

COPIAS SIMPLES - Valor probatorio. Valoración probatoria. Regulación normativa / DECRETO DE PRUEBAS - Documentos aportados en copias simples por una entidad estatal. Valor probatorio. Valoración probatoria / DOCUMENTOS APORTADOS EN COPIA SIMPLE CON LA CONTESTACION DE LA DEMANDA - Sin intervención de la contraparte. No pueden ser valorados / INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - Legitimación en la causa por pasiva

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y pretendió trasladar la responsabilidad del cuidado de los niños a un tercero, con fundamento en la suscripción del contrato de aporte 522620010214 del 2 de enero de 2001, mediante el cual la Asociación de Hogares Comunitarios del Bienestar de Miraflores se obligó a realizar, entre otras actividades, acciones de formación para el desarrollo integral de menores de 7 años pertenecientes a familias de alta vulnerabilidad. Como documento adjunto a la contestación de la demanda, el instituto aportó, en copia simple, el mencionado contrato, con el fin de que sea valorado. En relación con las copias simples, la Sala ha dicho que “no son medios de convicción que puedan tener la virtualidad de hacer constar o demostrar los hechos que con las mismas se pretendan hacer valer ante la jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impide su valoración probatoria, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 254 del C. de P. Civil...”. Quiere decir lo anterior que las copias sólo son admisibles y pueden ser valoradas siempre que puedan reputarse auténticas, de conformidad con el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil (...). Si bien esta Corporación otorga valor probatorio a documentos allegados en copia simple, cuando previamente son decretados como prueba y los aporta directamente la entidad estatal demandada, esto es, sin intervención de apoderado, no es menos cierto que ello no ocurre en este proceso, toda vez que la copia simple del mencionado contrato fue allegada por el apoderado del ICBF con la contestación de la demanda, como ya se dijo atrás; por ende y comoquiera que dicha copia no encuadra en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 254 recién transcrito, no puede dársele valor probatorio alguno en este proceso y, en consecuencia, se desestimaré la excepción propuesta y se verificará la responsabilidad del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en los hechos objeto de la demanda. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema, consultar sentencias de 4 de febrero de 2010, exp. 17109 y de 28 de abril de 2010, exp. 18168.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - Hogares comunitarios / INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - Contrato de aportes / INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - Conexión con los hogares comunitarios / INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - Ejerce la dirección, el control y la vigilancia del servicio público de protección de los niños

Si en gracia de discusión se aceptara la existencia y validez del referido contrato de aporte suscrito entre el ICBF y la Asociación de Hogares Comunitarios del Bienestar de Miraflores, ello no resultaría suficiente para desligar al Estado del estudio de responsabilidad que se pretende en estos casos y, en su lugar, vincular únicamente al hogar comunitario. En este sentido, esta Corporación ha sostenido que, si bien el programa de protección de menores es ejecutado de manera directa por la comunidad, mediante la implementación de hogares comunitarios, no es posible desconocer la labor que ejerce el Instituto Colombiano de Bienestar

Familiar en la creación, apoyo, supervisión y control sobre esos centros de atención básica de la niñez. (...) aún cuando el hecho dañoso ocurre en los hogares comunitarios, inclusive por la acción u omisión de la madre comunitaria, es el ICBF el llamado a responder, toda vez que es ese instituto el que ejerce la dirección, el control y la vigilancia del servicio público de protección de los niños.
NOTA DE RELATORIA: Al respecto consultar sentencias del 13 de diciembre de 1993, exp. 8218 y del 9 de mayo de 2011, exp. 36912

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - Muerte de menor por intoxicación en Hogar Comunitario de Cumbal / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Prueba indiciaria / PRUEBA INDICIARIA - Hecho indicador y hecho indicante / CONFIGURACION DE LA RESPONSABILIDAD DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - A partir de la prueba indiciaria

Si bien se sabe que la causa del fallecimiento de la menor fue una intoxicación exógena y que en el hogar comunitario del ICBF habían sustancias químicas destinadas para fumigar y repeler la presencia de insectos, lo cierto es que se desconocen las circunstancias en las que la víctima resultó contaminada; no obstante lo anterior, la Sala determinará si existen elementos procesales que, por vía de indicios, permitan construir la imputación de responsabilidad en cabeza del Estado. (...) la Sala encuentra que otros niños, que también se encontraban en el hogar comunitario de Cumbal el día de los hechos, fueron trasladados al hospital por presentar síntomas de intoxicación (...) Este hecho indicador, esto es, que otros niños que, el día de los hechos, asistieron al hogar comunitario del ICBF del Cumbal, hubieran presentado síntomas de intoxicación, aunado a la versión de Luz Marina Tapie Alpala, quien afirmó que su madre, Zoila María Tapie, le dijo que “les había dado unas uvillas y que de ahí la niña se había enfermado”, permite establecer que Adriana Lucía Cumbalanza Quilismal resultó contaminada con algún elemento o sustancia dañina mientras se encontraba en dicho hogar. Este supuesto fáctico constituye, entonces, una falla en la prestación del servicio por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y de Zoila María Tapie, máxime que, en su posición de garantes de los niños de alta vulnerabilidad dejados a su cargo y con la responsabilidad de ejercer una función pública como lo es la protección de los menores que viven dificultades sociales, familiares y personales, están en la obligación de adoptar todo tipo de medidas de cuidado y de seguridad necesarias para preservar la integridad de aquéllos. Vistas así las cosas, en virtud del artículo 2344 del C. C., aplicable a este caso por remisión del artículo 267 del C.A.A., la obligación de responder patrimonialmente, a fin de reparar los perjuicios morales causados a los demandantes, es imputable solidariamente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a la señora Zoila María Tapie, madre comunitaria del mencionado hogar, por cuanto el deber de velar por la seguridad de los menores que asistían al mismo, estaba a su cargo.
NOTA DE RELATORIA: En relación con la prueba indiciaria, consultar sentencia de 2 de mayo de 2007, exp. 15700.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 2344 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - 267

