

## **ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CÓMPUTO DEL TÉRMINO PROCESAL / TÉRMINO EN AÑOS / INOPERANCIA DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / ICBF / MUERTE DE MENOR**

La acción de reparación directa, según el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A., caduca al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho. La muerte de (...) ocurrió el 16 de agosto de 2008, por tal razón, el cómputo de la caducidad inició el 17 de agosto de ese año. (...) El ICBF aduce que el término caducó el 16 de agosto de 2010, día en el que se cumplieron los dos años previstos por la norma, porque el 17 de agosto de 2010 empezó a correr el tercer año a partir del momento en que inició el conteo del término. (...) La Sala no comparte esta postura. Según el artículo 62 de la Ley 4 de 1913, en el cómputo de términos establecidos en meses y años, el último día del plazo deberá ser numéricamente igual al primer día de dicho plazo. En el caso concreto, como el plazo de 2 años inició el 17 de agosto de 2008, la caducidad ocurrió el 17 de agosto de 2010. (...) Dado que la solicitud de conciliación se presentó el 17 de agosto de 2010, se entiende que ésta fue presentada oportunamente y suspendió el término de caducidad hasta el 2 de noviembre del mismo año, fecha en que se declaró fallida la diligencia de conciliación y se radicó la demanda. Por esta razón, no operó la caducidad alegada por la parte actora.

**FUENTE FORMAL:** LEY 4 DE 1913 - ARTÍCULO 62 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 136 NUMERAL 8

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el cómputo de términos procesales en años, ver: Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de 18 de junio de 18. M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Exp. 18820.

## **LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / ICBF / MADRE SUSTITUTA / HOGAR COMUNITARIO / DAÑO CAUSADO EN HOGAR INFANTIL O COMUNITARIO DEL ICBF / PROTECCIÓN AL MENOR DE EDAD**

En relación con la falta de legitimación en la causa por pasiva, el ICBF señaló que la madre sustituta era quien debía responder por los daños alegados. La Sala se aparta de esa interpretación porque está probado que el daño se produjo en desarrollo de la atención prestada por un hogar comunitario a cargo de la citada entidad. El ICBF es la entidad que presta el servicio público de protección de los niños y, por lo tanto, la llamada a responder.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la legitimación en la causa por pasiva frente a daños causados a menores en hogares comunitarios del ICBF, ver: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 10 de julio de 2013. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 27913.

## **ICBF / MUERTE DE MENOR / DAÑO CAUSADO EN HOGAR INFANTIL O COMUNITARIO DEL ICBF / MADRE SUSTITUTA / AUSENCIA DE FALLA EN EL SERVICIO / MUERTE DE MENOR DE EDAD EN MANOS DE MADRE SUSTITUTA**

El ICBF no incurrió en falla del servicio (...) porque la madre sustituta se comportó de forma adecuada en la atención de la niña (...) Del acervo probatorio se extrae que el comportamiento de la madre sustituta fue idóneo durante el

tiempo en que la niña estuvo a su cargo; está probado que la salud de la niña (...) mejoró considerablemente durante el tiempo que estuvo al cuidado de la madre sustituta, lo cual se deduce de varios informes elaborados por la entidad entre diciembre de 2007 y mayo de 2008, en los que se evidencia que la niña pasó de tener desnutrición crónica y dificultades en la alimentación, a gozar de un buen apetito (...) En virtud de lo expuesto, la Sala encuentra que no se presentó una falla del servicio atribuible al ICBF en desarrollo de las actividades desplegadas por el hogar sustituto a cargo de la señora (...). Todo lo contrario, la madre sustituta obró adecuadamente, como se concluye de la mejoría del estado de salud de [la niña fallecida].

