



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



SIGCMA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, veinticuatro (24) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: ANA KARINA SUÁREZ BARRIOS Y OTROS
DEMANDADO: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
RADICADO: 20-001-33-33-001-2015-00208-01
MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA

I. ASUNTO.-

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada y la parte demandante, contra la sentencia de fecha trece (13) de Diciembre de 2017, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, por medio de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, así:

“PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones de **INEXISTENCIA DEL DAÑO ANTIJURIDICO EN CABEZA DEL ICBF, INEXISTENCIA DEL FACTOR DE ATRIBUCION Y HECHO DE UN TERCERO** alegadas por la demandada.

SEGUNDO: Declarar administrativa y patrimonialmente responsable al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**, por la falla en el servicio que trajo como consecuencia la lesión al menor **DANIEL FELIPE GOMEZ SUAREZ**, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Condenar al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** a cancelar a los demandantes, la indemnización por daño moral, conforme a las consideraciones expuestas en esta sentencia, en la siguiente proporción:

DANIEL FELIPE GOMEZ SUAREZ (Victima Directa)	10 SMLMV
DANIS DANIEL GOMEZ SOLANO (Padre)	10 SMLMV
ANA KARINA SUAREZ BARRIOS (Madre)	10 SMLMV
ANDREA GOMEZ MARTINEZ (Hermana)	5 SMLMV
JUAN MANUEL GOMEZ DIAZ (Abuelo)	5 SMLMV
BLANCA EDITH BARRIOS (Abuela)	5 SMLMV

a) La indemnización, por el daño moral en la modalidad del daño a la salud causado al menor **DANIEL FELIPE GOMEZ SUAREZ** equivalente a 80 SMLMV

CUARTO: El valor que le corresponde al menor DANIEL FELIPE GOMEZ SUAREZ- víctima directa- y ANDREA GOMEZ MARTINEZ –hermana de la víctima directa- por concepto de indemnización por perjuicios morales y/o materiales, debe ser cancelado por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR a las personas que acrediten tener la custodia de los menores.

QUINTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Condenar en COSTAS a el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y para efectos de Agencias en Derecho se fija el 7% del monto de las pretensiones que tienen contenido pecuniario y que fueron reconocidas en esta sentencia. Líquidense por secretaria.

SEPTIMO: Esta sentencia se cumplirá conforme a los artículos 187 y 192 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: Por secretaria cúmplase con lo dispuesto en el artículo 203 del C.P.A.C.A., remitiendo la copia íntegra de esta sentencia para su cumplimiento, por parte de la entidad condenada.

NOVENO: Una vez en firme esta sentencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, y archívese el expediente dejando las constancias del caso". (Sic para lo transcrito)

II.- ANTECEDENTES.-

2.1.- HECHOS.-

Se resumen de la siguiente manera:

Relató la apoderada de los demandantes, que en el mes de enero del año 2013, la señora Ana Karina Suárez Barrios matriculó a su hijo Daniel Felipe Gómez Suárez en el Centro de Desarrollo Infantil Temprano Codazzi, instituto que hace parte del programa de Cero a Siempre, creado, dirigido y coordinado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF.

Narró, que el día 25 de febrero de 2013 a las 11 am, al niño Daniel Gómez Suárez, en un descuido de las jardineras y/o cuidadoras de la institución, le quedó la mano derecha atrapada dentro una reja que fue cerrada por un compañero del hogar infantil, razón por la cual fue trasladado al Hospital Agustín Codazzi ESE, en donde quedó constancia que sufrió un trauma en la falange distal del dedo índice derecho, por lo que le realizaron un lavado quirúrgico y sutura de herida.

Expresó, que el día 27 de febrero de 2013, el niño fue llevado nuevamente al centro hospitalario debido a una complicación en la herida y por la gravedad encontrada, fue trasladado a la Clínica Laura Daniela S.A de la ciudad de Valledupar, lugar en el cual estuvo hospitalizado desde el día 28 de febrero hasta el día 6 de marzo de 2013 debido al grave cuadro infeccioso que lo aquejaba, siendo necesario amputarle parcialmente la falange distal del dedo índice de su mano derecha.

Mencionó la apoderada, que un ex miembro de la Junta Regional de Invalidez del Cesar, calificó la pérdida de la capacidad laboral del menor, dictaminando amputación índice interfalangica distal dedo derecho (IFD) más dominancia derecha, con pérdida de capacidad laboral de 7,40% de origen común, con fecha de estructuración del 25 de febrero de 2013, señalándose además, que la

dificultad que padece el menor es una discapacidad relativa a la tolerancia al estrés en el trabajo.

Indicó, que la madre de Daniel Gómez Suárez interpuso ante el ICBF, el día 17 de diciembre de 2013, derecho de petición solicitando copia completa y autenticada del expediente administrativo tramitado por dicha entidad a raíz de la amputación parcial del segundo dedo de la mano derecha de su hijo, obteniendo respuesta el día 20 de diciembre de 2013, entregándosele copias de las distintas visitas domiciliarias efectuadas a la familia del lesionado por parte de la nutricionista-dietista y la psicóloga del CDI Codazzi, quienes establecieron en los informes que a pesar de la lesión de su dedo, el niño presentaba buen estado de salud y de comportamiento social, cuando en la realidad el menor presenta una discapacidad que ha trastornado su vida social, psicológica, ocupacional y laboral, que no le permitirá disfrutar de una vida plena.

Finalmente manifestó, que el menor Daniel Gómez Suárez y sus familiares, por la falla en la prestación del servicio por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través del Centro de Desarrollo Infantil Temprano Codazzi, han padecido un inmenso dolor por el hecho de que uno de los miembros sufrió una lesión grave y que a raíz de lo sucedido el niño disminuyó su habilidad motriz, anuló la posibilidad de practicar diferentes juegos, como bailar trompo o jugar boliche y que debido a su lesión presentó dificultades para agarrar un lápiz, viéndose obligado a aprender a escribir con la mano izquierda, a pesar de ser un niño diestro.

