

ANEXO

A. LÍNEA JURISPRUDENCIAL

En este punto y una vez dilucidados los conceptos que servirán de apoyo para esta línea jurisprudencial a través de la cual se pretende hacer un análisis de los fallos proferidos por el Consejo de Estado en el periodo comprendido entre 2010 y 2020, referente a la responsabilidad del Estado por daños causados a menores a cargo de hogares comunitarios. Se procederá a realizar la revisión en la que se tendrá como punto de partida tanto el alcance que le ha dado daño y la conducta desplegada por la madre comunitaria quien no tiene vinculo jurídico alguno con el ICBF, para endilgarle responsabilidad a través de la acción de reparación directa.

1. Sentencia Arquimedica.

Como resultado de la revisión de los fallos del Consejo de Estado contra el ICBF, por responsabilidad por los daños sufridos por los NNA a cargo de dicha institución, se seleccionó la Sentencia 73001-23-31-000-2011-00065-01(44345) del 3 de agosto de 2020 proferida por el Consejero Ponente Martín Bermúdez Muñoz de la Sala Tercera, Subsección B, por ser la más reciente del Consejo de Estado en la materia; además porque de este fallo se desprenden elementos que reflejan la responsabilidad del ICBF, aun cuando por más de 10 años sin existir vinculo jurídico alguno con las madres comunitarias, dicha institución aún le endilga responsabilidades a estas por los daños y lesiones ocasionados a los NNA que se encuentran a su cargo y custodia. Conteniendo así esta sentencia un recorrido argumentativo suficiente que permite la consolidación de elementos de analisis frente a la responsabilidad por daños ocasionados a los NNA para la construcción de un precedente judicial.

En este Fallo se analizó entre otras cosas la aplicación del régimen de la responsabilidad objetiva, la falla del servicio como título de imputación, caducidad de la acción de reparación directa e indemnización de perjuicio moral. Esto con el propósito de definir el grado de responsabilidad que le asiste al ICBF como guardián de los derechos de la familia y de los NNA que se encuentran a su cargo en relación con los daños y lesiones por estos sufridos durante su vinculación a la entidad.

Sobre estos elementos en su conjunto el Consejo de Estado señaló que a la luz de lo rezado en el artículo 90 de la C.P., la naturaleza contraria a la ley del daño se deduce de su

carácter grave, particular e injustificado y el deber de repararlo de su imputabilidad. Esta disposición se establece cuando (i) se acredita que el daño fue causado por la actuación o la omisión de un agente estatal o (ii) cuando se indica que el Estado detentaba el poder de control sobre la cosa peligrosa causante del perjuicio o que había asumido posición de garante de la víctima. De modo que la imputación de responsabilidad se deduce de la creación o de la asunción de un riesgo, la entidad demandada sólo se exonera si acredita la existencia de una causal que rompa el nexo de causalidad, esto es, si demuestra que el daño fue producto en forma determinante y exclusiva por la culpa de la víctima, el hecho de un tercero o la fuerza mayor, la cual sólo se configura si se trata de una circunstancia ajena a la prestación del servicio que no formaba parte del riesgo que comportaba su prestación. (...)

La responsabilidad de asumir el riesgo (condición de garante) sustenta la obligación del Estado de indemnizar los bienes (i) en el caso de que los bienes sean tomados en posesión, que es lo que ocurre en el caso de decomiso o detención, cuando esos bienes se pierden o dañados y devueltos a su Propietario; (ii) En casos de lesiones o muerte relacionadas con personas, en particular reclutas y personas privadas de libertad en centros de detención. En el caso de estos últimos, si se trata de personas que actúan en nombre de las autoridades sin su asistencia voluntaria, el Estado está obligado a indemnizarlos por los daños sufridos durante su detención.

1.1 Nicho Citacional

Sentencia 2011-00065-01(44345) de 2020		
2010	Sentencia 1998-01364-01 (18195) de 26/05/2010	
2011	Sentencia 1994-07893-01 (20324) de 23/06/2011	Sentencia 1997-03178-01 (20238) de 09/06/2011
2012	Sentencia 1997-01942-01 (23643) de 05/07/2012	Sentencia 1998-00634-01 (24058) de 28/06/2012
2013	Sentencia 2001-00298-01 (29533) de 13/11/2013	Sentencia 2002-01619-01 (27913) de 10/07/2013
2014	Sentencia 2000-00116-01 (28077) de 26/03/2014	
2015	Sentencia 2003-00293-01 (33857) de 26/06/2015	

2020	Sentencia 2008-00505-01 (58700) de 13/08/2020	Sentencia 2011-00065-01 (44345) de 03/08/2020
------	--	--

Conceptuales	M. Comunitarias	No M. Comunitarias
--------------	-----------------	--------------------

La gráfica muestra un nicho citacional que se desprende de la sentencia arquimedica y de la búsqueda de providencias por año en la relatoría del Consejo de Estado. Si bien la sentencia arquimedica proporciona en gran medida las demás providencias sobre la materia, en este caso dado que lo que se pretende es hacer un análisis limitado en el tiempo, se hizo necesario buscar las providencias que se enmarcaran en la temporalidad entre 2010 y 2020.

Razón por la cual las sentencias relacionadas en el nicho citacional serán el objeto principal del análisis y de la construcción de la línea jurisprudencial, dividiéndolas para la revisión en las conceptuales y aquellas en que se compromete la responsabilidad o no de madres comunitarias que nos permiten dilucidar de manera clara la posición del Consejo de Estado respecto la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado por el daño ocasionado a los NNA por acción u omisión de los hogares comunitarios vinculados al ICBF.

1.2 Esquema Gráfico de la línea jurisprudencial – Sentencia arquimedica 73001-23-31-000-2011-00065-01(44345) del 3 de agosto de 2020 Consejo de Estado.

¿Resulta ser administrativa y patrimonialmente responsable el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por la conducta y los daños irrogados a menores de edad que se encuentran bajo su cargo y/o protección a través de los hogares comunitarios?		
Si resulta responsable administrativa y patrimonialmente el ICBF respecto del daño	• (18195)	
	• (20324)	
	• (20238)	
	• (23643)	
	• (24058)	
	• (29533)	
	• (27913)	
	• (28077)	
		No resulta responsable administrativa pero si patrimonialmente respecto a la conducta y el daño.

- (33857)

- (58700)

- (44345)

1.3 Ratio decidendi de las sentencias objeto de análisis

1.3.1 Sentencia 73001-23-31-000-1998-01364-01(18195) del 26 de mayo de 2010.

Responsabilidad Administrativa

Si bien el ordenamiento legal le confiere al Defensor de Familia la facultad de ingresar a un menor al servicio de protección, sustrayéndolo de su entorno familiar, dicha posibilidad está condicionada a que se encuentren acreditadas situaciones de abandono o peligro, tal como lo prevé el artículo 31 del Código del Menor⁴⁶, de tal suerte que en este caso se debió demostrar que los hermanos González Henao eran sometidos a maltrato físico o psicológico por sus padres, o que éstos no cumplían las obligaciones que les impone la ley o que carecían de las calidades morales o mentales que les impidiese la correcta crianza de sus hijos. Situaciones todas éstas que no ocurrieron en el presente asunto, ya que la funcionaria del área social se limitó a presumir que los menores se encontraban en peligro.

Resulta imperioso manifestar que al momento de imponer una determinada medida de protección, que implique la separación de un niño de su núcleo familiar, los funcionarios

⁴⁶ Artículo 217 de la Ley 1098 de 2006 Un menor se encuentra en situación de abandono o de peligro cuando: 1. Fuere expósito. 2. Faltaren en forma absoluta o temporal las personas que, conforme a la Ley, han de tener el cuidado personal de su crianza y educación; o existiendo, incumplieren las obligaciones o deberes correspondientes, o carecieren de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación del menor. 3. No fuere reclamado en un plazo razonable del establecimiento hospitalario, de asistencia social o del hogar sustituto en que hubiere ingresado, por las personas a quienes corresponde legalmente el cuidado personal de su crianza y educación. 4. Fuere objeto de abuso sexual o se le hubiere sometido a maltrato físico o mental por parte de sus padres o de las personas de quienes el menor dependa; o cuando unos u otros lo toleren. 5. Fuere explotado en cualquier forma, o utilizado en actividades contrarias a la Ley, a la moral o a las buenas costumbres, o cuando tales actividades se ejecutaren en su presencia. 6. Presentare graves problemas de comportamiento o desadaptación social. 7. Cuando su salud física o mental se vea amenazada gravemente por las desavenencias entre la pareja, originadas en la separación de hecho o de derecho, en el divorcio, en la nulidad del matrimonio o en cualesquiera otros motivos.

administrativos competentes deben verificar que existan circunstancias serias y objetivas que así lo justifiquen. Después, una vez impuesta esta medida y en el curso del proceso administrativo de protección correspondiente, tales funcionarios administrativos de bienestar familiar están en la obligación de hacer todo lo posible por contribuir a remediar las condiciones familiares que justificaron la imposición de dicha medida, con miras a reintegrar al menor a su núcleo familiar, salvo que éste represente un riesgo serio para el niño como los anteriormente descritos, o por sus circunstancias objetivas lleve a concluir que el reintegro del menor no satisface su interés superior y prevaleciente ni sus derechos fundamentales.