PERJUICIO MORAL - Acreditación / PERJUICIO MORAL - Muerte de menor en hogar comunitario del ICBF / PRESUNCION DE DOLOR MORAL - De miembros más cercanos del entorno familiar. Aplicación reglas de la experiencia / PRESUNCION DE DOLOR MORAL - De cónyuge, padres, esposa, hijos y hermanos. Se acredita con el registro civil. Reiteración jurisprudencial / DOLOR MORAL - No se presume de tíos y sobrinos. Se deben probar los vínculos de afecto que los ligan con la víctima

La Sala da por probado el perjuicio moral que sufrieron los miembros de este grupo familiar, con ocasión de la muerte de su hija y hermana, por cuanto, a partir de las reglas de la experiencia, se presume que el fallecimiento de un pariente cercano causa dolor, aflicción y congoja en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto dentro de la familia. (...) con los registros civiles que obran a folios 22 a 24 del cuaderno 1, está acreditado el parentesco entre la víctima y Marco Tulio, María Corina y Campo Elías Quilismal Tapie y María Raquel Tapie (tíos maternos). No sucede lo mismo con Mercedes Cumbalanza Puenayán ni con Segundo Máximo Alpala Puenayán, pues, aunque aseguraron ser tíos paternos de la menor fallecida, no obra registro civil de nacimiento del señor Campo Elías Cumbalanza Puenayán (padre de la menor), de manera que no es posible determinar tal parentesco, pues así no se puede determinar si éste y aquéllos son en verdad hermanos. María Isaura Tapia tampoco acreditó ser tía materna de Adriana Lucía Cumbalanza Quilismal, ya que, según su registro civil de nacimiento María Isaura es hija de Margarita Tapia, al paso que la madre de Adriana Lucía, María Filomena Quilismal Tapie, es hija de Margarita Tapie, según consta en el registro civil de nacimiento de doña María Filomena visible a folio 26 del cuaderno 1. Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que, cuando el daño consiste en la muerte de una persona, se presume, conforme a las reglas de la experiencia, el dolor moral, la angustia y aflicción respecto de los seres queridos más cercanos a la víctima directa del mismo, como el cónyuge, los padres, los hijos, los hermanos y los abuelos; por el contrario, respecto de personas cuyo parentesco sea diferente al de aquéllos, como los tíos o sobrinos, no existe presunción alguna y, en consecuencia, deben probar los vínculos de afecto que los ligan con la víctima. Así las cosas, comoquiera que la demostración del parentesco entre la occisa y los tíos no es suficiente para que se de por establecido el daño moral y, atendiendo a la ausencia demostrativa del lazo afectivo entre ellos, no se accederá al reconocimiento de perjuicios morales a favor de quienes actuaron en tal calidad (tíos de la menor fallecida). **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencia de 4 de octubre de 2007, exp. 16058.

PERJUICIO MORAL - Abuela materna de la víctima. No se reconoce porque no estaba debidamente representada por apoderado

La Sala considera que el reconocimiento de perjuicios morales a favor de la señora Margarita Tapie no es procedente, toda vez que, si bien figura en la demanda como miembro de la parte accionante, en calidad de abuela materna de la víctima, lo cierto es que ella no otorgó poder alguno para que se demandara en su nombre y, más aún, tampoco fue reconocida como parte activa en el auto que admitió la demanda.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 52001-23-31-000-2002-01619-01(27913)

Actor: CAMPO ELIAS CUMBALANZA PUENAYAN

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 30 de abril de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, en la que se decidió (se transcribe tal como obra en el texto original):

“PRIMERA: Se declara administrativamente responsable al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ‘ICBF’ de la muerte de la menor **ADRIANA LUCÍA CUMBALANZA QUILISMAL** sucedida el 13 de noviembre de 2001 como consecuencia de los hechos acaecidos en el hogar comunitario ‘Divino Niño Jesús’, ubicado en el Sector ‘La Escalera’ de la Vereda Cuaical, de jurisdicción del Municipio de Cumbal.

“SEGUNDA: En consecuencia, se **CONDENA** al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a indemnizar a los integrantes del primer grupo familiar señores **CAMPO ELÍAS CUMBALANZA PUENAYÁN**, identificado con cédula de ciudadanía 5’239.781 de Cumbal (N) (padre) **MARÍA FILOMENA QUILISMAL TAPIE**, propietaria de la cédula de ciudadanía 27’174.824 de Cumbal (N.) (madre), **JOSÉ MANUEL CUMBALANZA QUILISMAL**, **LUIS EDUARDO CUMBALANZA QUILISMAL** y **HÉCTOR ANIBAL CUMBALANZA QUILISMAL**, **SEGUNDO ALIRIO CUMBALANZA QUILISMAL** con C.C. 87’513.699 de Cumbal, **SILVIO RODRIGO CUMBALANZA QUILISMAL** C.C. 87’514.345 de Cumbal (hermanos), el equivalente a **CIEN (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes**. A **MARCO TULIO QUILISMAL TAPIE** C.C. 5.239.175 de Cumbal (N.), **ROSA MARÍA CORINA QUILISMAL TAPIE** C.C. 59.585.926 de Cumbal, **CAMPO ELÍAS QUILISMAL TAPIE** C.C. 87.510.865 de Cumbal, **MARÍA RAQUEL TAPIE** C.C. 27.173.772 de Cumbal (tíos maternos), **SEGUNDO MÁXIMO ALPALA PUENAYÁN** C.C. 5.238.791 de Cumbal (N.), **MERCEDES CUMBALANZA PUENAYÁN** C.C. 59.586.230 de Cumbal (tíos paternos) y **MARÍA ISAURA TAPIE**, con C.C. 27.174.966 de Cumbal (N.), **MARGARITA TAPIE**, con C.C. 59.596.240 de Cumbal (N.), el equivalente a **CINCUENTA (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes**, por concepto de perjuicios morales” (f. 227, c. ppl.)¹.

¹ Pese a que la demanda no se admitió respecto de la señora Margarita Tapie, el *a quo* ordenó la indemnización de perjuicios morales a su favor.

