

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE MAESTRÍA EN
DERECHO ADMINISTRATIVO

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE
BIENESTAR FAMILIAR – ICBF Y LOS HOGARES COMUNITARIOS POR LOS
DAÑOS CAUSADOS A MENORES BAJO SU CARGO.

INVESTIGACIÓN COMPILATIVA

AUTOR

MOISES DAVID ALARIO ECHAVARRIA

ASESOR DE INVESTIGACION

Dra. MADY JULIANA MONTAÑA RUIZ

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS - SEDE TUNJA

FACULTAD DE DERECHO

TUNJA - BOYACÁ

2023

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	4
ANTECEDENTES	9
A. Contexto general del problema jurídico objeto de investigación.....	9
B. Justificación de la investigación.....	10
C. Definición de objetivos.....	11
CAPÍTULO I: RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE EL ICBF, LOS HOGARES Y LAS MADRES COMUNITARIOS.....	12
1. Origen Hogares Comunitarios	12
1.1 Marco Normativo de los Hogares Comunitarios.....	14
1.2 Funcionamiento de los Hogares Comunitarios.....	16
2. Relación Contractual	18
2.1 Contrato de aportes y responsabilidad del ICBF	20
2.2 El contrato de aporte y responsabilidad del contratista – ART. 34 del CST.....	22
CAPÍTULO II: FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA - ICBF Y HOGARES COMUNITARIOS.....	27
3. Fundamentos teóricos y prácticos de la responsabilidad solidaria.....	27
3.1 Posición garante: ICBF y Hogares Comunitarios	32
CAPÍTULO III: RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ICBF – TÍTULOS DE IMPUTACIÓN.....	37
4. Deber de protección de los niños y niñas a cargo del ICBF.....	37
4.1. Daño Antijurídico.....	38
4.2. De la Responsabilidad Patrimonial del Estado – Presupuestos de configuración.....	39
CAPÍTULO IV: TÍTULOS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD ASIGNADOS AL ICBF – ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	41
5. Falla en el servicio	41
6. Daño Especial	43
7. Análisis jurisprudencial.....	45
7.1 Análisis jurisprudencial de los títulos de imputación de responsabilidad estatal.	49
CAPÍTULO V: TEORÍA DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA – APLICACIÓN A LA RESPONSABILIDAD DEL ICBF.....	50
CONCLUSIÓN.....	54
BIBLIOGRAFÍA.....	56
ANEXO	60
A. LÍNEA JURISPRUDENCIAL.....	61

1. Sentencia Arquimedica.....	61
1.1 Nicho Citacional	62
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.....	63
1.3 Ratio decidendi de las sentencias objeto de análisis	64
1.3.1 Sentencia 73001-23-31-000-1998-01364-01(18195) del 26 de mayo de 2010.....	64
1.3.2 Sentencia 41001-23-31-000-1994-07893-01(20324) del 23 de junio de 2011	66
1.3.3 Sentencia 27001-23-31-000-1997-03178-01(20238) del 9 de junio de 2011	68
1.3.4 Sentencia 05001-23-31-000-1997-01942-01(23643) del 5 de julio de 2012	69
1.3.5 Sentencia 05001-23-31-000-1998-00634-01(24058) del 28 de junio de 2012	72
1.3.6 Sentencia 25000-23-26-000-2001-00298-01(29533) del 13 de noviembre de 2013..	74
1.3.7 Sentencia 52001-23-31-000-2002-01619-01(27913) del 10 de julio de 2013	76
1.3.8 Sentencia 50001-23-31-000-2000-00116-01(28077) de 26 de marzo de 2014	78
1.3.9 Sentencia 27001-23-31-000-2003-00293-01(33857) del 26 de junio de 2015	80
1.3.10 Sentencia 05001-23-31-000-2008-00505-01 (58700) del 13 de agosto de 2020	82
1.3.11 Sentencia 73001-23-31-000-2011-00065-01(44345) del 3 de agosto de 2020	84
B. ANÁLISIS DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL	86
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.	86
2.1 Imputación fáctica del Daño.....	88
2.2 Circunstancias bajo las cuales el ICBF es responsable administrativa y patrimonialmente	90
2.3 Responsabilidad Patrimonial del ICBF frente al daño infringido a NNA	92
CONCLUSIONES.....	93

INTRODUCCIÓN

El Estado Colombiano a través de su ordenamiento jurídico, en especial de sus normas de rango constitucional, propende por la protección familiar como parte esencial de la sociedad¹. Estructura social en la que se reconoce a los niños, niñas y adolescentes – NNA como sujetos de especial protección constitucional y considera prevalentes sus derechos [Art. 44, par.3º, Superior); razón por la cual la estructura familiar, social y Estatal está obligada a prorrogar ayuda y protección a los menores para garantizar su desarrollo integral bajo el fundamento de la prevalencia del interés superior del menor, como sujeto de protección Constitucional².

Bajo esta triada [Estado, Sociedad, Familia] se persigue la protección de todos los menores que residen en territorio nacional como generación intergeneracional e intergeneracional. Así, ante la ausencia de un núcleo familiar que les brinde el sustento requerido el Estado ha delegado como protector principal de sus derechos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-; protección que en principio fue delegada de manera consuetudinaria a la sociedad y que posteriormente fue institucionalizada.

La intervención estatal en la protección de los NNA a fin de garantizar sus derechos radica en una necesidad como consecuencia el abandono social y/o familiar al que se pueden ver enfrentados. Si bien la Ley 1098 de 2006³ incluyó las medidas de restablecimiento de derechos de los menores sin desligarlos de su núcleo familiar como primer eslabón de protección, muchos de estos menores no lograr restablecer sus derechos por lo que quedan a cargo del ICBF quien en adelante sustituirá ese eslabón.

En esta carga de garantía y protección que asume el ICBF esta se apoya en la labor de otras instituciones de carácter privado y organizaciones sin ánimo de lucro como lo son los Hogares Comunitarios -HC- quienes se responsabilizan del cuidado y atención de menores de edad que se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Lo anterior tomando

¹ Constitución Política de Colombia. Actualizada con los Actos Legislativos a 2015 [C.P.]. (1991). Artículo 42 [Título II]. Edición especial preparada por la Corte Constitucional.

² Corte Constitucional, Sala Plena revisión de tutelas. (7 de diciembre de 2018). Sentencia T.468 de 2018 [Expediente T-6.607.437]. [M.P: Fajardo, R].

³ Congreso de la República de Colombia. (8 de noviembre de 2006). Código de Infancia y adolescencia [Ley 1098 de 2008]. DO: 46.446.

en consideración que la primera infancia ha sido tema trascendental en la planeación y desarrollo de la política pública a favor de la infancia y la familia en Colombia a través del ICBF quien garantiza los derechos de los NNA y asegura su protección. Dichos HC en una relación contractual se les reviste de una responsabilidad de protección de los menores; cumplimiento que compromete la responsabilidad del ICBF por las lesiones o daños de que sean objeto los menores; protección que se brinda por parte de las MC quienes están a cargo de la atención directa de los menores.

Sin perjuicio de lo anterior, los NNA a cargo del ICBF ha sido objeto de graves lesiones estando al cuidado de las MC, responsabilidad que ante la falta de vinculación laboral de estas últimas ha enfrentado de manera directa y exclusiva el ICBF. Institución que en repetidas oportunidades específicamente entre 2010 y 2020 ha sido condenada por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado Colombiano a reparar a las familias de los menores que bajo su cuidado han sufrido algún tipo de lesión física o mental.

Así, es claro que contrario a lo que se piensa, el ordenamiento jurídico colombiano no se ha ocupado de la responsabilidad administrativa de las madres comunitarias en manos de quienes se originó la acción u omisión que ocasionó el daño. Lo anterior, sustentado en que no existe una relación laboral entre las MC y la institución; por lo que se ha optado por acudir a la acción de repetición contra los HC cuando se declara responsable al ICBF. Sin embargo, se pasa por alto que una acción de repetición más allá de requerir un resarcimiento de carácter económico no aleja del peligro a los NNA que pueden quedar a cargo de quienes en el pasado han incurrido en conductas que derivaron en la lesión de menores.

En esa línea, es evidente la necesidad de evaluar la posibilidad de declarar la responsabilidad solidaria del ICBF y las MC o los HC; pues si bien estas se encuentran bajo la dirección de un Hogar Comunitario, cumplen funciones de protección que la ley asigna a dicha institución de orden nacional por lo que la separación de unos y otros a la hora de analizar la responsabilidad desconoce el derecho que tienen los menores de ser protegidos frente a los funcionarios o particulares que cumplen funciones públicas y a quienes corresponde la protección de los NNA a su cargo.

Aun cuando en muchos casos el Consejo de Estado ha dejado clara la responsabilidad extracontractual del Estado por las lesiones causadas a los menores, esta solo es atribuible al

ICBF dejando de lado la responsabilidad que podría asistirle a la madre o el hogar comunitario, quienes, en últimas, son los agentes directos del daño ocasionado. Así, el ICBF una vez declarado responsable y, considerando que quien ocasionó el daño fue el Hogar Comunitario a través de la madre acude a la acción de repetición; generando un desgaste innecesario de la administración de justicia. Así, aunque la Sala Tercera del CE aplica caracteres de responsabilidad objetiva y subjetiva, sobre esta última en pocas ocasiones se atribuye responsabilidad solidaria, como ocurrió en sentencia 05001-23-31-000-1998-00634-01(24058) del 28 de junio de 2012 del Consejo de Estado y en la que se señaló:

“[...] Imponer únicamente en los miembros de la comunidad la atención de los menores implica someter a estos últimos y a sus familias a una situación de vulnerabilidad; razón por la cual entre el Estado y las entidades encargadas del cuidado de los NNA se generan obligaciones solidarias que no se afectan *in situ* por la inexistencia de vínculo laboral entre la entidad estatal y los empleados de las organizaciones comunitarias, por tratarse de obligaciones de origen y naturaleza diferente [...]”

Lo anterior, toda vez que analizar la responsabilidad subjetiva implica en si misma verificar el grado de conciencia y voluntad en la comisión de la conducta y si el daño le es imputable, aspectos que deben incidir en el título de responsabilidad y que actualmente no se ven reflejados en la mayoría de las decisiones judiciales que sobre el caso ha adoptado esta jurisdicción.

De manera que lo pretendido con la presente investigación documental es realizar una compilación esquemática y concreta de distintos documentos académicos y jurisprudenciales que permita entender a profundidad la responsabilidad que le asiste al Estado a través de la atribución de títulos de imputación relacionadas con las lesiones de NNA a cargo de HC se trata. Ello con el objetivo de vislumbrar la problemática planteada y su solución que no es más que la posibilidad jurídica de imputar responsabilidad bajo un carácter mixto (subjetivo & objetivo) con el cual se pueda reconocer una responsabilidad administrativa y patrimonial solidaria entre el ICBF y las MC o el ICBF y los Hogares sin que exista la necesidad de posteriormente acudir a una acción de repetición que además congestiona de manera innecesaria los despachos judiciales.

En ese sentido, en la presente investigación que se presenta se enunciarán los aspectos de orden jurídico que regulan y estudian en su dimensión académica y práctica de la responsabilidad que le asiste al Estado, en concordancia con el mandato constitucional contenido en el artículo 90 de la misma. De forma que se refuercen los estándares de responsabilidad administrativa y patrimonial como consecuencia de los daños antijurídicos que le sean imputados cuando de posición garante y cumplimiento de funciones se trata sin que se desconozca la responsabilidad solidaria que le asiste al ICBF y las madres u hogares comunitarios.

Responsabilidad solidaria que se sustenta en la protección/prevalencia del interés y derechos de los NNA, en los estrictos términos dispuestos en los artículos 13 y 44 constitucionales. En esa línea, se examinan los casos en los que se causa daño a un menor que se encuentra en custodia de un hogar y una madre comunitaria, quienes cumplen funciones asignadas legislativamente al ICBF. Para lo anterior, este estudio estará limitado al análisis fáctico y jurídico de aquellas circunstancias en las que se ha infringido daños a NNA que se encontraban a cargo de un hogar comunitario y al cuidado directo de una madre comunitaria frente a los cuales se debe dilucidar una responsabilidad administrativa solidaria en la medida que su labor se desarrolla en pro de los fines legales e institucionales que rigen la actuación del ICBF.

Finalmente, en relación con el objeto mismo de la investigación que se quiere realizar, se propone llamar la atención en relación con la necesidad de estudiar la responsabilidad extracontractual solidaria entre el ICBF y los hogares comunitarios, quienes a pesar de no tener un vínculo directo con dicha entidad si desempeñan una labor que trae implícito el deber de protección de los menores que se ponen a su cargo. De forma que resulta desajustado a derecho que se alegue la responsabilidad administrativa y patrimonial del ICBF sin que nada se diga en relación con la conducta activa, omisiva o negligente de la madre comunitaria a quien se encarga en primera línea el cuidado de los menores, pues tal invisibilidad no logra proteger a los NNA y por el contrario los pone en inminente riesgo y que contradice el postulado según el cual son sujetos de especial protección.

ANTECEDENTES

A. Contexto general del problema jurídico objeto de investigación

La Sección Tercera del Consejo de Estado a través de sus sentencias, especialmente de aquellas proferidas en los últimos diez años ha definido una postura jurídica en torno a la responsabilidad extracontractual del ICBF por los daños que por acción u omisión de las MC se ha infringido a los NNA a su cargo. Sin embargo, en dichas providencias no se ha unificado un criterio en torno a la responsabilidad solidaria entre el ICBF y las MC u HC; por el contrario en la mayoría de estas providencias se ha recurrido a imputar responsabilidad en torno al título de imputación falla en el servicio que particularmente se sustenta en el criterio de posición garante; postura que ha invisibilizando la responsabilidad directa de las madres u hogares comunitarios a quienes en su cargo incidieron en la ocurrencia del fallecimiento de los menores y quienes a pesar de la no vinculación directa con el ICBF se convierten en sus agentes.

