

10400/

Bogotá D.C., veintiocho (28) de junio de 2021

Señores

Juzgado Sesenta y Seis (66) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá – Sección Tercera
Dr. Milton Jojani Miranda Medina

E. S. D.

REF: Medio de Control:	Reparación directa
Expediente:	11001-33-43-066-2020-00245-00
Demandante:	Olga Lucía Rincón Giraldo
Demandado:	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, ONG Crecer en Familia
Asunto:	Contestación de demanda

Arquímedes Bastidas Quiñones, identificado con la cédula de ciudadanía N° 1.121.817.969 de Villavicencio - Meta, y Tarjeta Profesional N° 216.536 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderado de la entidad demandada, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF de acuerdo con memorial poder que anexo, acudo ante usted dentro del término conferido para contestar la demanda en los siguientes términos:

I. OPORTUNIDAD DE LA CONTESTACIÓN

Se corre traslado de la demanda por el término de treinta (30) días, de acuerdo con el artículo 172 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual empezará a correr al vencimiento de los dos días siguientes a su recibo, de acuerdo con el artículo 205 del mismo código.

Así las cosas, se tiene que la demanda fue notificada el 11 de mayo de 2021.

En virtud del artículo 205 de la Ley 1437 de 2011, el término que confiere el auto empieza a correr transcurridos dos días hábiles siguientes al recibo, es decir el 14 de mayo de 2021.

Los treinta días hábiles para presentar la contestación de la demanda vencen el veintinueve (29) de junio de 2021.

Como la contestación de la demanda se presenta el veintiocho (28) de junio de 2021, se concluye que ha sido presentada dentro del término legal.

II. NOMBRE DEL DEMANDADO, DOMICILIO Y DIRECCIÓN

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, es un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, creado por la Ley 75 de 1968 y reorganizado conforme a lo dispuesto por la Ley 7 de 1979 y su Decreto Reglamentario N° 2388 de 1979, que mediante Decreto N° 4156 de 2011 fue adscrito al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social.

La entidad demandada tiene su domicilio principal y puede ser notificado en la Avenida Carrera 68 N° 64C-75 PBX: 4377630, correo electrónico: notificaciones.judiciales@icbf.gov.co.

El ICBF actúa a través de apoderado judicial, Arquímedes Bastidas Quiñones, identificado con la cédula de ciudadanía N° 1.121.817.969 de Villavicencio y Tarjeta Profesional N° 216.536 del Consejo Superior de la Judicatura, el cual puede ser citado en la Avenida Carrera 68 N° 64C-75 y notificado a través de los correos electrónicos: quimo23_6@hotmail.com y arquimedes.bastidas@icbf.gov.co.

III. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS HECHOS Y LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

A) Sobre las pretensiones de la demanda

El ICBF se opone a la prosperidad de todas las pretensiones por cuanto las pruebas aportadas por el demandante, así como la totalidad de las que se remiten con esta contestación, demuestran que se configuran en favor de nuestra entidad las excepciones de faltade legitimación material en la causa por pasiva, ausencia de daño antijurídico, rompimiento de nexo causal por hecho exclusivo y determinante de un tercero.

Si bien no es una excepción, se solicita al Honorable Juez que ordene la vinculación como litisconsorte necesario a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional.

B) Sobre los hechos de la demanda

Sobre el hecho N° 1. Se hacen varias afirmaciones, por lo que es necesario aclarar así:

- Es cierto que el joven Zuluaga Rincón se identifica con la tarjeta de identidad N° 1.006.464.078; es cierto que el joven ha estado internado en medidas de resocialización en el Centro de Atención Especializada El Buen Pastor para el sistema de responsabilidad penal para adolescentes; y que la ONG Crecer en Familia cuenta con licencia de funcionamiento otorgada por el ICBF.
- Sobre el entendimiento del artículo 181 de la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia, el ICBF se atiene al estricto contenido del precepto legal.

Sobre el hecho N° 2. Al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no le consta lo afirmado, pues no se presentan circunstancias de tiempo, modo y lugar de su ocurrencia, por lo que se atiene a lo debidamente probado dentro del proceso judicial.

Sobre el hecho N° 3. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se atiene al estricto contenido de la historia clínica que se aporta al proceso judicial.

Sobre el hecho N° 4. Es cierto.