**ICBF / MUERTE DE MENOR / DAÑO CAUSADO EN HOGAR INFANTIL O COMUNITARIO DEL ICBF / MADRE SUSTITUTA / AUSENCIA DE FALLA EN EL SERVICIO / MUERTE DE MENOR DE EDAD EN MANOS DE MADRE SUSTITUTA / RESPONSABILIDAD OBJETIVA / APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA / POSICIÓN DE GARANTE / CONSTITUCIÓN DE LA POSICIÓN DE GARANTE / IMPUTACIÓN DEL DAÑO / IMPUTACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO**

El ICBF es responsable de la muerte de la menor porque asumió la posición de garante al encargarse de su atención. (...) El daño reclamado en la demanda es imputable al ICBF porque dicha entidad se ubica en la posición de garante cuando, a través de una madre comunitaria, asume el cuidado y la atención de la niña. Si en desarrollo del mismo se causa el hecho dañoso, tiene la obligación de repararlo. En estas condiciones, su responsabilidad es objetiva y se estructura a partir de la simple demostración de que el daño se produjo en la ejecución de una labor propia del servicio prestado como era el suministro de alimentos a la niña. (...) A la luz de lo dispuesto en el artículo 90 de la C.P., la naturaleza antijurídica del daño se infiere de su carácter grave, particular e injustificado y la obligación de repararlo de su imputabilidad al Estado. Este presupuesto se establece cuando (i) se acredita que el daño fue causado por la actuación o la omisión de un agente estatal o (ii) cuando se demuestra que el Estado detentaba el poder de control sobre la cosa peligrosa causante del daño o que había asumido posición de garante de la víctima. Cuando la imputación de responsabilidad se deduce de la creación o de la asunción de un riesgo, la entidad demandada sólo se exonera si acredita la existencia de una causal que rompa el nexo de causalidad, esto es, si demuestra que el daño fue producto en forma determinante y exclusiva por la culpa de la víctima, el hecho de un tercero o la fuerza mayor, la cual sólo se configura si se trata de una circunstancia ajena a la prestación del servicio que no formaba parte del riesgo que comportaba su prestación. (...) La responsabilidad por la asunción del riesgo (posición de garante) sustenta la obligación indemnizatoria del Estado (i) en relación con los bienes, en los eventos en los que ha recibido su tenencia, que es lo que ocurre en los casos de decomisos o retenciones, cuando estos se pierden o se devuelven deteriorados a su propietario; y (ii) en relación con las personas, particularmente en el caso de las lesiones o muertes sufridas por los conscriptos y por las personas privadas de su libertad en un centro de reclusión. Frente a estos últimos, en la medida en que se trata de personas que se encuentran por cuenta de las autoridades sin el concurso de su voluntad, sobre el Estado pesa una obligación de resultado que lo obliga a responder por los daños que sufran durante su detención. (...) En el caso analizado, el Estado no incurrió en una falla en el servicio, pues las pruebas demuestran que la niña se estaba recuperando con excelentes resultados. Sin embargo, el ICBF asumió una posición de garante, y con ella, los riesgos que conllevaba la atención de la niña. Por lo tanto, así no se evidencie una falla del servicio, la asunción de este riesgo genera la

obligación de reparar ante la inexistencia de pruebas que permitan deducir que el daño fue producto de una causa extraña, ajena al mismo. En consecuencia, la Sala confirmará la condena al ICBF frente al pago de los perjuicios reclamados. (...) Se anota, por último, que, ante la ausencia de reproche a la actuación de la entidad demandada, la actividad de prevención del daño antijurídico que a ésta le corresponde desarrollar, no se dirige a la prestación del servicio ni a la forma en que el mismo se desarrolla, el cual resulta indispensable y adecuado. En los eventos en que el desarrollo de una actividad comporta el riesgo de reparar daños, la alternativa del responsable consiste en asegurar la indemnización de tales daños.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 90

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la responsabilidad del Estado cuando asume la posición de garante, ver: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 30 de noviembre de 2000. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 13329. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 27 de abril de 2006. C.P. Alier Hernández Enríquez. Exp. 20125

**PERJUICIO MORAL / PERJUICIO MORAL POR MUERTE DE HERMANO / PERJUICIO MORAL POR MUERTE DE HIJO / TOPE DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / PERJUICIO MORAL POR MUERTE / REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / APLICACIÓN DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN**

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia frente al reconocimiento de los perjuicios morales, pero ajustará los montos a los criterios unificados por la Sección Tercera de esta Corporación

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la indemnización del perjuicio moral por muerte, ver la sentencia de unificación: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Ex. 26251.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN TERCERA**

#### **SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**

Bogotá D.C., tres (3) de agosto de dos mil veinte (2020)

**Radicación número: 73001-23-31-000- 2011- 00065-01(44345)**

**Actor: MARÍA SALOMÉ BONILLA ACOSTA Y OTROS**

**Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-**

**Referencia:** ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)

**Tema:** Acción de reparación directa

**Referencia:** No obstante no existir falla en el servicio en la atención de una niña en un hogar comunitario del ICBF, la Sala confirma la condena al pago de los perjuicios derivados de su fallecimiento en razón de la posición de garante asumida por la demandada.