Si bien el Tribunal en cita reconoce la responsabilidad patrimonial y administrativa del ICBF, de ello surgen dos problemáticas concretas; respecto de la primera se tiene que se produce una congestión judicial innecesaria cuando posterior a la imputación de responsabilidad el ICBF repite contra el Hogar Comunitario al cual se encuentra adscrita la madre comunitaria, con lo cual se persigue única y exclusivamente una devolución del pago efectuado por concepto de indemnización; frente al segundo, se tiene que al no existir responsabilidad administrativa y no estar dirigida la acción de repetición ante tal objetivo, no recae ningún tipo de consecuencia directa contra la madre en manos de quien ocurrió el daño y que en esa medida estas madres no se les impide continuar con su labor en ese u otros centros de atención a menores.

Esto último implica en sí mismo un serio problema si de protección y garantía de los derechos de los menores se trata, pues los NNA podrían en un futuro quedar al cuidado de alguna de estas madres comunitarias frente a las cuales está demostrada su negligencia y falta de competencia para ejercer esta labor de cuidado, poniendo a otros menores en una situación de peligro. Así, aunque la Sección Tercera del Consejo de estado haga referencia a la actuación subjetiva de las madres comunitarias la imputación se concentra en un carácter

objetivo de ocurrencia del daño lo que resulta contradictoria al postulado constitucional de deber de protección a los menores.

Razón por la cual la responsabilidad solidaria del ICBF y las madres u hogares comunitarios haría frente a estas dos problemáticas y otorgaría garantías jurídicas frente a la protección futura de los NNA que en un futuro lleguen a estar a cargo del ICBF a través de un Hogar Comunitario.

B. Justificación de la investigación.

La justificación que sustenta la investigación se centra en reforzar la protección constitucional y legal que requieren NNA como sujetos de especial protección por parte del Estado. Refuerzo que resulta efectivo en tanto se reconozca la responsabilidad solidaria entre el ICBF y las madres u hogares comunitarios por las lesiones ocasionadas a los menores a cargo de dicha institución. De manera que al realizar esta investigación se prioriza el análisis de los títulos de imputación que el Tribunal Contencioso aplica a los casos de responsabilidad extracontractual del ICBF; y contrarrestando los mismos con los fundamentos de la responsabilidad subjetiva y su correlación con la responsabilidad solidaria.

Lo anterior, permite entonces sentar bases conceptuales en virtud de los cuales el Consejo de Estado puede dar unificación de criterios en los casos en los que se analice la responsabilidad extracontractual del ICBF; partiendo del supuesto según el cual para estos casos la solidaridad conlleva el resguardo de los derechos de los NNA que a partir de esta investigación se encuentren sujetos al cuidado y protección del ICBF. Dando con ello mayor relevancia a la actuación directa de las madres comunitarias impidiendo a futuro estas lleguen a quedar a cargo de los menores y en consecuencia se disminuya en índice de casos que después de fallados se vuelven a activar a través de la acción de repetición que solo guarda un criterio pecuniario alejado de los intereses de los menores.

Realizar este trabajo de investigación abrirá las posibilidades jurídicas de imputación de responsabilidad solidaria a la cual no ha dado lugar la jurisdicción Contencioso Administrativo, pues más allá de garantizar una indemnización justa en el caso particular los fallos deben servir como una herramienta de prevención de daños por parte las madres y hogares comunitarios a quienes se encargue el cuidado y protección de los menores.

Problema jurídico

Visto el anterior contexto, el problema jurídico se centra en determinar si ¿el ICBF y las madres u hogares comunitarios deben ser responsables administrativa y patrimonialmente de forma solidaria por los daños causados a los NNA que se encuentran a su cargo, bajo el título de imputación falla en el servicio?

C. Definición de objetivos

OBJETIVO GENERAL

Analizar jurídicamente la imputación solidaria de responsabilidad entre el ICBF y las madres u hogares comunitarios. Proponiendo que entre estos se establezca una responsabilidad solidaria por los daños causados a los NNA que se encuentran a cargo del ICBF.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analizar la normatividad que regula el desarrollo de la relación entre el ICBF y las MC.
- Establecer la naturaleza de la relación contractual existente entre el ICBF y los HC.
- Analizar la teoría de posición garante manejada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo para decidir en casos de imputación de responsabilidad en que está involucrado el ICBF.
- Definir y analizar los diferentes títulos de imputación aplicables a los casos en que se analiza la responsabilidad del ICBF por los daños causados a los NNA en hogares comunitarios.
- Revisar los referentes objetivos y subjetivos en los que se ha basado la decisión de imputación de responsabilidad del ICBF por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado durante la última década, por los daños causados a los NNA en hogares comunitarios.

- Revisar la teoría de responsabilidad solidaria y cómo esta puede ser aplicada a la responsabilidad del ICBF y las MC, por los daños causados a los niños, niñas y adolescentes en hogares comunitarios.

CAPÍTULO I: RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE EL ICBF, LOS HOGARES Y LAS MADRES COMUNITARIOS.

1. Origen Hogares Comunitarios

Los Hogares Comunitarios según García, Restrepo & Triana (2007)⁴ surgieron en los años 80 sustentado en las altas tasas de malnutrición y mortalidad, naciendo como hogares de bienestar o HOBIS. En cabeza de estos hogares se construyó la figura de madres comunitarias a cargo de las cuales quedaba la educación y guarda de menores en edad preescolar. Adicionalmente, los hogares también cubrieron la poca capacidad de jardines infantiles, convirtiéndose así para 1987 en una política de gobierno bajo la presidencia de Virgilio Barco.

A partir de Acuerdo 005 y la Resolución 0680 de 1991 se crea los HC de Bienestar – HCB- bajo la modalidad "*Familia, Mujer e Infancia – FAMI*" que funcionaba a través de la entregaba becas por parte del ICBF (Ley 89 de 1988⁵), mismas que se otorgaban por intermedio de una Entidad Administradora del Servicio. Becas con las cuales se buscaba atender necesidades de protección, cuidado, nutrición, salud, educación y desarrollo de la primera infancia.

Esta actividad de HCB se desarrollaba directamente en las viviendas de las madres comunitarias, lo que ocurrió hasta 1995, como consecuencia del estado de las viviendas ubicadas en zonas de alta pobreza. Sin embargo, las autoras señalan que como respuesta a esta problemática se propuso la reunión de varias MC para atender a los menores en espacios

⁴ Universidad Tecnológica de Pereira, trabajo de grado "*Procesos de Organización de los Hogares Comunitarios, Estudio de caso: hogares de la casona y Dosquebradas*", 2007 García, Restrepo & Triana.

⁵ Artículo 1, parágrafo 2 "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. Se entiende por Hogares Comunitarios de Bienestar, aquellos que se constituyen a través de becas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF- a las familias con miras a que en acción mancomunada con sus vecinos y utilizando un alto contenido de recursos locales, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de los estratos sociales pobres del país".

ya fueran públicos o privados cedidos por la misma comunidad; originándose así una modalidad de HC denominada Hogares Múltiples que busca agrupar varios HC. Por otra parte en ese mismo año, se concreta una nueva modalidad en la que las empresas ofrecen espacios para la atención de los hijos de sus trabajadores⁶

Mediante Acuerdo 021 de abril de 1996⁷, se señaló que los HC funcionarían por intermedio de familiares que se vieran beneficiados por el programa, quienes constituirían organizaciones comunitarias que por intermedio de contratos de aportes celebrados con el ICBF y con los cuales se pretendió administrar los recursos tanto del Gobierno como de la comunidad dirigidos al desarrollo del mismo.

Adicionalmente se dispuso que parte de los recursos destinados por el Gobierno Nacional para el programa de HC estaría destinado a financiar la llamada “beca” entendida como los recursos asignados a las familias para atender a los menores, mismos que se destinaran a las MC. De forma que, puede indicarse que no todos los recursos destinados a financiar a los HC provienen directamente del Estado; razón por la cual corresponde al ICBF propender porque el programa estuviere incluido en los PD departamentales y municipales.

Así, en función a los objetivos del ICBF que es brindar protección a los NNA, especialmente a quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta por el riesgo en el que esta la garantía de sus derechos; se desprende del Acuerdo 21/96 que parte de dicha misionalidad se pone en cabeza de los HC que funcionan en espacios comunitarios, espacios cedidos por personal públicos o privados o en las viviendas de las MC, siendo estas últimas en quien recae directamente el deber de prevenir y proteger los menores.

Sobre las madres comunitarias la Resolución 21 de 1996 dispone en su artículo quinto, literal c) lo siguiente:

“[...] Los HCB funcionarán bajo el cuidado de una o varias madres comunitarias quienes serán escogidas por la organización comunitaria quienes deben cumplir con el perfil y una disposición para atender los NNA de manera voluntaria con disposición a capacitarse y posean vivienda adecuada, [...]” (Énfasis fuera de texto)

⁶ ICBF- “Concepto 8: financiamiento de la estrategia de cero a siempre”, 2 de febrero de 2012.

⁷ ICBF- “se aprueba el Lineamiento Técnico Administrativo, Modalidad Hogares Comunitarios de Bienestar en todas sus formas (FAMI, Familiares, Grupales, Múltiples, Múltiples Empresariales y Jardines Sociales) para la atención a niños y niñas hasta los cinco (5) años de edad” del 23 de abril de 1996.

De la misma forma en el literal j) del acto administrativo en cita señala que las MC cubrirán el acceso y permanencia en el SGSSS y que la organización comunitaria será responsable de garantizar la adecuada vinculación. Adicionalmente, el literal k) y el artículo sexto disponen que las juntas de las organizaciones comunitarias serán el puente de comunicación entre este último y el ICBF en aquellos asuntos que deban tramitarse ante esta.

Por su parte, con la expedición del Decreto 289 de 2014 se genera un cambio relacionado con la relación “laboral” entre las MC y los HC toda vez que se dispondrá de una remuneración económica como consecuencia del servicio prestado, lo que implica que más allá de la voluntad a la que se hacía en la Resolución 21 de 1996 es necesario reconocer a las MC como sujetos laborales. Vinculo laboral que no liga a las madres con el ICBF sino con los HC en cabeza de quien se encuentra la administración y ejecución del programa. Lo anterior, toda vez que el ICBF solo es a rasgos generales un aportante de recursos.

1.1 Marco Normativo de los Hogares Comunitarios

El ICBF es reconocido como un establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio; adscrito al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (DPS)⁸ que fue creado mediante la Ley 75 de 1968 y que buscaba garantizar la protección del menor y el desarrollo de la familia como núcleo esencial de la sociedad. En esa línea, se instituyó a cargo del ICBF, entre otras funciones:

- a) Dictar las normas que guiarán el cumplimiento de sus fines y objetivos concernientes a el bienestar, desarrollo y mejoramiento de los menores y de sus núcleos familiares. Lo que incluye implementar proyectos piloto en el territorio nacional que contribuyeran a coordinar su accionar de tutela sobre los menores a su cargo.

En su artículo 55, la citada norma dispuso que el ICBF contaría con la posibilidad de delegar a través de contratos el cumplimiento de las funciones que le fueron encomendadas siempre que ello resultara conveniente para el desarrollo de los objetivos y

⁸ Departamento Administrativo de la Función Pública, Decreto 4156 de 2011 “*Por el cual se determina la adscripción del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones*”

que evitara la interrupción de actividades que se encontraran en ejecución. Razón esta por la que se plantea la necesidad de utilizar los contratos de aportes como una modalidad especial de contratación que si bien se rige bajo los postulados y principios del Estatuto de Contratación Estatal (Ley 80 de 1993) no constituye un contrato estatal propiamente dicho.

Bajo esta línea y funciones, en 1969 se crea el programa “Hogares Infantiles” dirigido a la atención de menores de 7 años y que empezó a funcionar en zonas rurales y en sectores de alta pobreza tanto urbanos como rurales. Posteriormente para la década de los 80’s este programa se transformó dando paso a los HIB, los cuales estarían dirigidos por MC quienes se asocian entre ellas o a través de organizaciones y/o fundaciones para el cuidado de menores de primera infancia⁹.

Entre la Normatividad que regula la dirección y desarrollo de los Hogares Comunitarios encontramos:

1. **Ley 27 de 1974:** Se dispone la creación de Centro de Atención Integral al Prescolar cuya supervisión y vigilancia estaría a cargo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en coordinación con el ICBF a través de los consejos de administración.
2. **Ley 7 de 1979:** Se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar indicando además que la contratación del ICBF se regiría por lo dispuesto en el Decreto 150 de 1976.
3. **Decreto 2388 de 1979:** Reglamenta la Ley 75 de 1968 y determina que el ICBF puede celebrar contratos de aporte para la prestación total o parcial de un servicio la cual se cumplirá bajo su responsabilidad y con sujeción a sus lineamientos internos.
4. **Ley 89 de 1988:** Se asignan recursos para la financiación de hogares comunitarios constituidos a través de becas para atender las necesidades básicas de la primera infancia ubicada en los estratos más pobres.
5. **Decreto Ley 1471 de 1990.** Establece la estructura del Ministerio de Salud dirigiendo su atención a los fines mismos del ICBF.
6. **Artículo 44 de la Constitución Política 1991:** Señala el cuadro de derechos básicos de los NNA sobre los cuales se debe desarrollar todos los objetivos misionales de la sociedad, la familia y el ICBF como institución rectora.
7. **Acuerdo 021 de 1996:** Se dictan los lineamientos básicos para el funcionamiento de los HC a través de organizaciones comunitarias que celebrarán contratos de aporte a través de los cuales se administrarán los recursos provenientes de la comunidad y del Gobierno.

⁹ Bernal, Elisa “*evolución de las modalidades de atención al menor*”

- 8. Acuerdo 039 de 1996:** Se organizan los Hogares FAMI que funcionan bajo la responsabilidad de una madre comunitaria escogida por la organización comunitaria.
- 9. Acuerdo 050 de 1996:** se establece el cierre o reubicación de los HC por inobservancia de lineamientos técnico-administrativos que incidan directamente en el accidente grave o muerte de un menor a su cargo.
- 10. Ley 1023 de 2006.** Amplia el beneficio de Seguridad social establecido mediante la Ley 509 de 1999 y se permite la inclusión al SGSSS del núcleo familiar de la MC.
- 11. Ley 1607 de 2012:** Reconoce un salario mínimo para las MC a través de la llamada beca la cual dependerá al tiempo de dedicación, formalizándolas laboralmente a partir de 2014.
- 12. Decreto 289 de 2014.** La contratación de las MC se hará mediante contrato laboral que suscribirán con el administrador de los HC, regulado bajo las disposiciones del Código Sustantivo de Trabajo.