I. ANTECEDENTES

1. El 13 de noviembre de 2002, los actores², en ejercicio de la acción de reparación directa y por conducto de apoderado judicial, solicitaron que se declarara administrativa y patrimonialmente responsable al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF – y a la señora Zoila María Tapie (Coordinadora del Hogar Comunitario Divino Niño Jesús del ICBF) por la muerte de la menor Adriana Lucía Cumbalanza Quilismal, ocurrida el 13 de noviembre de 2001.

Solicitaron que, en consecuencia, se condenara a la parte demandada a pagar como indemnización, por concepto de perjuicios morales, el equivalente en pesos a 100 salarios mínimos a favor de cada miembro del primer grupo familiar, y 50 salarios mínimos a favor de cada miembro del segundo grupo demandante. Por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, solicitaron \$50'000.000 y, por concepto de daño emergente, pidieron \$2'000.000, por los gastos funerarios.

Como fundamento de sus pretensiones, expusieron que, como era costumbre, el 13 de noviembre de 2001 los señores Campo Elías Cumbalanza y María Filomena Quilismal Tapie dejaron a su hija menor, Adriana Lucía Cumbalanza Quilismal, en el hogar comunitario del ICBF de la vereda Cuaical, del municipio de Cumbal (Nariño), coordinado por Zoila María Tapie. Estando allí, la menor, quien se encontraba en excelentes condiciones de salud, ingirió alimentos contaminados que le causaron un fuerte dolor de estómago; ante esta situación, la madre comunitaria, en un acto irresponsable y negligente, no la llevó a un centro médico sino que la llevó de regreso a su casa, dejándola a cargo de uno de sus hermanos; posteriormente, la menor fue socorrida por una tía que la trasladó al hospital; sin embargo, la menor falleció por envenenamiento (f. 2 a 9, c. 1.).

2. La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante auto del 19 de noviembre de 2002, el cual fue notificado en debida forma a la parte demandada (f. 29 a 30, 36 y 43, c. 1.).

² El primer grupo demandante está conformado por Campo Elías Cumbalanza Puenayán y María Filomena Quilismal Tapie quienes actúan en nombre propio y en representación de sus hijos menores José Manuel, Luis Eduardo y Héctor Anibal Cumbalanza Quilismal, y los señores Segundo Alirio y Silvio Rodrigo Cumbalanza Quilismal.

El segundo grupo demandante está conformado por Marco Tulio Quilismal Tapie, María Corina Quilismal Tapie, Campo Elías Quilismal Tapie, María Raquel Tapie, Segundo Máximo Alpala Puenayán, Mercedes Cumbalanza Puenayán y María Isaura Tapia.

La señora Zoila María Tapie contestó la demanda y aceptó que, el día señalado por los demandantes, Adriana Lucía Cumbalanza asistió al hogar comunitario del ICBF de Cumbal que se encontraba a su cargo; sin embargo, debido a que aquella le manifestó tener *“un poco de dolor”* de estómago, decidió llevarla a su casa y que, estando allí, le preparó una bebida de manzanilla y luego se devolvió al ICBF para atender a los otros niños. Explicó que su conducta no fue irresponsable, ya que el centro comunitario se encuentra en una zona habitada por comunidades indígenas cuyas costumbres indican que este tipo de enfermedades deben atenderse, en primera instancia, con plantas medicinales y procedimientos tradicionales, de modo que el paciente debe acudir a un centro hospitalario sólo cuando la dificultad corporal no mejora con dichos tratamiento.

Alegó que la parte demandante no demostró el buen estado de salud de la menor al ingresar al hogar comunitario; por lo tanto, era posible que la niña hubiera adquirido la enfermedad en su casa y que ésta se hubiera agravado durante su estadía en el ICBF. Agregó que tampoco está probado que la causa de la muerte de Adriana Lucía haya sido el consumo de alimentos contaminados (f. 46 a 49, c. 1).

El ICBF contestó de manera oportuna y se opuso a la prosperidad de las pretensiones expuestas. Señaló que, en desarrollo de programas de atención a las necesidades de niños menores de 7 años de sectores de extrema pobreza, creó los “Hogares Comunitarios de Bienestar”, dirigidos por madres comunitarias escogidas por la comunidad y que prestan sus casas de habitación para atender a los menores; así las cosas, explicó que no existe legitimación en la causa por pasiva, ya que el ICBF no tiene ninguna relación laboral con las madres comunitarias, quienes no son servidoras públicas; agregó que es mediante un “contrato de aporte” suscrito con las asociaciones de padres de familia de hogares comunitarios de bienestar que se presta el servicio de atención a los menores y que dichas asociaciones tienen absoluta responsabilidad y autonomía para cumplir con las obligaciones contractuales pactadas (f. 61 a 65, c. 1).

3. Vencido el período probatorio, el cual fue abierto mediante auto del 4 de abril de 2003, se corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que rindiera concepto (f. 86 a 87 y 199, c. 1).

En esta oportunidad, la parte demandante insistió en que le asiste responsabilidad

al ICBF por los perjuicios generados con ocasión de la muerte de Adriana Lucía Cumbalanza Tapie, ya que, si bien la función de protección de los menores está delegada en los hogares comunitarios, ello no lo exime de su deber de responder por los daños causados por su delegatario o contratista, ya que las actuaciones de este último se desarrollan en nombre y representación del ICBF (f. 118 a 122, c. 1).

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

El ICBF reiteró que la madre comunitaria del hogar al que asistía Adriana Lucía Cumbalanza fue escogida por la comunidad, para que se encargara de atender a los niños del sector, razón por la cual no existe ninguna relación laboral entre el Estado y ella, quien tampoco tiene la calidad de servidora pública. Aseguró que, mediante un informe analítico allegado al proceso, se demostró que en los alimentos que había consumido la menor no se encontraron residuos de pesticidas organofosforados ni insecticidas azufrados, de manera que la intoxicación no se produjo por una falla del hogar comunitario (f. 206 a 210, c. 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 30 de abril de 2004, el Tribunal Administrativo de Nariño accedió a las pretensiones de la demanda.

