

## **RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ICBF - En contratos con Hogares Comunitarios / HOGARES COMUNITARIOS - Agentes del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF**

Sobre el carácter contractual de la relación existente con la Asociación de Padres de Familia, siendo ésta última la encargada de la implementación del hogar comunitario y de la selección de la persona que debía encargarse de ella, circunstancia que en su criterio impide la vinculación de la entidad, debe decirse que en anterior oportunidad esta misma Subsección ha manifestado que la existencia de dicho vínculo mediante la suscripción de un contrato especial de aportes, no transforma la naturaleza de servicio público esencial de bienestar familiar encaminado a la protección específica de la niñez colombiana y a la protección y efectividad de los derechos de los niños contenidos en el artículo 44 Superior, sobre todo si se tiene en cuenta que los hogares comunitarios se constituyen con el aval, intervención y supervisión del ICBF, tal como lo dispone el artículo 2 del Decreto 1340 de 1995. (...) la Sala que en el caso bajo examen, se encuentra que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar frente a los perjuicios padecidos por los demandantes con ocasión de la ejecución de las labores desarrolladas por los hogares comunitarios y dando cumplimiento a los lineamientos establecidos por este, debe responder administrativa y patrimonialmente, toda vez, que de los medios probatorios obrantes en el proceso se observa claramente que se permitió el funcionamiento del hogar comunitario en un sitio que no cumplía las condiciones de seguridad necesarias para garantizar la efectiva protección de los niños y por otra parte se evidenció que la madre comunitaria incumplió su obligación de estar atenta al cuidado y protección del menor.

### **HOGARES COMUNITARIOS - Lineamientos técnicos y administrativos**

En el Acuerdo No. 21 de 1996, de la Junta Directiva de Bienestar Familiar, mediante el cual se fijaron los lineamientos técnicos y administrativos de los hogares comunitarios, ya allí se hace referencia a los aspectos generales del funcionamiento del programa y su financiación por parte del Estado, sino que además se detallan todos los aspectos a tener en cuenta para la implementación de un hogar comunitario, aspecto sobre el cual, el instituto conserva su deber de supervisión y vigilancia y adicionalmente está facultado para ordenar su cierre, tal como lo contempla el Acuerdo 50 de 1996.

### **DAÑO ANTIJURIDICO - Imputable al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por acción y omisión de madres comunitarias**

Del análisis de las pruebas obrantes en el proceso, en especial de los testimonios rendidos por los vecinos del lugar, se puede evidenciar que se presentaron irregularidades al escoger como sitio de funcionamiento del hogar comunitario la casa de la señora Fernandina Acosta, puesto que ella estaba ubicada en una zona pendiente, aledaña a la quebrada La Iguana y no contaba con ninguna baranda o protección para evitar que los menores sufrieran alguna caída o se rodaran por la ladera, lo cual constituía un riesgo para los menores, al punto que después de ocurrido el accidente del menor, el hogar fue cerrado por el ICBF.

### **MADRES COMUNITARIAS - Agentes privados que ejercen servicio público**

Se probó en el proceso que la señora Acosta, quien se desempeñaba como madre comunitaria incumplió con su obligación de cuidar el menor Johan Esteban, ya que el niño, en el momento de su muerte tenía tres años y nueve meses y por ende no

tenía la capacidad de discernir sobre los peligros o de auto determinar su conducta, estaba bajo su supervisión y protección y sin embargo se rodó por la pendiente y fue a caer a la quebrada La Iguana lo cual se corroboró con lo afirmado por la testigo María Helena Arboleda Martínez quien declaró que la misma señora Fernandina Acosta solicitó ayuda de la comunidad para que la ayudara a buscar al niño que se había rodado y no lo encontraban.

#### **RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR DAÑO ESPECIAL - Régimen aplicable**

Esta misma Subsección dejó sentado que "... el régimen de responsabilidad llamado a regular situaciones de este matiz es el objetivo, como quiera que la administración pública no puede exonerarse con la sola acreditación de un comportamiento diligente y cuidadoso. En efecto, en supuestos de esta especificidad existen dos circunstancias que hacen aplicable el título objetivo de responsabilidad de daño especial: i) la naturaleza, rango y especial protección que recae sobre los derechos de los niños y niñas del país y ii) la finalidad y objetivos propios del servicio público esencial de bienestar familiar".

#### **PERJUICIOS MATERIALES - Niega lucro cesante por muerte de menor**

La jurisprudencia ha sido pacífica en sostener que en tratándose de la muerte de un menor de edad no hay lugar a reconocer el lucro cesante por unos hipotéticos ingresos del menor, dado que estos son eventuales, a menos que se acredite con grado de certeza la obtención futura de estos ingresos y también que en estos casos están sometidos a la doble eventualidad de que el menor hubiera podido llegar a percibir ingresos y que los destinara a ayudar a sus padres. (...) Aunque le asiste razón al impugnante al afirmar que el a-quo no analizó las circunstancias particulares del caso, y por lo tanto no le dio valor a la situación de pobreza en la que vivían los padres del menor, circunstancia que aumenta la posibilidad de que éste los ayudaría posteriormente, encuentra la Sala que dicho análisis lejos de contribuir a modificar la decisión, reafirma las razones de la negativa, por cuanto, en el sub judice, el solo hecho de que el menor apenas contaba con tres años y nueve meses y no había ni siquiera iniciado su formación educativa y la maduración de su carácter o personalidad, sitúa la existencia del daño en un grado de probabilidad, que implica para el juez entrar en el terreno de las conjeturas, a efectos de cumplir con el deber legal de reparar todo el daño y nada más que el daño. (...) lo relevante a la hora de reconocer la indemnización de un daño bajo el concepto de lucro cesante futuro, es justamente la certeza sobre su existencia o su posterior materialización, es decir que ello no puede quedar en el campo de las probabilidades o depender de la realización de otros acontecimientos contingentes y extraños, ya que no en vano se afirma por la doctrina que sólo del daño que es cierto, no importa si es actual o futuro, se pueden derivar consecuencias jurídicas y por ende ordenar su indemnización.