Sobre el hecho N° 5. Es cierto.

Sobre el hecho N° 6. Es cierto.

Sobre el hecho N° 7. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se atiene al estricto contenido de la historia clínica que se aporta al proceso judicial.

Sobre el hecho N° 8. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se atiene al estricto contenido de la historia clínica aportada al proceso judicial.

IV. CONSIDERACIONES

Elementos que configuran la responsabilidad estatal.

El artículo 90 de nuestra Constitución Política instituye de manera expresa la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción u omisión de las autoridades, en los siguientes términos:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

Referente a la interpretación y alcance de esta norma de rango Constitucional, máximo órgano de la jurisdicción Contencioso Administrativo de nuestro país sentó el siguiente precedente jurisprudencial:

“La sala reiteradamente se ha detenido en el estudio del artículo 90 de la Constitución Nacional, que constituye el régimen de responsabilidad que nos gobierna, el cual prevé que el Estado responderá por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión en el ejercicio de sus funciones.

*Desde este punto de vista, la noción de imputabilidad encuentra soporte en las nociones de **antijuridicidad y relación causal, puesto que imputar significa adjudicar a una persona la autoría de un hecho y sus consecuencias...**” (Subrayado y negrilla fuera del texto)*

En este sentido es claro que el daño es el primero de los elementos que constituye la base misma de la responsabilidad patrimonial del Estado, además de éste es también necesario que se establezca el denominado nexo causal (*presupuesto necesario para poder derivar responsabilidad de éste*), que consiste en la relación de causa – efecto entre el hecho constitutivo de la falla y el daño antijurídico. Es el nexo o relación existente entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho¹.

Necesario es distinguir entre el nexo causal y la imputabilidad, entendida esta última como aquella exigencia predicada al demandante en la que debe demostrar que el daño causado por el demandado le es imputable a éste, es decir, que se le puede atribuir. Dicho en palabras de la Corte Constitucional², *“...no basta que el daño sea antijurídico, sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública. Esta imputación está ligada pero no se confunde con la causación material por cuanto a veces, como lo ha establecido la doctrina y la jurisprudencia, se produce una disociación entre tales conceptos. Por ello, la Corte coincide con el Consejo de Estado en que para imponer al Estado la obligación de reparar un daño “es menester, que, además de constatar la antijuridicidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permite encontrar un “título jurídico” distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la “imputatiojuris” además de la “imputatiofacti”.* Subrayado y cursivas fuera del texto.

En concordancia con lo anterior, es claro que para que se declare la responsabilidad de la

¹ Consejo de Estado, Sentencia de octubre 21 de 1999. Expedientes 10.948 y 11.643 acumulados. Actor: Luis Polidoro Combita y otros. Consejero ponente doctor Alier Eduardo Hernández. “La antijuridicidad del daño es una condición necesaria para que se desencadene la reparación. Y esta calificación se obtiene de constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de “causales de justificación”. www.icbf.gov.co

² En Sentencia de la Corte Constitucional de agosto 1º de 1996. Expediente C-333. Demandante: Emilse Margarita Palencia Cruz. Magistrado ponente doctor Alejandro Martínez Caballero.

administración, es preciso que se verifique la configuración de los dos elementos o presupuestos de la misma, según la disposición constitucional que consagra la institución jurídica, esto es, el artículo 90 superior, en consecuencia, es necesario que esté demostrado el daño antijurídico, así como la imputación fáctica y jurídica del mismo a la administración pública.

Adicionalmente la Jurisdicción Contenciosa administrativa señala que el daño antijurídico a efectos de que sea resarcible requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama:

- i) Debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo;
- ii) Que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente –que no se limite a una mera conjetura–, y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido el ordenamiento jurídico, y
- iii) Que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar o debatir el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria³.

En suma, el artículo 90 constitucional establece una cláusula general de responsabilidad del Estado al exponer que éste responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, de lo cual se desprende que para declarar la responsabilidad estatal se requiere la concurrencia de estos dos presupuestos:

- (i) La existencia de un daño antijurídico y
- (ii) Que ese daño antijurídico le sea imputable a la entidad pública, bajo cualquiera de los títulos de atribución de responsabilidad, la falla del servicio, el daño especial, el riesgo excepcional, etc.