2.2.- PRETENSIONES.-

Se solicita en la demanda que se declare administrativamente responsable al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, por la amputación de la falange distal del dedo índice de la mano derecha del menor Daniel Felipe Gómez Suárez cuando se encontraba bajo la custodia y vigilancia del Centro de Desarrollo Infantil Temprano Codazzi - CDI, institución que hace parte del programa de cero a siempre, dirigido y coordinado por el ICBF.

Que como consecuencia de lo anterior, y a título de reparación directa, se condene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a reconocer y pagar a los familiares y a la víctima directa por los perjuicios morales, alteración grave de las condiciones de existencia o daño en vida de relación, daño a la salud - fisiológico y/o biológico y por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

III.- TRÁMITE PROCESAL.-

3.1.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

El apoderado del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar al contestar la demanda señaló, que el ICBF suscribe contratos de aporte con las asociaciones de padres de familia o con otras organizaciones comunitarias, quienes son los encargados de atender a los niños y niñas, administrar los recursos que son destinados para financiar la dotación inicial, la capacitación, la beca, la supervisión y la evaluación, por lo tanto, esa entidad no es responsable de las docentes, quienes dependen exclusivamente de la asociación de padres de familia del Hogar Infantil de Codazzi.

Expresó, que los medios de prueba aportados no daban certeza frente a la

materialidad de las lesiones sufridas por el menor Daniel Felipe Gómez Suárez, pues la descripción técnica y médica que reposa en el expediente, hace referencia a una intervención quirúrgica, pero no define una incapacidad legal definitiva, ni tampoco contiene secuelas o deformidad permanente que afecte el cuerpo o la salud del niño, elementos que son necesarios para establecer la magnitud o no del perjuicio causado, así mismo la cuantificación o valoración económica que pueda llegar a tener el daño.

Manifestó, en cuanto a la relación de causalidad entre la obligación omitida y el daño producido al menor, que en el asunto existe una causa extraña como el hecho de un tercero, como quiera que el niño se encontraba bajo el cuidado y en las instalaciones del hogar infantil, quienes son responsable de su atención y cuidado y no esa entidad estatal.

Planteó como excepciones *“Ausencia de responsabilidad de la administración pública: inexistencia del daño antijurídico en cabeza del ICBF”, “Ausencia de responsabilidad: inexistencia del factor de atribución”, “hecho de un tercero”, “falta de legitimación en la causa por pasiva” e “inexistencia de causa material que legitime la solicitud de indemnización por perjuicios”.* (Sic).

IV.- PROVIDENCIA RECURRIDA.-

El Juzgado Primero Administrativo Oral de Valledupar, accedió a las pretensiones de la demanda, argumentando que de acuerdo a las pruebas aportadas al proceso y teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial del Consejo de Estado sobre el tema, se podía concluir que existió un daño antijurídico por parte de la entidad demandada, en razón a que las lesiones sufridas por el menor por sí mismas, son una aminoración de distintos bienes jurídicos protegidos y amparados por el ordenamiento jurídico.

De acuerdo a los elementos probatorios aportados al proceso, indicó el a quo que se acreditó que el menor Daniel Felipe Gómez Suárez se encontraba en el CDI al momento de lo ocurrido, gozando de buena condición de salud y vida, razón por la cual dicho organismo adquirió la posición de garante respecto a la vida e integridad del menor y que debido a un descuido y a la mala planeación y organización de la infraestructura donde se encontraba el Centro de Desarrollo Infantil de Codazzi, el niño sufrió lesiones que no debía soportar.

Basado en lo anterior, el juez de primera instancia consideró que existía responsabilidad administrativa y patrimonial por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, debido a que el menor sufrió lesiones en una entidad que se encontraba adscrita a dicho instituto, que fue creado como un servicio público a cargo del Estado, encaminado a promover la integración y realización armónica de la familia, la protección de los niños y niñas del país y la vinculación de las entidades públicas con el fin de elevar un nivel de vida de la familia y de sus integrantes, por lo tanto encontró mérito para acceder a dichas pretensiones en los términos transcritos al inicio de esta sentencia.

V.- RECURSOS DE APELACIÓN.-

El apoderado de la parte demandada presentó recurso de apelación persiguiendo que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a la entidad de las condenas impuestas.

Indica, que el juez no realizó un análisis integral en cuanto a lo probado en el proceso, puesto que el daño no lo causó ninguna acción u omisión del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o de sus agentes, sino que la causa inmediata del daño o quien lo produjo, fue el actuar de un tercero imprudente, como fue la jardinera del CDI infantil temprano de Codazzi llamada Lisbeth Marshall, quien al descuidar al menor ocurrió el accidente, por lo tanto considera que ello rompe el nexo de causalidad y no se puede imputar al Instituto el daño alegado.

Arguye, que el ICBF es el encargado de la supervisión técnica de los Hogares de Bienestar Familiar con la finalidad de asegurar que la atención a los niños y niñas se desarrolle con la mejor calidad, y dicho sistema de supervisión contiene los procedimientos e instrumentos necesarios para verificar que los servicios se presten de conformidad con lo establecido en los lineamientos técnicos y administrativos, lo cual se realiza en las visitas de supervisión técnica.

Añade, que durante las supervisiones realizadas nunca se observó un elemento riesgoso para la salud y vida de los niños, lo cual quedó demostrado con las visitas de supervisión realizadas al Hogar Infantil, y agrega, que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta que es imposible sobrecargar al Estado, obligándolo a tener que realizar una vigilancia de 24 horas al día, sobre cada Hogar que exista en el país, ya que el trabajo de supervisión se hace basado en los principios de buena fe y lealtad, de modo que no existe para ellos una imputación entre la conducta del ICBF y las lesiones causadas al niño.

De igual forma, discrepa con la decisión del a quo respecto al daño a la salud y a la condena en costas impuestas, por lo que solicita, que en caso de que se mantenga la decisión de condenar, se reduzcan lo reconocido por tales perjuicios, pues en caso contrario, se estaría atentando contra los principios de reparación y enriquecimiento sin causa a favor de los demandantes.