## **SENTENCIA**

---

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF) contra la sentencia del 16 de marzo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima. La sentencia de primera instancia declaró administrativamente responsable al ICBF por la muerte de la niña María Fernanda Herrera Niño.

La parte resolutive de la sentencia de primera instancia dispuso:

*<<PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del ICBF y caducidad propuestas por la vocera judicial de la entidad demandada.*

*SEGUNDO: Declarar la responsabilidad administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, como consecuencia de la muerte de la menor María Fernanda Herrera Niño en hechos registrados el día 16 de agosto de 2008 en la ciudad de Ibagué.*

*TERCERO: CONDENAR al Instituto de Bienestar Familiar -ICBF-, a pagar las siguientes sumas de dinero:*

<i>Para EDGAR HERNÁN HERRERA BONILLA:</i>	<i>100 SMLMV</i>
<i>DIANA CAROLINA HERRERA NIÑO:</i>	<i>80 SMLMV</i>
<i>NATALIA HERRERA NIÑO:</i>	<i>80 SMLMV</i>
<i>MARÍA SALOMÉ BONILLA ACOSTA:</i>	<i>50 SMLMV</i>
<i>BLANCA MARÍA NIÑO DE NIÑO:</i>	<i>50 SMLMV</i>

*CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.*

*(...)>>*

La Sala es competente para proferir esta providencia en segunda instancia, de acuerdo con el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo que establece que esta Corporación conocerá de las apelaciones interpuestas contra las sentencias de los tribunales administrativos en primera instancia. Adicionalmente, el Tribunal Administrativo del Tolima conoció el proceso en

primera instancia, en virtud de la cuantía estimada en la demanda, según el numeral 6 de artículo 132 del mismo Código.

## I. ANTECEDENTES

### A. Posición de la parte demandante

1.- La demanda fue presentada el **2 de noviembre de 2010** por Edgar Hernán Herrera Bonilla, en nombre propio y representación de sus hijas menores Diana Carolina y Natalia Herrera Niño, María Salomé Bonilla Acosta, Blanca María Niño de Niño y Ana Graciela Nieto. La dirigió contra el ICBF, para obtener la reparación de los daños causados por la muerte de la menor de edad María Fernanda Herrera Niño.

2.- En la demanda se formularon las siguientes pretensiones:

«

1. *Que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) es responsable administrativamente por todos los perjuicios morales, materiales y daño a la vida de relación causados a EDGAR HERNÁN HERRERA BONILLA, quien actúa en su propio nombre y representación de las menores hijas DIANA CAROLINA y NATALIA HERRERA NIÑO; MARÍA SALOMÉ BONILLA ACOSTA, BLANCA MARÍA NIÑO DE NIÑO y ANA GRACIELA NIÑO, en sus calidades conocidas, con ocasión de la muerte de MARÍA FERNANDA HERRERA NIÑO, en hechos ocurridos en Ibagué (Tol) el día 16 de agosto de 2008.*

2. *Que como consecuencia de la anterior declaración, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF) debe pagar en forma indexada a EDGAR HERNÁN HERRERA BONILLA, quien actúa en su propio nombre y representación de las menores hijas DIANA CAROLINA y NATALIA HERRERA NIÑO; MARÍA SALOMÉ BONILLA ACOSTA, BLANCA MARÍA NIÑO DE NIÑO y ANA GRACIELA NIÑO, en sus calidades conocidas, la totalidad de los perjuicios morales, materiales y daño a la vida de relación, de conformidad con la liquidación que de ellos se haga más adelante.>>*

3.- Las pretensiones se fundaron en las siguientes afirmaciones:

3.1.- El ICBF tuvo la custodia de la niña María Fernanda Herrera Bonilla, desde el 7 de noviembre de 2007 hasta el 16 de agosto de 2008. La niña se encontraba bajo el cuidado del hogar sustituto de la señora Ana Praxedes Scarpeta Tique.