En algunas hipótesis, y obedeciendo a los aspectos de hecho y derecho de cada caso en concreto, el segundo elemento antes mencionado, puede variar, es decir, el Estado puede ser responsable no solo por falla en el servicio, sino también por daño especial (desequilibrio de las cargas públicas), por riesgo creado o excepcional (actividades peligrosas), o por falla en la función pública (ilegalidad de actos administrativos).

Hipótesis que se erigen como verdaderos títulos jurídicos de imputación respecto a la responsabilidad del Estado, esto es, formas de reproche jurídico en los cuales se cimienta la obligación, en cabeza del Estado, de indemnizar un daño en el plano jurídico.

Daño moral - acreditación probatoria, tasación y liquidación.

Se ha definido el daño como aquel hecho que constituye “*afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad, o de una situación (...) de igual forma constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan de la afrenta para la víctima del mismo.*”⁴. También se ha dicho que el daño constituye aquel “*menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial.*”⁵.

³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera SUBSECCIÓN C, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., veintiocho (28) de marzo de dos mil doce (2012).

⁴ Henao Juan Carlos, El Daño. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2007. Pág. 76.

⁵ Tamayo Jaramillo Javier, Tratado de la Responsabilidad Civil, Tomo II. Editorial Legis, Bogotá D.C. 2011. Pág. 236.

Dentro de las diferentes tipologías del daño (*esferas de afectación*) podemos encontrar el *daño moral*, el cual es considerado como aquel padecimiento, sufrimiento, angustia, dolor y temores “que se reflejan en lo más íntimo y personal de cada uno”⁶ y que devienen como consecuencia de “la afectación de la lesión a la vida, a la integridad personal, o al ejercicio de la libertad”⁷ de la víctima o de sus familiares.

Respecto al daño moral, se hace necesario diferenciar tres etapas o momentos, a saber,

- i) su reconocimiento,
- ii) su tasación (intensidad del daño), y
- iii) su liquidación.

Respecto al primero, conforme la regla de la carga de la prueba contenida en el artículo 167 del C.G.P., quien alegue haber sufrido un daño deberá demostrar su realización. En cuanto al segundo y el tercero, si bien el daño puede estar demostrado, también está en cabeza del interesado comprobar, a través de los diferentes medios probatorios, el monto de los mismos⁸.

En el caso del daño moral, la carga de la prueba, respecto de familiares cercanos a la víctima (hasta el segundo grado de consanguinidad), según la otrora jurisprudencia de las altas cortes, ha establecido que, con fundamento en las reglas de la experiencia, dicho daño se *presume*. En tal sentido, la carga probatoria se *traslada* a la contraparte, quien deberá demostrar la inexistencia del daño o del monto pretendido. Ello, teniendo en cuenta que la presunción que cobija a los familiares es de hecho (*juris tantum*).

Ahora bien, no obstante que, respecto a la tasación (intensidad del daño) y liquidación de los daños morales, la figura del *arbitrium judicis* es la que determina el monto de los daños, la Sala Plena de la Sección Tercera, mediante sentencia del 23 de agosto de 2012, con fundamento en los principios del debido proceso, la igualdad y el acceso a la administración de justicia, estableció unos *criterios objetivos* con el fin de determinar el monto de los daños morales, claro está, una vez el daño haya sido demostrado. Tales criterios se pueden resumir en lo siguiente:

- i) *el dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad, valoración a la relación propia al núcleo familiar (que comprende la convivencia, la cercanía sentimental y el apego), violación de derechos humanos, o de garantías propias al derecho internacional humanitario la intensidad de la congoja;*
- ii) *la cercanía con el ser perdido,*
- iii) *el grado de afectación y la estructura de la relación familiar de las víctimas las diversas relaciones y*
- iv) *la valoración ponderada de lo que representa moralmente la angustia, la tristeza y la aflicción (de verse con el fallecimiento de sus familiares; o por la pérdida de bienes muebles o inmuebles)*⁹

“Criterios objetivos, si cabe, fundados en los principios de equidad, razonabilidad, reparación integral y proporcionalidad, que deben permitir al juez determinar con justicia (distributiva) la tasación del “quantum” indemnizatorio de los perjuicios morales reclamados en cada caso en concreto, y que no pueden generalizarse aplicando las reglas de la experiencia como si se tratara de variables unívocas y uniformes, sino que debe considerarse las circunstancias de

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de marzo de 2013, Consejero ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente 66001-23-31-000-2001-00098-01(24884).