1.2 Funcionamiento de los Hogares Comunitarios

La Ley 75 de 1968 creó el ICBF para fortalecer la integración, desarrollo de la familia y la protección de menores, especialmente aquellos en situación de vulnerabilidad. Para lo cual crea los HC financiados a través de las denominadas becas a fin de atender las necesidades de la población infante en Colombia.

Tal como lo anota Catillo S (2009, pp. 112)¹⁰ el inicio de los HC se gestionó bajo la presidencia del expresidente Virgilio Barco cuyo plan de desarrollo se enfocó en la erradicación de la pobreza; tema que estaba ligado a los índices de desnutrición de la primera infancia y las mujeres gestantes. Problemática que en 1987 conllevó a la construcción de una red de atención preescolar denominada HCB como una forma de coadyuvar a la erradicación de la pobreza y obtener niveles considerables de equidad social. Así, según la autora para 1992 se logró un apoyo del sector sindical y empresarial, influyendo directamente en la financiación del programa.

El éxito del programa conllevó a que se presentaran uno de sus primeros desfases evidenciados en la poca cobertura; ampliándose entonces las modalidades de atención a los menores e incentivando la participación comunitaria. Por lo que a finales de los 80's

¹⁰ CENTRO DE ESTUDIOS AVANZADOS EN NIÑEZ Y JUVENTUD UNIVERSIDAD DE MANIZALES – CINDE, Trabajo de grado para optar al título de doctor, Castillo Sara Eloisa “La génesis del programa de hogares comunitarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”, 2009, pp. 112

empiezan a gestarse nuevas modalidades de atención, entre ellas las casas vecinales del niño que contribuyeron no solo a aumentar la cobertura sino a incluir estrategias de aprendizaje de los menores. De este modo, la atención a los NNA se concretaron la participación comunitaria, reducción de costos para prestar los servicios y modificaciones a la atención brindada, escenario este último en el que las mujeres desempeñaron un papel fundamental frente a la atención de la primera infancia.

El ICBF dinamizó las modalidades de atención con las Unidades de Protección y Atención al Niño que impedía la segregación de la atención brindada y además atendía necesidades propias de las comunidades, ya que como lo advierte Castillo (2009, pp. 134) la atención además de brindarse de forma voluntaria con apoyo del ICBF incluía actividades educativas y nutricionales. En la misma línea, a través del artículo 2 del Decreto 1340 de 1995¹¹ se dispuso que las Entidades Territoriales coordinarían con las juntas directivas de los HC la ejecución de dicho programa.

El lineamiento técnico de los HC (D.021/06) dispone que estos deben propiciar el desarrollo y protección de menores que se encuentran en situación de debilidad manifiesta a través de acciones que integral, el cuidado y protección de los menores en condiciones de vulnerabilidad a través de acciones que garanticen el ejercicio de sus derechos. Motivo por el cual se le asignan las siguientes funciones:

Apoyo a las familias para que apoyaran el desarrollo de los niños y niñas; ii) generar condiciones para el desarrollo psicológicos, físicos y de socialización de los menores; iii) incentivar niveles adecuados de nutrición mediante complementos nutricionales; iv) Fomentar estilos de vida saludables que favorezcan la salud desde la primera infancia y en las siguientes etapas del ciclo vital; v) Promover, la afiliación de los menores al SGSSS; entre otras.

Para el desarrollo de estas funciones, tal como se reseñó previamente existen diferentes formas de atención y prestación de este programa de HC como son: 1. HCB, Familia, Mujer e Infancia y los Hogares Comunitarios de Bienestar tradicional. Ahora bien, en cuanto a las responsabilidades el lineamiento en cita señala que las mismas serán compartidas entre las instancias que intervienen en

¹¹ Ministerio de Salud, Decreto 1340 del 10 de agosto de 1995 “*Por el cual se dictan disposiciones sobre el desarrollo del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar*”, D.O 41.960.

la prestación del servicio de Bienestar Familiar, esto es ICBF, organizaciones públicas y privadas, familia, comunidad y entidades territoriales.

2. Relación Contractual

El ICBF a fin de procurar el desarrollo de los HC tiene un sistema de contratación con la modalidad de HC y las entidades que administran dicho programa; así, en los Lineamientos técnicos, se estipula que esta entidad puede celebrar contratos de aportes hasta por un año con:

- i. **Asociación de Padres de Familia:** Solo si están constituida por una Junta Directiva un fiscal, un presidente, un tesorero y se encuentra conformada por más de 25 Hogares Comunitarios; en cuanto a los contratos deberán firmarse por la MC solo cuando esta no sea la representante legal de la asociación, ya que de lo contrario deberá firmarlo otro medio de la junta.
- ii. **Cooperativas conformadas por modalidad de hogares Comunitarios:** El contrato se hará efectivo siempre que dicha cooperativa sea una economía solidaria¹² cuyo objeto social sea el mejoramiento de la calidad de vida de los menores y familias. Caso en el cual, si puede estar conformada por más de 25 Hogares Comunitarios.
- iii. **Organizaciones Comunitarias:** tienen dentro de sus objetivos el fortalecimiento de los NNA y se encuentran conformadas exclusivamente por personas de un mismo sector, llámese barrio o vereda. Organización que no puede estar conformada por más de 25 HC, sin un concepto previo del ICBF.
- iv. **Organizaciones no Gubernamentales:** Aquellas que demuestren haber realizado trabajo comunitario y que busquen velar por el desarrollo y bienestar de los menores y sus familias.
- v. **Cajas de Compensación Familiar:** sus fines deberán estar dirigidos al fortalecimiento de la familia y los menores, así como al mejoramiento de su calidad de vida para poder celebrar este tipo de contratos.
- vi. **Universidades y organizaciones:** que dentro de sus áreas de formación contemplen los componentes a desarrollar dentro del objeto del contrato y que realicen acciones de desarrollo comunitario, educación y ciudadanía.

Para la realización de las contrataciones anteriormente señaladas el artículo 21 de la Ley 1979 señala que el ICBF puede celebrar contratos para el desarrollo de sus objetivos , manejo de sus campañas y contratación de los establecimientos destinados a sus programas. Para tal efecto, la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de su órgano de cierre se

¹² Portal de la Economía Solidaria: Referente a un enfoque de la actividad económica que tiene en cuenta a las personas, el medio ambiente y desarrollo sostenible como referencia prioritaria

pronunció respecto de los contratos de aporte de que trata la citada norma en los siguientes términos:

*[E]l 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”¹³*

Bajo este entendido, no podemos confundir el contrato de aporte con el de prestación de servicios, toda vez que el de aporte necesita como su nombre lo indica la inyección de capital para su vinculación al negocio para asumir la actividad de bienestar social a cambio de una contraprestación. En esta figura no predomina el componente bilateral de los contratos privados, entendido como la igualdad entre las obligaciones mutuas, sino que obedece a la prestación de servicios a terceras personas con obligación de retorno de los implementos utilizados para su ejecución. Modalidad de contratación que obedece a la naturaleza especial de la prestación del servicio de Bienestar Familiar y que se encuentra regido por las disposiciones de la Ley 80 de 1993, al respecto el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo señaló:

- 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 los partes del negocio, esto es, el aportante y el contratista; y
- v. 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 [...]¹⁴

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de agosto de 2010, radicación 76001-23-25-000-1995-01884-01(16941) C. P. Enrique Gil Botero.

¹⁴ Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, concepto 50 del 26 de mayo de 2016, cita tomada de Concepto Sala de Consulta y Servicio Civil 2 de diciembre 1996. C.P. Dr. Luis Camilo Osorio.

Resulta relevante recordar que la prestación del servicio por parte del ICBF a través del contrato de aporte permite contar con bienes y recursos necesarios para la prestación de los servicios ya sean totales o parciales, sin que el desarrollo de tal actividad implique la responsabilidad del ICBF pues en tal caso solo está comprometida la responsabilidad de quien ejecuta la misma. Lo anterior sin que ello limite al ICBF realizar seguimiento y supervisión respecto del acatamiento del objeto contractual y del seguimiento de los lineamientos técnicos, administrativos y financieros dispuestos por la entidad.

De lo anterior, se desprende que el contrato de aportes en una modalidad especial de contratación en virtud de la cual el ICBF busca desarrollar los postulados del art 44 de la constitución según los cuales la familia, la sociedad y el Estado están en el deber de proteger a los menores y a sus núcleos familiares para lograr ejercer derechos. En línea con esta corresponsabilidad el ICBF hace entrega de aportes económicos que son administrados por la organización comunitaria que lidera el HC quienes si son los responsables de atender los asuntos relacionados a su personal, entre ellos las contribuciones al Sistema General de seguridad Social¹⁵ y

Así, se desprende de lo anterior que el contrato de aporte celebrado por el ICBF está dirigido a que terceros con recursos propios (humanos y técnicos) permitiendo al contratista brindar el servicio y permitiendo a la entidad estatal la imposición de sus directrices, así como ejercer el control sobre la ejecución del contrato. Por consiguiente, el contratista como tercero asume la realización total o parcial de un objeto propio del ICBF cuyo cumplimiento queda bajo su exclusiva responsabilidad.

2.1 Contrato de aportes y responsabilidad del ICBF

La Carta Nacional dispone en su articulado (art. 90) que el Estado es responsable cuando cause perjuicios que la sociedad no está en el deber moral o jurídico de soportar que el Estado reconocerá patrimonialmente por los perjuicios antijurídicos que le sean imputados, causado por la acción o la negligencia de las autoridades. En virtud de este mandamiento el ICBF ha sido procesado por la lesión y muerte de NNA que se hallan bajo su protección en Hogares

¹⁵ ICBF, Concepto 37 del 17 de abril de 2015.

infantiles y comunitarios y establecimientos de protección y recuperación de derechos manejados por terceros, en virtud de la celebración de contratos de aporte.

Como se mencionó en el acápite anterior, según el Decreto 1340 de 1995 el programa HCB se ejecuta por la comunidad (familia u organización) con recursos dispuestos por el ICBF y que se gestionan a través de contratos de aportes dirigidos a financiar la llamada dotación inicial que incluye entre otras la supervisión y evaluación del programa. Misma que no solo realiza la institución en cita sino el mismo HC.

Además de la suscripción del contrato de aportes el programa de HC se rige por los lineamientos técnicos dentro de los cuales debe encuadrarse la conducta del contratista; lineamientos que son aprobados a través de una resolución¹⁶ y que buscan respetar y proteger los derechos fundamentales de los niños y niñas consagrados en el artículo 44 de la C. Política y demás normas concordantes. En tal sentido el contratista adquiere un verdadero deber de seguridad para con los menores y por consiguiente se convierten en genuinos agentes del Estado, por lo que no pueden ser juzgados como particulares; por lo cual el ICBF reconoce los daños que ocasionan los sujetos con los que existe un contrato de aporte; sin que ello implique que no se pueda desplegar la acción de repetición.

Bajo esta óptica con el contrato de aportes el ICBF proporciona los medios para la prestación del servicio y por otra parte el contratista es quien ejecuta de manera directa el servicio. Así, la forma como está estructurado el contrato de aportes impide que se deslinde la responsabilidad del ICBF por no incidir directamente en la ocurrencia del daño, pero tampoco impide que se pueda vincular solidariamente al contratista por los daños ocasionados. Lo anterior, en tanto existe una autonomía de los hogares comunitarios que si bien no sirve de eximente de responsabilidad del ICBF¹⁷ no diluye las posibilidades de vinculación solidaria.

¹⁶ ICBF, “Política de prevención del daño antijurídico del ICBF 2018”, pp. 15

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de diciembre de 1993, M.P. Julio César Uribe Acosta. Frente a la autonomía patrimonial y personal con los hogares comunitarios señaló: 1. El contrato de aporte es una forma de ejecución compartida entre los particulares y el ICBF, pues ambos recíprocamente concurren para la prestación del servicio. 2. Aunque no exista vínculo laboral para el desarrollo del servicio, si son mecanismos de participación ciudadana con los aportados, quienes

Vinculación que encontraría sustento en que de manera general la responsabilidad imputada al ICBF se deriva de que el servicio prestado es de resultado y no se constata con el mero hecho de situar todos los medios necesarios para el eficaz funcionamiento del mismo. Así, si el ICBF responde por su ineficacia ante la disposición de tales elementos, el contratista deberá hacerlo por el resultado del servicio que se correlaciona con la existencia o no de los medios para ejecutar su labor y que deben ser aportados por la entidad contratante.

Adicionalmente y, como lo advierte el ICBF el contrato de aporte advierte que el contratista atiende bojo sus propios medios y capital humano, 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. Por lo que al estar bajo su responsabilidad los agentes directos del daño, no se encuentra exento de responder solidariamente por los daños o lesiones causados a los menores a su cargo.

Visto lo anterior, se desprende que la responsabilidad del ICBF por la celebración de contratos de aportes deriva no solo de la disposición de los medios para prestar el servicio, sino también de los resultados; responsabilidad esta última que el contratista también debe garantizar con la ejecución de su labor y que resulta independiente de la inexistencia de una relación laboral con el ICBF; pues esta relación debe predicarse de los contratistas y las madres comunitarias o en cabeza de quien ocurra el daño o lesión a los menores.

2.2 El contrato de aporte y responsabilidad del contratista – ART. 34 del CST.

Como se señaló, no existe una solidaridad laboral que se predique de las relaciones entre el ICBF y el contratista, la misma tampoco es predicable entre de este último y las madres comunitarias o en quien finalmente recaiga la obligación de cuidado directo. Si bien el contrato de aportes tiene una naturaleza eminentemente administrativa¹⁸ no es la misma

desarrollan materialmente el servicio, comporta un innegable nexo representativo del ICBF. 3. El ICBF es responsable patrimonialmente por las acciones y omisiones de quienes desarrollan una función pública, lo que convierte al aportado-contratista en un agente indirecto que representa la Entidad.

¹⁸ Artículo 2.4.3.2.5 del Decreto 1084 de 2015, modificado por el Decreto 696 de 2021 “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Inclusión Social y Reconciliación*”

relación que se puede predicar del contratista y los agentes contratados por esta; pues esta última relación se ciñe a que la obra o servicio se haga bajo la responsabilidad y con personal propio.