Por consiguiente, el Consejo de Estado concluyó que los menores John Anderson y Paola Andrea González Henao fueron separados injustificadamente de su familia y sin que para el caso existiera decisión alguna que así lo ordenara, y habida cuenta que está demostrado en el proceso que ellos fueron víctimas de abuso sexual y descuido en el hogar sustituto al servicio del I.C.B.F., lo cual evidencia que se configuró una falla en la prestación del servicio imputable a la entidad demandada, ésta será condenada al pago de los perjuicios que dicha situación les produjo a los demandantes.

Responsabilidad Patrimonial

En este caso dadas las circunstancias y los efectos que el abuso sexual y la separación forzada del núcleo familiar al cual fueron sometidos los citados menores en el hogar sustituto al servicio del ICBF y a sus familiares más cercanos, el Consejo de Estado impone perjuicios morales. Sobre la cuantía de esta indemnización la Sección tercera del Consejo de Estado abandonó el criterio según el cual se estimaba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicios morales; se ha considerado, en efecto, que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y se ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado de intensidad.

En esta sentencia la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró responsabilidad extracontractual del Estado por falla en el servicio, pero no se responsabilizó solidariamente, sino que la sentencia estuvo dirigida a imputar responsabilidad objetiva al ICBF por las lesiones sufridas por los menores.

1.3.2 Sentencia 41001-23-31-000-1994-07893-01(20324) del 23 de junio de 2011

Responsabilidad Administrativa

El Consejo de Estado reconoce de manera expresa la posibilidad de declarar la responsabilidad del ICBF, en sede de responsabilidad extracontractual del Estado por los daños irrogados a menores o a sus familiares durante la ejecución de una medida de protección. Sobre el particular, discurre de la siguiente forma:

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

El ICBF 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 este. De modo que del caso bajo estudio la Sección Tercera del Consejo de Estado dedujo 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 Ramírez Cadavid falleció en el Hogar Comunitario dirigido por la madre comunitaria señora Aura Inés Peláez 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.”

En el Mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia T.608 de 2007 se pronunció respecto de los hogares biológicos (hoy hogar gestor) señalando que estos se originaron en 2006 en la necesidad de brindar respuesta adecuada a la realidad de las familias que acudían al ICBF para solicitar apoyo para la atención de menores con discapacidad, o en otras condiciones de peligro o amenaza no originadas en el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los adultos responsables. Por lo tanto era una medida de apoyo que se brindaba en dos componentes: (i) situación de peligro en la que se brinda apoyo al menor en su mismo núcleo familiar y (ii) apoyo y acompañamiento en rehabilitación.

En el asunto sub-examine la Sección Tercera del Consejo de Estado aplicó la misma prerrogativa de la madre comunitaria, según la cual no obstante carecer de vínculo laboral alguno con la entidad demandada sí presta a un nombre una función pública a favor de la niñez de escasos recursos 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.

En ese orden de ideas, el ICBF incurrió en una falla del servicio al haber retornado a su entorno familiar al niño José Antonio Carballo Cabrera sin que previamente se hubiera estabilizado su condición física, pues el hecho de decretar la medida de hogar biológico y, por lo tanto, de entregar una subvención económica a favor de su padre no garantizaba que se superara el estado de riesgo, peligro o amenaza para sus derechos.

Para el Máximo Tribunal de los Contencioso Administrativo no puede pasar desapercibida la actitud indiferente asumida por el señor José Antonio Carballo Guamanga respecto de su propio hijo, pues el ICBF hizo la entrega del menor al padre negándose a recibirlo y posteriormente, renunció a la designación en el cargo de “madre sustituta”, pese a que en virtud de dicha institución el Estado, a través del ICBF, solventa o subsidia las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual del niño.

Responsabilidad Patrimonial

En esta oportunidad el Consejo de Estado reliquidó la indemnización por perjuicios materiales en razón al fallecimiento de la menor de modo que se configuró la inexistencia del señalado perjuicio, en tanto aquél, al haber fallecido, no lo sufrió, como quiera que nunca llegó a cumplir la mayoría de edad, fecha a partir de la cual se debería liquidar, esto es, no se consolidó como probabilidad liquidable, motivo por el cual, una vez se tiene certeza sobre su muerte, es un deber del juez ceñirse a los hechos que aparecen acreditados, so pena de fallar sobre bases que desconocen la verdad material. Por otra parte, respecto del perjuicio moral estas se reconocieron a cargo de la masa sucesoral.

En esta sentencia la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró responsabilidad extracontractual del Estado por daño antijurídico generado por la falla del servicio; sin que se dispusiera responsabilidad solidaria. Por lo que se aplicó finalmente responsabilidad objetiva por ocurrencia del daño.

1.3.3 Sentencia 27001-23-31-000-1997-03178-01(20238) del 9 de junio de 2011

Responsabilidad Administrativa

Quedó evidenciado en el proceso que durante el cuidado que el ICBF dispuso al menor desde los 8 años, el niño tuvo graves problemas de adaptabilidad al tratamiento contra la adicción a las drogas, lo que se extrae de las recurrentes evasiones y fugas en las que participó, y de la constante inestabilidad que padeció al ser trasladado a diferentes sedes del instituto –Quibdó, Medellín y Armenia- y clínicas de “rehabilitación”.

Lo anterior, si bien denota un inicial trato diligente desplegado por el instituto respecto al caso del menor Mariano Palacios, esa diligencia quedó posteriormente opacada por la forma en que fue manejado el caso una vez el niño se evadió del centro de rehabilitación ubicado en Medellín, pues en el expediente no se observa que los funcionarios del instituto hubieran desplegado labor alguna con miras a ubicar al menor y tratar de incluirlo nuevamente en los tratamientos que eran necesarios, a fin de que superara sus problemas delincuenciales y de dependencia de sustancias psicoactivas.

Por el contrario, cuando el ICBF tenía a su alcance un cupo en otra institución de “rehabilitación”, prefirió entregarlo a otro niño, abdicando en la misión de asistencia que la entidad debía emprender frente al especial caso del niño Mariano Palacios, claramente afectado por la dependencia del consumo de sustancias psicoactivas como “bazuco” y marihuana. De manera que el ICBF por intermedio de su sede ubicada en la ciudad de Quibdó, incurrió en un claro y grosero incumplimiento de las obligaciones que le incumbían para la protección del menor, lo que constituye una falla del servicio jurídicamente imputable a la entidad demandada, máxime cuando la madre del menor solicitó inclusión del menor al ICBF, ante lo cual se indicó que no había cupo; sin embargo ello no era cierto sino que respondía a la conducta que previamente había desplegado el menor.

En cuanto al fallecimiento del menor y su imputabilidad al ICBF el Consejo de Estado señaló que aun cuando la muerte de Mariano Palacio no fue causada directamente por la acción de algún agente o agentes, sino por la acción de un tercero, esa situación no absuelve de responsabilidad al ICBF, pues dicha entidad tenía pleno conocimiento de que el niño padecía peligro de muerte, situación que fue informada por la madre del menor y que no fue

atendida con la debida prontitud. Por lo que al no dispensar la protección adecuada al menor, a sabiendas del peligro que este corría, se configura lo que el derecho penal ha definido como **acción por omisión**, y debe generar responsabilidad a cargo de la entidad, como si ésta hubiese sido la directa causante del hecho generador del daño que en esta oportunidad se reclama por los demandantes.

Al respecto la jurisprudencia de esta Corporación, cuando analizó casos en los que el daño ha sido causado por terceros, ha desestimado esa situación como eximente de responsabilidad, siempre que quede demostrado que fue la omisión de la entidad demandada la que facilitó la acción de quien fue directo causante del daño, caso en el cual es posible imputar responsabilidad al Estado por ese tipo de hechos.