⁷ *Ibid.*

⁸ “Ahora bien, acreditado el reconocimiento de los perjuicios morales, la Sala debe examinar su tasación y liquidación, para lo que, en principio, sí cabe exigir una mínima carga probatoria a los demandantes que permitan al juez, dentro de su arbitrio judicial, determinar la cuantía a indemnizar.” Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de marzo de 2013, Consejero ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente 66001-23-31-000-2001-00098-01(24884). www.icbf.gov.co

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de marzo de 2013, Consejero ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente 66001-23-31-000-2001-00098-01(24884).

cada caso en concreto, las singularidades de los sujetos, de los grupos familiares y la aplicación de los anteriores criterios.”¹⁰

Argumentos de defensa

Conforme a los artículos 21 de la ley 7/79, 125 a 128 del Decreto reglamentario 2388/79 y 17 del Decreto 1377/99, el ICBF puede suscribir contratos de aporte con instituciones que cuenten con la idoneidad, a fin de prestar el servicio público de bienestar familiar y cumplir con el objeto de sus programas. En el caso en particular, el ICBF suscribió en el día 16 de diciembre de 2019, con la ONG – CRECER EN FAMILIA el contrato de aporte número 76.26.19.656, cuyo objeto es: *“Brindar atención especializada a los adolescentes y jóvenes en conflicto con la ley penal, en la modalidad centro de atención especializada del proyecto fortalecimiento de acciones de restablecimiento en la administración de justicia a nivel Nacional, para el cumplimiento de las medidas y sanciones impuestas por la autoridad judicial, conforme a las disposiciones legales y lineamientos técnicos vigentes”.*

Con el referido contrato, la ONG – CRECER EN FAMILIA en calidad de contratista, asume por su cuenta y bajo su responsabilidad la ejecución del contrato y, por consiguiente, la prestación del servicio, tal como se establece en el numeral 1 de la cláusula segunda, la cual reza *“1) Asumir la responsabilidad de todas las actividades relativas a la ejecución de las obligaciones establecidas en este contrato”.*

Lo anterior se encuentra aunado con la cláusula DECIMA QUINTA – INDEMNIDAD DEL ICBF, a través de la cual EL OPERADOR, en cumplimiento de sus obligaciones, se compromete a mantener INDEMNEMENTO al ICBF contra todo reclamo, demanda, acción legal, y costos que puedan causarse o surgir por daños o lesiones que causen a personal o propiedades de terceros, que se ocasionen durante la ejecución del presente contrato y que se deriven de sus actuaciones realizadas durante la ejecución del contrato.

Es necesario señalar que el ICBF proporciona todos los elementos materiales y económicos para la atención de los adolescentes y jóvenes en conflicto con la ley, Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes-SRPA, velando por que se les garanticen todos los derechos establecidos en los convenios internacionales y en la Ley 1098 de 2006. Para la prestación del servicio de los jóvenes del SRPA, el ICBF celebra contrato de aporte con un operador; para el caso en concreto, fue seleccionada la ONG – CRECER EN FAMILIA para operar el programa, cumpliendo con los estándares y lineamientos requeridos para la óptima prestación del servicio.

Por otra parte, hay que tener en cuenta el rol que desempeña cada entidad o autoridad dentro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, el cual obra conforme a los principios de corresponsabilidad y concurrencia, para asegurar de forma efectiva la atención integral y especializada de la población vinculada al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, en donde el ICBF a nivel Nacional, Regional y Zonal realiza las gestiones necesarias para que en los Planes de Desarrollo Nacional y Territorial, las agendas públicas de los Consejos de Política Social (a nivel nacional, departamental, municipal y distrital) se incluyan los programas, planes y proyectos del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, así como el acompañamiento técnico para la formulación, estructuración e implementación de políticas públicas en la materia. Tanto es así que existe el Comité Departamental de Responsabilidad Penal, donde confluyen todas las autoridades del Sistema y se establecen compromisos de acuerdo con sus competencias, cuyas actas se adjuntan con esta demanda.