Así, el artículo 34 del CST, no es aplicable o equiparable en la relación contractual surgida por la celebración entre el ICBF y el contratista; como tampoco de este último y las madres comunitarias; toda vez que su conducta y actividades está regulada por el ICBF. Por tal razón el contratista no es autónomo al encontrarse bajo las estipulaciones contractuales y los lineamientos técnicos de ha emitido la entidad contratante en aras de regular la actividad.

Ahora bien, aun cuando no existe una autonomía entre el ICBF y el contratista, es claro que este último es responsable por las acciones de las MC en cabeza de quienes esta la atención de los menores a cargo del Hogar. De manera que no resulta claro que este no responda por la acción u omisión de las madres, cuando es éste quien debe hacer cumplir los lineamientos y estipulaciones contractuales; de modo que ante una lesión o daño a los menores se configura un incumplimiento del objeto contractual frente al cual se debe responder solidariamente por corresponder a una finalidad no solo del contrato sino de la obligación de vigilancia y protección del ICBF.

Frente al caso en estudio y la compromiso del ICBF por la incorrecta prestación del Servicio Público de Bienestar Familiar en los HCB Familiar y el marco legal que sustenta dicha responsabilidad se debe tener en cuenta según lo reiterado por el Consejo de Estado así:

“[...] Los hogares comunitarios en esencia son una forma de participación de la ciudadanía de escasos recursos que tienen un nexo directo con la institucionalidad. En tanto mantiene una permanente coordinación con el Instituto, los aportes permanentes, la capacitación, entre otros. Dichas asociaciones de padre aunque tienen personería jurídica propia no son entes completamente autónomos del ICBF.

Como hemos podido observar, el ICBF despliega sus programas a través de otros agentes como son los contratistas, mediante un relación negocial denominado “contrato de aporte”, relación contractual entre el ICBF y un particular que contribuye al cumplimiento de los postulados y metas de la institución. Frente al contrato de aporte ha dicho el C. Estado:

Ahora bien, en relación con la naturaleza del negocio jurídico mencionado, es preciso señalar que se trata de un contrato estatal regulado por las normas del Estatuto General de la Contratación Pública –ley 80 de 1993–, se trata de una clase de convención atípica encaminada a que el ICBF suscriba con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales el manejo de sus campañas, de los establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objetivo[...]¹⁹

Esto demuestra la importancia del vínculo entre el ICBF y el contratista, siendo el primero quien facilita o aporta los medios para la prestación del servicio y el segundo es el que materialmente ejecuta el negocio contractual en el municipio, estando ICBF y contratista vinculados a través de un negocio jurídico denominado contrato de aporte. De esta manera, resulta claro que al no hablarse de una relación contractual del ICBF con las madres comunitarias no podrían estas llegar a responder de manera solidaria como si lo puede hacer el Hogar Comunitario por ser parte de la relación contractual.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que con la Ley 1607 de 2012 se concedió a las madres comunitarias y sustitutas una prebenda por un salario mínimo legal mensual vigente. Además, reveló que de manera gradual durante los años 2013 y 2014, se diseñarían y acogerían diferentes modalidades de vinculación, en procura de avalar a todas las madres comunitarias el salario mínimo legal mensual vigente, sin que lo anterior implicara conceder la calidad de funcionarias públicas. De esta manera, el artículo 36 de la citada ley dispuso:

“Durante el transcurso del año 2013, se concederá a las madres comunitarias y sustitutas una beca similar a un SMLMV. De manera gradual durante los años 2013, se diseñarán y

¹⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., once (11) de agosto de dos mil diez (2010). Radicación número: 76001-23-25-000-1995-01884-01(16941). Actor: Corporación Cívica Daniel Gillard. Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-.

acogerán diferentes modalidades de vinculación, en procura de avalar a todas las madres comunitarias el SMLMV, sin que lo anterior involucre conceder la calidad de funcionarias públicas.

La segunda etapa para el reconocimiento del salario mínimo para las madres comunitarias **se concebirá a partir de la vigencia 2014**. Durante ese año, todas las Madres Comunitarias estarán **establecidas laboralmente y devengarán un salario mínimo** o su equivalente de acuerdo con el tiempo de dedicación al Programa”

En perfeccionamiento de la anterior disposición, el Gobierno Nacional consignó el Decreto 289 de 2014 reglamentando la vinculación laboral de las madres comunitarias con las entidades operadoras del Programa de HCB. Así, establece el apartado 2o que *“Las Madres Comunitarias serán agnadas laboralmente mediante contrato de trabajo suscrito con los sujetos administradores del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y contarán con todas las garantías consagradas en el CST, de acuerdo con la modalidad contractual y las normas reguladoras”* Del mismo modo, el artículo 3 imprime que *“las Madres Comunitarias no asumirán la calidad de servidoras públicas. Sus servicios se suministrarán a las entidades administradoras del Programa de HC, las cuales tienen la posición de único empleador, sin que se pueda instruir solidaridad patronal con el ICBF”*.

Respecto de esta relación, el Consejo de Estado – Sección Segunda indicó respecto del artículo 3 del Decreto 289 de 2014 que las madres comunitarias no son servidoras públicas pero si empleadas. De manera que no se puede mostrar relación patronal con el ICBF y consecuentemente es inexistente el compromiso compartido o solidario respecto del pago de salarios y demás emolumentos salariales que pudieran devengar las madres. Señaló la Sección que en el evento de que los HC quebranten con sus obligaciones laborales o de seguridad social respecto de las madres, el ICFB podrá dar por acabado.

En ese sentido, aclaró el Consejo de Estado – Sección Segunda que si bien no es posible declarar al ICBF responsable solidariamente por las obligaciones laborales contraídas con las madres comunitarias, dicho instituto si tiene a su cargo la inspección del cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social por medio de la precaución única establecida para los contratos de aportes.

En síntesis, del estudio del régimen jurídico actual de las MC revela que tanto están sujetas a las características propias de la subordinación laboral como también tienen

similitudes a las circunstancias laborales de los trabajadores independientes, quienes deben asumir el pago de la seguridad social. Siendo entonces un régimen laboral especial que es propio de la lógica del programa de HCB.

Ahora bien, el ICBF en su contrato de aportes señala respecto del incumplimiento del mismo que la entidad administradora del servicio (Hogar Comunitario) debe constituir una póliza de seguros que garantice entre otros aspectos (i) la calidad del servicio; (ii) salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales; (iii) responsabilizas civil extracontractual²⁰. Así mismo en cuanto a la terminación señala que esta se podrá dar de manera unilateral²¹ – en los términos de Ley 80 de 1993- o en su defecto se impondrán multas a través de resolución por incumplimiento de las obligaciones contractuales como:

- *Incumplimientos conexos con la administración y legalización de los recursos contribuidos.*
- *Incumplimientos afines con los estándares contenidos en el Manual Técnico Operativo y los lineamientos del programa.*

Así mismo, se examina una cláusula penal pecuniaria en caso de declaratoria de caducidad o incumplimiento total o parcial de las obligaciones procedentes del contrato.; lo que no excluye la indemnización de perjuicios no cubiertos por la aplicación de la sanción. Adicionando que no existirá solidaridad alguna entre el ICBF y las MC

Frente a lo anterior, es claro que si bien el ICBF utiliza el contrato de aportes por ser el que permite mayor manejo en la contratación de recursos para el cumplimiento del objeto del mismo, este impide que exista una relación contractual entre el ICBF y los HC; lo que últimas pone en riesgo la integridad de los menores quienes finalmente son responsabilidad de dicho instituto. En tal virtud, si los HC garantizan el cumplimiento de sus obligaciones con pólizas y es el ICBF quien está respondiendo por los daños causados a los menores bajo

²⁰ Cubre los daños materiales, lesiones personales o perjuicios económicos que se ocasionen a terceros con ocasión de la ejecución del objeto contractual.

²¹ En los siguientes eventos: (i) cuando las exigencias del servicio público lo requieran; (ii) por disolución de la persona jurídica de la Entidad Administradora del Servicio - EAS;(iii) por liquidación o apertura del proceso de liquidación judicial de la EAS; (iv) cesación de pagos o embargos a la EAS; (v)cuando las condiciones que dieron lugar al nacimiento del contrato haya variado a tal grado que hacen inejecutable el contrato; (vi) incumplimiento de las condiciones mínimas de calidad de los espacios según lo indica el ICBF y (vii) incumplimiento reiterado por parte de la EAS de los panes de mejora en los plazos acordados.

su cargo resulta lógico que ambas respondan de manera solidaria, pero en proporción, por los daños causados y, no que se recurra a una acción de repetición.

Lo anterior, en tanto no se puede negar la relación contractual entre el ICBF y los HC, así como la existencia de obligaciones recíprocas tendientes a cumplir un mismo objetivo de protección y bienestar a los menore que se encuentran a su cargo bajo un principio de posición garante, aun cuando el ICBF se vincula a la relación contractual solo como un poseedor de capital que traslada al contratista. Pues a pesar de ser esta su vinculación no se puede negar su obligación de garante.

CAPÍTULO II: FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA - ICBF Y HOGARES COMUNITARIOS.

3. Fundamentos teóricos y prácticos de la responsabilidad solidaria

En Colombia, la responsabilidad patrimonial del Estado nace formalmente con la Constitución Política de 1991, estableciendo de manera expresa la obligación reparatoria del Estado por los daños ocasionados por sus agentes. Si bien antes de su promulgación la responsabilidad existía esta solo era una creación jurisprudencial; así en un primer periodo existió una irresponsabilidad del Estado sustentada bajo el poder soberano. A partir de las primeras décadas del siglo XX empieza a hablarse de responsabilidad, pero bajo las normas del Código Civil, surgiendo según González O (2009)²² tres periodos:

1. **El de la responsabilidad indirecta del Estado:** La autoridad del Estado se asimilaba a la responsabilidad de los particulares, de las personas jurídicas de derecho privado, de tal manera que el Estado se asimiló a un patrón teniendo la responsabilidad de seleccionar, elegir y vigilar a sus agentes, por ser sus dependientes. La responsabilidad es una sanción al Estado por la mala elección o la falta de vigilancia sobre sus agentes conocida bajo los conceptos de la culpa in eligiendo y culpa invigilando.
2. **El de la responsabilidad directa del Estado:** se empieza a considerar a la persona jurídica Estado, sus agentes o funcionarios como una unidad; de tal modo que la culpa de un agente compromete a la persona jurídica, siendo la culpa de sus agentes su propia culpa. Convirtiéndose el Estado de abstencionista a intervencionista.

²² Universidad Industrial de Santander – UIS, facultad de ciencias humanas, revista Vol. 37. No. 1-2009, González Noriega O “Responsabilidad del Estado en Colombia: por el hecho de las leyes.

3. **El de la falla del servicio:** El fundamento de esta teoría radica en el hecho de que es función esencial del Estado prestar a la comunidad los servicios públicos que requiere para satisfacer sus necesidades, por lo que cualquier daño que ocasione por prestar el servicio en forma deficiente o irregular, debe ser reparado. En esta teoría no importa si hubo o no culpa del agente; basta la falla en la prestación del servicio a cargo del Estado. El Estado es responsable en razón de su deber de prestar un servicio público, función en la cual radica su existencia. Es la irregularidad del servicio el que compromete directamente al Estado.

Con la Ley 167 de 1941 el Consejo de Estado pasa a conocer las acciones de reparación interpuestas contra las entidades públicas, competencia que se encontraba en cabeza de la CSJ, dejando de lado la responsabilidad basada en normas de derecho civil a elaborar doctrina jurisprudencial a partir de normas de Derecho Público.

Bajo estos nuevos postulados del compromiso del Estado por los perjuicios antijurídicos causados por sus agentes, la autora distingue la Cláusula de responsabilidad por el daño antijurídico imputable al Estado y responsabilidad subjetiva que se sustenta en la culpa, falta o falla del servicio.

En esa misma línea, a partir del fallo Lareulle del 28 de julio de 1951 se empieza a considerar la teoría de la responsabilidad compartida y la acción de repetición²³, según la cual aun en casos de responsabilidad cometidas en ejercicio de sus funciones o por fuera de ellas, por regla general el funcionario debía responder ante la administración, la cual podía repetir en forma directa. Para garantizar la indemnización de las víctimas en los casos de insolvencia del agente la nueva visión consistió en considerar que la responsabilidad entre la administración y sus agentes no se excluían, sino que era concurrente y, en consecuencia podía ser demandado el agente, la administración o ambos.

En diversos casos, cuando entidades públicas y particulares tienen participación en la ocurrencia de un hecho indemnizable, se asigna responsabilidad solidaria, pero tradicionalmente el Consejo de Estado dispone que sea el cuerpo público el que asuma la integridad de la condena (para garantizar la indemnización o protección de la víctima), y luego persiga el valor de lo que le incumbe de los demás; pero tratándose de lo pagado en

²³ Jiménez, W. G. (2013). Origen y Evolución de las Teorías sobre la Responsabilidad Estatal. *Diálogos De Saberes*, (38), 63–78. <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.38.2013.1832>

nombre de esos particulares su recuperación resulta regularmente incierta, si no imposible, ya sea por incapacidad económica o insolvencia de ellos, por desaparecimiento de la persona jurídica privada, o por fuga del deudor, etc.

Con la expedición del apartado 140 de la Ley 1437 de 2011, se establece de manera perentoria que, *“en todos los casos en los que en la ocurrencia del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño”*. Lo anterior, ha ce pensar que este sistema resulta más beneficioso para quien sufre el daño debido a que persigue el patrimonio público y en esa medida se garantiza el pago. Debe señalarse que esa "proporción" según Morales A (2013)²⁴ se fija, según el mismo mandato, teniendo en cuenta la influencia que se tuvo en la ocurrencia del hecho dañoso, o en la omisión que dio lugar al daño, lo que fue reforzado por la Corte Constitucional mediante sentencia C.055 de 2016.

En esta última sentencia la el Máximo Tribunal Constitucional señaló que el inciso 4 del artículo 140 del CPACA no indica la exclusión de la responsabilidad solidaria que podría surgir entre el Estado y un particular; sino que por el contrario se desprende que es el juez a quien compete hacer el juicio de proporción teniendo en cuenta la acción u omisión en la ocurrencia del daño en virtud de los elementos fácticos, probatorios y jurídicos necesarios para definir la responsabilidad extracontractual y la consecuente obligación de reparar. De manera que, no existe en el ordenamiento jurídico una obligación conjunta de resarcimiento.