En relación con el daño a la salud afirma, que el juez desconoció el precedente judicial de unificación por cuanto para la pérdida de la capacidad sufrida por el menor, la condena máxima era 10 SMLMV, teniendo en cuenta que no existen circunstancias excepcionales que lleven a aumentar el límite máximo señalado por el Consejo de Estado, por lo tanto no le es dable al juez traer aspectos repetitivos como el área cultural para aumentar el rubro.

En cuanto a la condena en costas indica, que el juez debió tener en cuenta el precedente del Consejo de Estado en donde se señala que su valoración debe ser objetiva, se requiere que en el expediente esté demostrado que se causaron, por lo tanto considera, que la condena excede las tarifas reguladoras de las agencias en derecho aplicables a los procesos que se tramiten en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, señaladas en el Acuerdo PSAA-16- 10554 del Consejo Superior de la Judicatura, lo cual indica que existió una desproporción en la cuantía.

Finalmente señala, que debería haber una condena en costas y agencias en derecho a favor del ICBF porque varias de las pretensiones de la demanda fueron negadas en la sentencia y por lo tanto la cuantía de las pretensiones fueron reducidas claramente por el juez.

Por su parte, la apoderada de la parte demandante presentó recurso de apelación, solicitando que se modifique el ordinal tercero de la parte resolutive de la providencia y se reconozca el lucro cesante, pues a pesar de que la pérdida de capacidad laboral del menor no supera el 50%, el niño tiene derecho a una indemnización por este concepto a futuro, los cuales se deben contar desde que se supone empezará su vida productiva.

Añade que no existe duda que la incapacidad parcial de carácter permanente que padece el menor le afectara su porcentaje de productividad cuando llegue el momento de independizarse de su hogar y velar por su propio sustento y el de la familia que conforme, agregando también la falta de oferta laboral para individuos con algún tipo de limitación física, colocándolo en desventaja frente a sus semejantes al momento de iniciar su vida laboral.

V.I - ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.-

El apoderado de la parte demandada presentó sus alegatos de conclusión, reiterando lo manifestado en el recurso de apelación pero agregando una providencia de la H. Corte Constitucional C-611 de 2011.

VII. - CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

El Procurador 47 II Judicial Para Asuntos Administrativos, no emitió concepto al respecto.

VIII.- CONSIDERACIONES.-

8.1.- COMPETENCIA.-

Procederá la Sala a dictar la sentencia que en derecho corresponda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA.

8.2.- PROBLEMA JURÍDICO.-

En atención a los argumentos expuestos en los recursos de apelación que ocupan la atención de esta Corporación, el presente asunto se contrae a determinar, si el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, es o no administrativamente responsable por la amputación parcial de la falange distal del dedo índice de la mano derecha del menor DANIEL FELIPE GÓMEZ SUÁREZ, cuando se encontraba bajo la custodia del Centro de Desarrollo Infantil Temprano Codazzi – CDI. De encontrarse acreditado lo anterior, se analizará las condenas que fueron decretadas por el a quo, como quiera que ello es motivo de apelación tanto de la parte actora como la demandada, finalmente, se analizará si es procedente o no la condena en costas impuesta en contra del ICBF.

8.3- CUESTIÓN PREVIA.-

Previo a analizar el fondo del asunto, este Tribunal considera necesario precisar, que el presente proceso reúne los requisitos legales para su estudio. En efecto, se observa que todos los demandantes están legitimados para actuar en el proceso, además, agotadas las etapas procesales propias del juicio no se advierten motivos de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado; asimismo no se encuentra configurado el fenómeno jurídico de la caducidad del medio de control incoado.

8.4.- FUNDAMENTO JURÍDICOS Y JURISPRUDENCIALES.-

El régimen de responsabilidad patrimonial del Estado al que obedece tal medio de

control, tiene su fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política, el cual le impone a aquél el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, es decir, que el elemento fundamental de la responsabilidad es la existencia de un daño que la persona no está en el deber legal de soportar.

De lo anterior, se observa entonces que no importa si el actuar de la administración fue legal o no, para efectos de determinar la responsabilidad, puesto que la antijuridicidad no se predica de su comportamiento sino del daño sufrido por el afectado, que bien puede provenir de una actuación legítima de aquella; no obstante, la jurisprudencia continúa aplicando los regímenes de imputación de responsabilidad que de tiempo atrás ha ido decantando, ya que ellos facilitan el proceso de calificación de la conducta estatal y la determinación de la existencia del daño y del nexo causal de éste con aquella.

Al respecto, el principal régimen de imputación de responsabilidad es el de la tradicional falla del servicio, dentro del cual ésta surge a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales: El daño antijurídico sufrido por el interesado, la falla del servicio propiamente dicha, que consiste en el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente, una relación de causalidad entre estos dos elementos, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio.

Esto quiere decir, que la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho.

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

Ahora bien, visto lo anterior, es pertinente establecer lo que ha señalado el Consejo de Estado, sobre la posibilidad de declarar la responsabilidad del ICBF, en sede de responsabilidad extracontractual del Estado –vía acción o pretensión de reparación directa–, por los daños irrogados a menores mientras se encuentren bajo el cuidado y protección del ICBF o algún Hogar Comunitario vinculado a dicho Instituto. Sobre el particular, esa Corporación ha discurrido de la siguiente forma:

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

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

"A la luz de las anteriores normas y analizadas en conjunto las pruebas allegadas al proceso, tanto directas como indiciarias, la Sala deduce con certeza, como lo hizo el a quo, que en el caso sub judice se estructuró una falla del servicio por omisión a cargo de la administración, en este caso el ICBF, dado que el niño MAYCOL ESTEVENS RAMIREZ CADAVID falleció en el Hogar Comunitario dirigido por la madre comunitaria señora AURA INES PELAEZ DE ECHEVERRY, cuando esta se encontraba ausente del Hogar, es decir, que fue negligente en el cumplimiento de sus obligaciones y deberes frente al cuidado del niño."¹

.....
..... "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 recurso como aporte al Estado en la solución de sus problemas apremiantes. Pese a la estructura organizativa interna que se le ha dado a los hogares comunitarios y la forma como ellos funcionan pues tienen personería jurídica independiente, es innegable el nexo representativo que surge con el I.C.B.F., tanto es así que el distintivo utilizado para que el público los pueda identificar es el de Hogar Infantil adscrito al Instituto.