En cumplimiento de lo anterior y con el fin de garantizar la infraestructura de atención del SRPA, y de acuerdo con lo establecido en la Ley 1150 de 2011, 1453 de 2011 y 1551 de 2012, la entidad territorial debe incluir en sus Planes de Desarrollo la construcción, adecuación y mantenimiento

de las infraestructuras en las que se brindan servicios de atención en las diferentes modalidades para los adolescentes y jóvenes del SRPA, con cargo a los recursos de regalías directas.

La Ley 1098 de 2006 en su artículo 163, lista los integrantes que forman parte del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, incluyendo en su numeral diez (10): las demás Instituciones que forman parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar”, en este sentido es necesario que las entidades territoriales cuenten con: - Disponibilidad del recurso humano. Cada una de las entidades territoriales, a- partir de los perfiles y lineamientos establecidos para el cumplimiento de su rol, debe asegurar la disponibilidad de recurso humano suficiente, especializado y exclusivo, con el fin de atender la prioridad que demanda el Sistema para lograr la oportunidad y efectividad que requiere.

Es así que la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, presentó recomendaciones en el Informe de Vigilancia Superior al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes a los entes territoriales de respecto a Infraestructura SRPA: “A LOS GOBERNADORES Y LOS ALCALDES: INCORPORAR en sus Planes de Desarrollo una Política Pública específica para la prevención de la criminalidad juvenil y el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes que tenga en cuenta el Plan de Ordenamiento Territorial, para planear la construcción y la readecuación de las Unidades de Servicios para los Adolescentes en conflicto con la Ley Penal y en esta medida precaver una de las causas de los actos de amotinamiento, violencia, así como las evasiones frente a situaciones de sobre cupo y hacinamiento.

De la anterior manera queda clara la responsabilidad del ICBF dentro del Sistema de Responsabilidad penal para adolescentes.

Ahora bien, veamos el tema de la responsabilidad frente a los hechos objeto de la demanda, a la luz de lo dispuesto en el artículo 90 de la constitución política, el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción u omisión de las autoridades.

Para que se constituya falla en el servicio se requiere que exista un daño antijurídico, la imputación de este, el fundamento, la justificación de por qué se debe reparar y el nexo de causalidad entre el primero y el segundo. Para el caso en concreto, no se configura el elemento de imputación con relación al ICBF, ya que no existe prueba del nexo de causalidad, como lo quiere hacer ver la parte demandante.

En este sentido, teniendo en cuenta que la imputación de la responsabilidad es la atribución jurídica de un hecho a una o a varias personas que en principio tienen la obligación de responder, se debe probar la relación de causalidad existente entre la actividad del sujeto productor del daño y el perjuicio producido.

De acuerdo con lo que obra en las pruebas y en los hechos expuestos, se concluye que no existe nexo causal entre el daño sufrido por los demandantes y algún hecho u omisión realizada por el ICBF, lo cual tiene como fundamento así:

1) En virtud del contrato de aporte número 76.26.19.656, la prestación del servicio del centro de atención especializada “Centro de Formación Juvenil – Buen Pastor” está en cabeza de la ONG – CRECER EN FAMILIA.

2) Los hechos ocasionados el 05 de enero de 2020, son consecuencias de conductas de un tercero; dado que, los adolescentes de la sección Esperanza en la cual se encontraba Zuluaga Rincón, generan alteración de la convivencia agrediéndolo con baldes y objeto cortopunzante causándole heridas según reporte entregado por parte del educador hechos que requirieron de la intervención de los formadores del grupo de convivencia, quienes realizan contención para garantizar la seguridad de todos los involucrados y brindando servicios pre-hospitalarios por parte

de la red de especialistas de CEM, siendo el adolescente atendido y valorado por el personal médico

Por tanto, no hay imputación fáctica ni jurídica en relación con el ICBF, este no está obligado a reparar un eventual daño cuya indemnización se reclama con la conciliación que nos ocupa, el deber de repararlo podría recaer en caso de que se probara, en la ONG – CRECER EN FAMILIA Y/O ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA (entidad garante) por razón de las pólizas de cumplimiento y responsabilidad civil extracontractual. Se reitera que, es la ONG – CRECER EN FAMILIA, por razón de los contratos de aporte, el llamado a brindar la protección integral de los adolescentes y jóvenes puestos a su cuidado, ello es el objetivo principal del contrato de aporte número 76.26.19.656, ya que, de no ser así, el contrato de aporte no tendría ningún sentido, ni las garantías tampoco.