Teniendo en cuenta tanto el precepto en mención como la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado recientemente expuso lo siguiente en un proceso donde la falta de señalización de trabajos públicos en una vía dio lugar a un accidente de tránsito:

“[...] El Decreto 01 de 1984 no estableció norma especial respecto de la forma en que están llamados a responder los particulares y la administración en aquellos eventos en los que concurren en la causación de un daño antijurídico, tal como sí lo hizo la Ley 1437 de 2011- El artículo 90 Superior prevé la obligación del Estado de responder por los daños antijurídicos que le sean imputables, con independencia de si hubo o no coparticipación de un privado. Así las cosas, si la administración como propietaria de la obra tiene responsabilidad en el asunto, ha de acudir en forma solidaria a la

²⁴ Augusto Morales *“¿Responsabilidad solidaria o responsabilidad compartida?”*, 17 de abril de 2013.

satisfacción de la condena, aunque por virtud de ella pueda repetir contra el particular, en todo o en parte, el valor pagado.

Bajo dicha perspectiva y en una interpretación del ordenamiento jurídico que garantice la protección de los derechos de las víctimas, esta Sala considera que aun cuando el particular deba concurrir al pago de la condena en forma total y, más aún, cuando solo lo hará en forma parcial, el Estado debe ser obligado en forma solidaria a la satisfacción de las condenas impuestas, con el fin de garantizar la solvencia del deudor y hacer efectivo el derecho a la reparación integral. Ello sin perjuicio de las acciones que tendrá para recobrar la parte que corresponda al particular. [...]"²⁵

Por lo tanto, si la relación sustancial que genera la solidaridad no es inescindible en el extremo pasivo, dada la posibilidad que tiene el demandante de accionar solo a algunos de los responsables del menoscabo, fuerza concluir que en estos escenarios tampoco se configura un litisconsorcio necesario sino uno facultativo. En este caso, si el tercero no es demandado por la víctima, únicamente podrá ser vinculado al proceso por su propia iniciativa, siempre que solicite que se admita su intervención antes de que se dicte auto citando a la Audiencia Inicial (art. 224 CPACA). En esta línea se ha pronunciado el Consejo de Estado:

"[...] La vinculación de los litisconsortes facultativos, según lo señalado en el citado artículo 224, solo procede a petición de quien pretende ser llamado al proceso, lo que en el sub lite no se encuentra cumplido.

De otro lado, conviene aclarar que cuando la parte demandante persigue la indemnización de un daño que, a su juicio, le resulta imputable a varios sujetos, en virtud de lo previsto en el artículo 2344 del Código Civil, puede demandarlos en su integridad o a solo uno de ellos (...)

Del mismo modo, debe explicarse que el hecho de que quien demanda dirija las pretensiones en contra de una persona distinta a la responsable no implica una decisión inhibitoria, sino la denegatorio de las pretensiones, por manera que es a la parte demandante a quien le corresponde identificar quien es el citado a responder por el perjuicio que reclama.

La parte actora tiene la carga de analizar de manera previa en quién recae la legitimación en la causa por pasiva, la cual solo podrá ser estudiada por el juez en la sentencia, para efectos de fallar de fondo el asunto, pero no en una etapa previa, con el fin de verificar si la pretensión se formuló o no en contra de Quien correspondía. [...]"²⁶

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 2005-01909 (45801), ago. 2/2018, M.P. Ramiro Pozos Guerrero.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 2012-00233 (55109), feb. 22/2019, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

En esa línea, es posible dilucidar que tratándose de la trasgresión de derechos de los menores como sujetos de especial protección, la vinculación solidaria de todos los agentes participes de la ocurrencia del daño resulta indispensable; a fin de resguardar las garantías de las víctimas por el daño antijurídico acaecido.

Ahora bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos – DIH se ha pronunciado ampliamente respecto de la “*falta de diligencia del Estado para advertir un acto de un sujeto privado a la que se le ha encargado la prestación de servicios públicos*”²⁷ señalando que la misma se introduce en el supuesto de compromiso por hechos directamente imputables al Estado, toda vez que ceder, subrogar o delegar a una entidad privada la prestación de algún servicio público no libera al Estado de responsabilidad.

Sin embargo, en lo que obedece a la responsabilidad solidaria esta no es aplicable en dichos escenarios, de manera que para contrarrestar la responsabilidad que le asiste a terceros o particulares en la comisión de violaciones a DH por la que es condenado el Estado se acude, como lo advierte Nash C (2009)²⁸ a las modalidades de reparaciones tendientes a determinar la verdad de los hechos violatorios de la Convención, se juzgue y sancione a los responsables y se repare a las víctimas. Todo ello en el entendido de que las situaciones de impunidad pueden inducir a futuras violaciones de derechos humanos. En este mismo sentido se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas:

”Cuando las investigaciones a que se hace referencia en el párrafo 15 revelan la violación de ciertos derechos reconocidos en el Pacto, los Estados Parte deben asegurarse de que los culpables comparezcan ante la justicia. Como sucede cuando no se abre una investigación, el hecho de que no se haga comparecer ante la justicia a los autores de violaciones puede ser de por sí una vulneración del Pacto. Estas obligaciones existen concretamente en relación con las infracciones reconocidas como delitos en el derecho internacional o en la legislación nacional, entre ellos la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7), las privaciones de vidas sumarias y arbitrarias (art. 6) y las desapariciones forzosas (arts. 7 y 9 y, frecuentemente, art. 6). Es más, el problema de la impunidad respecto de estas violaciones, cuestión de permanente preocupación del Comité, puede ser un elemento importante que contribuye a la repetición de las infracciones. Cuando se cometen como

²⁷ Colombia, Ministerio de Relaciones Exteriores, Felipe Medina Ardila “*La responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares: análisis jurisprudencial interamericano*”.

²⁸ Universidad de Chile, Nash Rojas Claudio “*Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988 -2007)*”, Segunda edición, (2009).

parte de una agresión generalizada o sistemática contra la población civil, estas infracciones del Pacto constituyen crímenes de lesa humanidad (véase el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional)²⁹

Así, advierte el autor que los alcances de la investigación en la jurisprudencia de la CIDH deben estar dirigida al juzgamiento y sanción de los responsables; motivo por el cual es deber del Estado fortalecer sus capacidades investigativas³⁰ que permitan sancionar de conformidad con las leyes internas aplicables a los funcionarios estatales, así como los particulares, que sean declarados responsables.

Por otra parte, tratándose del derecho interno el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 no implica la exclusión o eliminación de la responsabilidad solidaria del Estado en caso de concurrencia con un particular en la ocurrencia del daño derivado de la responsabilidad extracontractual. De allí que el juez en su sentencia pueda dar aplicación a la solidaridad que establece el artículo 2344 del Código Civil en los casos que valore necesarios, siguiendo las reglas fijadas en la doctrina judicial del derecho viviente.

3.1 Posición garante: ICBF y Hogares Comunitarios

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

De otra parte, el Consejo de Estado ha reconocido de manera expresa la posibilidad de declarar la responsabilidad del ICBF, en sede de responsabilidad extracontractual del Estado –vía reparación directa–, por los daños irrogados a menores mientras se encuentren bajo el cuidado y protección del ICBF o algún HC vinculado a dicho Instituto. Sobre el particular, la Sección Tercera se ha pronunciado de la siguiente forma:

²⁹ CDH, Comentario General N° 18, “No Discriminación”, de 10 de noviembre de 1989, párr. 18.

³⁰ Caso de la Comunidad Moiwana, párr. 207. En el mismo sentido, ver Caso de la “Masacre de Mapiripán”, párr. 299; Caso de la Masacre de Pueblo Bello, párr. 268; Caso de las Masacres de Ituango, párr. 400; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), párr. 138.

“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 jerárquica 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.**”³¹

Por otra parte, en lo que respecta a la posición garante, el Consejo de Estado, Sección Tercera la entiende como “*aquella 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, el Consejo de Estado en sentencia 2011-00065-01(44345) determinó que El ICBF se ubica en la posición de garante cuando, a través de una madre comunitaria cuando asume el cuidado y la atención de un menor. En este contexto, su responsabilidad es objetiva y se estructura a partir de la escueta demostración de que el daño se originó en la ejecución de una labor propia del servicio prestado.

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia 50001-23-31-000-2000-00116-01(28077) del 26 de marzo de 2014

Así, la teoría de la posición garante según Ocampo H (2015)³² está circunscrita al principio de confianza de quien tiene a su cargo la obligación de protección y seguridad sin que pueda escudarse en el hecho que la circunstancia que motiva el daño sea derivada de la acción de un tercero, puesto que el obligado debe tener el cuidado necesario para que no se produzca un daño ya sea por acción u omisión.

A la luz de lo presentado en el artículo 90 de la C.P., la naturaleza antijurídica del perjuicio se deduce de su carácter grave, particular y absurdo y la obligación de remediarlo de su imputabilidad al Estado. Esta hipótesis 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, así señala la Sección Tercera del Consejo de Estado:

“[...] En el caso analizado, 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.”

La responsabilidad por la visión garante (asunción del riesgo) sustenta la obligación indemnizatoria del Estado (i) en cuanto a los bienes, en los incidentes en los que ha recibido su tenencia, (ii) en trato con las personas, particularmente en el caso de las lesiones o muertes tenida por los conscriptos y por las personas que no gozan de 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 consecuencia que lo manda a responder por los daños que sufran durante su detención.

De este modo, dispone la Sección Tercera del Consejo de Estado que la posición de garante se estructura en casos excepcionales y se delimita teniendo en cuenta que el Estado no es garante sobre todo aquello que le suceda al bien garantizado, por lo que debe analizarse

³² Universidad Santo Tomas, trabajo de especialización “*Responsabilidad del Estado por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la posición garante*”, Ocampo Ríos Hugo, pp. 7, 2015.

bajo los supuestos fácticos, probatorios y jurídicos de cada caso. De manera que debe establecer cuál es el alcance de las funciones de protección y vigilancia del que nace la posición garante, esto es de la ley o un contrato, o particularmente de la asunción voluntaria de riesgo siempre y cuando esta lleve al sujeto protegido a una situación de dependencia respecto del primero.

En esa línea, al analizar la posición garante (desde la imputación objetiva) se analiza el principio de proporcionalidad para determinar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la ocurrencia del daño, ya que como lo señala el Consejo de Estado (Sección Tercera) “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”³³. Al respecto señala:

“[...] el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible. [...]” (Subraya fuera de texto)

Es así como la imputación objetiva construida sobre las posiciones garantes no obra sobre la configuración fáctica del hecho, sino en la demostración de quien asume la posición garante cumplió con sus deberes de garantía y protección, analizándose conjuntamente el peligro, la amenaza y el daño que conlleven a un solo título de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado, que en la mayoría de los casos en que se ve involucrado el ICBF, obedece a falla en el servicio.

Así mismo el estudio de la posición garante como fundamento de imputación de responsabilidad, conlleva a que esta última no este destinada única y exclusivamente a la indemnización, sino que además genere una derivación preventivo que permita mejorar la prestación del servicio en virtud del cual se generó la imputación de responsabilidad; sin que para el ecosistema objeto de estudio, se pueda limitar a una mejora objetiva sino también subjetiva en la protección de los bienes jurídicos de los niños, niñas y adolescentes a cargo del ICBF.

Bajo estas reglas, cuando se ocasiona un daño a un menor que se encuentra bajo el cuidado del ICBF éste es responsable en la medida que asume a través del hogar comunitario la

³³ Ibídem.

responsabilidad en la atención del menor. En esas condiciones, la Sección Tercera considera que el compromiso es objetivo y se organiza a partir de la simple demostración de que el daño se produjo en la ejecución de una labor propia del servicio prestado y con el cual se causó el daño que le es imputable.

Respecto de la posición de garante, esta Sección Tercera ha fundado de la siguiente forma:

“[...] Por enfoque de garante debe entenderse aquella situación en que pone el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con la observancia de una específica obligación de mediación, 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.

En síntesis, la posición garante adquiere gran relevancia en aquellas circunstancias en las cuales, si bien el Estado no intervino directamente en la concreción del daño la posición en la que estaba incurso le imponía el deber de asumir una posición de protección o prevención sin que así se hiciera. De manera que radica en el garante las mismas consecuencias y sanciones que radican en cabeza de quien directamente causó el daño antijurídico. No obstante lo anterior, dicha falla en el servicio que se sustenta en la posición garante debe mirarse en cada caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias que rodearon la producción del daño, su previsibilidad y los medios con que contaba el Estado para contrarrestar los efectos adversos ocasionados.

Consecuentemente, queda claro que el ICBF tiene como objeto propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, particularmente sus políticas deben estar orientadas a proteger al menor y garantizar sus derechos contra toda forma de violencia o maltrato, y para ello el ordenamiento legal lo ha dotado de una serie de herramientas o mecanismos encaminados a adoptar las medidas necesarias para conjurar situaciones que entrañen peligro o riesgo para su bienestar emocional y físico. Por lo tanto, el incumplimiento de tales medidas conlleva a la posibilidad de imputársele responsabilidad, la cual, a pesar de ser en su mayoría de orden objetivo, pueden dadas las circunstancias transformarse en una responsabilidad de tipo mixto.

Ahora bien, no debe perderse de vista que la Sección Tercera del Consejo de estado en sentencia del 3 de agosto de 2020 dispuso que aun cuando no se logra probar la falla en el servicio (título de imputación) el ICBF sigue siendo responsable cuando de la ocurrencia de

un daño a un menor bajo su cargo se trata. Por consiguiente la determinación de responsabilidad sigue siendo objetiva y por tanto más allá de las medidas adoptadas para cumplir los objetivos de garantía y protección la responsabilidad se estructura a partir de la simple demostración de que el perjuicio se causó en la ejecución de una labor propia del servicio prestado³⁴. Al respecto indicó:

“[...] 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 circunstancias, su responsabilidad es objetiva y se estructura a partir de la simple demostración de que el perjuicio se causó en la ejecución de una labor propia del servicio prestado como era el suministro de alimentos a la niña [...]”