#### **PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento a hermanos menores**

El hecho de que los menores al momento de los hechos no estuvieran en condiciones de dimensionar el acontecimiento trágico vivido por su familia, no significa que no hayan sufrido, ya que según las teorías psicológicas actuales, los menores desde la primera etapa de su vida perciben el mundo a través de su relación con los padres y por tanto, recibieron de ellos la congoja padecida por la pérdida de su hijo y también la perturbación emocional que implicó la pérdida de un hijo para el núcleo familiar. (...) en relación con el monto reconocido, se recuerda que este pertenece al arbitrio judicial y considera la Sala que fueron

adecuadamente tasados por el fallador de primera instancia y se ajustan a los criterios establecidos en la materia, razón suficiente para confirmar lo decidido.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIO TERCERA**

**SUBSECCIO C**

**Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ**

Bogotá D.C. cinco (05) de julio de dos mil doce (2012)

**Radicación número: 05001-23-31-000-1997-01942-01(23643)**

**Actor: RODRIGO ANTONIO ARBOLEDA MARTINEZ Y OTROS**

**Demandado: ICBF**

**Referencia: REPARACION DIRECTA**

Resuelve la Sub-Sección el recurso de apelación interpuesto por las partes, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 15 de febrero de 2002, por medio de la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

**ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

El día 6 de agosto de 1997, los señores Rodrigo Antonio Arboleda Martínez y Luz Elena Giraldo Martínez, quienes actúan en nombre propio y en representación de sus menores hijos Edwin Alexander y Niber Manuel Arboleda Giraldo, mediante apoderado, presentaron demanda contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, para que se les condene al pago de los perjuicios ocasionados por la muerte del niño Johan Esteban Arboleda Giraldo ocurrida mientras estaba bajo

el cuidado de un hogar comunitario.

### **1.1. Pretensiones**

1.- Que se declare administrativamente responsable al ICBF de los perjuicios materiales y morales ocasionados a los demandantes por la muerte del niño Johan Esteban Arboleda Giraldo ocurrida mientras se encontraba en un hogar comunitario de Bienestar Familiar.

2.- Que en consecuencia se condene al ICBF al pago de los perjuicios morales y materiales a los demandantes, así:

- a. Perjuicios Morales el equivalente a mil gramos oro para cada uno de los demandantes.
- b. Perjuicios materiales, en su modalidad de lucro cesante consolidado y futuro para los padres, suma que se fijará por peritos, teniendo en cuenta la vida probable de los padres y la futura productividad del menor.
- c. Perjuicios materiales, en su modalidad de daño emergente la suma de \$120.000 correspondiente a los gastos funerarios de la víctima, suma que debe actualizarse con el IPC.

3.- Las entidades darán cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

4.- Que el ICBF sea condenado en costas.

### **1.2. Hechos**

Las pretensiones tienen fundamento en los siguientes hechos:

1.2.1. Por iniciativa del ICBF se coordinó la instalación de un hogar comunitario de bienestar para prestar asistencia a niños menores de 7 años en situación de extrema pobreza, en el barrio El Porvenir del sector de Robledo en Medellín el cual era atendido por la señora Fernandina Acosta -quien fungía como madre comunitaria- en su propia vivienda,

1.2.2. La organización del hogar comunitario ubicado en la casa de la señora Acosta fue asistido por el ICBF, quien tenía que aprobar la locación y controlar y vigilar el funcionamiento del mismo ya que brinda asistencia técnica y económica; en el proceso participan también los padres de familia a través de asociaciones de padres.

1.2.3. La familia Arboleda Giraldo fue favorecida con una beca otorgada por el ICBF para que el menor Johan Esteban de tres años de edad estuviera cuidado y alimentado en el hogar comunitario antes citado, mientras su padre trabajaba en construcción y su madre era ama de casa y atendía sus otros hijos menores.

1.2.4. La vivienda donde funcionaba el hogar comunitario tenía un corredor sin pasamanos o protección que daba a un abismo peligroso sobre la quebrada La Iguana y por tanto no ofrecía la seguridad necesaria para cuidar los niños, sin embargo el ICBF no verificó que se hicieran las mejoras necesarias en la casa para adecuarla.

1.2.5. El 15 de agosto de 1995, cuando se encontraban jugando, se rodaron varios niños por el abismo y el menor Johan Esteban Arboleda Giraldo murió ahogado en la quebrada La Iguana que era donde terminaba el abismo.