3.2. La menor se encontraba en un hogar sustituto porque la situación económica de sus padres no les permitía atender sus necesidades básicas. Los hogares sustitutos consisten en una modalidad de cuidado de los menores, bajo la cual una familia asume temporalmente la responsabilidad de brindar al niño un ambiente afectivo con el respaldo y asistencia técnica del ICBF, mientras se determina el reintegro a su medio familiar o la medida de adopción.

3.3.- El **16 de agosto de 2008**, la niña María Fernanda Herrera Niño tomó sus alimentos en la mañana en el hogar sustituto, y aproximadamente a las 10:15 a.m. convulsionó, perdió el conocimiento y entró en paro cardiorrespiratorio.

3.4. Debido al accidente, la madre sustituta tomó un taxi y llevó a la niña a Saludcoop, institución a la que ingresó con signos vitales y donde, posteriormente, murió.

3.5.- El demandante considera que el ICBF incurrió en falla del servicio porque omitió vigilar permanente a la niña María Fernanda Herrera Niño, lo cual hubiera impedido su muerte.

## **B. Posición de la parte demandada**

4.- El ICBF se opuso a las pretensiones de la demanda y solicitó negarlas. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y caducidad.

4.1.- Sobre la falta de legitimación por pasiva, explicó que el ICBF no intervino en la muerte de la niña y que, por lo tanto, no podía imputarse responsabilidad a la entidad.

Indicó que la madre sustituta que se encontraba a cargo de la niña hizo todo lo que estaba dentro de sus posibilidades para evitar la muerte de la menor. Así, pese a que el ICBF tenía la posición de garante, sólo le es imputable responsabilidad cuando haya estado en la posibilidad real de evitar el resultado, circunstancia que no se dio en el presente caso.

Adujo que la madre sustituta debió ser vinculada al proceso porque era la persona que estaba a cargo de la niña.

4.2.- Sostuvo que la acción de reparación directa había caducado, pues había sido presentada por fuera del término de dos años. La niña murió el 16 de agosto de 2008 y la solicitud de conciliación prejudicial fue presentada el 17 de agosto de 2010, lo que evidencia la ocurrencia de la caducidad.

## **C. Sentencia recurrida**

5.- El Tribunal Administrativo del Tolima, mediante sentencia del 16 de marzo de 2012, declaró no probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y de caducidad propuestas por el ICBF. Declaró administrativamente responsable al ICBF por la muerte de la niña María Fernanda Herrera Niño y condenó a la entidad al pago de perjuicios morales, con fundamento en las siguientes consideraciones:

5.1.- El ICBF estaba legitimado por pasiva, pues la entidad ejercía la dirección, control y vigilancia del servicio público que se prestaba a la niñez en los hogares sustitutos.

5.2.- No se presentó el fenómeno de la caducidad, porque los demandantes iniciaron el proceso en el término legal. El hecho que dio lugar a la acción de reparación directa (muerte de la niña) ocurrió el 16 de agosto de 2008. Los demandantes, conforme con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A., tenían hasta el 17 de agosto de 2010 para interponer la demanda o presentar la solicitud de conciliación prejudicial, como en efecto lo hicieron. La diligencia de conciliación culminó el 2 de noviembre del mismo año, fecha en que fue presentada la demanda.

5.3.- El tribunal señaló que el ICBF era responsable por la muerte de la niña, porque era la entidad a cargo del servicio público de bienestar social, y generó un daño que, bajo el principio de igualdad de las cargas públicas, los demandantes no tenían el deber de soportar.

Explicó que el régimen de responsabilidad aplicable era el objetivo, y que la administración pública no podía exonerarse con la sola acreditación de un comportamiento diligente y cuidadoso. Consideró que era aplicable el título objetivo de responsabilidad del daño especial por: (i) la naturaleza, rango y especial protección que recae sobre los derechos de los niños y niñas del país y (ii) la finalidad y objetivos propios del servicio público esencial de bienestar familiar.