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

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

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de septiembre de 1998, Exp. 11130, M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de diciembre de 1993, Exp. 8.218, M.P. Julio César Uribe Acosta, posición jurisprudencial reiterada en sentencia del 26 de mayo de 2010,

para lo transcrito)

En conclusión, siempre que se presente la concreción de daños antijurídicos a los menores que se encuentren bajo el cuidado y protección de los Hogares Comunitarios, el Estado a través del ICBF, está obligado a resarcir los perjuicios que se llegaren a causar, siempre que le sean imputables.

Así las cosas, en aras de puntualizar el caso, la Sala analizará la responsabilidad de la entidad demandada teniendo en cuenta el acervo probatorio arrimado al proceso, que permita determinar si se configura o no la responsabilidad pretendida, con base en lo reglado por la jurisprudencia nacional.

Así al expediente se allegó las siguientes pruebas:

- Registros civiles de nacimiento de DANIEL FELIPE GÓMEZ SUÁREZ, ANA KARINA SUÁREZ BARRIOS, DANIS DANIEL GÓMEZ SOLANO y CAMILA ANDREA GÓMEZ MARTÍNEZ. (Folios 6 a 9)
- Se allegó, copia de la hoja de inscripción del menor DANUIEL FELIPE GÓMEZ SUÁREZ, en el Centro de Desarrollo Infantil Temprano de Codazzi. (Folio 10)
- Se presentó, copia de los seguimientos y visitas nutricional y psicosocial realizadas por el Centro de Desarrollo Infantil Temprano de Codazzi al menor DANIEL FELIPE GÓMEZ SUÁREZ. (Folios 13 a 20 y 279 a 283)
- Se aportó, copia de las historias clínicas del Hospital Agustín Codazzi y la Clínica Laura Daniela, que dan cuenta la atención que recibió el menor DANIEL FELIPE GÓMEZ SUÁREZ. (Folios 21 a 44, 309 a 331, 359 a 368 y 372 a 384)
- Se aportó, dictamen emitido por CESAR SEGUNDO DAZA DÍAZ, médico general, ex miembro de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Cesar y la Guajira, en donde se dictaminó una pérdida de la capacidad laboral del menor DANIEL FELIPE GÓMEZ SUÁREZ del 7.40%, con fecha de estructuración, el día 25 de febrero de 2013, calificación: origen común. De igual forma se allegó, copia de la hoja de vida del mencionado señor. De igual forma, fue recibido la declaración del señor DAZA DIAZ, quien explicó en la audiencia el resumen de su experticia (Folios 45 a 48, 202 a 213 y escuchar cd folio 384A)
- Se adjuntó, copia del Contrato de Aporte No. 20-483-2012 celebrado entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Asociación de padres de familia del Hogar Infantil de Codazzi, junto con la póliza de garantía y la aprobación de la misma. (Folios 121 a 149)
- Informe presentado por la Coordinadora Zonal del Centro Zonal de Codazzi, en el cual le comunica al Director Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Cesar, la queja presentada por la señora ANA KARINA SUÁREZ BARRIOS, por los hechos sucedidos con su hijo el día 25 de febrero de 2013 dentro del CDI Codazzi, lo que conllevó a la amputación de su parcial de su dedo índice derecho, así como también se puso de presente, las acciones adelantadas por el centro zonal con relación a dicho suceso. (Folios 152 a 154 y 271 a 273)
- Copia del Contrato de Comodato No. 20-323-2006 celebrado entre el ICBF Regional Cesar y la Asociación de Padres del Hogar Infantil Codazzi. (Folios 160 a 167)

- Copia de los contratos de prestación de servicios profesionales celebrados por la Asociación de Padres de Familia del Hogar Infantil Codazzi con las señoras: BEISY BEATRIZ ÁVILA VERGARA y YURANIS DAYLIN ARIAS MEZA. (Folios 168 a 177)
- Copia de los contratos a término fijo celebrados entre la Asociación de Padres de Familia del Hogar Infantil de Codazzi y las señoras: ALEXIS ESTHER RIVERA HERRERA, RINA ISABEL MACHADO GUERRERO, YULIS MILETH PEÑALOZA GUERRA, LUZ MERY GARCÍA RICO, EDITH LÓPEZ PÉREZ, ACILDE FRAGOZO, OMAIRA RODRÍGUEZ, ETELVIA MONTES YEPES, GLADYS MARÍA FUENTES ARDILA, GENITH PETRONILA ARGOTE BOLAÑO, MILENA PATRICIA MUÑOZ RODRÍGUEZ, DILMA DEL SOCORRO DURAN OÑATE, YAJAIRA CORZO MARTÍNEZ, YULEIDIS OVALLE SUÁREZ, SARINA LUZ KAMEL CASTRO, GEOVANNA ALEXANDRA MOSQUERA ACOSTA, JENIFFER BOLÍVAR ARIAS, LISBETH NORELA MARSHALL ROSADO y ERALYS YANETH MENDOZA ORTÍZ (Folios 178 a 197)
- Planta de personal al 23 de febrero de 2013 perteneciente al Centro de Desarrollo Infantil Codazzi. (Folio 215)
- Resolución No. 19082 del 16 de diciembre 1985, proferida por el Ministerio de Salud por medio de la cual se le reconoce personería jurídica a la Asociación de Padres de Familia y Vecinos del Hogar Infantil Comunitario de Codazzi. (Folios 217 a 218 y 332 a 333)
- Planilla de pagos de talento humano de la Asociación de Padres de Familia del Hogar Infantil de Codazzi. (Folios 219 y 220)
- Modificación Contrato de Aporte No. 433-2016. (Folios 263 a 265)
- Ruta de reclamo presentado por la madre del menor DANUIEL FELIPE GÓMEZ SUÁREZ. (Folios 274 a 276)
- Acta de compromiso del Centro de Desarrollo Infantil Temprano Codazzi, firmado por la señora ANA KARINA SUÁREZ, madre del menor. (Folio 278)
- Ficha integral del niño y la familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (Folios 286 a 297)
- Registro de visitas realizadas por la Asociación de Padres de Familia del Hogar Infantil de Codazzi al niño DANIEL FELIPE GÓMEZ SUÁREZ. (Folios 298 a 306)
- Comites llevados a cabo en el Centro Zonal Codazzi para socializar el cronograma de capacitaciones. (Folios 334 a 357)
- De igual forma, se recibieron las declaraciones de las señoras MARTHA ROCÍO ZAPATA NÚÑEZ, MARSHALL ROSADO, ASILDE MERCEDES FRAGOZO y ALIRIS YANETH GALEZO PERTÚZ. (Declaraciones que pueden ser escuchadas en el cd visible a folio 384A)