Por tanto, la obligación de reparar (Art. 90C.P) que le asiste al Estado se instituye cuando (i) se abona que el perjuicio fue causado por la actuación o la negligencia de un agente estatal y (ii) cuando se demuestra que el Estado detenta el control sobre la quien se asume la posición de garantía. Así mismo del artículo en cita se desprende la obligación de repetición cuando el daño haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste; sin embargo, dado que el Hogar ni la madre comunitaria son agentes del ICBF no debería tener lugar dicha acción.

CAPÍTULO III: RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ICBF – TÍTULOS DE IMPUTACIÓN.

4. Deber de protección de los niños y niñas a cargo del ICBF

El Estado Colombiano asumió la protección de la infancia, la niñez y la adolescencia, estableciendo para el caso en la Carta Política los principios, derechos y garantías que deben guiar su actividad. Así, se verifican los siguientes principios: (i) protección constitucional reforzada; (ii) interés superior del menor; (iii) la titularidad de protección de los derechos de los NNA a cargo de la familia, la sociedad y el Estado y (iv) la protección especial de los bienes jurídicos a la salud, integridad física, seguridad social, nombre, alimentación educación, entre otros.

³⁴ Consejo de Estado Sección Tercera, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia 73001233100020110006501 (44345), del 3 de agosto de 2020, M.P. Martín Bermúdez Muñoz.

Con la Ley 7 de 1979 el SBF como un servicio público con el fin de brindar protección y vinculación de la familia y sus integrantes, especialmente de los NNA. Con sujeción a este objetivo y su incumplimiento, la Sección Tercera del Consejo de Estado reconoce de manera expresa la posibilidad de declarar la responsabilidad extracontractual del ICBF por los daños irrogados a menores mientras se encuentren bajo el cuidado y protección del ICBF o algún hogar comunitario vinculado a dicho instituto. Tal determinación de responsabilidad se realiza por medio de control de reparación directa por la generación de daños antijurídicos.

La posibilidad de asignar responsabilidad al ICBF por los daños causados en un hogar comunitario quienes dependen administrativa, operacional y financieramente de esta última y a quienes se encarga en gran medida el desarrollo de sus objetivos de protección y garantía de los menores, cumpliendo así una función pública que es controlada y supervisada por el ICBF³⁵. Así, aunque el hogar comunitario tenga una relación contractual con el Instituto, las madres si la tienen con el Hogar sin que ello indique que el ICBF no es responsable por los daños que causen sus agentes indirectos en desarrollo de la función pública.

4.1. Daño Antijurídico

El daño antijurídico considerado como la lesión a un bien jurídico supone en sí mismo la alteración de un estado de cosas, de manera que los derechos conjurados trascienden la esfera individual y afectan el plano axiológico o subjetivo que está dirigido a impedir que las trasgresiones vuelvan a ocurrir. En consecuencia cuando el juez evidencia la trasgresión grave de la dimensión objetiva de un derecho puede adoptar medidas de justicia restaurativa,

³⁵ “[...]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. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia 050023310019970194201 (23643) del 5 de julio de 2012, M.P. Olga Melida Valle de la Hoz [...]”

teniendo en cuenta si el daño va más allá de lo que normalmente y sin compensación debe soportar una persona.

El artículo 90 de la Constitución³⁶ (cláusula general de responsabilidad) tiene como fundamento el daño causado a un ciudadano y su imputación a la administración pública ya sea por acción u omisión bajo la premisa de que el primero no tiene el deber jurídico de soportarlo.

Así, al introducirse el concepto de daño antijurídico automáticamente se consagró como régimen común el de responsabilidad objetiva, es decir, aquella en la cual el elemento culpa no desarrolla un rol de gran importancia y por el contrario se tiende a objetivar la responsabilidad del Estado. Según Rodríguez L (2014)³⁷ la constitución de 1991 transformó el sentido de la responsabilidad del Estado, teniendo como único fundamento el elemento daño, lo cual lleva a que sea menos importante el elemento subjetivo de quien ocasionó el daño. Elementos estos esenciales para determinar el régimen de responsabilidad y su indemnización tanto en la órbita patrimonial como extrapatrimonial.

4.2. De la Responsabilidad Patrimonial del Estado – Presupuestos de configuración³⁸.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 se constitucionalizó la responsabilidad del Estado (Corte Constitucional, C-832/2001) como saneamiento de los derechos e intereses de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público que puede ocasionar daños que una vez materializados originan un traslado patrimonial del

³⁶ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

³⁷ Asuntos: Legales, artículo de opinión “El daño antijurídico y su función resarcitoria”, Rodríguez Luis José, del martes 21 de octubre de 2014, <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/jose-luis-rodriguez-506427/el-dano-antijuridico-y-su-funcion-resarcitoria-2183216>

³⁸ Ver Corte Constitucional, Sentencia C-644 de 2011.

Estado al patrimonio del administrado. El daño y su consecuente responsabilidad se estructura entonces como antijurídico en la medida que la acción administrativa se ejerce en interés de todos y por tanto un desequilibrio en las cargas de quien debe soportar el daño implica que este se deba restablecer.

Según sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (0306 de 2016)³⁹ los compendios indispensables para la afirmación de la responsabilidad patrimonial se circunscriben a la prueba del perjuicio antijurídico y la imputabilidad del mismo al Estado; adicionalmente el daño debe reunir las características de cierto, concreto y personal. Dicha imputación como se indicó previamente es de orden objetivo, en la medida que no resulta esencial determinar si fue materializado por acción u omisión de sus agentes.

Por ello el núcleo esencial de la responsabilidad se enmarca en el daño antijurídico al particular imputable al Estado, con lo cual aún las conductas revestidas de legalidad pueden generar un daño y ser objeto de responsabilidad, por lo que pierde relevancia determinar si el mismo fue materializado por acción u omisión de sus agentes. El perjuicio antijurídico no es, en aquel momento exclusivamente de una actividad ilícita del Estado.

En esa línea, todo daño no puede ser objeto de responsabilidad sino solo aquel que reviste la connotación de antijurídico; pero como en todos los casos de responsabilidad debe tratarse de un daño que tenga un vínculo causal con la actividad de la entidad pública. Actividad que puede darse tanto en el ámbito extracontractual como contractual de la administración. Sobre la materia señala el C. Estado:

“[...] El estándar reiterado por la corporación es que el daño a reparar, además de ser ilícito, debe ser cierto, que no hay lugar a reparación para aquellos daños que constituyen sólo ocurrencias hipotéticas o definitivas, y que en cualquier caso estos daños deben ser definitivo. Inalcanzable. Verificación confiable en el proceso correspondiente.” [...] ⁴⁰

Por consiguiente, para la configuración de responsabilidad patrimonial del Estado consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política es necesario la comprobación de (i) un daño antijurídico; (ii) que le sea imputable al Estado y (iii) que sea producido por una

³⁹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, Expediente 1100133310332009003602 del 7 de septiembre de 2016.

⁴⁰ O.P. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, Exp. 110013336034201300069 02 del 7 de diciembre de 2016. M.P Carlos Alberto Vargas Bautista.

acción u omisión de una entidad pública o de alguno de sus agentes. Elementos que deben ser interpretados bajo la siguiente premisa:

La noción de daño antijurídico, como se advirtió previamente, debe mirarse como un elemento con el cual se busca lograr una adecuada reparación de la víctima y no bajo una óptica sancionatoria impuesta contra el Estado y sus agentes. Daño que se denomina antijurídico no solo porque la conducta del autor sea contraria a derecho o ajustada a este, sino también porque el sujeto que sufre el daño no tiene el deber jurídico de soportarlo, pues ello genera un rompimiento de las cargas públicas. Por consiguiente, no toda lesión o menoscabo resulta contrario a la ley, ni debe ser remediado por el Estado, por lo que para determinar si el mismo es antijurídico debe revisarse en cada caso las causas en las que se produjo el mismo.

La imputación del daño al Estado debe estar precedido de un vínculo jurídico entre el daño y la actividad pública, lo que no debe confundirse con su ocurrencia. Por lo tanto, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al Estado cuando exista además un título jurídico de atribución distinto de la simple causalidad material.

Finalmente, la producción de un daño antijurídico debe estar producido por la acción u omisión de una entidad pública o de alguno de sus agentes; excluyendo así todos aquellos daños causados por terceros que no tengan relación con el Estado, hechos producidos por la propia víctima o todos aquellos derivados de la fuerza mayor.

CAPÍTULO IV: TÍTULOS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD ASIGNADOS AL ICBF – ANALISIS JURISPRUDENCIAL

5. Falla en el servicio

La falla del servicio es reconocida como el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado cuando de la acción administrativa del Estado se refiere. Las obligaciones a cargo del Estado deben ajustarse al caso concreto de estudio tomando en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño, su grado de previsibilidad y los medios o herramientas con que contaba la administración para contrarrestarlo.

Ahora bien, la falla del servicio o la falta de prestación del mismo se configura por: (i) retardo; (ii) irregularidad, (iii) ineficiencia u (iv) omisión del mismo. Respecto al primero es claro que la administración actuó tardíamente ante la ciudadanía en la prestación del servicio que le está encomendado, frente al segundo el servicio a pesar de ser prestado a la ciudadanía se realiza de forma diferente a como se hubiera prestado en condiciones de normalidad; la deficiencia se da cuando la prestación del servicio es poco diligente e ineficaz tal como lo dispone la ley o los reglamentos correspondientes y, finalmente la omisión se refleja cuando existiendo el deber legal de prestar el servicio éste no se presta.

En sentencia 73001-23-31-000-2011-00065-01(44345) del 3 de agosto de 2020 la Sección Tercera del Consejo de Estado al analizar el título de responsabilidad aplicable, observó que si bien la demanda alegaba la falla del servicio esta no se configuraba. Lo anterior, teniendo en cuenta que la madre sustituta se comportó de forma adecuada en la atención de la menor. Sin embargo, respecto de la posición garante advirtió el Máximo Tribunal Contencioso que el ICBF asumió una posición garante al encargarse de la atención de la menor.

En estas condiciones, la Sección Tercera imputó una responsabilidad objetiva sustentada única y exclusivamente en la simple demostración de que el daño se produjo durante la ejecución propia del servicio prestado. Lo anterior, denota que como en muchos casos este Tribunal ha optado por señalar que más allá de la ocurrencia de una falla en el servicio lo que condiciona la responsabilidad es la ocurrencia del daño, máxime cuando no se logra acreditar la existencia de una causal que rompa el nexo de causalidad, esto es, culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero o fuerza mayor.

En el mismo sentido, la Sección Tercera, mediante sentencia 27001-23-31-000-1997-03178-01(20238) del 9 de junio de 2011 estudió el caso del fallecimiento de un menor a causa de un impacto de bala. Caso en el cual observó que aun cuando la prestación del servicio mientras el menor estuvo en el centro de rehabilitación fue idóneo el ICBF se desentendió del menor cuando este salió del Centro, siendo omisivo en la ubicación del menor y las posibilidades de incluirlo nuevamente en los tratamientos, aun cuando tenía pleno conocimiento de la situación.

Por consiguiente se halló responsable al ICBF bajo el título de falla en el servicio por el claro y grosero incumplimiento de las obligaciones que le incumbían para la protección del menor. Si bien no fue el Instituto quien directamente ocasionó la muerte del menor si omitió su deber de protección para con la vida del menor. En ese punto, consideró la Sala de la Sección Tercera que *"[...] la omisión en la que incurrió el I.C.B.F. al no dispensar la protección adecuada al menor, a sabiendas del peligro que este corría, raya con los parámetros de 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 [...]"*.

La Sección Tercera del Consejo de Estado en aquellos casos en los que el daño ha sido causado por terceros excluye esta 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.

6. Daño Especial

El daño especial según la Sección Tercera⁴¹ tiene su fundamento en la equidad, en la medida que existen eventos en los cuales deberá el Estado reparar los perjuicios sufridos por los individuos pese a que ningún reproche merezca su actuación, siempre que el daño ostente las características de anormalidad y especialidad.

En los términos anotados por Garza A ()⁴² el daño especial se infringe en desarrollo de una actuación legítima del Estado, sin embargo, debe ser indemnizado por razones de justicia distributiva en la medida que la administración se ha beneficiado de un daño anormal y que entraña en sí mismo un rompimiento en las cargas de poder público.

Para la sección Tercera del Consejo de Estado el sistema de responsabilidad judicial en Colombia se ha basado en un régimen subjetivo, como lo es la falla en el servicio que conlleva en sí mismo no solo la demostración del daño, sino también, que el mismo sea el resultado

⁴¹ Consejo de Estado Sección Tercera, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia 25000-23-26-000-2001-00852-01(28675), del 12 de febrero de 2014, M.P. Hernán Andrade Rincón. .

⁴² Universidad Militar Nueva Granada, Andrés Fernando Garza Garnica *"La responsabilidad del Estado por el daño Especial"*, pp. 5-6.

de una acción u omisión predicable de una entidad estatal que resulte contraria al ordenamiento jurídico. Sin embargo, y contrario a dicho título no encontramos con el daño especial que obedece a un régimen objetivo de responsabilidad; situación en la cual la imputación no se centra en la naturaleza de la conducta estatal sino en si el daño sufrido resulta en desequilibrio injustificado de las cargas públicas o daño antijurídico.

En ese sentido, para que se configure el daño especial la Sección Tercera del Consejo de estado es clara en que deben concurrir los siguientes elementos: (i) que se desarrolle una actividad legítima por parte de la Administración; (ii) la ejecución de dicha actividad debe desencadenar el menoscabo de un bien jurídico del administrado; (iii) la ocurrencia del daño debe estar sustentado en el rompimiento del principio de igualdad y de cargas públicas; (iv) el rompimiento de la igualdad debe causar un daño grave y especial y (debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado).

Aun cuando la actividad de la administración en virtud de la cual se generó el daño resulte legítima, el daño especial, indaga no sobre la naturaleza de la actividad sino si la actuación es desmesurada o anormal; generándose un desequilibrio frente a las cargas públicas. Frente a esta última, se da aplicación al derecho a la igualdad frente a los ciudadanos, sin que ello implique que la misma es absoluta sino por el contrario proporcional.