Responsabilidad Patrimonial

En lo que respecta a esta responsabilidad el Consejo de Estado imputo daño moral bajo los criterios señalados en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente No. 13.232. Por el contrario, en lo que respecta a los perjuicios materiales la misma fue solicitada en la modalidad de lucro cesante, sin embargo, no se realizó una valoración concreta del perjuicio, así como tampoco se puede presumir que el menor antes de su deceso hubiera devengado el salario mínimo porque de acuerdo con el ordenamiento laboral está prohibido, por regla general, el trabajo de los menores de edad. Por lo que no se reconoció indemnización alguna por este criterio.

En esta sentencia la Sección Tercera del Consejo de Estado impuso responsabilidad extracontractual del Estado por daño antijurídico y configuración de la falla del servicio. Sin embargo, en la decisión se declaró responsabilidad objetiva sin solidaridad en la misma.

1.3.4 Sentencia 05001-23-31-000-1997-01942-01(23643) del 5 de julio de 2012

Responsabilidad Administrativa

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 (R. Subjetiva). Así la madre comunitaria no obstante carecer de vínculo laboral alguno con la entidad demandada sí presta a un nombre una función pública

a favor de la niñez de escasos recursos 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 ICBF por el hecho de que el daño se mire antijurídico (R. Objetiva).

En cuanto al carácter contractual de la relación existente con la Asociación de Padres de Familia, siendo ésta última la encargada de la implementación del hogar comunitario y de la selección de la persona que debía encargarse de ella, circunstancia que en su criterio impide la vinculación de la entidad, debe decirse que en anterior oportunidad esta misma Subsección ha manifestado que la existencia de dicho vínculo mediante la suscripción de un contrato especial de aportes, no transforma la naturaleza de servicio público esencial de bienestar familiar encaminado a la protección específica de los NNA; sobre todo si se tiene en cuenta que los hogares comunitarios se constituyen con el aval, intervención y supervisión del ICBF.

Razón por la cual es posible imputar daños ocurridos al interior de hogares comunitarios –inclusive los desencadenados directamente por la acción u omisión de la madre comunitaria– al ICBF, puesto que el establecimiento público no se desprende de la dirección, control y vigilancia del servicio público que en esos centros de atención se presta a la niñez; circunstancia suficiente para decidir de manera desfavorable el argumento de defensa relacionado con la autonomía financiera, operacional y administrativa de aquéllos.

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

En cuanto al título de imputación, debe decirse que la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido que controversias de esta naturaleza se rigen por el título de imputación objetivo de daño especial y subjetivo falla en el servicio, pero también es cierto que en providencia de mayo 9 de 2011, esta misma Subsección dejó sentado que *“el régimen de responsabilidad llamado a regular situaciones de este matiz es el objetivo, como quiera que la administración pública no puede exonerarse con la sola acreditación de un comportamiento diligente y cuidadoso. En efecto, en supuestos de esta especificidad existen*

dos circunstancias que hacen aplicable el título objetivo de responsabilidad de daño especial: i) la naturaleza, rango y especial protección que recae sobre los derechos de los niños y niñas del país y ii) la finalidad y objetivos propios del servicio público esencial de bienestar familiar”.

Con relación al caso objeto de estudio se observa claramente que se permitió el funcionamiento del hogar comunitario en un sitio que no cumplía las condiciones de seguridad necesarias para garantizar la efectiva protección de los niños y por otra parte se evidenció que la madre comunitaria incumplió su obligación de estar atenta al cuidado y protección del menor.

Responsabilidad Patrimonial

En cuanto a la imputabilidad de responsabilidad patrimonial al ICBF por perjuicios materiales, es claro para dicha Corporación en su jurisprudencia ha sido pacífica en sostener que en tratándose de la muerte de un menor de edad no hay lugar a reconocer el lucro cesante por unos hipotéticos ingresos del menor, dado que estos son eventuales, a menos que se acredite con grado de certeza la obtención futura de estos ingresos y también que en estos casos están sometidos a la doble eventualidad de que el menor hubiera podido llegar a percibir ingresos y que los destinara a ayudar a sus padres.

Así para el caso es notable que el hecho de que el menor al momento del fallecimiento contara con tan solo 3 años y 9 meses sitúa la existencia del daño en un grado de probabilidad, que implica para el juez entrar en el terreno de las conjeturas, a efectos de cumplir con el deber legal de reparar todo el daño y nada más que el daño.

En efecto, lo relevante a la hora de reconocer la indemnización de un daño bajo el concepto de lucro cesante futuro, es justamente la certeza sobre su existencia o su posterior materialización, es decir que ello no puede quedar en el campo de las probabilidades o depender de la realización de otros acontecimientos contingentes y extraños. Razón por la cual en este caso se niegan las pretensiones reparatorias. Razón por la que se niega la solicitud de reconocimiento de los perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante.

Respecto a los perjuicios morales la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que en tratándose de los parientes cercanos, cuando estos son menores de edad

debe tenerse en cuenta que el hecho de que estos al momento de los hechos no estuvieran en condiciones de dimensionar el acontecimiento trágico vivido por su familia, no significa que no hayan sufrido. Razón por la cual debe analizarse correctamente la procedencia o no de indemnización como consecuencia de este perjuicio.

En esta sentencia la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró responsabilidad extracontractual del Estado por daño antijurídico bajo la responsabilidad objetiva por daño especial, sin que en el caso de responsabilizar de manera solidaria.

1.3.5 Sentencia 05001-23-31-000-1998-00634-01(24058) del 28 de junio de 2012

Responsabilidad Administrativa

Al respecto, considera la Sección Tercera del Consejo de Estado que el ICBF sí puede ser llamado a responder por los daños que se causaran a los NNA en el Hogar Comunitario, porque si bien éste pertenece a una Asociación de Padres de Hogares de Bienestar (institución de derecho privado, autónoma y con personería jurídica) la misma cumple funciones asignadas al ICBF, lo cual se demuestra entre otros, con el hecho de que la entidad pública ICBF celebre un contrato de aportes con la entidad de derecho privado y por esa razón ejerce frente a la misma las funciones de inspección y vigilancia.

Dado que en la demanda se afirma que la muerte de Sergio Alexander Velásquez Gómez se produjo cuando éste se encontraba bajo la custodia de un hogar comunitario del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la entidad demandada adujo que dicho hogar estaba a cargo de una persona jurídica de dicho privado, integrada por los padres de familia y que su vínculo con la misma se limitaba a brindar un aporte económico. Consideró el máximo tribunal de lo contencioso administrativo que en relación con los contratos aportes por los cuales se vincula a las madres comunitarias no implica relación laboral con las asociaciones que para tal efecto se organicen, ni con las entidades públicas que participen en el mismo.

Considerar que la responsabilidad frente a los daños que sufran los menores que son asistidos en los Hogares Infantiles o en los Hogares Comunitarios les corresponde únicamente a los miembros de la comunidad que se han organizado para brindarles atención, implica someter a los niños y a sus familias a una situación de mayor vulnerabilidad. Es por

eso por lo que, entre el Estado y la entidad privada que se encargue del cuidado de los menores se generan obligaciones solidarias por los daños que puedan causarse a éstos, obligación que no se desvirtúa por el hecho de que entre la entidad estatal y los empleados de las organizaciones comunitarias no se genere vínculo laboral, en tanto se trata de obligaciones de origen y naturaleza muy diferentes.

Está demostrado que para la época de los hechos, el ICBF–Regional Antioquia y la Asociación de Padres de Hogares de Bienestar “La Dominicana” del municipio de Santo Domingo, celebraron el contrato de aportes No. 05-18-97-338 de enero 2 de 1997; así dado que la Asociación de Padres de Hogares de Bienestar “La Dominicana” era una entidad de derecho privado, creada con el fin de atender a los menores del municipio de Santo Domingo, vinculados al programa de Hogares Infantiles, organizado, dirigido y financiado por el ICBF, los daños que se causaran a los menores que allí fueran atendidos, por acción u omisión de los empleados de la persona jurídica privada, podían generar responsabilidad patrimonial no sólo de la persona de derecho privado, sino también de la entidad estatal responsable del Servicio de Bienestar Familiar. Esto implica que el ICBF sí está legitimado para responder por los daños aducidos en la demanda.

Consideró la Sección Tercera que de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, la muerte del menor Sergio Alexander Velásquez Gómez es imputable, de forma solidaria, al ICBF y a la Asociación de Padres de Hogares de Bienestar “La Dominicana” del municipio de Santo Domingo, porque ese daño se produjo como consecuencia de la omisión en el deber de cuidado y vigilancia que le correspondía al hogar comunitario en el cual aquél estaba inscrito, consistente en la adopción de las medidas de prevención, seguridad y cuidado necesarias para proteger la vida e integridad física del menor.