1.2.6. La familia ha sufrido un gran dolor por la muerte del niño, ya que era su primogénito y tenía puestas muchas esperanzas en su futuro.

## **2. Trámite en primera instancia y contestación de la demanda**

Mediante auto de agosto 27 de 1997, el Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda y dispuso notificar a las partes y fijar en lista (fl.22).

El ICBF contestó la demanda y se opuso a las pretensiones de los actores, por cuanto el programa de hogares comunitarios se implementa mediante el trabajo solidario de padres y de la comunidad en general y se organiza a través de Asociaciones de Padres de Familia que autónomamente administran los hogares y son los encargados de seleccionar las personas que se desempeñarán como madres comunitarias, siempre que sus viviendas, con las adecuaciones necesarias, garanticen el funcionamiento del programa, de este modo el ICBF propicia la coordinación y ejecución del programa para que la comunidad realice su autodiagnóstico y lleve a cabo su implementación. Aduce además que en este caso opera una delegación de funciones y por tanto la responsabilidad recae directamente en el delegatario de acuerdo con el artículo 211 Constitucional.

Afirma la demandada que en el contrato celebrado para tal fin, se pacta la obligación de administrar los recursos y brindar atención integral a los niños observando las normas y lineamientos técnico-administrativos y financieros del ICBF, pero este objeto se cumple bajo su exclusiva responsabilidad, sin que surja relación laboral con el Instituto.

Finalmente aduce que la pretensión de lucro cesante no está llamada a prosperar porque el perjuicio no es cierto y real sino futuro y eventual y frente a los daños emergentes manifestó que el costo de la funeraria es de \$60.000 pero de ellos la Parroquia San Cristobal donó \$40.000.

Propone como excepción la falta de legitimación de los padres y los hermanos porque no se acreditó debidamente el vínculo familiar, ya que sólo se aporta el registro civil de nacimiento y no el registro civil de matrimonio para probarlo en caso de que sea hijo legítimo o el registro de nacimiento con el reconocimiento el padre en caso de que sea hijo extramatrimonial (fls. 25 a 31).

Con auto de agosto 5 de 1998, se decretaron pruebas. Posteriormente se celebró audiencia de conciliación pero se declaró fallida por no existir ánimo conciliatorio; con auto de julio 3 de 2001 se dispuso correr traslado para alegar de conclusión (fls 42, 103 a 104 y 124).

El ICBF presentó alegatos de conclusión corroborando lo afirmado en la contestación de la demanda e insistiendo en que el servicio de atención de los niños se prestaba por la comunidad a través de la madre comunitaria, pero con la colaboración de los padres de familia beneficiados con el programa y por ello no existe vínculo entre la conducta imputada y el ICBF. Por otra parte en cuanto a los perjuicios morales señala que no puede tenerse en cuenta el dolor sufrido por los hermanos, debido a que uno de ellos sólo tenía dos años de edad y el otro un mes y 15 días de nacido (fls.125 a 128).

A su turno, el demandante alegó de conclusión reiterando lo expuesto en la demanda e insistiendo en que es el ICBF quien debe responder ya que se trata de un caso en que éste actúa por intermedio de particulares y no de una delegación en los términos del artículo 122 de la Constitución y la circunstancia de ser un servicio al cual ayuda la comunidad no desdibuja la responsabilidad del instituto quien permitió que funcionara el hogar comunitario en condiciones que no garantizaban la seguridad de los menores (fls. 129 a 136).

### **3. Sentencia de primera instancia**

El Tribunal Administrativo de Antioquia profirió sentencia el 15 de febrero de 2002, en la cual declaró que no prosperaba la excepción de falta de legitimación

por activa ya que se probó fehacientemente el parentesco entre los demandantes y la víctima.

En la providencia se accedió a las pretensiones de la demanda por considerar que el ICBF es responsable por los daños causados ya que de acuerdo con las normas, los hogares comunitarios dependen administrativa, operacional y financieramente de éste, de modo que cumplen una función pública o servicio público a cargo del Estado y por ende, deben responder, ya que no cumplieron con el deber de verificar la seguridad del lugar.

De igual forma, el Tribunal, reconoció perjuicios materiales en su modalidad de daño emergente y perjuicios morales, en cuantía de 100 SMMLV para cada uno de los padres y 50 SMML para cada uno de los hermanos (fls. 139 a 151).

#### **4. El recurso de apelación**

A través de memorial del 7 de marzo de 2002, el ICBF interpuso recurso de apelación, en el cual adujo como principal motivo de inconformidad que el vínculo que surge entre el ICBF y la Asociación de Padres de Hogares de Bienestar es contractual y según la Corte Constitucional, es de carácter civil, de manera que las personas contratadas no tienen el carácter de servidores públicos y por ello no es posible predicar responsabilidad del ICBF por la conducta de la madre comunitaria.