Así las cosas, para efectos de determinar la responsabilidad o no del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar bajo el título de falla en el servicio, debemos acreditar los 3 elementos para que ésta que configure, esto es, el daño, la actuación y el nexo causal entre éstos.

En cuanto al primer elemento, en el caso concreto se encuentra debidamente acreditado el daño antijurídico, consistente en la amputación parcial postraumática

del segundo dedo de la mano derecha del menor DANIEL FELIPE GÓMEZ SUÁREZ, lesión que fue ocasionada cuando se encontraba bajo el cuidado del Hogar Infantil de Codazzi, debidamente probado con las historias clínicas arrojadas al plenario, así como con el informe sobre la pérdida de la capacidad laboral dictaminada por el galeno CESAR SEGUNDO DAZA DÍAZ.

Ahora bien, una vez acreditado el daño, es menester establecer la forma cómo sucedieron los hechos, para determinar si éstos resultan imputables al Estado en virtud de un régimen de carácter subjetivo, basado en la teoría de la falla del servicio, por omisión a la hora de prestar protección y vigilancia a los niños del hogar comunitario del Municipio de Agustín Codazzi – Centro de Desarrollo Infantil Temprano, programa que por disposición legal es ejecutado y supervisado por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF. Para ello, es menester traer a colación el régimen legal y análisis de las funciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

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

En relación con la protección de la infancia, la niñez y la adolescencia, la Constitución Política estableció diversos principios, derechos y garantías fundamentales que se traducen en los siguientes postulados: *i)* el principio de protección constitucional reforzada contenido en el inciso tercero del artículo 13 superior; *ii)* el principio de interés superior de los niños y niñas y de prevalencia de los derechos de éstos sobre los derechos de los demás (inciso final artículo 44 C.P.); *iii)* la protección especial a los derechos a la integridad física, a la salud, a la seguridad social, a la alimentación equilibrada, al nombre, a la nacionalidad, a tener una familia y no ser separado de ella, al cuidado y el amor, a la educación y a la cultura, a la recreación y a la libre expresión de su opinión; *iiii)* el deber en cabeza del Estado de protección especial contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos, y *v)* la titularidad de protección de los derechos de los niños y niñas del país por parte de la familia, la sociedad y el Estado.

Ahora bien, como corolario del precedente jurisprudencial citado en párrafos anteriores, el Consejo de Estado ha sido reiterativo en señalar la responsabilidad por los daños padecidos por menores en centros de rehabilitación o resocialización, por cuanto:

"[...] cuando la persona que padece el daño es un niño, niña o adolescente que se encuentra en un centro especializado de reeducación o rehabilitación, las condiciones de responsabilidad se tornan aún más exigentes en virtud de la protección constitucional especial de que gozan a partir de la prevalencia del derecho de aquéllos sobre los de los demás (artículos 44 y 45 C.P.), sin que para efectos del alcance de la protección constitucional especial tenga incidencia la distinción entre "niños y niñas" y "adolescentes", como lo ha reconocido la Corte Constitucional en los siguientes términos: "La Carta utiliza el término adolescentes para referirse a aquellos jóvenes que no han alcanzado aún la mayoría de edad, pero que tienen capacidad y madurez para participar en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud, sin definir cuándo comienza y a qué edad termina la adolescencia. Lo que se

buscó con tal consagración fue pues garantizar la protección y la formación física, psicológica, intelectual y social, así como la participación activa de los jóvenes en la vida cultural, deportiva, política, laboral y económica del país, promoviendo su intervención en las decisiones de los organismos que tienen a su cargo políticas respecto de ese grupo de la población. Así, la distinción entre niño y adolescente, no se hizo para efectos de la prevalencia de sus derechos, sino de la participación. La intención del constituyente no fue excluir a los adolescentes de la protección especial otorgada a la niñez, sino hacerla más participativa respecto de las decisiones que le conciernen.”³

“En efecto, los principios constitucionales contenidos en esas disposiciones no pueden ser ajenos al escenario de la responsabilidad extracontractual del Estado, más aún cuando el daño tiene su génesis al interior de una institución técnica encargada de suministrar los servicios de rehabilitación y resocialización de los adolescentes infractores de la ley penal, razón por la cual se encuentra vinculada por la protección reforzada referida, así como por el principio del interés superior del niño⁴, es decir, que al margen de que se trate de un menor infractor el Estado está en la obligación de suministrarle todos los medios necesarios para obtener una efectiva reeducación y resocialización, sin que ese procedimiento signifique la posibilidad de sacrificar el postulado de dignidad humana de que goza el adolescente, razón por la que no puede ser sometido a tratos crueles o degradantes, así como a sanciones o penas que desconozcan la finalidad del instrumento de protección, en este caso, el manejo terapéutico del menor contraventor de la legislación penal.”⁵ (Sic)

En virtud de lo anterior, siempre que se ocasionen daños a menores que se encuentren bajo el cuidado y vigilancia de estos hogares comunitarios, el Estado, a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar debe responder patrimonialmente por los perjuicios que se llegaren a ocasionar, los cuales deben estar plenamente demostrados.