Responsabilidad Patrimonial

En cuanto al perjuicio moral se infiere del parentesco que este se ocasionó, aun cuando la menor Sara Vanesa Velásquez Gómez nació 6 días después del fallecimiento de su hermano, situación que no es óbice para establecer que aquella padeció perjuicios morales como consecuencia de la muerte de Sergio Alexander; en efecto, el Consejo de Estado, Sección Tercera ha considerado que quien nace con posterioridad a la muerte de un hermano no padece daño moral con ocasión de ese deceso, en atención a que no tuvo oportunidad de

construir los lazos de afecto y cercanía con la víctima que ante su pérdida generaran tal perjuicio¹³, no obstante lo cual, se considera que en el sub examine sí hay lugar a dicho reconocimiento por cuanto además de verse privada desde antes de nacer, de la compañía de su hermano mayor, Sara Vanesa llegó a un hogar perturbado por el dolor de haber perdido hacía muy pocos días y de manera trágica, a un miembro del núcleo familiar.

En este caso la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró la responsabilidad extracontractual del Estado bajo el Título de falla del servicio, caso en el cual se declaró la responsabilidad solidaria entre el ICBF y la madre comunitaria.

1.3.6 Sentencia 25000-23-26-000-2001-00298-01(29533) del 13 de noviembre de 2013

Responsabilidad Administrativa

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 les 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 ICBF.

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.

De conformidad con lo anterior, ha de concluirse que siempre que se presente la concreción de daños antijurídicos a los menores que se encuentren bajo el cuidado y protección de los Hogares Comunitarios, el Estado a través del ICBF, está obligado a resarcir los perjuicios que se llegaren a causar, siempre que le sean imputables. Para el caso sub examine quedó demostrado, para el instante de los hechos, la menor Natalia Sandoval Martínez se encontraba en una situación de incapacidad dada su corta edad -7 meses-, lo cual

le impedía autodeterminarse y/o protegerse; además, porque su madre la entregó en buenas condiciones de salud para su cuidado y protección al Hogar Comunitario, razón por la cual éste asumió posición de garante respecto de la vida e integridad de la menor, inclusive frente a la posibilidad de que se causara daño a sí misma; es decir, que de conformidad con el ordenamiento jurídico el ICBF estaba compelido a impedir la concreción del resultado dañoso.

Así pues, el ICBF a través del Hogar Comunitario “Mis Monachitos”, tenía el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produjera la afectación a la vida e integridad de la menor Natalia Sandoval Martínez; sin embargo, se abstuvo de ejercer un riguroso cuidado sobre dicha menor puesta bajo su cuidado y protección, pues como quedó establecido, la menor sufrió un trauma craneoencefálico que le produjo la muerte mientras se encontraba bajo el cuidado y protección de un hogar comunitario adscrito al ICBF. Ello por cuanto el Consejo de Estado ha concluido que siempre que se presente la concreción de daños antijurídicos a los menores que se encuentren bajo el cuidado y protección de los Hogares Comunitarios, el Estado a través del ICBF, está obligado a resarcir los perjuicios que se llegaren a causar, siempre que le sean imputables.

Por consiguiente, para el asunto sub examine, encuentra la Sala incuestionable el hecho de que el Estado debió implementar todas las medidas de seguridad y protección para evitar que la menor Natalia Sandoval Martínez resultara lesionada. En consecuencia, el deber de protección –incluida la obligación de seguridad y protección– era exigible a la entidad demandada; no obstante lo anterior, le era posible exonerarse 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 la menor dada su incapacidad absoluta -7 meses de edad- pudiese resultar afectada en su vida o integridad física. Dicha conclusión lleva, además, a deducir, como se indicó precedentemente, la falla en la prestación del servicio en la cual incurrió la entidad demandada por su actuar descuidado o negligente en la producción del hecho dañoso.

Responsabilidad Patrimonial

Acerca de los daños causados por la muerte de una persona, resulta necesario precisar que con la simple acreditación de la relación de parentesco mediante los respectivos registros civiles de nacimiento, se presume que los parientes cercanos de una víctima fatal han sufrido un perjuicio de orden moral. En el caso que hoy ocupa a la Sección Tercera del Consejo de Estado, según lo ya expresado, puede inferirse fácilmente que el daño moral sufrido por los familiares de la menor Natalia Sandoval Martínez fue de gran intensidad, en atención a las circunstancias en que se produjo la muerte de la referida menor y que quedaron establecidas en esta sentencia.

En esta sentencia la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró responsabilidad extracontractual del Estado bajo el título de falla en el servicio, sin que se imputara la responsabilidad de forma solidaria, pues en la decisión se tomó en cuenta la responsabilidad objetiva por daño antijurídico.

1.3.7 Sentencia 52001-23-31-000-2002-01619-01(27913) del 10 de julio de 2013

Responsabilidad Administrativa

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido que, si bien el programa de protección de menores es ejecutado de manera directa por la comunidad, mediante la implementación de hogares comunitarios, no es posible desconocer la labor que ejerce el ICBF en la creación, apoyo, supervisión y control sobre esos centros de atención básica de la niñez. (...) aun cuando el hecho dañoso ocurre en los hogares comunitarios, inclusive por la acción u omisión de la madre comunitaria, es el ICBF el llamado a responder, toda vez que es ese instituto el que ejerce la dirección, el control y la vigilancia del servicio público de protección de los niños.

En el presente caso el Consejo de Estado señaló que si bien se sabe que la causa del fallecimiento de la menor fue una intoxicación exógena y que en el hogar comunitario del ICBF había sustancias químicas destinadas para fumigar y repeler la presencia de insectos, lo cierto es que se desconocen las circunstancias en las que la víctima resultó contaminada. Sin embargo, la Sala encuentra que otros niños, que también se encontraban en el hogar comunitario de Cumbal el día de los hechos, fueron trasladados al hospital por presentar síntomas de intoxicación. Ello permite establecer que Adriana Lucía Cumbalanza Quilismal

resultó contaminada con algún elemento o sustancia dañina mientras se encontraba en dicho hogar.

Existió falla en la prestación del servicio, pues se demostró que en el hogar comunitario existían sustancias fungicidas al alcance de los menores y que, una vez la niña presentó síntomas de intoxicación, la madre comunitaria, en un acto irresponsable, negligente y omisivo que compromete la responsabilidad del Estado, *“llevó de regreso a la menor y la dejó en poder de un niño igualmente menor de edad”*, de manera que, cuando fue trasladada al hospital, ya había fallecido.

Este supuesto fáctico constituye, entonces, una falla en la prestación del servicio por parte del ICBF y de Zoila María Tapie, máxime que, en su posición de garantes de los niños de alta vulnerabilidad dejados a su cargo y con la responsabilidad de ejercer una función pública como lo es la protección de los menores que viven dificultades sociales, familiares y personales, están en la obligación de adoptar todo tipo de medidas de cuidado y de seguridad necesarias para preservar la integridad de aquéllos.

En virtud del artículo 2344 del C. C., aplicable a este caso por remisión del artículo 267 del C.C.A, la obligación de responder patrimonialmente, a fin de reparar los perjuicios morales causados a los demandantes, es imputable solidariamente al ICBF y a la señora Zoila María Tapie, madre comunitaria del mencionado hogar, por cuanto el deber de velar por la seguridad de los menores que asistían al mismo estaba a su cargo.

Responsabilidad Patrimonial

En relación con la liquidación de los perjuicios morales la Sala dio por probado el perjuicio moral que sufrieron los miembros de este grupo familiar, con ocasión de la muerte de su hija y hermana, por cuanto, a partir de las reglas de la experiencia, se presume que el fallecimiento de un pariente cercano causa dolor, aflicción y congoja en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto dentro de la familia. Por el contrario, respecto de personas cuyo parentesco sea diferente al de aquéllos, como los tíos o sobrinos, no existe presunción alguna y, en consecuencia, deben probar los vínculos de afecto que los ligan con la víctima.

En esta sentencia la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró responsabilidad extracontractual bajo el título de falla del servicio, en este caso la responsabilidad se asignó de manera solidaria entre el ICBF y la madre comunitaria.

1.3.8 Sentencia 50001-23-31-000-2000-00116-01(28077) de 26 de marzo de 2014

Responsabilidad Administrativa

El daño antijurídico comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable (i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o (ii) porque sea “irrazonable”, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C.254 de 2003 señala que:

“... antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otra lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública”.