En primer lugar, explicó que, según el contrato de aporte 522620010214 del 2 de enero de 2001, el ICBF delegó la protección de los niños de la vereda de Cuaical en el hogar comunitario “Divino Niño Jesús”, miembro de la Asociación de Hogares Comunitarios de Bienestar de Miraflores y dirigido por Zoila María Tapie. Dicho hogar dependía administrativa, operacional y financieramente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, órgano que, además, controlaba y supervisaba el funcionamiento del programa y la conducta de quien se desempeñaba como

madre comunitaria; de esta forma, se desvirtuó la falta de legitimación en la causa por pasiva, alegada por el Instituto demandado.

Adujo que se demostró la falla en la prestación del servicio por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, toda vez que está probado que la muerte de Adriana Lucía Cumbalaza Quilismal se produjo por una intoxicación exógena que se manifestó con un fuerte dolor de estómago, el cual no pudo ser controlado a tiempo, ya que la madre comunitaria encargada, es decir, la señora Zoila María Tapie, no trasladó a la menor inmediatamente al hospital, sino que la llevó a su casa y la dejó bajo el cuidado de uno de sus hermanos de tan solo 12 años. Esta actuación negligente, a juicio del *a quo*, impidió que la niña recibiera una atención médica oportuna y que, por lo tanto, pudiera recuperarse, pues, según las pruebas testimoniales, otros niños del hogar comunitario también sufrieron de intoxicación, pero en esos casos no hubo consecuencias mortales, ya que ellos sí fueron atendidos rápidamente.

En consecuencia, declaró la responsabilidad del ICBF por la muerte de Adriana Lucía Cumbalanza Quilismal y lo condenó a *“indemnizar a los integrantes del primer grupo familiar... el equivalente a CIEN (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes”* y al segundo grupo demandante le reconoció 50 salarios mínimos legales (f. 215 a 228, c. ppl.).

III. RECURSO DE APELACIÓN

Encontrándose dentro de la oportunidad legal, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar presentó recurso de apelación en contra de la decisión anterior.

Manifestó que, pese a que la demanda también se dirigió en contra de Zoila María Tapie, nada se dijo sobre su contestación de la demanda ni sobre su responsabilidad en el caso y que, si bien en la sentencia *“se habla de ‘acción de repetición”*, ésta no se puede incoar en el presente asunto, toda vez que la madre comunitaria no es un agente estatal, no es representante legal del hogar ni es contratista del ICBF.

Expresó su inconformidad con la condena impuesta, ya que, además de ser ambigua (porque no precisa si las cuantías a pagarse son para cada demandante o para cada grupo familiar), no se demostró si todos los demandantes tenían un

vínculo cercano y de convivencia con la menor (f. 230 a 235, c. ppl.).

IV. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación se concedió el 4 de junio de 2004 y se admitió en esta Corporación el 10 de septiembre del mismo año. El 17 de enero de 2005, se corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que rindiera concepto (f. 243, 248 y 252, c. ppl.).

En esa oportunidad, el ICBF manifestó que Zoila María Tapie, madre comunitaria a cargo del mencionado hogar, elegida por la asociación de padres de los niños beneficiarios del programa de protección de menores desarrollado por el ICBF, fue *“la directa responsable de este accidente”* y, como entre ella y el instituto no existió relación laboral o vínculo jurídico alguno, debe declararse la inexistencia del nexo causal entre el daño y la falla del servicio imputada, ya que aquél fue causado por un tercero ajeno a la Administración (f. 354 a 357, c. ppl.).

El Ministerio Público emitió su concepto en el sentido de solicitar que se modifique la sentencia apelada y se declare solidariamente responsable a Zolia María Tapie por los daños causados con la muerte de Adriana Lucía Cumbalanza, ya que, en el momento de los hechos, cumpliendo funciones propias de un servicio público a cargo del ICBF, incurrió en un comportamiento a todas luces descuidado, pues, a pesar del mal estado de salud que presentó la menor, no la trasladó a un centro médico y, en su lugar, la regresó a su vivienda, dejándola a cargo de un menor de edad.

En cuanto a la indemnización por perjuicios morales, sostuvo que debe ser reconocida únicamente respecto de los padres y hermanos de la víctima (primer grupo familiar), pues los demás demandantes no acreditaron el dolor ni la aflicción que aseguraron haber sufrido por la muerte de Adriana Lucía; por lo tanto, no tienen derecho a ningún resarcimiento (f. 361 a 376, c. ppl.).

V. CONSIDERACIONES

Competencia

Las normas de asignación de competencia que rigen la actuación se encuentran previstas en el Decreto 597 de 1988, conforme al cual, para que el asunto pueda

ser tramitado en segunda instancia, la cuantía del proceso debe exceder de \$36'950.000. Comoquiera que la pretensión de mayor valor formulada en la demanda corresponde a la suma de \$50'000.000, solicitada por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, se concluye que esta Corporación es competente para conocer del recurso interpuesto.

Consideraciones previas

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y pretendió trasladar la responsabilidad del cuidado de los niños a un tercero, con fundamento en la suscripción del contrato de aporte 522620010214 del 2 de enero de 2001, mediante el cual la Asociación de Hogares Comunitarios del Bienestar de Miraflores se obligó a realizar, entre otras actividades, acciones de formación para el desarrollo integral de menores de 7 años pertenecientes a familias de alta vulnerabilidad. Como documento adjunto a la contestación de la demanda, el instituto aportó, en copia simple, el mencionado contrato, con el fin de que sea valorado.

En relación con las copias simples, la Sala ha dicho que *“no son medios de convicción que puedan tener la virtualidad de hacer constar o demostrar los hechos que con las mismas se pretendan hacer valer ante la jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impide su valoración probatoria, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 254 del C. de P. Civil...”*³.

Quiere decir lo anterior que las copias sólo son admisibles y pueden ser valoradas siempre que puedan reputarse auténticas, de conformidad con el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, que dispone:

“Artículo 254.- (Modificado por el Decreto Ley 2282 de 1989, artículo 1. numeral 117) **Valor probatorio de las copias.** Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos:

“1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.