Argumenta la impugnante, que los hechos ocurrieron porque la madre comunitaria incumplió los parámetros establecidos por el Instituto para el desarrollo del programa, pero esa falta de cuidado de quien no es servidora pública rompe el nexo entre la falla del servicio y la entidad



En cuanto a la valoración de los perjuicios morales, manifestó la recurrente que no sólo es necesario probar el parentesco sino también la intensidad del dolor sufrido, las relaciones de afecto entre ellos, la convivencia, y demás circunstancias que determinan el nexo afectivo de quien pretende su reconocimiento y en este caso ello es imposible porque se trata de niños de dos años y 1 mes y quince días de nacido, sobre los cuales no puede predicarse relaciones afectivas con esas características (fls. 175 a 177)

A su turno, el demandante impugnó la providencia por no encontrarse de acuerdo con la negativa a reconocer los perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante, teniendo en cuenta que según lo consignado en el fallo la existencia de un daño patrimonial es remotísima, pero por ello no deja de ser indemnizable y aunque esté sometido a doble incertidumbre eso no lo torna en inexistente, toda vez que la lógica indica y la experiencia demuestra que los hijos mayores ayudan económicamente a los padres; en su apoyo trae a colación algunos conceptos doctrinales según los cuales deben analizarse los aspectos particulares de los padres del menor, en este caso la situación de pobreza de los mismos, que conduce a pensar que en el futuro iban a necesitar el apoyo económico de su hijo (fls. 178 a 181).

Los recursos fueron admitidos con auto de noviembre de 2002 (fls.193 y 194).

##### **5. Alegatos de conclusión en segunda instancia**

Mediante auto del 1 de marzo de 2003 se dispuso el traslado para alegatos de conclusión, del cual hizo uso la parte demandante para reiterar los argumentos planteados en la apelación (fls. 197 a 203. 213 y 218).

De igual forma, la parte demandada presentó alegatos en los que reiteró lo expuesto en el recurso, insistiendo en que no puede concederse perjuicios morales por el dolor sufrido en niños tan pequeños (fls . 204 a 209).

El Ministerio Público emitió concepto mediante el cual solicitó confirmar la sentencia ya que está probado en el proceso que el ICBF aprobó y consintió el funcionamiento del hogar comunitario en un sitio que no ofrecía seguridad para los menores y a simple vista se observaban los riesgos y peligros que representaba el inmueble por el lugar donde estaba ubicado; considera la vista fiscal que la obligación surgida en los hogares comunitarios no es de medio sino de resultado ya que debe garantizarse las condiciones de salubridad, alimentación, educación y recreación.

Respecto de los perjuicios por lucro cesante, solicitó también la confirmación el fallo, por cuanto el daño en este caso no se demostró de manera indubitable, sino que depende de circunstancias eventuales o contingentes (fls. 220 a 229).

Se celebró nueva audiencia de conciliación, la cual se declaró fallida porque el comité de conciliación del ICBF decidió no conciliar (fls. 234 y 391).

## **II. CONSIDERACIONES**

Esta Sala es competente de conformidad con lo establecido en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 del Consejo de Estado para decidir el recurso de apelación formulado por las partes, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 15 de febrero de 2002, en proceso con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, por razón de la cuantía.

El artículo 90 constitucional dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Esta responsabilidad del Estado se hace patente cuando se configura un daño, el cual deriva su calificación de antijurídico

atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, tal como ha sido definido por la jurisprudencia de esta Corporación<sup>1</sup>.

Los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño antijurídico y su imputación a la administración.

## **6. Del caso concreto**

El niño Johan Esteban Arboleda Giraldo había sido beneficiado con una beca del ICBF para acudir al hogar comunitario del ICBF que funcionaba en el barrio El Porvenir de la ciudad de Medellín, donde recibía alimentación y cuidados. El 15 de agosto de 1995, mientras estaba jugando con sus compañeros, el niño se rodó por la pendiente que queda al lado de la casa y cayó en la quebrada La Iguana donde se ahogó.

## **7. De las pruebas obrantes en el proceso**

1. Copia de los registros civiles de nacimiento de Johan Esteban, Edwin Alexander y Niber Manuel Arboleda Giraldo, donde consta que son hijos de Luz Elena Giraldo y Rodrigo Antonio Arboleda Martínez y registros civiles de nacimiento de éstos últimos. Se resalta que posteriormente se allegó nuevamente el registro civil de nacimiento de la víctima, en el cual consta que se dio cumplimiento a lo ordenado en el artículo 1 de la Ley 75 de 1968 (fls 4 a 8 y 57).

2. Copia del registro civil de defunción de Johan Esteban Arboleda Giraldo, donde consta que murió el 15 de agosto de 1995 y la causa de la muerte fue “Hipoxia por sumersión- Ahogamiento” (fl. 3).

3. Recibos de caja No. 0876 del 16 de agosto de 1995, de la Funeraria “Sociedad Colectiva La Voluntad de Dios”, por valor de \$20.000 expedido a nombre de

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 13 de agosto de 2008; Exp. 17042; C.P. Enrique Gil Botero.

Rodrigo Arboleda, Comprobante de pago No. 4981 del 15 de agosto de 1995, de la Parroquia San Cristobal, por valor de \$40.000; factura de la funeraria "La Voluntad de Dios", por valor de \$60.000 (fls.9 y 10).

4. Copia simple del contrato de aporte No. 05-18-96-257 celebrado entre el ICBF y la Asociación de Padres de Hogares de Bienestar Cadiz II, Centro Zonal No. 2, cuyo objeto es el aporte de las becas por el ICBF al contratista para la atención de menores en hogares comunitarios (fl 35 a 39).