La Sala encuentra claramente acreditado el daño antijurídico, consistente en la muerte del menor Brayan Arbey Pinilla Lucumi debidamente probado con la copia auténtica del Registro Civil de Defunción. Las circunstancias que rodearon el hecho demuestran a su vez la falla del servicio de la entidad demandada, en la medida que el menor asistía desde hacía 8 meses al Hogar Comunitario del Barrio Playa Rica de la ciudad de Villavicencio, dirigido por la señora Florinda Velásquez, debidamente escogida como madre comunitaria por el ICBF para cumplir con el servicio público de Bienestar familiar que se presta en los Hogares Comunitarios para dar cumplimiento a los derechos sociales, consagrados en el artículo 42 y 44 de la Constitución Política.

Los hechos que llevaron al fatal desenlace sin lugar a dudas fueron provocados por el descuido y la negligencia de las madres comunitarias encargadas de tal función pública, al dejar en cercanías de los niños el recipiente de agua hirviendo con el que finalmente se terminó lesionando y sufriendo quemaduras de II y III grado el niño Brayan Arbey Pinilla Lucumi. Heridas que no se hubieran producido si se cumple con los deberes de vigilancia y cuidado necesarios e indispensables a los que estaban obligadas para la prestación del

servicio público de bienestar familiar para el que habían sido designadas y que dada la gravedad de las mismas empeoraron y deterioraron tanto la salud del menor hasta causarle la muerte el día 31 de agosto de 1999.

Siempre que se presente la concreción de daños antijurídicos a los menores que se encuentren bajo el cuidado y protección de los Hogares Comunitarios, el Estado a través del ICBF, está obligado a resarcir los perjuicios que se llegaren a causar, siempre que le sean imputables. En efecto, para la Sección Tercera del C.E el daño es causal y jurídicamente atribuible a la entidad demandada, por las siguientes razones:

- *Para el instante de los hechos, el menor Brayan Arbey Pinilla Lucumi se encontraba en una situación de incapacidad dada su corta edad -2 años-, lo cual le impedía autodeterminarse y/o protegerse.*
- *Su madre lo entregó en buenas condiciones de salud para su cuidado y protección al Hogar Comunitario, razón por la cual éste asumió posición de garante respecto de la vida e integridad del menor, inclusive frente a la posibilidad de que se causara daño a sí mismo*

En ese sentir, la Sección Tercera señala que bajo la 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 sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante.

Así 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 normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito 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.

Por consiguiente, encontró el Consejo de Estado 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 esta sentencia la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró la responsabilidad extracontractual del Estado bajo el título de falla en el servicio, sin que se responsabilizara de manera solidaria, la decisión estuvo guiada por la responsabilidad objetiva por daño antijurídico.

1.3.9 Sentencia 27001-23-31-000-2003-00293-01(33857) del 26 de junio de 2015

Responsabilidad Administrativa

El ICBF estaba obligado a declarar la situación de peligro del menor XXX al tenor de lo dispuesto en el Código del Menor, tomando alguna de las medidas establecidas en el ordenamiento jurídico; sin embargo, la entidad incumplió con su deber legal, o por lo menos no se demostró en el proceso que actuó conforme los mandatos legales. De haberse brindado la protección solicitada por la madre del menor, el daño no se hubiera producido.

En cuanto a la imputabilidad del daño a la administración, la Sección Tercera del Consejo de Estado en pleno señaló que, así como la Constitución Política de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual en particular, tampoco podía la jurisprudencia establecer un único título de imputación a aplicar a eventos que guarden ciertas semejanzas fácticas entre sí, ya que este puede variar en consideración a las circunstancias particulares acreditadas dentro del proceso y a los parámetros o criterios jurídicos que el juez estime relevantes dentro del marco de su argumentación.

Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y

exclusivo título de imputación, ya que este debe estar en consonancia con la realidad probatoria de cada caso.

Si bien la muerte del menor XXX fue a manos de un joven ajeno al ICBF, no lo es menos, que ello ocurrió por la falta de medidas de protección que necesitaba el menor y que fue solicitado en varias oportunidades por su progenitora. En el caso del menor XXX, aquel se encontraba inmerso en varios apartes de los que se consideraba en el código del menor como situación irregular, y pese a ello, el ICBF no tomó todas las medidas de protección a su alcance para protegerlo, tal y como sí lo hizo con el hermano de XXX .

Al respecto, la Sección Tercera encuentra que la entidad simplemente se limitó a dar una orden, sin determinar un plazo de la misma, ni el momento en que debía ser cumplida, y si bien es cierto, el menor falleció en días posteriores producto de una riña callejera, no lo es menos, que su muerte se hubiese evitado de haberse actuado prontamente. En efecto, ya desde el año 2001 se sabía de las conductas y la problemática en que se encontraba el menor y la necesidad de remitirlo a programas para salvaguardar su vida, debido a que el medio en donde se encontraba el menor –en medio de pandillas, violencia, drogas y con problemas psicológicos, hacían necesario que se tomaran las medidas de protección que el código del menor establecía.

De modo que no cabe el argumento según el cual el ICBF no tiene responsabilidad alguna por cuanto el fallecimiento del menor no ocurrió en ninguna instalación de dicha institución y tampoco fue causado por la acción de algún agente de la entidad sino por terceros además de que no existió omisión alguna en tanto se le habría brindado la atención requerida. Lo anterior, por cuanto el ICBF aunque atendió en principio al menor se le brindaron las medidas requeridas, posteriormente de las pruebas se desprende ello ocurrió por la falta de medidas de protección que necesitaba el menor y que fue solicitado en varias oportunidades por su progenitora.

Responsabilidad Patrimonial

En cuanto a la indemnización de perjuicios por daños morales, en el presente caso se mantuvo el monto asignado a la madre del menor. Sin embargo respecto del hermano del menor fallecido aunque este también sufrió daños morales no es posible asignarle el mismo monto

que la madre en razón a que aquel guarda parentesco con el fallecido en un segundo grado de consanguinidad.

En esta sentencia la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró responsabilidad extracontractual del Estado bajo el título de falla en el servicio, pero no se dispuso responsabilidad solidaria, sino que la decisión se tomó bajo la responsabilidad objetiva por daño antijurídico.

1.3.10 Sentencia 05001-23-31-000-2008-00505-01 (58700) del 13 de agosto de 2020

Responsabilidad Administrativa

El ICBF insistió en que el menor se encontraba con sus padres, quienes eran los primeros obligados a protegerlo y a velar por sus derechos por mandato de la Ley 1098 de 2006 y fue asesinado por su progenitor, quien tenía la triple obligación de cuidar su vida, dado que, como miembro activo de la Policía Nacional, debía proteger a todos los ciudadanos, a su hijo y porque los derechos de A.S.A. eran prevalentes.

Argumento que no fue de recibo por la Sección Tercera del Consejo de Estado, pues mediante Resolución número 011 del 18 de septiembre de 2007, el defensor de familia ordenó una medida provisional de restablecimiento de derechos, consistente en ubicar al menor A.S.A. en un hogar sustituto, de la cual la señora Alba Luz Arango Hidalgo se notificó personalmente, pero el señor Segundo Graciano Sánchez Valenzuela no quiso notificarse, en lugar de ello salió de la oficina, se dirigió al pasillo, tomó a su hijo y se encerró con él en otra oficina en donde le disparó. De modo que para el momento en que el señor Segundo Graciano Sánchez Valenzuela tomó la decisión de quitarle la vida a su hijo, el defensor de familia ya había ordenado una medida de restablecimiento de derechos que alejaba al niño de sus padres, al menos de forma provisional. Por consiguiente, ante la disposición de la medida, el menor ya se encontraba bajo la custodia del ICBF siendo este el llamado a responder ante su conducta negligente y omisiva.

De modo que, a pesar de que el menor se encontraba bajo el cuidado del I.C.B.F. desde primeras horas de la mañana, cuando le fue quitado a los padres, y luego por el decreto de una medida provisional consistente en enviarlo a un hogar sustituto y de que el guardia de seguridad se encontraba advertido sobre una posible reacción violenta del señor Segundo

Graciano Sánchez Valenzuela, a este se le permitió salir de la audiencia y tomar al niño sin ninguna precaución.

No obstante que los funcionarios del Centro de Atención Integral de la Familia CAIF ubicado en el barrio 20 de julio de Medellín se encontraban advertidos sobre el temperamento del señor Segundo Graciano Sánchez Valenzuela y que ellos mismos notaron su comportamiento alterado, no tomaron precauciones respecto del niño, en el sentido de cuidar sus movimientos y no dejarlo a solas con el menor, a quien dejaron caminar solo por un pasillo, momento que el padre aprovechó para tomarlo, encerrarse con él en una oficina y causarle la muerte.