El tribunal encontró probado que María Fernanda Herrera falleció por insuficiencia respiratoria aguda secundaria a asfixia mecánica, esto es, por *broncoaspiración alimentaria*, mientras se encontraba en el hogar sustituto. La *broncoaspiración alimentaria* se define científicamente como la *obstrucción de las vías respiratorias por regurgitación alimentaria*, lo cual se podía evitar, según lo señalan los tratados pediátricos, si se hubiesen observado pautas de alimentación dirigidas a los niños.

5.4.- Negó el reconocimiento de perjuicios materiales. Explicó que los accionantes no probaron que la niña hubiera podido llegar a tener algún ingreso en el futuro y que, de obtenerlo, lo hubiera destinado al sostenimiento de los demandantes. Tampoco demostraron un daño a la vida de relación, porque la niña no vivía con los demandantes.

5.5. El Tribunal reconoció perjuicios morales a todos los demandantes por su condición de parentesco con la niña, salvo a la señora Ana Graciela Niño (tía materna), cuyo grado de parentesco no presumía el perjuicio.

6.- La magistrada Susana Nelly Acosta Prada salvó el voto por considerar que la acción de reparación directa estaba caducada, toda vez que el hecho que dio lugar a la acción ocurrió el 16 de agosto de 2008, el cómputo del término inició el 17 de agosto del mismo año y, por ende, la caducidad operó el 16 de agosto de

2010, fecha para la cual los demandantes no habían presentado la solicitud de conciliación prejudicial ni la demanda.

#### **D. Recurso de apelación**

7.- El ICBF apeló el fallo de primera instancia y solicitó negar las pretensiones bajo los siguientes argumentos:

7.1.- Reiteró que la acción de reparación directa estaba caducada para el momento en que fue presentada la solicitud de conciliación prejudicial (17 de agosto de 2010). Señaló que la caducidad operó el 16 de agosto de 2010.

7.2.- Sostuvo que en el proceso quedó probado que la madre sustituta prestó todos los medios a su alcance con el fin de llevar a la niña a la Clínica Saludcoop, una vez ocurrió el accidente. Dado que la madre sustituta no tenía conocimientos médicos, no le era posible hacer otra cosa distinta a llevarla al centro médico más cercano.

## **II. CONSIDERACIONES**

#### **E. La demanda fue presentada oportunamente y el ICBF está legitimado para comparecer como demandado.**

8.- La acción de reparación directa, según el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A., caduca al *vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho*. La muerte de María Fernanda Herrera ocurrió el 16 de agosto de 2008, por tal razón, el cómputo de la caducidad inició el 17 de agosto de ese año.

8.1.- El ICBF aduce que el término caducó el 16 de agosto de 2010, día en el que se cumplieron los dos años previstos por la norma, porque el 17 de agosto de 2010 empezó a correr el tercer año a partir del momento en que inició el conteo del término.

8.2.- La Sala no comparte esta postura. Según el artículo 62 de la Ley 4 de 1913, en el cómputo de términos establecidos en *meses y años*, el último día del plazo deberá ser numéricamente igual al primer día de dicho plazo. En el caso concreto, como el plazo de 2 años inició el 17 de agosto de 2008, la caducidad ocurrió el 17 de agosto de 2010. Adicionalmente, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha adoptado esta tesis, así:<sup>1</sup>

<<El artículo 62 de la Ley 4ª de 1913 establece:

**“ARTICULO 62.** *En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan*

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de 18 de junio de 18. M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Exp. 18820.

*según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil”.*

*De la norma se desprenden dos enunciados que son relevantes para el caso objeto de análisis. Por una parte se dice que en los plazos de meses y de años, el término se computa por el calendario. **Lo anterior quiere decir que el último día del plazo debe ser numéricamente igual al del primer día de dicho plazo.** Así, por ejemplo, si el término empezó a correr el día 3, el último día del plazo también deberá ser el 3 del respectivo mes. **El segundo enunciado dice que en los plazos de meses y de años cuando el último día es feriado o vacante, se extiende dicho plazo hasta el día hábil siguiente.** Siguiendo con el ejemplo anterior, si el día 3 en que se vencía el plazo es un domingo, el plazo se extenderá hasta el día siguiente hábil, esto es, el día 4 del respectivo mes.>> (Negrilla fuera del texto original)*

8.3.- Dado que la solicitud de conciliación se presentó el 17 de agosto de 2010, se entiende que ésta fue presentada oportunamente y suspendió el término de caducidad hasta el 2 de noviembre del mismo año, fecha en que se declaró fallida la diligencia de conciliación y se radicó la demanda. Por esta razón, no operó la caducidad alegada por la parte actora.