5. Oficio No. 51000-11 151 suscrito por la apoderada judicial del ICBF, mediante el cual remite los documentos relacionados con la constitución de la Asociación de Padres de Hogares de Bienestar, Cadiz II de Medellín, el reconocimiento de su personería jurídica, la inscripción de su representante legal, los estatutos, la normas sobre elección de junta directiva y los actos mediante los cuales se aprobó una reforma estatutaria y se inscribió el último representante legal (fls. 105 a 123).

6. Declaración de Adriana María Alzate Sánchez, quien manifestó que el niño Johan Esteban asistía a un hogar en los que cuidan a los niños y son de Bienestar Familiar que la señora Fernandina Acosta tenía en su casa, el cual quedaba en una falda muy arriba en el barrio El Porvenir, la casa era vieja y no tenía muros de seguridad para que la gente no se resbalara y fuera a caer a la quebrada La Iguana. Narró también que en una oportunidad anterior se había caído un muro de esa vivienda y había matado a una hija de la señora Fernandina y que el día de los hechos, ella misma le contó a los padres del menor que en un descuido el niño se había rodado hasta la quebrada y entonces todos corrieron a buscarlo y lo sacaron ya muerto (fls. 43 a 44).

7. Declaración de Beatriz Elena Carvajal Díaz quien corroboró lo afirmado por la otra testigo sobre las circunstancias de la muerte del menor, y agregó que el Bienestar Familiar cuando se va a instalar un hogar comunitario visita la casa, de modo que sabía que estaba ubicada en una falda y después del accidente vinieron a retirar la guardería y obligaron a la madre comunitaria a trasladarla para otro sitio. Declaró también que la casa no tenía ninguna protección o reja que diera seguridad a los niños (fls. 45 a 47).

8. Testimonio del señor Nelson Darío Zuleta Sanmartín, quien declaró que él rescató el cuerpo sin vida del menor porque se encontraba de visita en una casa cercana cuando llegaron con la noticia de que se había rodado y caído a la quebrada, entonces se dedicó a la búsqueda junto con otras personas y lo sacó de la quebrada pero ya estaba muerto (fls. 49 a 51).

9. Declaración de María Helena Arboleda Martínez, quien sobre la ubicación del hogar comunitario afirmó que era un sitio muy peligroso porque está ubicado en un lugar muy pendiente, con peñas muy peligrosas para los niños y al pie está la quebrada donde cayó el menor cuando se rodó y además la casa no tiene ninguna baranda o protección. Añadió que el día de los hechos ella escuchó la algarabía y cuando preguntó qué pasaba la señora Fernandina le contó que el niño se había rodado y no lo encontraban, todos ayudaron a buscarlo y apareció en la quebrada (fls. 52 a 55).

10. Carnet del niño Johan Esteban Arboleda expedido por la Asociación de Padres de Familia y Hogares Comunitarios de Bienestar Familiar y copia al carbón de la planilla de asistencia mensual al hogar comunitario donde aparece éste relacionado como asistente (fls. 11 y 12).

## **9. El daño**

Siendo el daño el primer elemento a establecer en un proceso de responsabilidad, debe precisarse que en el sub-judice, el mismo se concreta en la muerte del niño, Johan Esteban Arboleda Giraldo, lo cual aparece plenamente acreditado con el registro civil de defunción donde consta que la causa de la muerte fue Ahogamiento.

## **10. De la imputación**

Establecida la existencia del daño, corresponde efectuar el análisis pertinente, a fin de determinar si el mismo puede ser imputado a las partes demandadas.

Acerca de la posibilidad de endilgar responsabilidad al ICBF por los daños causados en un hogar comunitario se ha dicho:

*“Al resolver el caso subjudice se hace imperativo para la Sala tener presente el mandato constitucional del artículo 44 que determina los derechos fundamentales de los niños y estipula que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistirlo y protegerlo, para garantizarle su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, los cuales son en gran parte los objetivos fundamentales del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en cuyo cumplimiento, particularmente en lo atinente a la protección del menor, han sido expedidas numerosas leyes, a través de las cuales se ha obtenido asignación de recursos y autorización para la creación de otras dependencias que bajo su control y vigilancia desarrollan dichos objetivos, como es el caso de los Hogares Comunitarios.*

*Es así como en virtud de la Ley 7ª de 1.979 se dictaron normas para la Reorganización del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Protección de la Niñez, y se estableció y reguló el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, el cual quedó previsto en el artículo 12 de dicho ordenamiento como “un servicio público a cargo del Estado”.*

*A su vez la Ley 89 de 1.988, por medio de la cual se asignaron nuevos recursos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en el párrafo 2º. del artículo 1º. señala: “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”. Define los Hogares Comunitarios de Bienestar, e indica que son “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”.*

*Por otra parte, el decreto 1340 de 1995, en su artículo 2º. dispone que: “El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través de su Junta Directiva establecerá los criterios, parámetros y procedimientos técnicos y administrativos que permitan la organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, dando cumplimiento a la obligación del Estado, en concurrencia con la familia y la sociedad de asistir al niño...”*

Asímismo, el Decreto 2388 de 1.979 reglamentario de las leyes 75 de 1.968, 27 de 1.974 y 7ª. De 1.979, en su artículo 62 estipula: "Todo hogar infantil para la atención integral al preescolar cualquiera sea su naturaleza jurídica u organización, se rige por las normas técnicas y administrativas expedidas por el ICBF". Y, en relación con los funcionarios de los hogares, en el artículo 63 dispuso que "quienes presten sus servicios en los hogares infantiles, cualquiera sea su modalidad, deben reunir los requisitos físicos, mentales y morales adecuados, definidos por el instituto Colombiano de Bienestar Familiar con tal fin".