Como consecuencia, la entidad no puede excusarse en que los padres del menor se encontraban presentes en las instalaciones del I.C.B.F., pues se evidenció que los funcionarios de la entidad cometieron las negligencias antes advertidas. No obstante, dicha falla en el servicio no desencadenó el resultado dañoso, sino que fue concurrente, toda vez que no se puede desconocer que el padre tuvo una participación activa en el hecho, pues fue quien le causó directamente la muerte al menor cuando le propinó un disparo en la cabeza.

Para el máximo tribunal de los contencioso administrativo, las negligencias cometidas por los funcionarios del I.C.B.F. contribuyeron a la producción del hecho dañoso, mas no determinaron su ocurrencia en forma exclusiva, pues el padre también era responsable por la vida del menor, cuyos derechos eran prevalentes (C.P. 1991, art. 44) y antes que cumplir sus deberes respecto de la protección de su hijo, le quitó la vida.

En cuanto a la responsabilidad de la Policía Nacional la Sección Tercera del Consejo de Estado no compartió el argumento según el cual dicha institución debió suspender al padre del menor o retirarle su arma de dotación, ello en tanto el padre del menor se encontraba en tratamiento psiquiátrico y para la fecha de ocurrencia de los hechos éste no contaba con concepto u valoración que indicara que no se encontraba en condiciones de prestar el servicio como agente o de no portar arma de fuego. Además el ICBF no logró probar que la Policía Nacional conocía de las amenazas del entonces agente contra su esposa. De manera que no le asiste responsabilidad a dicha institución, como si ocurre con el ICBF.

Recuerda el Consejo de Estado que, si el servidor público no actúa con ocasión del servicio o invocando el mismo o prevalido de su autoridad frente al administrado, es decir, exteriorizando su calidad de funcionario público, el daño que cause no será atribuible al Estado, dado que ni la calidad de funcionario público, ni el hecho de portar el uniforme de la fuerza pública, ni la tenencia o el uso de un instrumento del Estado para causar daño necesariamente vinculan a la Administración, en este caso, a la Policía Nacional.

Responsabilidad Patrimonial

En este caso el Consejo de Estado además de reconocer el daño moral, indicó que era procedente el daño a la salud de acuerdo con los parámetros indicados en las sentencias de unificación de la Sección Tercera de esta Corporación y dado el porcentaje de gravedad de la afectación sufrida por la demandante Alba Luz Arango Hidalgo, esta recibiría una indemnización de 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de daño a la salud y no de 37 como lo declaró el a quo; sin embargo, aunque no se revocará esta indemnización como lo solicitó el I.C.B.F., dado que sí se probó, tampoco se incrementará, pues la parte demandante no pidió que se reconociera un monto mayor.

En esta sentencia la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró la responsabilidad extracontractual del Estado bajo el título de falla en el servicio, sin que se reconociera la responsabilidad solidaria.

1.3.11 Sentencia 73001-23-31-000-2011-00065-01(44345) del 3 de agosto de 2020

Responsabilidad Administrativa

En el expediente está probado que el ICBF no incurrió en falla del servicio porque la madre sustituta se comportó de forma adecuada en la atención de la niña María Fernanda Herrera, por consiguiente no existe responsabilidad subjetiva o culpa.

Señala el Consejo de Estado que a la luz de lo dispuesto en el artículo 90 de la C.P., la naturaleza antijurídica del daño se infiere de su carácter grave, particular e injustificado y la obligación de repararlo de su imputabilidad al Estado. Este presupuesto se establece cuando (i) se acredita que el daño fue causado por la actuación o la omisión de un agente estatal o (ii) cuando se demuestra que el Estado detentaba el poder de control sobre la cosa peligrosa causante del daño o que había asumido posición de garante de la víctima.

Por su parte, cuando la imputación de responsabilidad se deduce de la creación o de la asunción de un riesgo, la entidad demandada sólo se exonera si acredita la existencia de una causal que rompa el nexo de causalidad, esto es, si demuestra que el daño fue producto en forma determinante y exclusiva por la culpa de la víctima, el hecho de un tercero o la fuerza mayor, la cual sólo se configura si se trata de una circunstancia ajena a la prestación del servicio que no formaba parte del riesgo que comportaba su prestación. (...) De forma que la responsabilidad por posición de garante sustenta la obligación indemnizatoria del Estado:

(i) en relación con los bienes, en los eventos en los que ha recibido su tenencia, que es lo que ocurre en los casos de decomisos o retenciones, cuando estos se pierden o se devuelven deteriorados a su propietario; y (ii) en relación con las personas, particularmente en el caso de las lesiones o muertes sufridas por los conscriptos y por las personas privadas de su libertad en un centro de reclusión. Frente a estos últimos, en la medida en que se trata de personas que se encuentran por cuenta de las autoridades sin el concurso de su voluntad, sobre el Estado pesa una obligación de resultado que lo obliga a responder por los daños que sufran durante su detención.

En el expediente está demostrado que el ICBF ordenó abrir un proceso de restablecimiento de derechos a favor de María Fernanda Herrera Niño y sus hermanas, porque se encontraban en situaciones críticas de salud y sus padres no tenían los recursos para garantizar sus necesidades básicas. En 2007 la entidad asignó el cuidado de María Fernanda Herrera Niño y sus hermanas al hogar sustituto de la señora Ana Praxedes Scarpeta Tique. También está probado que el 16 de agosto de 2008, María Fernanda Herrera presentó convulsiones después de comer y fue llevada por la madre sustituta a una institución de salud para ser atendida, lugar en el que falleció.

Del acervo probatorio se extrae que el comportamiento de la madre sustituta fue idóneo durante el tiempo en que la niña estuvo a su cargo; está probado que la salud de la niña María Fernanda Herrera Niño mejoró considerablemente durante el tiempo que estuvo al cuidado de la madre sustituta, lo cual se deduce de varios informes elaborados por la entidad entre diciembre de 2007 y mayo de 2008, en los que se evidencia que la niña pasó de tener desnutrición crónica y dificultades en la alimentación, a gozar de un buen apetito. En efecto, en los reportes del 18 de enero de 2008 y 12 de mayo de 2008, el ICBF dejó constancia

de que María Fernanda come bien tiene buen apetito (...) ya consume lo que se le brinda en las tres comidas.”

Sin embargo, la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló que el daño reclamado en la demanda es imputable al ICBF porque dicha entidad se ubica en la posición de garante cuando, a través de una madre comunitaria, asume el cuidado y la atención de la niña. Si en desarrollo del mismo se causa el hecho dañoso, tiene la obligación de repararlo. En estas condiciones, su responsabilidad es objetiva y se estructura a partir de la simple demostración de que el daño se produjo en la ejecución de una labor propia del servicio prestado como era el suministro de alimentos a la niña.

Así concluyó la Sección Tercera que el Estado no incurrió en una falla en el servicio, pues las pruebas demuestran que la niña se estaba recuperando con excelentes resultados. Sin embargo, el ICBF asumió una posición de garante, y con ella, los riesgos que conllevaba la atención de la niña. Por lo tanto, así no se evidencie una falla del servicio, la asunción de este riesgo genera la obligación de reparar ante la inexistencia de pruebas que permitan deducir que el daño fue producto de una causa extraña, ajena al mismo. En consecuencia, el Consejo de Estado confirmará la condena al ICBF frente al pago de los perjuicios reclamados.

En esta sentencia la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró responsabilidad extracontractual al Estado, bajo el título de daño antijurídico, en tanto no se presentó falla del servicio, de modo que el ICBF respondió patrimonial pero no administrativamente.

B. ANÁLISIS DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

2. Títulos de imputación aplicables por el C.E., en la responsabilidad del Estado (ICBF) por los daños ocasionados a los NNA que se encuentran a su cargo.

Se según el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2-2, *de que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades...*, debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del

personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera.”

Por consiguiente y en razón a ese deber de cuidado el Consejo de Estado en virtud de las obligaciones del ICBF para con los NNA cuando estas son incumplidas ha imputado de manera general la falla del servicio; título de imputación que constituye la trasgresión a sus deberes y a los derechos de los menores. A pesar de la diversidad de los casos el máximo tribunal administrativo ha mirado dicha falla del servicio frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo.

En esa línea, el Consejo de Estado manifiesta reiteradamente que en cuanto a la protección de los NNA se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; si el daño ocurre, a pesar de su diligencia, no podrá quedar comprometida su responsabilidad.