En el caso concreto, considera este Tribunal, que existe suficiente material probatorio para determinar que el ICBF, sí es responsable en el daño que le fue ocasionado al menor DANIEL FELIPE GÓMEZ SUÁREZ, por las razones que pasan a explicarse:

En primer lugar, tal como indicó el a quo, cuando sucedieron los hechos, el menor DANIEL FELIPE GÓMEZ SUÁREZ, se encontraba en una situación de incapacidad, teniendo en cuenta que tenía 1 año y 9 meses, lo que quiere decir, que no estaba en la condición de auto protegerse, además de ello, también es evidente, que éste cuando ingresó al CDI de Codazzi, se encontraba en perfectas condiciones, ello se deduce de la hoja de inscripción y de los exámenes que le fueron practicados para el momento en el que iba a ingresar al hogar comunitario, pruebas que fueron arriba señaladas.

En esas condiciones, de entrada, el Estado, por intermedio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, actuando a través del Centro de Desarrollo Infantil Codazzi, estaba obligado a impedir la concreción del hecho dañoso, dada la posición de garante que asume, la cual es entendida como *“...aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes*

³ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-092 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 7 de febrero de 2011, exp. 38382; C.P. Enrique Gil Botero.

consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho.”⁶ (Sic)

Ahora bien, aduce el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que no es la entidad que debe responder por los daños irrogados en el menor, sino la persona donde estaba adscrita orgánicamente la cosa o persona que causó el daño, así como la Asociación de Padres de Familia a la que estaba vinculada la madre comunitaria del hogar comunitario del Municipio de Agustín Codazzi – Cesar, ello en atención al contrato de aportes que fue suscrito.

En virtud de lo anterior, tal como se vio en párrafos anteriores, en Colombia el Sistema de Bienestar Familiar es un servicio público a cargo del Estado, dirigido a promover la integración y realización armónica de la familia, la protección de los niños y niñas del país, y la vinculación de las entidades públicas con el fin de elevar el nivel de vida de la familia y de sus integrantes. En ese ordenamiento, se determinó que una de las entidades principales a cargo del servicio público de Bienestar Familiar sería el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, establecimiento público con competencia a nivel nacional.

Ahora bien, en cuanto a la naturaleza, contenido y alcance del contrato estatal de aportes, el Consejo de Estado ha indicado lo siguiente⁷:

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

“[...] En consecuencia, el contrato de aporte en su condición de contrato atípico se caracteriza porque tiene un sujeto activo calificado y cualificado por la ley, ya que se trata de un negocio jurídico que sólo puede ser suscrito por el ICBF, en el que la entidad pública entrega unos bienes (tangibles o intangibles) al contratista para que este último asuma, a cambio de una contraprestación, la ejecución de un servicio propio del sistema de bienestar social bajo su exclusiva responsabilidad y con personal técnico y especializado a su cargo.

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

Así las cosas, es factible que entre la administración de un hogar comunitario y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF - medie un contrato estatal de aportes, sin que esta circunstancia mute o transforme el servicio que se presta, en esa perspectiva, los hogares comunitarios están

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 4 de octubre de 2007, Exp. 15.567. M.P. Enrique Gil Botero, sentencia del 12 de junio de 2013 Exp. 28.390 y del 24 de julio de 2013, Exp. 23.958, entre otras.

⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 16941, C.P. Enrique Gil Botero.

constituidos con el aval, intervención y supervisión del ICBF, y tienen como finalidad la atención de necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños y niñas de estratos sociales menos favorecidos.

En consecuencia, a través de este tipo de contratos, se acerca a las familias y vecinos de una determinada zona, para que con el apoyo del ICBF, se vinculen al Sistema de Bienestar Familiar y, por lo tanto, promuevan la protección y efectividad de los derechos fundamentales de los niños y niñas que requieran servicios de nutrición, salud y protección, esto regulado por el Decreto 1340 de 1995.

En ese orden de ideas, resulta incuestionable que al margen de la existencia de personería jurídica, autonomía administrativa, operacional y financiera de los entes encargados de la administración de los hogares comunitarios, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF- se encuentra vinculado con su funcionamiento y supervisión, al grado tal que es el encargado de autorizar su creación, ejerce el respectivo control e inspección sobre los mismos, e incluso puede llegar a ordenar su cierre cuando concurren circunstancias que den lugar a ello.

Por lo tanto, no son de recibo los argumentos expuestos por el apelante, 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. Por ello, no es posible desconocer la labor que ejerce el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF- en la creación, apoyo, supervisión y control sobre esos centros de atención básica de la niñez.

De igual forma, tal como quedó acreditado con el precedente jurisprudencial citado en párrafos anteriores, el Consejo de Estado admite la posibilidad de imputar daños ocurridos al interior de hogares comunitarios, inclusive, cuando éstos se han desencadenados directamente por la acción u omisión de la madre comunitaria adscrita al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF-, en la medida en que ese establecimiento público no se puede desprender de la dirección, control y vigilancia del servicio público que en esos centros de atención se presta a la niñez, circunstancia suficiente para desvirtuar los argumentos señalado por el apoderado de la parte recurrente.

En ese orden de ideas, para esta Corporación, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF- sí debe responder patrimonialmente por el daño antijurídico que le fue ocasionado al menor DANIEL FELIPE GÓMEZ SUÁREZ, resultando desacertado que la entidad pública pretenda desligarse de su legitimación en la causa para endilgar en el comportamiento de la madre comunitaria –con quien el ICBF no tiene vínculo legal o contractual– y la asociación a cargo del Centro de Desarrollo Infantil Codazzi, 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.

Se aclara, que 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.

Así las cosas, al interior del plenario está debidamente acreditado, que el menor DANIEL FELIPE GÓMEZ SUÁREZ, el 25 de febrero de 2013, a la edad de 1 año y 9 meses, sufrió amputación parcial del dedo índice de su mano derecha, cuando otra niña cerró una reja en la cual éste tenía metida la mano, ello sucedió mientras se encontraba bajo custodia del Centro de Desarrollo Infantil del Municipio de Codazzi.

Se demostró, a través del informe aportado al proceso, el cual no fue tachado de falso, que el menor presenta una incapacidad laboral del 7.40%, por lo que evidentemente el daño antijurídico está probado, pues existe una lesión a la integridad física del niño, que repercute en la afectación de varios derechos fundamentales, patrimoniales e inmateriales de los cuales es titular, y una afrenta a la órbita subjetiva o emocional de sus padres, hermanos y abuela, quienes no sólo han sufrido por la condición en que éste se encuentra.