En virtud de dicha normatividad, la Junta Directiva del I.C.B.F., mediante Acuerdo No. 21 del 23 de abril de 1.996, dictó los lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos para la organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar.

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.

.....

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

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

*Los hogares comunitarios fueron concebidos institucionalmente como un programa a manera de mecanismo de participación de la misma ciudadanía de escasos recursos como aporte al Estado en la solución de sus problemas apremiantes. Pese a la estructura organizativa interna que se le ha dado a los hogares comunitarios y la forma como ellos funcionan pues tienen personería jurídica independiente, es innegable el nexo representativo que surge con el I.C.B.F., tanto es así que el distintivo utilizado para que el público los pueda identificar es el de Hogar Infantil adscrito al Instituto.*

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

*En el asunto sub-examine la madre comunitaria no obstante carecer de vínculo laboral alguno con la entidad demandada sí presta a un nombre una función pública a favor de la niñez de escasos recursos, desarrolla en su representación los objetivos que por ley se le han asignado a dicho ente. Por ende sus acciones o sus omisiones son responsabilidad del Instituto.<sup>2</sup>*

En cuanto a lo alegado por el ICBF sobre el carácter contractual de la relación existente con la Asociación de Padres de Familia, siendo ésta última la encargada de la implementación del hogar comunitario y de la selección de la persona que debía encargarse de ella, circunstancia que en su criterio impide la vinculación de la entidad, debe decirse que en anterior oportunidad esta misma Subsección ha manifestado que la existencia de dicho vínculo mediante la suscripción de un contrato especial de aportes, no transforma la naturaleza de servicio público esencial de bienestar familiar encaminado a la protección específica de la niñez

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de septiembre de 1998, rad 11130, C.P. Alier Eduardo Hernández Enriquez



colombiana y a la protección y efectividad de los derechos de los niños contenidos en el artículo 44 Superior, sobre todo si se tiene en cuenta que los hogares comunitarios se constituyen con el aval, intervención y supervisión del ICBF, tal como lo dispone el artículo 2 del Decreto 1340 de 1995, según el cual el ICBF establecerá los lineamientos para el funcionamiento del programa, *“dando cumplimiento a la obligación del Estado, en concurrencia con la familia y la sociedad de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”*.

Esta posición se refuerza con el análisis de lo dispuesto en el Acuerdo No. 21 de 1996, de la Junta Directiva de Bienestar Familiar, mediante el cual se fijaron los lineamientos técnicos y administrativos de los hogares comunitarios, ya allí se hace referencia a los aspectos generales del funcionamiento del programa y su financiación por parte del Estado, sino que además se detallan todos los aspectos a tener en cuenta para la implementación de un hogar comunitario, aspecto sobre el cual, el instituto conserva su deber de supervisión y vigilancia y adicionalmente está facultado para ordenar su cierre, tal como lo contempla el Acuerdo 50 de 1996.

Así lo ha dicho la Subsección:

*“Por lo tanto, no son de recibo los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en la impugnación, como quiera que están orientados a desconocer la íntima o estrecha conexión que ejerce el establecimiento público demandado frente a los hogares comunitarios, máxime si éstos se integran al servicio público del Sistema de Bienestar Familiar que se encuentra principalmente a cargo de esa entidad, y que propende por la promoción y protección de las garantías esenciales de los niños y niñas del país.*

*En consecuencia, si bien el programa de hogares comunitarios es ejecutado de manera directa por la comunidad en la cual se localiza aquél, no es posible desconocer la labor que ejerce el ICBF en la creación, apoyo, supervisión y control sobre esos centros de atención básica de la niñez.*

*Como se aprecia, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada al señalar que es posible imputar daños ocurridos al interior de hogares comunitarios –inclusive los desencadenados directamente por la acción u omisión de la madre comunitaria– al ICBF, puesto que el establecimiento público no se desprende de la dirección, control y vigilancia del servicio público que en esos centros de atención se presta a la niñez, circunstancia suficiente para decidir de manera desfavorable*

*el argumento de defensa relacionado con la autonomía financiera, operacional y administrativa de aquéllos.*

*Por lo tanto, mal hace la institución demandada, dada la relevancia del servicio público que se presta en los hogares comunitarios, en invocar de manera velada una falta de legitimación en la causa por pasiva cuando la ley, la jurisprudencia y toda la actuación administrativa que reposa en el proceso apuntan a demostrar lo contrario, esto es, que el ICBF es el primer llamado a afrontar si de los supuestos fácticos que se juzguen, en cada caso concreto, se genera responsabilidad patrimonial por la existencia de un daño antijurídico que le sea imputable.*

*Así las cosas, llama poderosamente la atención de la Subsección el hecho de que la defensa se haya estructurado sobre la falta de legitimación en la causa por pasiva, cuando la copia de la actuación administrativa que se acompañó con el escrito de contestación de la demanda acredita que el ICBF, ante la constatación del daño, abrió un procedimiento de protección del niño Sebastián Rojo Jiménez, y gestionó ante varias autoridades nacionales y departamentales, públicas y privadas, la ayuda a favor del núcleo familiar.*