Así, en razón a las prerrogativas constitucionales y legales de que se encuentran revestidos los NNA como sujetos de Especial protección constitucional, el Consejo de Estado además de la falla del servicio como título de imputación ha recurrido a la aplicación de la figura de posición garante que le asiste en este caso al ICBF cuando se producen daños contra la integridad, salud y vida de los menores que se han puesto a su cargo.

En virtud de lo anterior, el Consejo de Estado es fehaciente en su jurisprudencia cuando señala que los hogares comunitarios si bien 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, los mismos no alejan a dicha institución de su responsabilidad que como garante de los derechos de los NNA le asignó el legislador. Así, pese a la estructura organizativa interna que se les 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 ICBF., tanto es

así que el distintivo utilizado para que el público los pueda identificar es el de Hogar Infantil adscrito al Instituto.

Razón por la cual de la jurisprudencia objeto de análisis el Consejo de Estado se ha abstenido de librar de responsabilidad al ICBF, aun cuando esta última persiste en argumentar la ausencia de responsabilidad sustentada en que no tiene vinculo alguno con las madres comunitarias, que la ocurrencia del daño se dio por parte de terceros o en instalaciones distintas a aquellas dispuestas para el ejercicio de las actividades que legalmente competen a dicha institución. Adicionalmente, en varios de los casos analizados se encontró que si bien el ICBF no influyó o no actuó de manera directa en la comisión del daño, se le imputó responsabilidad basado en el deber de previsibilidad y precaución con que deben actuar los agentes de la misma; pues se trata de la protección de menores que se encuentran rodeados de circunstancias que los ponen en una situación de debilidad manifiesta.

Asimismo, El Consejo de Estado señala como otra circunstancia que también permiten la vinculación de las madres comunitarias con el ICBF (i) la permanente coordinación y asesoría del Instituto sobre los hogares comunitarios, (ii) el aporte también permanente que de su presupuesto hace el Instituto para el sostenimiento de éstos; (iii) 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.

De manera que a la luz de la jurisprudencia y de las normas legales los hogares comunitarios 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 de forma aislada de todo el andamiaje que para tal efecto ha diseñado el Instituto.

2.1 Imputación fáctica del Daño

La Sección Tercera del Consejo de Estado en cuanto a la imputación fáctica del daño señala que resulta preponderante señalar los agentes que se vinculan fáctica y probatoriamente con la ocurrencia del hecho dañoso, ello como situación primigenia a la determinación de la persona a la que le es imputable el mismo para que sea responsable administrativa y/o patrimonialmente. Razón por la cual para el análisis del daño, su imputabilidad y la asignación de responsabilidad se ha tenido en cuenta: (i) la virtud para poner en riesgo la vida del NNA; (ii) las circunstancias que rodean la situación del menor y que lo colocan en situación de debilidad manifiesta; (iii) la conducta desplegada por el agente a cargo del NNA y (iv) la posición garante del ICBF y de las demás personas naturales o jurídicas que se vinculen al proceso.

Para el análisis de tales elementos se tiene en consideración si el ICBF incumplió con uno de los postulados Constitucionales (C.P. 1991, art 13, 42 y 44) y si su desconocimiento incidió directa o indirectamente en el hecho dañoso. Sin que para el caso de este estudio se haya vislumbrado que aun cuando la actuación del ICBF hubiere sido diligente haya impedido la ocurrencia del daño NNA que se encuentra a su cargo; sin embargo, tal apreciación ha servido de fundamento claro para indicar si existe para el caso responsabilidad solidaria y si para el caso es factible imputar tanto la responsabilidad administrativa como patrimonial. Esto en tanto de los casos revisados se logra observar que aun cuando en la mayoría de los casos se configura la binariedad de responsabilidades hay casos excepcionales en donde no se aplica la responsabilidad patrimonial.

Por otra parte, del análisis realizado se traza una línea que nos indica que aun cuando exista debida diligencia, la ocurrencia propia del daño es la que determina la asignación de responsabilidad. Sin perjuicio de lo anterior se advierte que aunque el título de imputación es el mismo la Sala Tercera del Consejo de estado diferencia en distintos niveles la responsabilidad imputada en razón a la diligencia en la actuación de los agentes institucionales en yuxtaposición con su capacidad de prevención; de forma que se presentan casos en los que aun cuando no existe una falla en el servicio, por el solo hecho de encontrarse en una posición garante frente a los derechos es necesaria la imputación de responsabilidad. Adicionalmente cuando analizó casos en los que el daño ha sido causado por terceros, ha desestimado esa situación como eximente de responsabilidad, siempre que

quede demostrado que fue la omisión de la entidad demandada la que facilitó la acción de quien fue directo causante del daño

En otro asunto, en lo que respecta al vínculo entre los hogares comunitarios y el ICBF a pesar de que no existe vínculo laboral entre las madres comunitarias y dicha institución tal situación no ha sido óbice para imputar responsabilidad cuando se determina el nexo de causalidad entre el hecho y el daño. Sobre la carencia de vínculo laboral entre el ICBF y los empleados de las entidades que reciban aportes del mismo, como los Hogares Comunitarios, ha dicho la Corte Constitucional:

“Esta Asociación de Padres es quien se responsabiliza del cumplimiento del contrato de aporte, para lo cual elige a unas madres comunitarias, quienes mediante una vinculación de trabajo solidario y de contribución voluntaria participan en el programa, se hacen cargo de la atención de los menores y reciben los aportes para atender las necesidades básicas del hogar comunitario, que deben ser empleados en la obtención de material didáctico de consumo y duradero, ración, reposición de la dotación, aseo y combustible, de conformidad con normas técnicas y administrativas dictadas por el ICBF.”

En desarrollo de lo anterior, el artículo 4° del decreto 1340 de 1995 señala que “La vinculación de la madre comunitaria, así como la de las demás personas y organismos de la comunidad, que participan en el Programa Hogares de Bienestar, mediante trabajo solidario, constituye contribución voluntaria de los miembros de la comunidad al desarrollo de este programa y por consiguiente, dicha vinculación no implica relación laboral con las asociaciones que para tal efecto se organicen, ni con las entidades públicas que participen en el mismo”.

Así mismo, los particulares que celebran con el ICBF “contratos de aportes” no establecen relación laboral con esta entidad, según se consignó en la primera respuesta. Sin embargo, las personas que colaboran en los Hogares mediante contrato laboral, esta relación se establece con las asociaciones o entidades no gubernamentales o con los propios Hogares Infantiles cuando éstos estén dotados de personería jurídica; en tales casos se trata de trabajadores particulares que no tienen carácter de servidores públicos; en consecuencia, no son empleados públicos ni trabajadores oficiales.

2.2 Circunstancias bajo las cuales el ICBF es responsable administrativa y patrimonialmente

Analizadas las sentencias objeto de estudio se observó que aun cuando el título de imputación en la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado ha sido falla del servicio, la resolución de los casos y su argumentación ha obedecido a:

- No existe un trato diligente desplegado por el ICBF, en especial en aquellos casos en los que a pesar de inicialmente se despliega una actividad diligente en la protección de los NNA pero que posteriormente queda opacada por la forma en que es manejado lo que deriva en la ocurrencia del daño.
- Cuando el ICBF tienen pleno conocimiento de la situación, sin que se lleve a cabo acción alguna tendiente a atender la situación del menor.
- En aquellas circunstancias en las que se ignora las circunstancias familiares y/o sociales que rodean la realidad del NNA y que derivan en que no se adopten las medidas requeridas o una vez adoptadas se dejan de aplicar por renuencia del menor. Pues en estos casos la Sala Tercera del Consejo de Estado ha sido enfático en que a pesar de dicha renuencia del menor o su familia, si persiste el peligro respecto del NNA se deben adoptar las medidas correspondientes para resguardar los derechos del menor y su familia.
- Cuando el ICBF infringe el derecho a la igualdad de los NNA negándoles oportunidades de acceder a medidas de protección aduciendo que las mismas en una primera o segunda oportunidad fueron desaprovechadas.
- No asumir la protección de los menores cuando los padres no están en condición de dispensarla, toda vez que debe tomarse en consideración que prevalecen los derechos del menor de suplir sus necesidades básicas.
- No se brinda atención a los NNA que están desprovistos de un hogar y se ven compelidos a vivir en las calles, pues estos son sujetos prioritarios de la protección del Estado a través de sus instituciones. De modo que no se utilizan todos los medios que están al alcance de su mano para asegurar la supervivencia de los NNA.
- Cuando se desconoce la superioridad de los intereses del menor, sobre cualquier otro tipo de interés, dando prevalencia a su propio interés logístico frente a los NNA que necesitan una atención especial la cual debe dispensársele sin miramiento alguno distinto al bienestar del menor.
- Hacer caso omiso a los llamados de las familias para la protección de los menores, dejándole la carga de dicha protección al núcleo familiar que no tiene la capacidad para asistir

económica, afectiva, mental o socialmente al NNA que requieren de una atención especial sobre todo en los que es evidente un escenario de riesgo.