“2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente.

“3. Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra

³Sentencia del 2 de mayo de 2007. Expediente 31.217

cosa”.

Si bien esta Corporación otorga valor probatorio a documentos allegados en copia simple, cuando previamente son decretados como prueba y los aporta directamente la entidad estatal demandada, esto es, sin intervención de apoderado⁴, no es menos cierto que ello no ocurre en este proceso, toda vez que la copia simple del mencionado contrato fue allegada por el apoderado del ICBF con la contestación de la demanda⁵, como ya se dijo atrás; por ende y comoquiera que dicha copia no encuadra en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 254 recién transcrito, no puede dársele valor probatorio alguno en este proceso y, en consecuencia, se desestimaré la excepción propuesta y se verificará la responsabilidad del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en los hechos objeto de la demanda.

Ahora, si en gracia de discusión se aceptara la existencia y validez del referido contrato de aporte suscrito entre el ICBF y la Asociación de Hogares Comunitarios del Bienestar de Miraflores, ello no resultaría suficiente para desligar al Estado del estudio de responsabilidad que se pretende en estos casos y, en su lugar, vincular únicamente al hogar comunitario. En este sentido, esta Corporación ha sostenido que, si bien el programa de protección de menores es ejecutado de manera directa por la comunidad, mediante la implementación de hogares comunitarios, no es posible desconocer la labor que ejerce el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en la creación, apoyo, supervisión y control sobre esos centros de atención básica de la niñez.

Al respecto, el Consejo de Estado ha dicho:

“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,

⁴ Ver sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, febrero 4 de 2010, expediente 17109; 28 de abril de 2010, expediente 18168, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵ F. 78 a 81, 129, 149 a 152, c. 1.

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 su 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”⁶.

Así las cosas, aún cuando el hecho dañoso ocurre en los hogares comunitarios, inclusive por la acción u omisión de la madre comunitaria, es el ICBF el llamado a responder, toda vez que es ese instituto el que ejerce la dirección, el control y la vigilancia del servicio público de protección de los niños⁷.

Valoración probatoria y caso concreto

El daño antijurídico alegado por los demandantes se encuentra acreditado con el registro civil de defunción, el protocolo de necropsia 31 del 15 de noviembre de 2001 y el acta de levantamiento del cadáver 007, según los cuales la menor Adriana Lucía Cumbalanza Quilismal falleció el 13 de noviembre de 2001, en el municipio de Cumbal (Nariño), como consecuencia de una “*Intoxicación exogena (sic)*” que le produjo un “*Paro cardiorespiratorio y falla multisistémica (sic)*” (f. 21, 122 a 125 y 126, c. 1).

Está probado, mediante un informe de supervisión del 28 de agosto de 2001, realizado por el ICBF – Regional Nariño – Centro Zonal 4 de Ipiales al Hogar Comunitario de Bienestar de Miraflores que este último, a cargo de la madre comunitaria Zoila María Tapie, se vinculó al programa de protección de la niñez desde el 7 de junio de 1994 y que, para la fecha de la visita de supervisión, la niña Adriana Lucía Cumbalanza Quilismal, de 3 años de edad, estaba inscrita y asistía al mencionado hogar (documento original que obra a f. 160 y 161, c. 1).

Está acreditado, con las pruebas testimoniales practicadas, que, el 13 de noviembre de 2001, Adriana Lucía Cumbalanza fue dejada bajo el cuidado de la madre comunitaria Zoila María Tapie y que, en horas de la tarde, fue devuelta a su casa en mal estado de salud. De ello dan cuenta los siguientes testigos (se transcribe tal como obra en el expediente):

- “Ese día 13 de noviembre de 2001 ... mi mamá ZOILA fue a recoger a la niña ADRIANA LUCIA CUMBALANZA... me fui a dejar el almuerzo a mi padrastro. Después regresé por la tarde a de ver sido como la una y media o más tarde, mi mamá ZOILA ya había estado haciendo el refrigerio para darles a los niños entonces me

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de diciembre de 1993, expediente 8218, M.P. Julio César Uribe Acosta.

⁷ Al respecto, ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 9 de mayo de 2011, expediente 36912, C.P. Enrique Gil Botero.

contó que la niña se había enfermado y que había ido a dejarla donde los papas, porque la niña había dicho que la vaya a dejar donde los papas” (testimonio de Luz Marina Tapie Alpala, f. 185, c. 1).

- “Ese día vimos mi esposa MARIA ALPALA y yo mas o menos a la una y media (1:30 p.m.) que la llevaba doña ZOILA TAPIE a la niña en la espalda, se le dije a mi esposa que pasaría con la niña entonces ella dijo le dio gripa posiblemente de dio gripa y vimos que la fue a dejar a la casa de los papas” (testimonio de Omar Samuel Aplala, f. 179, c. 1).

Está probado que transcurrió más de una hora desde que la menor fue dejada en su casa hasta que fue auxiliada por su tía, la señora Mercedes Cumbalanza, y por los vecinos del sector, quienes se encargaron de trasladarla al hospital del municipio. Así lo manifestaron los testigos (se transcribe tal como obra en el expediente):