Por lo anterior, es claro que el nexo causal no se encuentra probado y corresponde a meras apreciaciones de los demandantes.

Se reitera, para que se configure un hecho generador de daño y que sea resarcible a la entidad, no basta que exista un nexo temporal y espacial con el servicio, pues el hecho deberá estar íntimamente relacionado con la asistencia prestada por la entidad, cosa que para el caso en particular no existe, pues como se ha reiterado los hechos ocurridos fueron generados por acciones totalmente ajenas al ICBF.

Frente al rompimiento del nexo de causalidad, la jurisprudencia ha señalado la causa extraña y la fuerza mayor, así: *“La causa extraña, causa ajena puede consistir en el hecho exclusivo del tercero o de la víctima y la fuerza mayor exclusiva; todos estos hechos requieren que hayan sido determinantes en la producción del daño, para poder romper el nexo de causalidad”*.

Por los argumentos expuesto, el ICBF no está llamado a responder y reparar unos daños que no fueron ocasionados por esta entidad, ya que el nexo de causalidad y la imputación del daño, así como los perjuicios deben ir dirigidos contra quien ocasiono las lesiones y no contra el ICBF REGIONAL VALLE, como equivocadamente lo quiere hacer ver la parte demandante. Esto, por cuanto los hechos que dieron lugar al presente proceso no fueron ocasionados por un servidor público adscrito al ICBF, razón por la cual no existe un vínculo de los hechos con actuaciones u omisiones de la Entidad que represento.

Así las cosas, para que haya lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por falla del servicio es necesario que se den tres presupuestos esenciales a saber: la existencia de un daño, que se verifique una falla en el servicio público ya que sea porque el servicio no se prestó o se prestó en forma tardía o ineficiente y una relación de causalidad entre el daño y dicha falla.

Del acervo probatorio presentado, no es posible evidenciar una falla en el servicio a cargo del ICBF, menos en relación con el deber de control y vigilancia que ejerce sobre el Centro de Rehabilitación para Jóvenes Infractores de La Ley Penal “Centro de Formación Juvenil – Buen Pastor” en cabeza de la ONG – CRECER EN FAMILIA.

En conclusión, debe exonerarse al ICBF de toda responsabilidad sobre los hechos acaecidos el 05 de enero de 2020 y sus consecuencias. Al tratarse de un caso análogo, la imputación del daño alegado por los demandantes se encontraría dentro de una causal eximente de responsabilidad, como lo es el hecho exclusivo y determinante de un tercero, por lo cual no es posible atribuirle responsabilidad.

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO – EXCEPCIONES

Propongo como excepciones previas las siguientes:

a) EXCEPCIÓN MIXTA - FALTA DE LEGITIMACIÓN MATERIAL EN LA CAUSA POR PASIVA.

Con base en lo expuesto en la demanda, los hechos y los fundamentos de derechos, está claro que dentro del presente proceso esta entidad no cuenta con el presupuesto procesal de legitimación material en la causa por pasiva.

La legitimación en la causa ha sido explicada por el Consejo de Estado en jurisprudencia reciente¹¹, en los siguientes términos:

“Ahora bien, respecto de la naturaleza jurídica de la legitimación en la causa, esta Sala, en sentenciaproferida el 28 de julio de 2011, manifestó lo siguiente:

*‘Constituye postura sólidamente decantada por la jurisprudencia de esta Sala aquella consistente enexcluir la figura de la falta de legitimación en la causa de las excepciones de fondo que puedan formularse dentro del proceso, comoquiera que éstas, a diferencia de aquélla, enervan la pretensión procesal en su contenido, pues tienen la potencialidad de extinguir, parcial o totalmente, la súplica elevada por el actor, **en tanto que la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o aldemandado.***

*Clarificado, entonces, en relación con **la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable ora a las pretensiones deldemandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado,** resulta menester señalar, adicionalmente, que se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa. La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda.*

*Por su parte, **la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas.** De ahí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo.*

(...)