Bajo estos parámetros, el daño antijurídico a diferencia de lo que ocurre con la falla del servicio, no tiene su incidencia en la naturaleza de la actuación, pues como se ha dicho en el daño especial se parte del hecho de que la actividad desplegada por la administración es legítima. Lo que hace imposible que en el daño especial se pueda hablar de daño antijurídico; sin embargo, en los términos atendidos por la Corte Constitucional “la fuente de la Responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria a derecho, sino porque el sujeto que los sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable”⁴³. En el mismo sentido, en lo que respecta a los eximentes de responsabilidad, en estos casos resulta posible dar aplicación a la *fuerza mayor*, en el régimen objetivo de responsabilidad en tanto esta requiere que medie la culpa como fundamento del daño y que en todo caso este se

⁴³ Corte Constitucional, Control de Constitucionalidad, sentencia C-333 del 1 de agosto de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

encuentre por fuera del alcance del demandado. En cuanto a la *culpa exclusiva de la víctima* debe existir un nexo de causalidad entre el hecho causante y el daño y que el hecho generador sea el único causante del mismo y por su parte el hecho sea extraño e imprevisible. Respecto del hecho de un tercero, este debe ser totalmente ajeno a la administración y el hecho debe ser imprevisible e irresistible para que se configure como eximente de responsabilidad.

7. Análisis jurisprudencial.

En esta sección se analizará la aplicación de los regímenes objetivo y subjetivo de responsabilidad por los daños ocasionados por el ICBF a los menores que se encuentran a su cargo, bajo el cuidado directo y exclusivo del hogar comunitario.

Consejo de Estado Sección Tercera, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia 73001-23-31-000-2011-00065-01(44345), del 3 de agosto de 2020, M.P. Martín Bermúdez Muñoz.

Esta decisión estuvo sustentada en el daño especial por posición garante; sin embargo, del estudio efectuado al caso el Consejo de Estado concluyó que no se incurrió en falla del servicio *“porque la madre se comportó de forma adecuada en atención de la niña M.F.H”* y 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”*. Sin embargo, el ICBF es responsable por la muerte de la menor porque asumió una posición garante, en la medida que se asumió el cuidado y la atención de la menor; por consiguiente, su responsabilidad es objetiva y se estructuró 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. Al respecto de la posición garante señaló el Consejo que la misma se configura en casos excepcionales, de manera que no se es garante e todo lo que en cualquier lugar y momento le suceda al bien garantizado, sino que también debe mirarse en cada caso concreto, dependiendo del contenido del deber jurídico cuál es el alcance de las funciones de protección y vigilancia.

En este caso el ICBF asumió una posición garante y con ella los riesgos que conllevan la atención de la niña. Por lo tanto, así no se evidencie una falla en el servicio, la asunción de

ese peligro genera la obligación de subsanar ante la inexistencia de pruebas que permitan deducir que el daño fue producto de una causa extraña ajena al mismo.

Consejo de Estado Sección Tercera, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia 05001-23-31-000-1997-01942-01 (23643), del 5 de julio de 2012, M.P. Olga Melinda Valle De La Hoz⁴⁴.

Esta decisión se sustentó exclusivamente en el daño especial bajo el régimen objetivo; lo anterior tomando en consideración que la administración pública no puede exonerarse con la sola acreditación de un comportamiento diligente y cuidadoso. Además, porque se configuran los dos elementos para la aplicación de este título de responsabilidad, a saber: (i) la naturaleza, clase y especial protección que recae sobre los derechos de los niños y niñas del país y (ii) propósito y objetivos propios del servicio público esencial de bienestar familiar.

Señaló el Consejo de Estado que el sitio elegido para el funcionamiento del hogar comunitario al estar en una zona pendiente no contaba con ninguna baranda o protección para evitar que los menores sufrieran alguna caída, lo que constituía un riesgo para los menores. Por su parte, respecto de la madre comunitaria la Sección Tercera dispuso que la misma incumplió con su obligación de cuidar del menor J.E ya que éste al momento del accidente contaba con tres años y nueve meses de edad y, por ende no tenía la capacidad de discernir sobre los peligros o de auto determinar su conducta.

Así, el ICBF frente a los perjuicios ocasionados con ocasión de la ejecución de las labores desarrolladas por los Hogares Comunitarios y dando cumplimiento a los lineamientos establecidos por éste, debe responder administrativa y patrimonialmente.

Consejo de Estado Sección Tercera, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia 41001-23-31-000-1994-07893-01 (20324), del 23 de junio de 2011, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

En este caso el título jurídico de imputación de responsabilidad fue la falla del servicio constituido por el estado de desnutrición crónica con que entregó el ICBF al niño J.A.C.C., a su padre bajo la modalidad de hogar biológico. Si bien el Instituto no fue quien produjo el

⁴⁴ El hogar fue cerrado por el ICBF después de ocurrido el accidente del menor.

estado de desnutrición del menor la entidad si estaba obligada a velar porque el menor superara dicha patología y no por el contrario proceder a modificar la medida de protección aun cuando estaba demostrado que el padre no contaba con los recursos para atender al menor en condiciones óptimas.

El ICBF incurrió en falla del servicio al no mejorar la condición de salud de menor durante el tiempo que se desarraigó de su núcleo familiar; además porque la demandada no acreditó que su deceso se hubiere producido por el descuido de su padre o por el estado avanzado de desnutrición. De este modo, la falla del servicio se efectuó toda vez que se incumplió con la exigencia Constitucional de proteger la vida, la salud y la integridad del menor; por el contrario por cuenta de las medidas de protección adoptadas se apartó a éste de su padre y se le infligieron restricciones que lejos de asemejarse a un tratamiento idóneo para restablecer su padecimiento físico y psicológico, agravaron su condición. B

Según esta línea de pensamiento, el ICBF cometió una falla de servicio al devolver al niño José Antonio Caballo Cabrera a un entorno familiar sin su estabilización médica previa, debido a la promulgación de facto de medidas biológicas familiares, por lo que los subsidios económicos a su padre no garantizan que el riesgo, peligro o situación amenazadora a sus derechos será superada.

Consejo de Estado Sección Tercera, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia 25000-23-26-000-2001-00298-01(29533), del 13 de noviembre de 2013, M.P. Hernán Andrade Rincón.

En este caso, la Sección Tercera del C. de Estado expresó responsable al ICBF bajo el título de reproche falla del servicio por posición garante, bajo el entendido de que la menor N.S.M se hallaba en un contexto de incapacidad dada su corta edad de siete años, lo cual le imposibilitaba auto determinarse y/o auto protegerse; además porque su madre la entregó en buenas condiciones de salud para su cuidado y protección al Hogar Comunitarios. Razón por la cual ésta asumió una posición garante respecto de la vida y la integridad de la menor, inclusive frente a la posibilidad de que se causara daño a sí misma.

El ICBF a través del Hogar Comunitario tenía el deber jurídico concreto de obrar para que se produjera la afectación a la vida e integridad de la menor, sin embargo, se abstuvo de

ejercer un riguroso cuidado de la menor puesta bajo su cuidado y protección, pues como quedó probado 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.

Así, siempre que se presente la acumulación de perjuicios antijurídicos a los menores que se encuentren bajo el cuidado y amparo de los Hogares Comunitarios, el Estado a través del ICBF, resarcirá los perjuicios que llegare a causar siempre que le sean imputables. El Estado debió implementar todas las medidas de seguridad y protección para evitar que la menor resultara lesionada. Además, la entidad no pudo exonerarse de la responsabilidad ya que se comprobó que el daño era previsible, predecible o altamente probable dado a que por la corta edad de la menor era altamente probable que pudiese resultar afectada en su vida o integridad física.

Consejo de Estado Sección Tercera, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia 88001-23-31-000-2002-00146-01 (26470), del 27 de febrero de 2013, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

En este caso, señaló el Consejo de Estado que El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través del Centro de Atención Juvenil San Luis, en su posición de garante 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, está en la obligación de adoptar todo tipo de medidas de cuidado y de seguridad necesarias para preservar la integridad de aquéllos (...) Ahora, si bien es cierto que el hecho del occiso fue decisivo en la generación del daño, es también cierto que no fue exclusivo, es decir, no fue la única causa del fallecimiento del menor, habida cuenta que la conducta de la entidad demandada contribuyó, en gran proporción, a su producción. Pues es claro que el menor tuvo fácil acceso a elementos generadores de combustión, sin que los funcionarios se percataran del ingreso de los mismos al instituto.

El ICBF tenía conocimiento de los antecedentes comportamentales y de la difícil situación social que afrontaba el menor y, aun así, no lo atendió con el especial cuidado que merecía, más aun, cuando años atrás había ocurrido una situación semejante, sin embargo las medidas adoptadas para evitar la misma no fue eficaz.

Se destaca la inminente falla en el deber de prevención de accidentes, en la medida en que el Instituto estaba desprovisto de los elementos mínimos de atención de incendios, pues, según el deponente, “*en el centro no había extintor*”; este hecho, como es natural, no facilitó la reacción oportuna de los funcionarios, de manera que ello incidió en que las lesiones que sufrió la víctima resultaran mortales. Así las cosas y como, en virtud del artículo 177 del C. de P.C., el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tenía la carga de probar la existencia de la culpa exclusiva y determinante de la víctima, a efectos de eximirse por completo de responsabilidad y no logró hacerlo, resulta claro que debe responder por el daño causado.

7.1 Análisis jurisprudencial de los títulos de imputación de responsabilidad estatal.

Del análisis desplegado se desprende que la sección Tercera del Consejo de Estado da aplicación a la responsabilidad del Estado bajo las dos premisas que trae consigo el artículo 90 de la C.P., en virtud de las cuales el Estado debe responder patrimonialmente por el daño antijurídico que cause a sus administrados y la segunda al aplicar la responsabilidad por los daños que los gentes del Estado ocasionen a los ciudadanos y el deber del Estado de actuar en repetición.

En cuanto a los daños ocasionados a los menores que se encuentran a cargo de ICBF a través de los Hogares Comunitarios la Sección Tercera a pesar de aplicar una responsabilidad de carácter objetivo, en el sentido de imponer responsabilidad sustentada única y exclusivamente en la ocurrencia del daño aun cuando la mayoría de las demandas en este caso están dirigidas a que se declare la falla en el servicio. Ahora bien, en aquellos casos que impone responsabilidad por falla en el servicio siendo este un título de responsabilidad subjetiva, siempre falla en sustento de la ocurrencia del daño indistintamente de si se comprueba que el hogar comunitario a través de las madres incurrió en alguna falla al prestar el servicio de bienestar familiar; de manera que a final de cuentas el descubrimiento de fallas en los Hogares Comunitarios ha involucrado acciones directas contra los hogares y las madres quienes al final son quienes prestan de manera directa el servicio.

Bajo esta óptica la Sección Tercera se enfoca de manera frecuente en analizar la conducta de la madre comunitaria sin que ello implique que hace una valoración de carácter subjetivo que incida directamente en el Hogar Comunitario con quien finalmente tiene una relación de

orden contractual y en la decisión que en todo caso esta inclinada a imponer responsabilidad al ICBF al tratarse de asuntos relacionados con sujetos de especial protección constitucional.

Por consiguiente, ya sea a través del daño especial o de falla en el servicio se ha declarado la responsabilidad del Estado en razón a la llamada posición garante que asume el ICBF en la protección de los menores; siendo esta figura la que en la mayoría de los casos se utiliza para determinar si hubo o no responsabilidad. Sin embargo, la Sección Tercera ha sido renuente a dar aplicación a la responsabilidad solidaria de que trata el artículo 2344 del Código Civil en la medida que se debe garantizar la reparación de las víctimas.

En esa línea la Sección Tercera del Consejo de Estado analiza la responsabilidad del ICBF a través de aspectos objetivos como: (i) la posición garante; (ii) el daño causado al menor; (iii) la incapacidad de algunos menores por su corta edad o por deficiencias físicas y/o mentales para determinar los peligros; (iv) la previsión del daño por parte del Estado; (v) la inexistencia de relación contractual entre el ICBF y las madres comunitarias.

En cuanto a los aspectos subjetivos, se evidencia que a pesar de que estos se analizan para determinar una falla en el servicio no se toman en consideración a fin de imponer una responsabilidad individual o solidaria, solo se relacionan para dar contexto a la ocurrencia del daño que se busca imputar a la entidad estatal.

CAPÍTULO V: TEORÍA DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA – APLICACIÓN A LA RESPONSABILIDAD DEL ICBF.

El Estado Colombiano a través del artículo 90 Constitucional instituyó su responsabilidad extracontractual en los siguientes términos “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”

Además el Consejo de Estado (2011) ha señalado en su vasta jurisprudencia que para determinar la existencia de responsabilidad estatal se debe contar con 3 elementos

relevantes como lo son: (i) Daño antijurídico; (ii) Imputabilidad en cabeza del Estado y (iii) Nexos de causalidad entre el daño cometido y la autoridad estatal que lo genere.

La responsabilidad solidaria es la relación interna entre varios deudores en virtud de la cual cada uno responde por la totalidad de la obligación a requerimiento de los acreedores. Sin embargo, aunque la responsabilidad es solidaria hacia los acreedores, en la relación interna es subsidiaria o mancomunada, los deudores según el artículo 1148 del C.C pueden utilizar contra las reclamaciones del acreedor las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales; siendo solo responsables de aquellas que personalmente le corresponda.

La presunción de una responsabilidad solidaria por parte de la jurisprudencia se origina en una condena y tiene como finalidad proteger al acreedor cuando no es posible individualizar las responsabilidades de los varios deudores. Caso este que no es aplicable al ICBF y los Hogares comunitarios de quienes se pueden individualizar responsabilidades hasta el rango de su capacidad de pago; máxime cuando entre estos últimos existe una relación contractual en virtud de la cual los Hogares Comunitarios responden por los actos en que incurran las madres comunitarias que vincula laboralmente.

En ese sentido, en este caso debe tenerse en cuenta que si bien en la relación contractual no se establece que en caso de daño a la integridad física o psicológica de los menores a su cargo se generará una responsabilidad solidaria; debe tomarse en consideración que las madres comunitarias ya tienen un vínculo laboral real que somete al Hogar Comunitario a responder por las acciones u omisiones en que incurra sus trabajadores. Lo anterior, partiendo de la idea que el trabajo de las madres al no ser voluntario sino remunerado implica que el ICBF no debe hacerse responsable de manera totalitaria por los actos de los Hogares Comunitarios.