- “... cuando yo la vi corriendo a doña MERCEDES le pregunté, porque corría, entonces ella me dijo corran porque la Adrianita esta enferma parece que se va a morir, entonces estábamos con mi mama y nos fuimos corriendo a verla, cuando nosotros llegamos empezó a vomitar y yo me la marque y la puse boca abajo a la niña, entonces como mi primo PEDRO IVAN TARAPUEZ queda ahí al ladito (sic), y tiene una moto, entonces le dije vamos saque la moto y vamos rápido, porque la niña esta enferma, el dejo sacando la moto y corrió a la casa a sacarla a la niña, entonces el se la marco y yo seguí atrás corriendo, entonces en el camino yo ya me la marque a la niña y el ya prendió la moto y nos vinimos aquí al hospital pensando que le íbamos a salvar la vida a la niña pero fue imposible, cuando ya llegamos la niña ya no reacciono” (testimonio de Stella Del Carmen Tarapuez Alpala, f. 177 a 178, c. 1).
- “... a mí me avisaron como a las dos y media de la tarde ..., pues me llegaron a comunicar a esa hora que viniera a dejarla a la niña acá al hospital que estaba enferma o sea que llegó mi prima a la casa STELLA TARAPUEZ, y me dijo que la niña estaba enferma, me dijo vamos a dejarla al hospital porque esta que se muere, a esa hora yo salí corriendo hacia la casa donde yo vivo, a sacar un moto y rápido la trajimos al hospital entre ambos con STELLA” (testimonio de Pedro Iván Tarapuez Cuiacal, f. 176, c. 1).
- “... más o menos a las tres a de ver sido ... vimos salir a MERCEDES Cumbalanza que pedía ayuda por la niña, ella decía corran vecinos la niña esta enferma y parece que se va a acabar, cuando yo corrí cierto a ver a la niña ya parecía que ella estaba dando el ultimo suspiro, entonces los vecinos la ayudaron a bajar al hospital en una moto, la bajaron en la moto PEDRO TARAPUEZ y la señora STELLA TARAPUES” (testimonio de Omar Samuel Alpala, f. 179, c. 1).

En la necropsia realizada a Adriana Lucía Cumbalanza Quilismal, remitida en copia autenticada por el Hospital de Cumbal E.S.E., quedó consignado que, el 13 de noviembre de 2001, a las 3:00 p.m., la paciente ingresó al servicio de urgencias de ese establecimiento *“sin signos vitales, se realiza resucitación cardio pulmonar sin obtener buenos resultados, se realiza lavado gástrico, sin encontrar contenido, se percibe ligero olor a órgano fosforados (sic), se procede a realizar entubación endotraqueal encontrando gran cantidad de secreciones bronquiales y espasmo bronquial paciente fallecida”* (F. 122 a 125 c. 1).

La Secretaría Municipal de Salud de Cumbal, con oficio SMS010 del 8 de mayo de 2003, remitió al proceso el resultado del análisis químico toxicológico⁸ realizado a los alimentos que habría ingerido la niña Cumbalanza Quilismal (moras, jugo de mora y uchuvas), en el que *“no se encontraron residuos de pesticidas organofosforados inhibidores de colinesterasa e insecticidas azufrados”* (f. 116, c. 1).

Ahora, sobre la existencia de sustancias peligrosas en el hogar comunitario del ICBF se tiene la versión de Luz Marina Tapie Alpala, hija de Zoila María Tapie, madre comunitaria, quien afirmó lo siguiente (se transcribe tal como obra en el expediente):

“... siempre en el campo si se tiene ciertos fungicidas pero en un sitio seguro donde no alcancen los niños, en mi casa si tenemos esos fungicidas ... pero los fungicidas estaban en un sitio donde no alcanzan los niños, esos fungicidas estaban atrás en una cuyera y en el alto en piso arriba como tres metros arriba ... pero allí nunca entraban los niños, no los hacíamos entrar porque la puerta la sabíamos mantener cerrada no con candado pero cerrada. En cuanto a la bomba de fumigar esa si estaba en otra parte de la casa, estaba en el segundo piso en un cuartico (sic) chiquito, y en ese cuarto también había una libra de remedio de MANZANTE, de esos polvos para fumigar ... pero allí los niños nunca los hacíamos subir y ellos tampoco nunca intentaban subir para arriba. Nosotros en la casa estábamos conscientes de que los remedios deben estar fuera del alcance de ellos” (f. 186, c. 1).

De todo lo anterior se puede concluir que, el 13 de noviembre de 2001, la niña Cumbalanza Quilismal ingresó al hogar comunitario del ICBF de Cumbal y que quedó bajo el cuidado de la madre comunitaria, Zolia María Tapie, quien, al percatarse de su mal estado de salud, la llevó de regreso a la casa de sus padres

⁸ F. 115 a 117, c. 1.

(siendo aproximadamente la 1:30 p.m.) y, pese a la ausencia de aquellos, la dejó allí (no está probado fehacientemente que la dejó bajo el cuidado de otro menor)⁹. También se tiene certeza de que, cerca de las 3:00 p.m., los vecinos fueron alertados sobre el grave estado que presentó la niña, por lo que dos de ellos la trasladaron de urgencia al hospital municipal; sin embargo, llegó sin signos vitales.

Ahora, si bien se sabe que la causa del fallecimiento de la menor fue una intoxicación exógena y que en el hogar comunitario del ICBF habían sustancias químicas destinadas para fumigar y repeler la presencia de insectos, lo cierto es que se desconocen las circunstancias en las que la víctima resultó contaminada; no obstante lo anterior, la Sala determinará si existen elementos procesales que, por vía de indicios, permitan construir la imputación de responsabilidad en cabeza del Estado. Sobre la prueba indiciaria la Sala ha sostenido lo siguiente:

“Los indicios son medios de prueba indirectos y no representativos, como sí lo son el testimonio y la prueba documental, y no pueden ser observados directamente por el juez, como por ejemplo sucede en la inspección judicial. En la prueba indiciaria el juez tiene ante sí unos hechos probados a partir de los cuales debe establecer otros hechos, a través de la aplicación de reglas de la experiencia, o principios técnicos o científicos. En pocos términos, el indicio es una prueba que construye el juez con apoyo en la lógica, partiendo de la existencia de unos hechos debidamente acreditados en el proceso. Por eso, al margen de las controversias que se suscitan en la doctrina en relación con este aspecto, puede afirmarse que el indicio se integra con los siguientes elementos:

“-Los hechos indicadores, o indicantes: son los hechos conocidos: los rastros o huellas que se dejan al actuar, la motivación previa, etc., son las partes circunstanciales de un suceso, el cual debe estar debidamente probado en el proceso.

”-Una regla de experiencia, de la técnica o de la lógica, es el instrumento que se utiliza para la elaboración del razonamiento.

“-Una inferencia mental: el razonamiento, la operación mental, el juicio lógico crítico que hace el juzgador; la relación de causalidad entre el hecho indicador y el hecho desconocido que se pretende probar.