- No disponer de las medidas policivas para asegurar el cumplimiento de las medidas de protección del menor, aun cuando se encuentra con la información necesaria en relación con el peligro al que puede estar expuesto el NNA. En este punto se resalta que, si bien es cierto que el ICBF no tiene facultades policivas, también es cierto que le era dable a la entidad solicitar la colaboración de los organismos estatales que sí cuentan con facultades de fuerza pública.

- Cuando para eximirse de responsabilidad el ICBF argumenta que no contaba con los mecanismos necesarios para la protección del NNA a su cargo, pues debe buscar dicha ayuda en otro tipo de organismos estatales.

- En aquellos casos que se sustrae irregularmente al menor de su núcleo familiar sin atender a las disposiciones normativas y las circunstancias que allí se establecen, reconociendo entre otras la acreditación de situaciones de abandono o peligro.

2.3 Responsabilidad Patrimonial del ICBF frente al daño infringido a NNA

La Sala Tercera del Consejo de Estado señala que tratándose del perjuicio moral el valor de la condena por concepto de perjuicios morales; se ha considerado, en efecto, que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y se ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado de intensidad.

Sobre el perjuicio moral ocasionado por muerte de menores de edad la Sala Tercera del Consejo de Estado señala que en aquellos casos en los que el menor fallecido tenía hermanos recién nacidos o de menor edad, ello no es limitante para reconocer una indemnización, en la medida que la privación de esa presencia tiene efectos sobre el menor de manera que debe validarse en qué casos procede.

De la misma forma en cuanto a la imputabilidad de responsabilidad patrimonial al ICBF por perjuicios materiales, es claro para dicha Corporación que la jurisprudencia ha sido pacífica en sostener que en tratándose de la muerte de un menor de edad no hay lugar a

reconocer el lucro cesante por unos hipotéticos ingresos del menor, dado que estos son eventuales, a menos que se acredite con grado de certeza la obtención futura de estos ingresos y también que en estos casos están sometidos a la doble eventualidad de que el menor hubiera podido llegar a percibir ingresos y que los destinara a ayudar a sus padres.

En efecto, lo relevante a la hora de reconocer la indemnización de un daño bajo el concepto de lucro cesante futuro, es justamente la certeza sobre su existencia o su posterior materialización, es decir que ello no puede quedar en el campo de las probabilidades o depender de la realización de otros acontecimientos contingentes y extraños.

CONCLUSIONES

La responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado por falla del servicio en relación con los daños ocasionados por el Estado, en este caso el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, no se flexibilizan en relación con la conducta diligente de los agentes administrativos a quienes esta entregada la función de resguardo y protección de los niños, niñas y adolescentes. Ello en la medida que los derechos de dicha población tienen prevalencia constitucional, razón por la cual se habla de sujetos de especial protección constitucional; tanto es así que aun cuando la Sección Tercera del Consejo de Estado ha evidenciado una conducta diligente por parte de madres comunitarias seguida de un hecho dañoso o lesivo, ha optado por imputar responsabilidad al Estado.

Es claro para la Sección Tercera del Consejo de Estado que la posición garante de las entidades estatales como el ICBF obliga a dicha institución a precaver las posibles situaciones que puedan poner en peligro la integridad física, mental y la vida de aquellos menores de edad que se encuentran a su cargo o que aun no estando a su cargo a través de una medida de vinculación, si requieren atención y protección especial a fin de que puedan ser devueltos a sus núcleos familiares en condiciones tales que le permitan seguir su desarrollo en sociedad.

Respecto de la responsabilidad solidaria el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo señala que aun cuando existan contratos que no vinculan V.gr a las madres comunitarias como funcionarias públicas, ello no exime al ICBF de la responsabilidad por los daños que dichas agentes provoquen por acción u omisión a los menores que quedan a su

cargo y disposición. Lo anterior por cuanto dicha institución tiene como finalidad la prestación del Servicio de Bienestar Familiar, que se concreta de manera prevalente en la protección de los NNA; de la misma forma, cuando los hechos que ocasiona el daño provienen de un tercero o se dan en un lugar distinto a las instalaciones del ICBF, se debe probar que la ocurrencia del daño no le es imputable.

De la misma forma, la imputación de responsabilidad administrativa y patrimonial en razón a la actuación de los medios a través de los cuales se cumplen las funciones institucionales se ha realizado directamente contra el ICBF por considerar que la responsabilidad frente a los daños que sufran los menores que son asistidos en los Hogares no le corresponde únicamente a los miembros de la comunidad que se han organizado para brindarles atención, pues pensar esto implica someter a los niños y a sus familias a una situación de mayor vulnerabilidad. Es por eso por ello que entre el Estado y la entidad privada que se encargue del cuidado de los menores se generan obligaciones solidarias por los daños que puedan causarse a éstos, obligación que no se desvirtúa por el hecho de que entre la entidad estatal y los empleados de las organizaciones comunitarias no se genere vínculo laboral, en tanto se trata de obligaciones de origen y naturaleza muy diferentes.

Así, tratándose Hogares Comunitarios advierte el Consejo de Estado que estos dependen administrativa, operacional y financieramente del ICBF por lo que esta última no puede desligarse de su obligación por lo que tales organismos encargados de desarrollar gran parte de los objetivos del ICBF, 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.

Es por lo anterior, que en materia probatoria el Consejo de Estado para poder declarar responsable administrativa o patrimonialmente al ICBF debe requerir de esta un acervo probatorio amplio que indique que el daño ocasionado no guarda nexo de causalidad con la conducta u omisión de alguno de sus agentes, hecho este que no ocurrió en ninguno de los casos analizados, razón por la cual cabría la posibilidad de se generara una responsabilidad solidaria en virtud de las funciones que desarrollan V.gr las madres comunitarias que puedan garantizar de manera más ajustada a la realidad la responsabilidad administrativa por los

daños que se ocasionen en relación con los NNA que se encuentran a su cargo o requieren su protección en situaciones y circunstancias de riesgo familiar y social.

Sin perjuicio de lo anterior, es posible notar que de la línea en general se destacan tres patrones de responsabilidad a saber (i) responsabilidad subjetiva por falla del servicio, (ii) responsabilidad objetiva por daño especial y (iii) responsabilidad por daño antijurídico en relación con posición garante. Así como se anotó previamente, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha imputado responsabilidad administrativa y patrimonial casi todos los casos, pero ello se ha dado como consecuencia de un patrón especial de combinación entre la responsabilidad subjetiva y objetiva frente a la cual ha situado la responsabilidad solo en cabeza del ICBF y no en solidaridad con los agestes que cumplen con sus objetivos como institución. Solamente en dos casos en los que existía contrato de aportes de por medio se declaró la responsabilidad de manera solidaria; ello atendiendo a que la existencia de ese vínculo no transforma la naturaleza del servicio público del ICBF. Sin embargo, estos dos casos en contraste con los demás analizados no denota características especiales que permitieran declarar solo en aquellos eventos una responsabilidad solidaria.

En ese sentir, es claro que si bien la Sección Tercera del Consejo de Estado ha planteado la responsabilidad en cabeza del ICBF aun cuando la conducta se desplegó en cabeza de un hogar comunitario, ha sido poco congruente en la aplicación del título de imputación llegando en algunos casos a vincular y confundir la responsabilidad objetiva y subjetiva; sin que ello derive de manera lineal en la imposición de responsabilidad solidaria, máxime cuando esta misma Corporación señala que el deber jurídico de protección debe provenir de la ley o un contrato y particularmente de la injerencia de quien asume el riesgo. Razón esta por lo que no se esclarece la razón por lo que resulta esquivada para dicha Corporación la imposición de responsabilidad solidaria.

Más aun cuando es clara en advertir que no imponer responsabilidad solidaria implica someter al NNA a una situación de mayor vulnerabilidad; de modo que la solidaridad se desprende del hecho que entre el Estado y la entidad privada (madres comunitarias) se generan obligaciones solidarias por los daños que puedan causarse, hecho este que no se desvirtúa por la no existencia de un vínculo laboral. Así mismo. Resulta confuso que interpele a la falla del servicio pero impute responsabilidad por daño antijurídico.

