, la mala relación parental con su madre hizo que buscara protección para ella y su hijo en Bienestar Familiar. Entonces, aunque Pastora Franco y los señores Laureano Alvarado y Luz Esther Caicedo Cruz manifestaron que la señora Franco siempre estuvo pendiente del bienestar de su hija y nieto, lo cierto es que no existe evidencia de que haya visitado o estado al tanto del proceso que se adelantaba con Daniela y Juan Diego, por el contrario, las profesionales que atendieron a los menores manifestaron que durante su estancia en el hogar de paso nunca tuvieron contacto con algún familiar y no existe evidencia documental de visitas.

Ahora bien, la señora Pastora aseguró que la mala relación con su hija Daniela se originó por su insistencia en que estudiara, sin embargo, conforme al reporte de la Fundación Caicedo González Rio Paila Castilla, Daniela Franco a sus 17 años de edad sólo había cursado hasta tercero de primaria, presentando un atraso significativo en su escolaridad.

También llama la atención del Despacho que una vez Daniela y su hijo Juan Diego salieron de la Fundación “Ser Mujer” solo permanecieron un par de meses en la casa junto con su madre Pastora Franco Suaza y posteriormente fue la propia Daniela quien busco la protección del ICBF para ella y su bebe.

En razón a todo lo anterior, para el Despacho la débil relación entre Daniela Franco Suaza y su madre Pastora Franco Suaza conducen a concluir que la presunción de dolor moral en este caso no opera, pues los elementos de prueba se orientan a evidenciar el deterioro de la relación familiar y los escasos lasos que se establecieron entre el menor Juan Diego Franco Suaza y su abuela, con quien solo compartió un par de meses de convivencia, ya que desde su nacimiento la mayor parte del tiempo lo paso en Fundaciones del Bienestar Familiar.

Dicho lo anterior, en relación con el parentesco de los demás demandantes con el fallecido Juan Diego Franco Suaza de acuerdo a los Registros Civiles de Nacimiento aportados al proceso, se

acreditó que:

Daniela Andrea Franco es la madre del menor Juan Diego Franco (fl.8 Cdno 1), María Del Rosario Bedoya Franco (fl.6), Ana Camila Mayo Franco (fl.12) y Carlos Andrés Martínez Franco (fl.14) tios del occiso, a quienes se les aplicará la **presunción de dolor**²⁷ en su condición de parientes consanguíneos de la víctima.

Para el monto de la indemnización se tendrán en cuenta los parámetros establecidos en la Sentencia de Unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31172, ponencia de la Consejera Olga Mélida Valle de la Hoz, que para la tasación de los perjuicios morales en caso de muerte estableció cinco niveles diferentes teniendo en cuenta la relación afectiva, como se verifica en el siguiente cuadro:

“(…)

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Regla general en el caso de muerte	Relación afectiva conyugal y paterno – filial	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3er de consanguinidad o civil (Tíos)	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil	Relación afectiva no familiar (terceros damnificados)
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

Así las cosas, para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva, y finalmente, para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.

(…)”.²⁸

Así las cosas, encontrándose debidamente probado el parentesco entre Daniela Franco Suaza (madre) y el menor Juan Diego Franco Suaza (hijo) se reconocerá el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Respecto de los señores María Del Rosario Bedoya Franco, Ana Camila Mayo Franco y Carlos Andrés Martínez Franco si bien se probó el parentesco con el menor Juan Diego Franco en tercer grado de consanguinidad, en estos casos el dolor moral no se presume y en tal sentido se debía acreditar la tristeza que les produjo su muerte, lo que no ocurrió, pues en el proceso no existen elementos de prueba que den cuenta de tal afectación. Lo mismo ocurre con el menor Juan Sebastián Martínez

²⁷ Sobre la presunción de dolor se puede consultar la sentencia del 11 de julio de 2013, No. Interno 31252, C.P. Enrique Gil Botero, Sección Tercera, Subsección C.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección B, Sentencia del 5 de abril de 2017, No. Interno 25706, C. P. Ramiro Pazos Guerrero.

Perea (sobrino), de quien no se probó el dolor o la congoja padecida a raíz de la muerte del menor Juan Diego Franco Suaza.

5.4.2. La afectación a bienes y derechos convencionales y constitucionalmente amparados

Con la demanda la parte actora solicitó indemnización por dicho concepto, porque considera que los familiares del niño Juan Diego Franco Suaza han sufrido una afectación importante de carácter vitalicio, debido a su muerte repentina; evento que les dio un giro negativo importante por la ausencia permanente de un ser querido.

Sobre la afectación a bienes y derechos convencionales y constitucionalmente amparados, el H. Consejo de estado en Sentencia de Unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31172, M.P. Olga Mélida Valle de la Hoz, señaló:

“Se reconocerá, aún de oficio, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. Procederá siempre y cuando, se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de medidas reparatorias no indemnizatorias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) permanente o estable y los parientes hasta el 1° de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas “de crianza”.

Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, reprobando las violaciones a los derechos humanos y concretar la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional. Para el efecto el juez, de manera oficiosa o a solicitud de parte, decretará las medidas que considere necesarias o coherentes con la magnitud de los hechos probados (Artículo 8.1 y 63.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos).