“-El hecho que aparece indicado, esto es, el resultado de esa operación mental.

“(…).

⁹ Al respecto, existen versiones de testigos de oídas (Juan Bautista Yama Alpala y Stella del Carmen Tarapuez Alpala, f. 175 y 177, c. 1) que no pueden ser valoradas, toda vez que no identifican a la persona que les transmitió la información de los hechos objeto de sus declaraciones y no cuentan con respaldo en el acervo probatorio.

“Una vez construida la prueba indiciaria, el juez deberá valorarla teniendo en cuenta su gravedad, concordancia, convergencia y relación con los demás medios prueba que obren en el proceso. Para efecto de establecer su gravedad, la doctrina ha señalado algunos derroteros que pueden resultar de ayuda para el juez. Por ejemplo, ha clasificado los indicios en necesarios y contingentes, entendiendo como necesarios, aquellos que de manera infalible muestran la existencia o inexistencia de un hecho que se pretende demostrar, o revelan en forma cierta la existencia de una constante relación de causalidad entre el hecho que se conoce y aquel que se quiere demostrar y son, por lo tanto, sólo aquellos que se presentan en relación con ciertas leyes físicas, y como contingentes, los que revelan de modo más o menos probable cierta causa o cierto efecto. Estos últimos son clasificados como graves o leves, lo cual depende de si entre el hecho indicador y el que se pretende probar existe o no una relación lógica inmediata.

“La concordancia hace referencia a los hechos indicantes. Se predica esa característica cuando los mismos ensamblan o se coordinan entre sí; en tanto que la convergencia se refiere al razonamiento lógico que relaciona esos hechos para determinar (sic) si esas inferencias o deducciones confluyen en el mismo hecho que se pretende probar”¹⁰.

Dicho lo anterior, la Sala encuentra que otros niños, que también se encontraban en el hogar comunitario de Cumbal el día de los hechos, fueron trasladados al hospital por presentar síntomas de intoxicación; al respecto, los testigos manifestaron (se transcribe tal como obra en el expediente):

- “ese día de los hechos, llegó como a las cinco (5:00) de la tarde a mi casa Marina Tapie quien se desempeña como auxiliar en el Hogar Comunitario y dijo que no la querían atender en el hospital, que hiciera el favor de acompañarla para que la atiendan que ella venía con la niña enferma, veníamos de mi casa al hospital ... entonces fui a hablar con la trabajadora social y le pregunté porque no la atiende a la niña, que la niña estaba enferma que venía de arriba de una vereda y que había otros niños enfermos que hicieran el favor de mandar una ambulancia para traerlos a los niños acá a todos para examinarlos, entonces fuimos a traerlos en la ambulancia para que los mire el médico” (testimonio de Marlene Erazo de Escobar, trabajadora del hogar comunitario, f. 182 a 183, c. 1).

- “me mandaron a traer a los demás niños ... para llevarlos al hospital ... entonces yo ya llegue a mi casa y como era tarde, a los demás niños ya los había ido a dejar a las casas, entonces ya le dije a mi mama que tocaba bajarlos a los demás niños al hospital, fue cuando estábamos allí que llegó la señora MARLENE ERAZO,

¹⁰ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, 2 de mayo de 2007, expediente 15700, C.P. Ruth Stella Correa.

llevando la ambulancia para llevarlos a los niños al hospital y en ese momento fuimos a las casas de cada uno y los reunimos para llevarlos al hospital, de los niños todos no estaban enfermos, solo tres (3) de ellos LEYDI JOHANA ALPALA, DARWIN ALBEIRO TAPIA Y MARTIN CHINGUAL, ellos eran los que habían presentado así como síntomas de dolor de estómago y vómito pero no estaban graves, ellos caminaban, los niños del hogar en ese entonces eran doce (12)” (testimonio de Luz Marina Tapie Alpala, f 185, c. 1).

- “inmediatamente salió una ambulancia a la vereda y recogieron a todos los niños, resultaron dos niños más intoxicados y a ellos si los salvaron. A mí me consta porque yo tenía a mi niña en el hogar” (testimonio de Juan Bautista Yama Alpala, f. 174, c. 1).

Este hecho indicador, esto es, que otros niños que, el día de lo hechos, asistieron al hogar comunitario del ICBF del Cumbal, hubieran presentado síntomas de intoxicación, aunado a la versión de Luz Marina Tapie Alpala, quien afirmó que su madre, Zoila María Tapie, le dijo que *“les había dado unas uvillas y que de ahí la niña se había enfermado”*¹¹, permite establecer que Adriana Lucía Cumbalanza Quilismal resultó contaminada con algún elemento o sustancia dañina mientras se encontraba en dicho hogar. Este supuesto fáctico constituye, entonces, una falla en la prestación del servicio por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y de Zoila María Tapie, máxime que, en su posición de garantes de los niños de alta vulnerabilidad dejados a su cargo y con la responsabilidad de ejercer una función pública como lo es la protección de los menores que viven dificultades sociales, familiares y personales, están en la obligación de adoptar todo tipo de medidas de cuidado y de seguridad necesarias para preservar la integridad de aquéllos.

Vistas así las cosas, en virtud del artículo 2344 del C. C.¹², aplicable a este caso por remisión del artículo 267 del C.A.A., la obligación de responder patrimonialmente, a fin de reparar los perjuicios morales causados a los demandantes, es imputable solidariamente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a la señora Zoila María Tapie, madre comunitaria del mencionado hogar, por cuanto el deber de velar por la seguridad de los menores que asistían al mismo, estaba a su cargo.

Liquidación de perjuicios morales

¹¹ F. 15 a 20, c. 1.

¹² “Artículo 2344. Responsabilidad Solidaria. Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355”.

La parte actora acreditó el parentesco entre la niña Adriana Lucía Cumbalanza Quilismal (víctima) y los afectados Campo Elías Cumbalanza Puenayán (padre), María Filomena Quilismal Tapie (madre), José Manuel, Luis Eduardo, Héctor Aníbal, Segundo Alirio y Silvio Rodrigo Cumbalanza Quilismal (hermanos), ya que obra en el expediente copia auténtica del registro civil de nacimiento de cada uno de ellos¹³.