*Además, resulta paradójico que la entidad pública pretenda desligarse de su legitimación en la causa para enrostrar el comportamiento de la madre comunitaria –con quien el ICBF no tiene vínculo legal o contractual– y la asociación a cargo del hogar comunitario “La Campanita”, cuando es incuestionable que existía un deber a cargo de la entidad demandada de supervisión, capacitación y control del servicio público esencial de Bienestar Social que se ejercía al interior de ese hogar infantil de atención a la infancia.*

*Y si bien, las madres comunitarias no tienen ningún tipo de vínculo legal o contractual laboral con el instituto demandado, no puede desconocerse que son agentes privados en ejercicio de un servicio público en principio a cargo del Estado, en el que éste ejerce una exigente y permanente inspección sobre las condiciones de seguridad y protección en que se hallan los niños o niñas que reciben la atención en los hogares comunitarios, en aras de materializar las garantías esenciales contenidas en el artículo 44 superior<sup>3</sup>.*

Finalmente, debe precisarse que lo argumentado acerca de la delegación de funciones aducida por la entidad demandada no está llamado a prosperar, teniendo en cuenta que de acuerdo con el artículo 9 de la Ley 489 de 1998, debe existir un acto de delegación para que las autoridades administrativas puedan transferir el ejercicio de funciones públicas.

Ahora bien, en cuanto al título de imputación, debe decirse que la jurisprudencia de la Sala ha sostenido que controversias de esta naturaleza se rigen por el título de imputación subjetivo de falla del servicio, pero también es cierto que en providencia de mayo 9 de 2011, esta misma Subsección dejó sentado que “... el

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de mayo 9 de 2011; rad 36912; C.P. Enrique Gil Botero

*régimen de responsabilidad llamado a regular situaciones de este matiz es el objetivo, como quiera que la administración pública no puede exonerarse con la sola acreditación de un comportamiento diligente y cuidadoso. En efecto, en supuestos de esta especificidad existen dos circunstancias que hacen aplicable el título objetivo de responsabilidad de daño especial: i) la naturaleza, rango y especial protección que recae sobre los derechos de los niños y niñas del país y ii) la finalidad y objetivos propios del servicio público esencial de bienestar familiar”.*

En el caso concreto, del análisis de las pruebas obrantes en el proceso, en especial de los testimonios rendidos por los vecinos del lugar, se puede evidenciar que se presentaron irregularidades al escoger como sitio de funcionamiento del hogar comunitario la casa de la señora Fernandina Acosta, puesto que ella estaba ubicada en una zona pendiente, aledaña a la quebrada La Iguana y no contaba con ninguna baranda o protección para evitar que los menores sufrieran alguna caída o se rodaran por la ladera, lo cual constituía un riesgo para los menores, al punto que después de ocurrido el accidente del menor, el hogar fue cerrado por el ICBF.

De igual forma, se probó en el proceso que la señora Acosta, quien se desempeñaba como madre comunitaria incumplió con su obligación de cuidar el menor Johan Esteban, ya que el niño, en el momento de su muerte tenía tres años y nueve meses y por ende no tenía la capacidad de discernir sobre los peligros o de autodeterminar su conducta, estaba bajo su supervisión y protección y sin embargo se rodó por la pendiente y fue a caer a la quebrada La Iguana lo cual se corroboró con lo afirmado por la testigo María Helena Arboleda Martínez quien declaró que la misma señora Fernandina Acosta solicitó ayuda de la comunidad para que la ayudara a buscar al niño que se había rodado y no lo encontraban.

Bajo esta perspectiva considera la Sala que en el caso bajo examen, se encuentra que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar frente a los perjuicios padecidos por los demandantes con ocasión de la ejecución de las labores desarrolladas por los hogares comunitarios y dando cumplimiento a los lineamientos establecidos por este, debe responder administrativa y patrimonialmente, toda vez, que de los medios probatorios obrantes en el proceso se observa claramente que se permitió el funcionamiento del hogar comunitario en un sitio que no cumplía las condiciones

de seguridad necesarias para garantizar la efectiva protección de los niños y por otra parte se evidenció que la madre comunitaria incumplió su obligación de estar atenta al cuidado y protección del menor.

#### **15. De los perjuicios materiales**

Este constituye el principal motivo de inconformidad de la parte demandante porque en su criterio al consignar en el fallo de primera instancia que la existencia del daño era remota no por eso deja de ser indemnizable porque de acuerdo con las reglas de la experiencia, cuando los hijos crecen lo normal es que ayuden económicamente a los padres.

Al respecto vale la pena precisar que la jurisprudencia ha sido pacífica en sostener que en tratándose de la muerte de un menor de edad no hay lugar a reconocer el lucro cesante por unos hipotéticos ingresos del menor, dado que estos son eventuales, a menos que se acredite con grado de certeza la obtención futura de estos ingresos y también que en estos casos están sometidos a la doble eventualidad de que el menor hubiera podido llegar a percibir ingresos y que los destinara a ayudar a sus padres.