REPARACIÓN NO PECUNIARIA		
APECTACIÓN O VULNERACIÓN RELEVANTE DE BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS		
Criterio	Tipo de Medida	Modulación
<i>En caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados</i>	<i>Medidas de reparación integral no pecuniarias</i>	<i>De acuerdo con los hechos probados, la oportunidad y pertinencia de los mismos, se ordenarán medidas reparatorias no pecuniarias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano.</i>

En casos excepcionales, cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y la naturaleza del bien o derecho afectado.

INDEMNIZACIÓN EXCEPCIONAL EXCLUSIVA PARA LA VÍCTIMA DIRECTA		
Criterio	Cuantía	Modulación de la cuantía

En caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, cuya reparación integral, a consideración del juez, no sea suficiente, pertinente, oportuna o posible con medidas de reparación no pecunarias satisfactorias.	Hasta 100 SMLMV	En casos excepcionales se indemnizará hasta el monto señalado en este ítem, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y la naturaleza del bien o derecho afectado.
---	-----------------	---

”

Considera el Despacho que el argumento bajo el cual se solicita este tipo de perjuicios, se ajusta a los perjuicios morales que ya fueron analizados con anterioridad. Sin embargo, ante la relevancia del caso debido a la gravedad de los hechos, se adoptarán medidas de justicia restaurativa con el propósito de reprobando las violaciones a los derechos humanos.

5.4.3. Medidas de justicia restaurativa

Como se indicó anteriormente, en el caso concreto el daño ha tenido una evidente significación en la esfera de los derechos fundamentales, razón por la que se impone la adopción de medidas de justicia restaurativa.

Sobre el particular, el H. Consejo de Estado²⁹ ha señalado:

“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 reestablecido 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 los perjuicios materiales e inmateriales sí está amparado por los citados principios del proceso que tienden a garantizar el derecho de defensa del demandado.

“Definido el anterior panorama, la Sala reitera la jurisprudencia que sobre el particular ha delineado para precisar que, en aquellos eventos en los que sea evidente la alteración grave de un derecho de la persona, es posible que se adopten medidas distintas a la indemnización de perjuicios, todas ellas encaminadas a operar como factores de justicia restaurativa, esto es, como instrumentos que propenden por el restablecimiento objetivo del derecho conculcado.

“Al respecto, en reciente pronunciamiento de la Sección se precisó:

“i) En todo proceso en el que se juzgue la responsabilidad patrimonial del Estado, será posible deprecar medidas de reparación integral, con miras a que se restablezca el statu quo preexistente a la producción del daño.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, Exp. 18.364, MP. Enrique Gil Botero.

“En consecuencia, siempre será posible que en las demandas de reparación directa los demandantes formulen pretensiones dirigidas o encaminadas a la reparación in integrum del perjuicio, incluso reparaciones in natura. No obstante, en estos supuestos, el juez estará siempre vinculado por el principio de congruencia procesal y de la no reformatio in pejus.

“ii) Cuando se trate de graves violaciones a derechos humanos, el juez cuenta con la facultad de decretar todo tipo de medidas de justicia restaurativa (correctiva), encaminadas a la satisfacción y el restablecimiento del derecho o derechos lesionados. Así las cosas, en estos eventos, el juez de lo contencioso administrativo no puede estar limitado, en modo alguno, por los principios procesales antes mencionados, puesto que constituye un imperativo categórico que prevalece sobre las citadas garantías, el hecho de garantizar una reparación integral del perjuicio.

“Este importante avance de la jurisprudencia nacional, ha sido reconocido expresamente en un reciente pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al puntualizar:

“(…) El Tribunal reconoce tales esfuerzos efectuados por Colombia en cuanto a su deber de reparar y los valora positivamente. Asimismo, el Tribunal valora lo señalado por el perito Alier Hernández en la audiencia pública, en el sentido de que el Consejo de Estado ha señalado desde el 2007 que “el resarcimiento económico no es suficiente, [lo cual] abre la posibilidad para las víctimas en sus demandas [en procesos contencioso administrativos] formulen unas peticiones de reparación distintas del simple resarcimiento económico. La Corte considera que de darse dicho desarrollo jurisprudencial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo colombiana, podría llegar a complementar las otras formas de reparación disponibles en distintas vías jurisdiccionales o de otra índole a nivel interno con el propósito de obtener, en su conjunto, la reparación integral de violaciones de derechos humanos. Al respecto, el Tribunal reitera que una reparación integral y adecuada, en el marco de la Convención, exige medidas de rehabilitación, satisfacción, y garantías de no repetición...

“203. Asimismo, la Corte Observa, tal y como lo ha hecho en otros casos contra el Estado colombiano, que si bien la reparación integral de una violación a un derecho protegido por la Convención no puede ser reducida al pago de una compensación, las indemnizaciones dispuestas en los procesos contencioso administrativos pueden ser consideradas al momento de fijar las reparaciones pertinentes, “a condición de que lo resuelto en esos proceso haya hecho tránsito a cosa juzgada y que sea razonable en las circunstancias del caso.