En este sentido, la Sala da por probado el perjuicio moral que sufrieron los miembros de este grupo familiar, con ocasión de la muerte de su hija y hermana, por cuanto, a partir de las reglas de la experiencia, se presume que el fallecimiento de un pariente cercano causa dolor, aflicción y congoja en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto dentro de la familia. Así, entonces, habrá lugar a reconocer la suma equivalente en dinero a 100 smmlv a favor de cada uno de sus padres y 50 smmlv a favor cada uno de los hermanos, como indemnización de perjuicios morales.

Por otro lado, con los registros civiles que obran a folios 22 a 24 del cuaderno 1, está acreditado el parentesco entre la víctima y Marco Tulio, María Corina y Campo Elías Quilismal Tapie y María Raquel Tapie (tios maternos).

No sucede lo mismo con Mercedes Cumbalanza Puenayán ni con Segundo Máximo Alpala Puenayán, pues, aunque aseguraron ser tíos paternos de la menor fallecida, no obra registro civil de nacimiento del señor Campo Elías Cumbalanza Puenayán (padre de la menor), de manera que no es posible determinar tal parentesco, pues así no se puede determinar si éste y aquéllos son en verdad hermanos.

María Isaura Tapia tampoco acreditó ser tía materna de Adriana Lucía Cumbalanza Quilismal, ya que, según su registro civil de nacimiento (folio 25 del cuaderno 1) María Isaura es hija de Margarita Tapia, al paso que la madre de Adriana Lucía, María Filomena Quilismal Tapie, es hija de Margarita Tapie, según consta en el registro civil de nacimiento de doña María Filomena visible a folio 26 del cuaderno 1.

Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que, cuando

¹³ F. 11 a 19, c.1.

el daño consiste en la muerte de una persona, se presume, conforme a las reglas de la experiencia, el dolor moral, la angustia y aflicción respecto de los seres queridos más cercanos a la víctima directa del mismo, como el cónyuge, los padres, los hijos, los hermanos y los abuelos; por el contrario, respecto de personas cuyo parentesco sea diferente al de aquéllos, como los tíos o sobrinos, no existe presunción alguna¹⁴ y, en consecuencia, deben probar los vínculos de afecto que los ligan con la víctima¹⁵.

Así las cosas, comoquiera que la demostración del parentesco entre la occisa y los tíos no es suficiente para que se de por establecido el daño moral y, atendiendo a la ausencia demostrativa del lazo afectivo entre ellos¹⁶, no se accederá al reconocimiento de perjuicios morales a favor de quienes actuaron en tal calidad (tíos de la menor fallecida).

Finalmente, la Sala considera que el reconocimiento de perjuicios morales a favor de la señora Margarita Tapie no es procedente, toda vez que, si bien figura en la demanda como miembro de la parte accionante, en calidad de abuela materna de la víctima, lo cierto es que ella no otorgó poder alguno para que se demandara en su nombre¹⁷ y, más aún, tampoco fue reconocida como parte activa en el auto que admitió la demanda¹⁸.

Condena en costas

En consideración a que no se evidenció temeridad ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de octubre de 2007, actor: Teotiste Caballero de Buitrago y otros, expediente 16058, C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁵ En los términos expuestos por los doctrinantes Guillermo y Eduardo Ospina en su obra *Teoría general del negocio jurídico* (Edit. Temis S.A., Bogotá, 2005), algo similar sucede cuando existe amenaza de fuerza sobre los parientes enunciados en el artículo 1513 del Código Civil, pues, en este caso, la configuración del vicio del consentimiento se favorece por la presunción legal; pero, no sucede lo mismo respecto de los demás parientes ya que, en esos eventos, se debe demostrar que el consentimiento se emitió para evitarles un mal irreparable y grave, atendiendo a la cercanía y familiaridad que se tiene con ellos.

¹⁶ Los testigos Juan Bautista Yama Alpala, Stella Del Carmen Tarapuez Alpala y Omar Samuel Alpala, después de nombrar a cada uno de los miembros de la familia de Adriana Lucía Cumbalanza, entre ellos, a los tíos, manifestaron, de manera general, que todos sufrieron por la pérdida de la menor; sin embargo, ello no es suficiente para tener por acreditado el perjuicio moral cuya reparación se reclama respecto de aquellos familiares en tercer grado de consanguinidad con la víctima, ya que aquéllos (los testigos) no dijeron nada que permitiera determinar la congoja y aflicción padecida por cada uno de ellos (f. 175, 178 y 179, c. 1).

¹⁷ Poder visible a folios 11 a 13 desprovisto de la rúbrica y de la presentación personal de Margarita Tapie.

¹⁸ F. 29 a 30, c. 1.

Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

MODIFICAR la sentencia del 30 de abril de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLÁRANSE administrativa, patrimonial y solidariamente responsables al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a Zolila María Tapie, por los perjuicios ocasionados a la parte demandante con la muerte de Adriana Lucía Cumbalanza Quilismal.

SEGUNDO: En consecuencia, **CONDÉNASE** al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a Zolila María Tapie a pagar, a título de indemnización por perjuicios morales, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor de cada uno de los padres de la víctima, señores Campo Elías Cumbalanza Puenayán y María Filomena Quilismal Tapie, y cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor de cada una de las siguientes personas: José Manuel Cumbalanza Quilismal, Luis Eduardo Cumbalanza Quilismal, Héctor Aníbal Cumbalanza Quilismal, Segundo Alirio Cumbalanza Quilismal y Silvio Rodrigo Cumbalanza Quilismal.

TERCERO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: ABSTIÉNESE de condenar en costas.

QUINTO: Una vez en firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

SEXTO: DESE cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil. Para tal efecto, el Tribunal Administrativo de Nariño cumplirá los dictados del artículo 362 del C.P.C.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
ZAMBRANO BARRERA**

CARLOS ALBERTO