9.- En relación con la falta de legitimación en la causa por pasiva, el ICBF señaló que la madre sustituta era quien debía responder por los daños alegados. La Sala se aparta de esa interpretación porque está probado que el daño se produjo en desarrollo de la atención prestada por un hogar comunitario a cargo de la citada entidad. El ICBF es la entidad que presta el servicio público de protección de los niños y, por lo tanto, la llamada a responder. En la sentencia 27913 del 10 de julio de 2013, el Consejo de Estado señaló:

*“(…) 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<sup>2</sup>.*

## **F. El ICBF no incurrió en falla del servicio**

10.- En el expediente está probado que el ICBF no incurrió en falla del servicio porque la madre sustituta se comportó de forma adecuada en la atención de la niña María Fernanda Herrera.

En el expediente está demostrado que el ICBF<sup>3</sup> ordenó abrir un proceso de restablecimiento de derechos a favor de María Fernanda Herrera Niño y sus hermanas, porque se encontraban en situaciones críticas de salud y sus padres no tenían los recursos para garantizar sus necesidades básicas. El 7 de noviembre de 2007<sup>4</sup>, la entidad asignó el cuidado de María Fernanda Herrera Niño y sus hermanas al hogar sustituto de la señora Ana Praxedes Scarpeta

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 10 de julio de 2013. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 27913.

<sup>3</sup> Folios 47 y 48 del cuaderno 1.

<sup>4</sup> Folio 52 del cuaderno 1

Tique. También está probado que el 16 de agosto de 2008, María Fernanda Herrera presentó convulsiones después de comer y fue llevada por la madre sustituta a una institución de salud para ser atendida, lugar en el que falleció<sup>5</sup>.

11.- Del acervo probatorio se extrae que el comportamiento de la madre sustituta fue idóneo durante el tiempo en que la niña estuvo a su cargo; está probado que la salud de la niña María Fernanda Herrera Niño mejoró considerablemente durante el tiempo que estuvo al cuidado de la madre sustituta, lo cual se deduce de varios informes elaborados por la entidad entre diciembre de 2007 y mayo de 2008, en los que se evidencia que la niña pasó de tener desnutrición crónica<sup>6</sup> y dificultades en la alimentación<sup>7</sup>, a gozar de un buen apetito. En efecto, en los reportes del 18 de enero de 2008<sup>8</sup> y 12 de mayo de 2008<sup>9</sup>, el ICBF dejó constancia de que María Fernanda *come bien tiene buen apetito (...) ya consume lo que se le brinda en las tres comidas.*”

A su vez, la diligencia y cuidado de la madre sustituta fue puesta en evidencia por la entidad en el reporte del 5 de mayo de 2008, en el que el ICBF la felicitó *“por el trabajo que está realizando con la niña y se motiva para que continúe con el trabajo.”*<sup>10</sup>,

12.- La atención que la madre sustituta brindó a la niña fue incluso acreditada por María Ruby Ibáñez Díaz que, en calidad de familiar de la parte demandante, rindió testimonio en este proceso. La testigo aseguró que María Fernanda había mejorado su salud con ocasión de los cuidados de la madre sustituta, así:

*<<(…) el ICBF tomó a las niñas en custodia para investigar que era lo que ocurría con las niñas y los padres, ya en esa época la mamá estaba enferma de un cáncer terminal en la matriz, posteriormente el ICBF entregó a los niños a la madre sustituta de nombre ANA N., nosotros teníamos permiso de ver las niñas cada mes, en las instalaciones del instituto, las niñas las veíamos y estaban bien, se estaban poniendo bonitas y después nos sorprendieron con la noticia de la muerte de María Fernanda Herrera Niño<sup>11</sup>.>>*

13.- El testimonio de la madre sustituta también es coherente con los informes del ICBF y la prueba testimonial aportada al proceso. Afirmó que el día en que ocurrió el accidente, había cuidado de María Fernanda como lo hacía normalmente, y que una vez se enteró del percance, acudió inmediatamente a un centro hospitalario:

*<<María Fernanda se levantó a las 4 de la mañana y me pidió tetero, yo se lo hice le saqué los gases y ella siguió jugando en la cuna, al*

---

<sup>5</sup> Folios 3 a 7 del cuaderno 2.