Ahora bien, la responsabilidad patrimonial con fines de reparación de perjuicios únicamente puede establecerse a partir de juicios de reproche subjetivos, de modo que cuando hay sanciones estas sanciones solo proceden respecto de quien cometió la infracción por acción o por omisión. El principio de imputabilidad implica que sólo se pueda sancionar o reprochar al infractor y, por lo tanto, en materia administrativa sancionatoria, no es posible

separar la autoría de la responsabilidad⁴⁵. Sin embargo, la Sección Tercera del Consejo de Estado no está tomando en consideración la valoración subjetiva de quien causo o en virtud de quien se causó el daño; lo que implica que no existen sanciones directas contra los Hogares y madres comunitarios lo que pone en riesgo a los menores.

Por otra parte y de acuerdo con la legislación civil, las obligaciones solidarias son aquellas en las que existen sujetos plurales, sea en calidad de acreedores o de deudores, respecto de la misma prestación que, incluso siendo divisible, cualquiera de los acreedores puede exigir o recibir el pago y el cumplimiento de la prestación puede exigírsele a cualquiera de los deudores a todos o a algunos de ellos, a elección del acreedor. La solidaridad pasiva cumple la función de ampliar la garantía del cumplimiento de la obligación, al multiplicar las personas y los patrimonios respecto de los cuales puede exigirse su cumplimiento (art. 2488 del C.C.). Sin embargo, la solidaridad pasiva convierte al deudor solidario en un deudor principal, no uno subsidiario.

En la misma línea, no es posible dar aplicación a la responsabilidad mancomunada en virtud de la cual se divide la deuda en partes iguales entre los deudores y los acreedores en tanto es real que un Hogar Comunitario no tendrá la misma liquidez para responder económicamente como la que tendría el ICBF por lo que seguiríamos en los mismo, es decir, exigiendo la totalidad del pago del deudor con mayor capacidad económica. Por otra parte, tampoco se puede hacer uso de la responsabilidad subsidiaria en la cual los deudores son responsables subsidiariamente si el deudor principal no cumple la obligación, pero solidariamente entre ellos frente al acreedor, que puede exigir el cumplimiento a cualquiera de ellos, pues ello implicaría seguir bajo el mismo régimen de responsabilidad que se aplica al ICBF.

Por lo anterior, lo que se plantea es que exista solidaridad en la responsabilidad por los daños causados a los menores que se encuentran a cargo del ICBF pero bajo el cuidado de un Hogar Comunitario, misma en la cual analice la responsabilidad mixta (objetiva y subjetiva) y se divida la indemnización en partes equivalentes a la capacidad de pago de cada uno de los deudores. Pues en este caso, se daría aplicación a la responsabilidad solidaria que

⁴⁵ Corte Constitucional, control de Constitucionalidad, Sentencia C-038 del 6 de febrero de 2020. M.P Alejandro Linares Cantillo.

impone el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo y respecto de las obligaciones laborales en que incurren los contratistas independientes de los empleadores o empresas que finalmente se benefician de los trabajos realizados por el contratista.

CONCLUSIÓN

Revisada la responsabilidad del Estado (ICBF) por los daños ocasionados a los niños, niñas y adolescentes que se encuentran a su cargo y bajo la custodia de un Hogar Comunitario (contratista) es claro que el cuidado y protección de los menores ha dejado de ser una labor que se asume de manera voluntaria, en la medida que la labor del ICBF esta previamente regulada por la ley , en virtud de la cual a través de un contrato de aportes establece una relación jurídica con un Hogar Comunitario quien a su vez se encarga de contratar bajo su exclusiva responsabilidad la labor de las madres comunitarias quienes se encargan de la atención directa de los menores.

Bajo esta nueva relación que surge entre el ICBF, los hogares y las madres comunitarias, es claro que también debe cambiar la forma en que se analiza y se aplica la responsabilidad por el daño que se ocasiona a los menores; esto en el entendido de que ya no media una relación de voluntad que implique que solo el ICBF se encuentra en la capacidad de responder por los daños ocasionados aun cuando tiene a su favor la acción de repetición. Como se analizado a lo largo de este trabajo de investigación repetir contra el Hogar comunitario resulta en un desgaste de la administración de justicia y trae implícita la idea que el Hogar Comunitario tiene la capacidad para responder por los daños ocasionados que le fueron atribuidos directamente al ICBF.

De forma que jurídicamente se hace necesario responsabilizar solidariamente al ICBF y al Hogar Comunitario, en la medida que este último debe responder por las acciones u omisiones en que incurran sus empleados, por lo que resulta poco lógico que a pesar de que esta es la premisa de la relación contractual, contra este último nada más se aplique una acción de repetición que más allá de lograr una cambio para asegurar la prestación del servicio de bienestar familiar pretenda buscar un retorno económico por la indemnización que se colocó única y exclusivamente en cabeza del ICBF.

Por consiguiente, aun cuando la sección Tercera del Consejo de Estado parte de la aplicación de títulos de responsabilidad objetiva derivados del daño, esta hace una valoración de la actuación del Hogar y la madre comunitaria sin que esta tenga incidencia en el fallo; lo que por el contrario debería ser parte de un analisis tendiente a imponer una responsabilidad

conjunta entre el ICBF y el Hogar Comunitario que implique: (i) el pago de la indemnización en partes equivalentes a la capacidad económica de pago; (ii) una alerta a los Hogares Comunitarios para que refuercen las medidas de protección y cuidado a los que menores que se encuentran bajo sus cuidados y (iii) la adopción de nuevos lineamiento de contratación a través de los cuales el Hogar Comunitario asegure el pago por los daños en que incurran sus empleados y que nada tienen que ver con las responsabilidades propias del ICBF.

Bajo esta premisa, responder solidariamente no implicaría que el ICBF al contar con mejores garantías de pago sea quien debe responder de manera total por la indemnización impuesta, sino que el Hogar Comunitario contribuya proporcionalmente en resarcir el daño que finalmente el ICBF busca retornar a través de una acción de repetición. Además, ello permitiría visibilizar y hacer mucho más efectiva la labor del Hogar y las madres para con el cuidado de los menores; pues no hacer responsable al contratista implica que esto se convierta en un asunto de orden económico que nada impacta en la actividad de bienestar familiar.

Por lo anterior, lo que se propone es realizar un estudio de la falla en el servicio que permita imponer responsabilidad solidaria y proporcional entre el Hogar Comunitario y el ICBF y no que este último luego de ser declarado responsable recurra a través de una acción de repetición a garantizar el retorno de un pago por parte del Hogar quien podría ser solidariamente responsable y con ello evitar no solo el desgaste de la administración de justicia sino que se diluya la responsabilidad que le asiste por los daños ocasionados a los menores.

BIBLIOGRAFÍA

- Asuntos: Legales, artículo de opinión “El daño antijurídico y su función resarcitoria”, Rodríguez Luis José, del martes 21 de octubre de 2014, <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/jose-luis-rodriguez-506427/el-dano-antijuridico-y-su-funcion-resarcitoria-2183216>
- Augusto Morales “¿Responsabilidad solidaria o responsabilidad compartida?”, 17 de abril de 2013.
- Colombia, Ministerio de Relaciones Exteriores, Felipe Medina Ardila “La responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares: análisis jurisprudencial interamericano”.
- Colombia, Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006 “por la cual se expide el código de la infancia y la adolescencia”
- Colombia, Decreto 289 del 12 de febrero de 2014 “por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 36 de la Ley 1607 de 2012 y se dictan otras disposiciones”.
- Corte Constitucional, Sala Plena revisión de tutelas. (7 de diciembre de 2018). Sentencia T.468 de 2018 [Expediente T-6.607.437]. [M.P: Fajardo, R].
- Congreso de la República de Colombia. (8 de noviembre de 2006). Código de Infancia y adolescencia [Ley 1098 de 2008]. DO: 46.446.
- Concejo de Estado, Sección Segunda sentencia 2016-02493-01 del 9 de febrero de 2017. C.P Rafael Francisco Suárez
- Consejo de Estado, Sección Tercera sentencia 1998-01364-01(18195) del 26 de mayo de 2010. C.P Gladys Agudelo Ordoñez
- Consejo de Estado, Sección Tercera Sentencia 1994-07893-01(20324) del 23 de junio de 2011. C.P Mauricio Fajardo Gómez
- Consejo de Estado, Sección Tercera Sentencia 1997-03178-01(20238) del 9 de junio de 2011. C.P Danilo Rojas Betancourth
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 1997-01942-01(23643) del 5 de julio de 2012. C.P Olga Melida Valle De De La Hoz
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 1998-00634-01(24058) del 28 de junio de 2012. C.P Ruth Stella Correa Palacio
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 2001-00298-01(29533) del 13 de noviembre de 2013. C. P Hernán Andrade Rincón
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 2002-01619-01(27913) del 10 de julio de 2013. C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 2000-00116-01(28077) de 26 de marzo de 2014. C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 2003-00293-01(33857) del 26 de junio de 2015. C.P

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 2008-00505-01 (58700) del 13 de agosto de 2020. C.P Marta Nubia Velásquez Rico

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 2011-00065-01(44345) del 3 de agosto de 2020. C.P Martín Bermúdez Muñoz

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 11001-03-26-000-2003-00057-01(25659) del 22 de julio de 2009. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de consulta y servicio civil, 19 de febrero de 2019, C.P Álvaro Namén Vargas.

Congreso de la República de Colombia. (29 de diciembre de 1988). se asignan recursos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar [Ley 89 de 1988]. D.O: 38.635.

Congreso de la República de Colombia. (26 de diciembre de 2012) se expiden normas en materia tributaria [Ley 1607 de 2012]. D.O: 48.655.

Corte Constitucional, Sala de Revisión de Tutelas, (11 de marzo de 2020) Sentencia T.106 de 2020 [M.P. Guerrero. L]

Corte Constitucional, Control de Constitucionalidad, (1 de agosto de 1996) Sentencia C.333 de 1996 [M.P. Martínez. A]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (27 de julio de 2006). Sentencia 25536 [M.P. Pérez, A].

Departamento Administrativo de la Función Pública, Decreto 4156 de 2011 “Por el cual se determina la adscripción del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones”

Decreto 1818 del 17 de julio de 1964 “Por el cual se crea el Consejo Colombiano de Protección Social del Menor y de la Familia, se reorganiza la actual División de Menores del Ministerio de Justicia y se dictan otras disposiciones”, Decreto derogada por el artículo 353 del Decreto 2737 de 1989, publicado en el Diario Oficial No. 39.080 de 27 de noviembre de 1989, 'Por el cual se expide el Código del Menor'.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF- “Concepto 8: financiamiento de la estrategia de cero a siempre”, 2 de febrero de 2012.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- “se aprueba el Lineamiento Técnico Administrativo, Modalidad Hogares Comunitarios de Bienestar en todas sus formas (FAMI, Familiares, Grupales, Múltiples, Múltiples Empresariales y Jardines Sociales) para la atención a niños y niñas hasta los cinco (5) años de edad" del 23 de abril de 1996.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, concepto 50 del 26 de mayo de 2016, cita tomada de Concepto Sala de Consulta y Servicio Civil 2 de diciembre 1996. C.P. Dr. Luis Camilo Osorio.

- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF, “Política de prevención del daño antijurídico del ICBF 2018”, pp. 15
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF , “Guía operativa para la supervisión de contratos de Aportes 2021”
- Jiménez, W. G. (2013). Origen y Evolución de las Teorías sobre la Responsabilidad Estatal. *Diálogos De Saberes*, (38), 63–78. <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.38.2013.1832>
- López Medina Diego Eduardo (2006). *El Derecho de los Jueces*. Bogotá: Legis, Segunda Edición.
- López Morales J “Responsabilidad del Estado por error judicial”, 2007. Editorial Doctrina y Ley.
- Ministerio de Trabajo de Colombia. (12 de febrero de 2014) se reglamenta parcialmente el artículo 36 la Ley 1607 de 2012 [Decreto 289 de 2014] D.O: 49.062.
- Mondragón-Duarte, S., Díaz-Ortiz, L., & Asprilla-Valencia, Érika. (2020). El contrato de aporte en el marco del sistema nacional de bienestar familiar colombiano. *Revista Sinergia*, 166-176.
- Ocampo H (2015) “Responsabilidad del Estado por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la posición garante” (Trabajo Especialización, Universidad Santo Tomás).
- Torres Y & Fonseca S (2018) “La responsabilidad extracontractual por los daños a menores que se encuentran bajo cuidado y protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF u hogares comunitarios vinculados a dicho instituto”. (Trabajo de Especialización, Universidad La Gran Colombia)
- Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, Expediente 1100133310332009003602 del 7 de septiembre de 2016.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo (Laboral), Sala única, Expediente 152383105001-2015-00105-01 del 28 de noviembre de 2018. M.P. Gloria Inés Linares Villalba.
- Universidad Católica de Colombia, “posición de garante” Autoría mediata en organizaciones de poder. *Revista Jus Penal*. Volumen (18). Pp. 22
- Universidad La Gran Colombia, trabajo de fundamentos de la epistemología, Torres V & Fonseca C “La Responsabilidad Extracontractual del Estado por los daños a Menores que se encuentran bajo cuidado y protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF u Hogares Comunitarios vinculados a dicho Instituto en Colombia”, 2018
- Universidad Tecnológica de Pereira, trabajo de grado “Procesos de Organización de los Hogares Comunitarios, Estudio de caso: hogares de la casona y Dosquebradas”, 2007 García, Restrepo & Triana.

Universidad Cooperativa de Colombia, Centro de investigaciones “relación laboral derivada del contrato de aporte: régimen especial o solidaridad patronal, Martínez A & Munive M. 2018.

Universidad Militar Nueva Granada, Andrés Fernando Garza Garnica “La responsabilidad del Estado por el daño Especial”, pp. 5-6.

Universidad Industrial de Santander – UIS, facultad de ciencias humanas, revista Vol. 37. No. 1-2009, González Noriega O “Responsabilidad del Estado en Colombia: por el hecho de las leyes.

Universidad Autónoma Latinoamericana, Díaz-Ortiz, L., & Asprilla-Valencia, Érika. (2020) “Análisis normativo del Contrato de Aporte en contratación atípica para la atención de los NNA en el ICBF con relación a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, contenidos en la Ley 80 de 1993”