“Así las cosas, la Sala a partir de sus pronunciamientos recientes, así como en apoyo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, considera que, en eventos en los que si bien el daño no provenga de graves violaciones a derechos humanos, de todas formas es posible decretar medidas de satisfacción, conmemorativas o garantías de no repetición, siempre y cuando sean necesarias las mismas para restablecer el núcleo o dimensión objetiva de un derecho humano que ha sido afectado por una entidad estatal.

“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 indemnizatoria, 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.”

Conforme al precedente, y una vez constatada la gravedad de la lesión de los derechos del menor fallecido, se adoptarán las siguientes medidas de justicia restaurativa que deberán ser ejecutadas por el ICBF.

Medida conmemorativa y garantía de no repetición: teniendo en cuenta la gravedad del desafortunado evento en el que falleció el menor Juan Diego Franco Suaza, mientras se encontraba bajo la protección de un hogar de paso adscrito al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, se ordenará al Director o Directora General de la entidad a nivel nacional que programe un evento conmemorativo en cada una de las fundaciones con las cuales tenga suscrito contrato de aportes que tenga como objeto el *“brindar atención especializada a los niños, niñas y adolescentes que tienen un proceso administrativo de restablecimientos de derechos abierto a su favor, en la modalidad de hogar sustituto”*, en el que se socialice el caso que originó la presente condena y se imparta capacitación, mediante un equipo interdisciplinario, sobre los cuidados, protocolos, derechos, deberes y procedimientos que se deben cumplir en los hogares de paso para el restablecimiento de derechos de menores de edad. La capacitación también debe incluir una conferencia sobre la importancia de fortalecer los vínculos parentales entre padres e hijos y orientación sexual a menores de edad.

Adicionalmente, deberá remitir a todos los Centros Regionales de esa entidad en el país, copia íntegra de esta providencia para que se difunda su contenido y alcance y 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 en la página web de esa institución.

La entidad demandada deberá enviar un informe de cumplimiento de la orden anterior, con destino a este Despacho.

5.5. De la compañía aseguradora llamadas en garantía

Teniendo en cuenta que se no se declaró la responsabilidad extracontractual de la Fundación Caicedo Gonzales Riopaila Castilla, no hay lugar a estudiar el llamamiento en garantía y por ende condenar a la COMPAÑÍA ASEGURADORA FIANZAS S.A. CONFIANZA, toda vez que la misma fue convocada en tal calidad por dicha Fundación.

5.6. Las costas

El artículo 188 del CPACA adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 del 2011, dispone “*Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*”

En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”

Conforme a la anterior disposición y al no observarse que la demanda se haya presentado con manifiesta carencia de fundamento legal no habrá condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO. DECLÁRASE no probadas las excepciones propuestas.

SEGUNDO. DECLÁRASE la responsabilidad patrimonial del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, por los perjuicios causados a la parte demandante, como consecuencia de la muerte del menor Juan Diego Franco Suaza acaecida en hechos ocurrido el 07 de julio de 2017, cuando se encontraba en un hogar sustituto.

TERCERO. En consecuencia, **CONDÉNESE** al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, a pagar en favor de la señora Daniela Andrea Franco el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de **PERJUICIOS MORALES**.

CUARTO. A título de reparación integral y medidas de justicia restaurativa **ORDENAR** al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF a ejecutar lo siguiente:

-El Director o Directora General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a nivel nacional deberá programar un evento conmemorativo en cada una de las fundaciones con las cuales tenga suscrito contrato de aportes que tenga como objeto el “*brindar atención especializada a los niños, niñas y adolescentes que tienen un proceso administrativo de restablecimientos de derechos abierto a su favor, en la modalidad de hogar sustituto*”, en el que deberá socializar el caso que originó la presente condena y deberá impartir capacitación, mediante un equipo interdisciplinario, sobre los cuidados,

protocolos, derechos, deberes y procedimientos que se deben cumplir en los hogares de paso para el restablecimiento de derechos de menores de edad. La capacitación también debe incluir una conferencia sobre la importancia de fortalecer los vínculos parentales entre padres e hijos y orientación sexual a menores de edad.

Adicionalmente, deberá remitir a todos los Centros Regionales de la entidad en el país, copia íntegra de esta providencia para que se difunda su contenido y alcance y establecerá un link con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de la sentencia. 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 en la página web de la institución.

La entidad demandada deberá enviar un informe de cumplimiento de la orden anterior, con destino a este Despacho.

QUINTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda, acorde con lo explicado en precedencia.

SEXTO: Las sumas aquí reconocidas generarán intereses moratorios desde la fecha de ejecutoria de esta providencia, conforme lo dispone el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

SÉPTIMO: Sin condena en **COSTAS** por las razones expuestas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

VANESSA ÁLVAREZ VILLARREAL
Juez

Firmado Por:

Vanessa Alvarez Villarreal
Juez
Oral 012
Juzgado Administrativo
Valle Del Cauca - Cali

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

722978f35c0474ee61f707eb799c1cc3ee85a9c305821f68dd9ca66431442df4

Documento generado en 07/09/2021 11:10:44 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>