<sup>6</sup> Folio 226 del cuaderno 1

<sup>7</sup> Folio 229 del cuaderno 1

<sup>8</sup> Folio 232 del cuaderno 1

<sup>9</sup> Folio 265 del cuaderno 1

<sup>10</sup> Folio 261 del cuaderno 1

<sup>11</sup> Folio 68 del cuaderno 2

*rato se quedó dormida y yo fui y la arropé, a las 7 y 30 de la mañana se volvió a despertar y yo le di una papilla de verdura, le saqué los gases y siguió jugando normal no le cayó mal, se quedó después dormida, la arropé otra vez y ya iban a ser como las 10 de la mañana cuando la vi que estaba convulsionando y ella nunca había convulsionado, lo que hice fue cogerla y arrancar con ella para urgencias, el taxi echó 10 minutos yo había salido como estaba, en el taxi la niña empezó a vomitar y yo la puse boca abajo, llegué a Saludcoop y de una vez la entraron y la cogieron varios médicos y enfermeras y hasta ahí no supe más<sup>12</sup>. >>*

14.- En virtud de lo expuesto, la Sala encuentra que no se presentó una falla del servicio atribuible al ICBF en desarrollo de las actividades desplegadas por el hogar sustituto a cargo de la señora Ana Praxedes Scarpeta. Todo lo contrario, la madre sustituta obró adecuadamente, como se concluye de la mejoría del estado de salud de María Fernanda Herrera durante su tiempo en el hogar sustituto.

**G. El ICBF es responsable de la muerte de la menor porque asumió la posición de garante al encargarse de su atención.**

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

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

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

---

<sup>12</sup> Folio 345 del cuaderno 1

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

En este punto se ha dicho:

*<< (...) Es cierto que frente a los reclusos y conscriptos, el Estado tiene una obligación de resultado, lo cual significa que si no devuelve al ciudadano en las mismas condiciones en que se encontraba antes de su reclutamiento o retención, debe responder patrimonialmente por los perjuicios que éste haya sufrido durante el tiempo en el cual fue sometido a la prestación del servicio militar o a la detención, aunque haya puesto en funcionamiento todos los recursos de que dispone para proteger al retenido y evitarle la causación de cualquier daño, salvo que haya intervenido una causa extraña, pues frente al retenido la obligación del Estado no es un simple comportamiento sino la obtención efectiva de un resultado determinado.>><sup>13</sup>*

*<< (...) En efecto, el carácter particular de esta situación implica que corresponde al Estado garantizar la seguridad de las personas privadas de la libertad y la asunción de todos los riesgos que, en esa precisa materia, se creen como consecuencia de tal circunstancia. Bajo esta óptica, demostrada la existencia de un daño antijurídico causado, en su vida o en su integridad corporal, a quien se encuentra privado de la libertad puede concluirse que aquél es imputable al Estado, salvo en los casos en que éste haya ocurrido por una causa extraña, cuya demostración corresponderá a la parte demandada">><sup>14</sup>*

18.- El razonamiento anterior aplica plenamente al caso *sub judice*, en el que el daño imputado a la entidad es la muerte de una niña de 17 meses de edad por “*insuficiencia respiratoria aguda secundaria a asfixia mecánica. Sofocación por obstrucción de vía aérea. Broncoaspiración alimentaria*”<sup>15</sup> y el mismo ocurrió cuando la niña se encontraba bajo el cuidado de una madre sustituta que prestaba un servicio por cuenta del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el cual comprendía suministrarle la alimentación a la menor. En los términos de la doctrina de la imputación objetiva no sólo está probado que se asumió un riesgo, sino que está probado que <<ese riesgo es el mismo que se ha concretado en la producción del resultado>><sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 30 de noviembre de 2000. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 13329.

<sup>14</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 27 de abril de 2006. C.P. Alier Hernández Enríquez. Exp. 20125

<sup>15</sup> Folios 1 al 7 del cuaderno 2

<sup>16</sup> Claudia López Díaz, Introducción a la Responsabilidad Objetiva, Universidad Externado de Colombia, página 110.