En ese contexto, la lesión se tiene por establecida, así como su carácter personal, cierto y antijurídico, pues tanto el menor como sus familiares no estaban en la obligación de soportar las consecuencias negativas que se desprenden de la afectación física que padece aquél, en virtud del desafortunado suceso ocurrido dentro del hogar comunitario del Municipio de Agustín Codazzi.

En consecuencia, este Tribunal confirmará la decisión apelada porque a diferencia de lo sostenido por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF - el daño antijurídico sí le es imputable en el plano fáctico y jurídico, como quiera que al niño DANIEL FELIPE GÓMEZ SUÁREZ, por una circunstancia desconocida mientras se encontraba bajo la protección especial reforzada del servicio de bienestar social, se le desencadenó una lesión irreversible en su integridad física, provocándole una incapacidad física que lo acompañará por el resto de su vida.

Así las cosas, una vez confirmada la responsabilidad en cabeza del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, es menester analizar lo relativo a los perjuicios que fueron reconocidos por el a quo, específicamente el daño a la salud, la negativa en el reconocimiento del lucro cesante y la condena en costas, aspectos que son materia de apelación tanto de la entidad demandada como de la parte actora.

En efecto, el Consejo de Estado en la sentencia proferida el 28 de agosto de 2014, Expediente 31.170 y 28832 señaló:

“En los casos de reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en la sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, y se complementan los términos de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera.

La indemnización, en los términos del fallo referido está sujeta a lo probado en el proceso, única y exclusivamente para la víctima directa, en cuantía que no podrá exceder de 100 S.M.L.M.V, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada, conforme a la siguiente tabla:

REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD	
REGLA GENERAL	
Gravedad de la lesión	Víctima directa
	S.M.L.M.V.

Igual o superior al 50%	100
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10

Bajo este propósito, el juez debe determinar el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano.

Para lo anterior el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima. Para estos efectos, de acuerdo con el caso, se considerarán las siguientes variables:

- La pérdida o anomalía de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente)
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.
- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- La edad.
- El sexo.
- Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima.
- Las demás que se acrediten dentro del proceso.

En casos excepcionales, esto es, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño a la salud, podrá otorgarse una indemnización mayor a la señalada en la tabla anterior, sin que en tales casos el monto total de la indemnización por este concepto pueda superar la cuantía equivalente a 400 S.M.L.M.V. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño, con aplicación de las mismas variables referidas. En conclusión, la liquidación del daño a la salud se efectuará conforme a la siguiente tabla:

REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD	
CONCEPTO	CUANTÍA MÁXIMA
REGLA GENERAL	100 S.M.L.M.V.
REGLA DE EXCEPCIÓN	400 S.M.L.M.V.

Con relación a los parámetros anteriores, se aclara que ellos son excluyentes y no acumulativos, de manera que la indemnización reconocida no podrá superar el límite de 400 S.M.L.M.V.” (Sic)

Así las cosas, en el presente asunto, se encuentra debidamente acreditado que el menor DANIEL FELIPE GÓMEZ SUÁREZ, presenta una pérdida de la capacidad laboral equivalente al 7.40%, porcentaje que no está en discusión, por lo tanto, en aplicación de la sentencia de unificación transcrita, le correspondería por concepto de daño a la salud el equivalente a 10 SMLMV.

No obstante, según el precedente aludido, el juez tiene la libertad de determinar otras variables siempre que atisbe que la lesión le genera alteraciones a nivel del comportamiento y desempeño psicosocial y cultural que agraven la condición de la víctima, variables que fueron señaladas en la sentencia y que el a quo tuvo en cuenta a la hora de aumentar el perjuicio reconocido.

En consecuencia, al revisar los argumentos expuestos por el a quo, y las variables tenidas en cuenta para tasar el daño a la salud, guarda la Sala conformidad con lo allí decidido, en la medida en que no puede perderse de vista que la lesión parcial en el dedo índice de la mano derecha del menor, la cual entre otras cosas, es la dominante según se señaló en la historia clínica, le genera alteraciones en su vida psicosocial y en su desempeño rutinario de manera irreversible, sin contar, que se trata de un menor de edad que cuenta en el Estado Colombiano con una protección reforzada y cuya estabilidad debe ser garantizada.

En efecto, en este asunto estamos ante una lesión ocasionada en un menor de edad, el cual se itera, goza de especial protección por parte del Estado, toda vez que la Constitución Política de 1991 establece la prelación de los derechos de los niños.

La Corte Constitucional en sentencia T-760-08 enfatizó en las medidas de protección especial que se debe a los menores, las cuales deben tener por finalidad garantizar a los niños su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Así se pronunció la Corte frente al derecho a la salud de los menores⁸:

“4.5.2.1. La jurisprudencia constitucional ha expresado en forma reiterada que el derecho a la salud de los niños, en tanto ‘fundamental’,⁹ debe ser protegido en forma inmediata por el juez constitucional en los casos en que sea amenazado o vulnerado.¹⁰ En el caso de los niños y de las niñas, la acción de tutela procede directamente para defender su derecho fundamental a la salud; no se ha requerido, pues, que exista conexidad con otro derecho como la vida o la integridad.¹¹ La jurisprudencia ha señalado que los servicios de salud que un niño

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, actora: Luz Mary Osorio Palacio y otros (acumulado), M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹ Según la Constitución (art. 44), “son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, (...)”. Al respecto pueden consultarse entre otras muchas las sentencias T-514 de 1998, T-415 de 1998, T-408 de 1995, T-531 de 1992, T-287 de 1994, T-556 de 1998, T-117 de 1999. La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, al reconocerse que la infancia supone cuidados y asistencia especiales, dada la falta de madurez física y mental del niño.