Sobre este punto manifestó el recurrente que el estar sometido a una doble eventualidad no impide la indemnización porque de acuerdo con las reglas de la experiencia y teniendo en cuenta las circunstancias particulares de la familia, se puede inferir que el menor si ayudaría a sus padres, pero en la providencia objeto de apelación no se analizó este aspecto.

Aunque le asiste razón al impugnante al afirmar que el a-quo no analizó las circunstancias particulares del caso, y por lo tanto no le dio valor a la situación de pobreza en la que vivían los padres del menor, circunstancia que aumenta la posibilidad de que éste los ayudaría posteriormente, encuentra la Sala que dicho análisis lejos de contribuir a modificar la decisión, reafirma las razones de la negativa, por cuanto, en el sub iudice, el solo hecho de que el menor apenas

contaba con tres años y nueve meses y no había ni siquiera iniciado su formación educativa y la maduración de su carácter o personalidad, sitúa la existencia del daño en un grado de probabilidad, que implica para el juez entrar en el terreno de las conjeturas, a efectos de cumplir con el deber legal de reparar todo el daño y nada más que el daño.

En efecto, lo relevante a la hora de reconocer la indemnización de un daño bajo el concepto de lucro cesante futuro, es justamente la certeza sobre su existencia o su posterior materialización, es decir que ello no puede quedar en el campo de las probabilidades o depender de la realización de otros acontecimientos contingentes y extraños, ya que no en vano se afirma por la doctrina que sólo del daño que es cierto, no importa si es actual o futuro, se pueden derivar consecuencias jurídicas y por ende ordenar su indemnización.

A juicio de la Sala, estas son razones suficientes para negar la solicitud de reconocimiento de los perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante, por lo que procederá entonces en este punto a confirmar la sentencia de primera instancia.

En cuanto a los perjuicios materiales reconocidos por daño emergente, se procederá a actualizar la condena impuesta con el IPC, desde la ocurrencia de los hechos hasta el momento de que se profiere esta providencia, de acuerdo con las fórmulas generalmente utilizadas por esta Corporación, puesto que el Tribunal de primera instancia no efectuó dicha actualización,

VA Vh I Final

I Inicial

VA = \$120.000 111.25 (mayo 2012)

29.99 (julio de 1995)

VA= \$ 445.148.

## **16. Perjuicios Morales**

En cuanto a los perjuicios morales otorgados a los hermanos de la víctima, que en criterio de la entidad demandante no han debido concederse porque no se acreditó el dolor padecido por los hermanos, sobre todo teniendo en cuenta que por su poca edad era imposible determinar que hubieran padecido con la muerte de su hermano.

Acerca de este punto, debe señalarse que la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que en tratándose de los parientes cercanos, ya sea en línea ascendente, descendiente o colateral, la acreditación del vínculo de parentesco es suficiente para presumir el dolor padecido por dichos familiares

*“La simple acreditación del parentesco, para los eventos de perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos cuando alguno de estos haya muerto o sufrido una lesión - esta última sin importar que sea grave o leve, distinción que no tiene justificación práctica y teórica alguna para efectos de la presunción del perjuicio, sino, por el contrario se relaciona con el grado de intensidad en que se sufre - , a partir del contenido del artículo 42 de la Carta Política, debe presumirse, que el peticionario los ha padecido”.*<sup>4</sup>

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que el hecho de que los menores al momento de los hechos no estuvieran en condiciones de dimensionar el acontecimiento trágico vivido por su familia, no significa que no hayan sufrido, ya que según las teorías psicológicas actuales, los menores desde la primera etapa de su vida perciben el mundo a través de su relación con los padres y por tanto, recibieron de ellos la congoja padecida por la pérdida de su hijo y también la perturbación emocional que implicó la pérdida de un hijo para el núcleo familiar.

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de Octubre 1 de 2008. Exp. 27268. C.P. Enrique Gil Botero.

Por otra parte, en relación con el monto reconocido, se recuerda que este pertenece al arbitrio judicial y considera la Sala que fueron adecuadamente tasados por el fallador de primera instancia y se ajustan a los criterios establecidos en la materia, razón suficiente para confirmar lo decidido.

## **7. Costas**

De conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, no habrá lugar a condenar en costas, en cuanto no se evidencia que la parte haya actuado con temeridad o mala fe.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-Sección C, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **FALLA**

**PRIMERO**, Modificar a sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 15 de febrero de 2002, de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones.

**SEGUNDO** Declarar que el ICBF es responsable de la muerte del menor Johan Esteban Arboleda Giraldo, de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones.

**TERCERO** condenar al ICBF a pagar a los señores Rodrigo Antonio Arboleda Martínez y Luz Elena Giraldo Martínez, la suma de \$ 445.148., por concepto de perjuicios materiales.

**CUARTO** condenar al ICBF a pagar a los señores Rodrigo Antonio Arboleda Martínez y Luz Elena Giraldo Martínez, el equivalente a 100 SMMLV para cada uno, y a Edwin Alexander y Niber Manuel Arboleda Giraldo, 50 SMMLV para cada uno, por concepto de perjuicios morales.

**QUINTO** Negar las demás pretensiones de la demanda.

**SEXTO** Las entidades darán cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del C.C.A.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**

**Presidenta de la Sala**

**ENRIQUE GIL BOTERO**



**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**