19.- Se anota aquí que la posición de garante se estructura en casos excepcionales y los criterios de determinación de su existencia provenientes del derecho penal, que es donde se estructura esta noción, sirven también para delimitarla: << no se es garante de todo lo que en cualquier lugar y momento le suceda al bien garantizado, sino que también debe mirarse en cada caso concreto, dependiendo del contenido del deber jurídico cuál es el alcance de las funciones de protección y vigilancia.>>. El <<deber jurídico>> del que nace la posición de garante puede surgir de la ley o de un contrato, pero particularmente surge de su asunción voluntaria o de la denominada <<injerencia>> del responsable o de la <<asunción del dominio del riesgo>> siempre y cuando <<lleve al sujeto u objeto protegido a una situación de decisiva dependencia respecto del primero>>, la cual también surge cuando la persona <<asume voluntariamente controlar una fuente que existe previamente>>. Frente a quien asume el riesgo, se encuentra el <<garantizado o protegido>> que es <<quien tiene el derecho a ser salvaguardado de los riesgos que se ciernen sobre él>>. <sup>17</sup>

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

21.- Se anota, por último, que, ante la ausencia de reproche a la actuación de la entidad demandada, la actividad de *prevención del daño antijurídico* que a ésta le corresponde desarrollar, no se dirige a la prestación del servicio ni a la forma en que el mismo se desarrolla, el cual resulta indispensable y adecuado. En los eventos en que el desarrollo de una actividad comporta el riesgo de reparar daños, la alternativa del responsable consiste en asegurar la indemnización de tales daños.

## **H. Determinación de los perjuicios y reparación**

22.- La Sala confirmará la sentencia de primera instancia frente al reconocimiento de los perjuicios morales, pero ajustará los montos a los criterios unificados por la Sección Tercera de esta Corporación <sup>18</sup>. La sentencia de primera instancia condenó al ICBF a pagar a los demandantes las siguientes sumas por perjuicio moral:

Para Edgar Hernán Herrera Bonilla (padre):	100 SMLMV
Para Diana Carolina Herrera Niño (hermana):	80 SMLMV

<sup>17</sup> Forero Ramírez, Juan Carlos, El delito de omisión en el nuevo código penal, Legis 2002, p. 144.

<sup>18</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Ex. 26251.

Para Natalia Herrera Niño (hermana): 80 SMLMV  
Para María Salomé Bonilla Acosta (abuela paterna): 50 SMLMV  
Para Blanca María Niño de Niño (abuela materna): 50 SMLMV

23.- De conformidad con la referida sentencia de unificación, la Sala modificará los montos reconocidos en primera instancia y, en su lugar, ordenará al ICBF pagar las siguientes sumas:

Para Edgar Hernán Herrera Bonilla (padre): 100 SMLMV  
Para Diana Carolina Herrera Niño (hermana): 50 SMLMV  
Para Natalia Herrera Niño (hermana): 50 SMLMV  
Para María Salomé Bonilla Acosta (abuela paterna): 50 SMLMV  
Para Blanca María Niño de Niño (abuela materna): 50 SMLMV

#### **I.- Costas**

24.- En vista de que no se observa en este caso temeridad o mala fe en el actuar de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

### **III. DECISIÓN**

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFÍQUESE** el numeral tercero de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 16 de marzo de 2012 y, en su lugar, se dispone:

*<<TERCERO: Condenar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF- a pagar las siguientes sumas de dinero por perjuicio moral:*

*Para Edgar Hernán Herrera Bonilla (padre): 100 SMLMV  
Para Diana Carolina Herrera Niño (hermana): 50 SMLMV  
Para Natalia Herrera Niño (hermana): 50 SMLMV  
Para María Salomé Bonilla Acosta (abuela paterna): 50 SMLMV  
Para Blanca María Niño de Niño (abuela materna): 50 SMLMV>>*

**SEGUNDO: CONFÍRMESE** en lo demás la sentencia apelada.

**TERCERO: SIN CONDENA** en costas.

**CUARTO:** Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **DEVUÉLVASE** el expediente a su Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**  
Presidente

**MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**  
Magistrado

**ALBERTO MONTAÑA PLATA**  
Magistrado