¹⁰ Ver, entre muchas otras, las sentencias T-075 de 1996 (MP Carlos Gaviria Díaz, SU-225 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), T-046 de 1999 (MP Hernando Herrera Vergara), T-117 de 1999 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-093 de 2000 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-153 de 2000 (MP José Gregorio Hernández Galindo) y T-819 de 2003 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

¹¹ Sentencia T-860 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett). En la sentencia T-223 de 2004 (MP Eduardo Montealegre Lynett) y T-538 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte reiteró que el derecho a la salud es directamente fundamental frente a los contenidos del POS y del POS.

o una niña requieran son justiciables, incluso en casos en los que se trate de servicios no incluidos en los planes obligatorios de salud (del régimen contributivo y del subsidiado).

4.5.2.2. La protección a los niños es mayor, pues, por ejemplo, se garantiza su acceso a servicios de salud que requiera para asegurar desarrollo armónico e integral. (...) La fundamentalidad del derecho a la salud de los niños ha llevado a la Corte Constitucional a protegerlos incluso para evitar que contraigan enfermedades.

(...) “La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado reiteradamente que el derecho a la salud de los niños, al lado de otros derechos, es en sí mismo un derecho fundamental, con carácter prevalente sobre los derechos de todos los demás. Esta regla encuentra su fundamento en el artículo 44 de la Constitución que señala expresamente: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (...). La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. (...) Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. También el artículo 13 ordena al Estado la protección especial de las personas que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta.” (Sic) (Subrayas fuera del texto)

Además de lo anterior, resalta la Sala que el precedente de unificación establece una regla general para tasar el daño a la salud, señalando que no puede sobrepasar los 100 SMLMV a favor de la víctima directa, a menos que se trate de casos excepcionales, lo cual no fue el caso, observando la Sala, que el juez de primera instancia limitó la reparación en el equivalente a 80 SMLMV por dicho concepto, es decir, que respetó los parámetros establecidos por la máxima Corporación.

En ese orden de ideas, este Tribunal guarda conformidad con el monto reconocido a favor del menor DANIEL FELIPE GÓMEZ SUÁREZ, por concepto de daño a la salud, motivo por el que este aspecto de la sentencia también será confirmado.

De otro lado, la parte actora manifiesta inconformidad con la sentencia de primera instancia en lo atinente a la negativa de reconocer indemnización de perjuicios por lucro cesante futuro, pues considera que a pesar que la pérdida de la capacidad laboral del menor no supera el 50%, éste tiene derecho a que le sea reconocido a partir desde cuando empiece su vida productiva (18 años), liquidación que debe realizarse teniendo en cuenta el porcentaje de su pérdida de capacidad laboral y su vida probable, para fundamental lo anterior, trae a colación un precedente del Consejo de Estado.

Para resolver lo anterior, es menester traer a colación un precedente similar al asunto aquí debatido, en el cual se solicitaba indemnización material por concepto de lucro cesante futuro, por la muerte de un menor de edad en un hogar comunitario, el cual apenas contaba con 3 años de edad. Así precisó en ese momento la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo:

“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.*¹² (Sic para lo transcrito) (Subrayas fuera del texto)

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 futuro, por lo que procederá entonces en este punto a confirmar la sentencia de primera instancia.

Finalmente, el apoderado de la parte demandada, en su escrito de apelación manifiesta inconformidad en cuanto a la condena en costas impuesta por el a quo, razón por la cual precisa la Sala, que si bien es cierto, el artículo 188 del C.P.A.C.A., en armonía con el artículo 365 del Código General del Proceso, disponen sobre la condena en costas tanto en primera instancia como en segunda, también lo es que de conformidad con el criterio asumido por el Consejo de Estado, Sección Segunda, en providencia de fecha 23 de marzo de 2017, radicación No. 20001-23-39-000-2014-00263-01(0501-2016), el sentido de la norma no es imponer la condena en contra de una parte por el simple hecho de resultar vencida, sino que es deber del juez valorar las circunstancias que la justifiquen, es decir, establecer con base en lo probado en el proceso, si ésta realizó conductas temerarias o de mala fe que conduzcan a imponerla.

En consecuencia, en el presente asunto, si bien en primera instancia la parte demandada resultó vencida, también lo es que en el transcurso del proceso no se observó en aquella una conducta dilatoria o de mala fe que hiciera procedente la condena en costas, motivo por el cual este aspecto de la providencia de primera instancia merece ser revocado, y de contera por los mismos motivos, ésta no se impondrá en esta instancia, pues no se observa en las partes, conductas dilatorias en el proceso.

8.5.- ACEPTACIÓN DE IMPEDIMENTO.-

¹² Sección Tercera del Consejo de Estado, providencia de fecha 5 de julio de 2012, radicado: 05001-23-31-000-1997-01942-01(23643), M.P Olga Mélida Ovalle de De la Hoz.

Atendiendo la manifestación hecha en la Sala de Decisión por parte del doctor OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA, en el sentido de declararse impedido para participar en esta decisión por concurrir en su caso la causal prevista en el numeral 3 del artículo 130 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que su hermano actualmente funge como Coordinador Jurídico del ICBF, se resuelve aceptar su impedimento.

IX.- DECISIÓN.-

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR el ordinal SEXTO de la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, el día 13 de diciembre de 2017, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la providencia impugnada, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

TERCERO: Sin costas.

CUARTO: Acéptese el impedimento manifestado por el doctor OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA, de acuerdo con las consideraciones expuestas.

QUINTO: En firme esta providencia, devuélvase el proceso al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

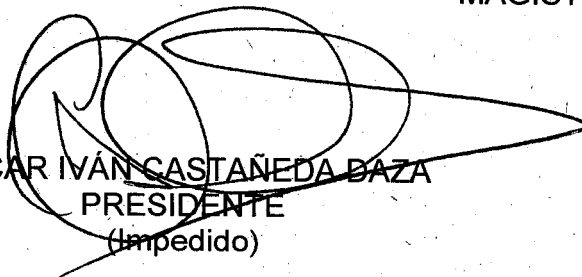
Esta providencia fue discutida y aprobada en reunión de Sala de Decisión No. 094, efectuada en la fecha.



JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
MAGISTRADO



CARLOS GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA
PRESIDENTE
(Impedido)