*En suma, en un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; **por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación realde laparte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta formula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictarsentencia de mérito favorable a una o a otra...**¹²” (Subrayado contenido en el texto original, negrilla agregada intencionalmente).*

¹¹ Sentencia de veintiséis (26) de agosto de dos mil quince (2015), radicación número: 50001-23-31-000-2002-20182-01(33692), Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON (E), Actor: IVAN RAMIRO VASQUEZ BETANCUR, Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL - DIRECCION NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES EN LIQUIDACION Y OTROS.

Tal como lo explica el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el presupuesto procesal de legitimación material en la causa alude a la *“participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda”*. Para que surja la legitimación material por pasiva, es necesario que se demuestre de manera clara y evidente la relación jurídica entre los supuestos fácticos y jurídicos solicitados por el demandante con la entidad llamada a responder por los hechos demandados. En caso de no lograrse demostrar esta relación jurídica, en los términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado, se trata de simplemente una legitimación de carácter formal.

En efecto, el ICBF tiene por objeto propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, y apoyar el cumplimiento de los deberes y obligaciones de sus miembros.

Conforme a los artículos 21 de la ley 7 de 1979, artículos 125 a 128 del Decreto reglamentario 2388 de 1979 y artículo 17 del Decreto 1377 de 1999, el ICBF puede suscribir contratos de aporte con instituciones que cuenten con la idoneidad, a fin de prestar el servicio público de bienestar familiar y cumplir con el objeto de sus programas.

En el caso en particular, el ICBF suscribió el día 16 de diciembre de 2019, con la ONG Crecer en Familia el contrato de aporte número 76.26.19.656, cuyo objeto es: *“Brindar atención especializada a los adolescentes y jóvenes en conflicto con la ley penal, en la modalidad centro de atención especializada del proyecto fortalecimiento de acciones de restablecimiento en la administración de justicia a nivel Nacional, para el cumplimiento de las medidas y sanciones impuestas por la autoridad judicial, conforme a las disposiciones legales y lineamientos técnicos vigentes”*.

Con el referido contrato, la ONG Crecer en Familia en calidad de contratista, asume por su cuenta y bajo su exclusiva responsabilidad la ejecución del contrato y, por consiguiente, la prestación del servicio, tal como se establece en el numeral 1 de la cláusula segunda, la cual reza *“1) Asumir la responsabilidad de todas las actividades relativas a la ejecución de las obligaciones establecidas en este contrato”*.

A lo anterior, se suma que la cláusula DECIMA QUINTA – INDEMNIDAD DEL ICBF, establece que EL OPERADOR se compromete a lo siguiente:

“DÉCIMA QUINTA – INDEMNIDAD DEL ICBF: EL CONTRATISTA en el cumplimiento de sus obligaciones mantendrá indemne al ICBF contra todo reclamo, demanda, acción legal y costos que puedan causarse o surgir por daños o lesiones a persona o propiedades de terceros, que se ocasionen durante la ejecución del presente contrato y que se deriven de sus actuaciones realizadas durante la ejecución del contrato”. (Negrillas por fuera del texto original)

Así las cosas, el ICBF proporciona todos los elementos materiales y económicos para la atención de los adolescentes y jóvenes en conflicto con la ley, Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes-SRPA, velando por que se les garanticen todos los derechos establecidos en los convenios internacionales y en la Ley 1098 de 2006. Pero, para la específica prestación del servicio de los jóvenes del SRPA, el ICBF celebra contrato de aporte con un operador; para el caso en concreto, fue seleccionada la ONG Crecer en Familia para operar el programa, cumpliendo con los estándares y lineamientos requeridos para la óptima prestación del servicio.

Se reitera, la legitimación en la causa por pasiva es la *“Aptitud legal de persona contra quien se dirige la acción”* y *“Se predica de quien efectivamente debe responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental”*¹³; en virtud de lo anterior, con todo lo expuesto y pruebas allegadas se evidencia que no existe sustento para que el ICBF se reconozca patrimonialmente responsable, toda vez que el Instituto obró de acuerdo con sus responsabilidades.

En últimas, la ONG Crecer en Familia por ser la Institución contratada para velar por el cuidado y protección de los jóvenes en conflicto con la ley penal, atendidos en el Centro de Formación Juvenil – Buen Pastor, y, por ende, la Aseguradora Solidaria de Colombia, con quien suscribió las pólizas de cumplimiento y responsabilidad civil extracontractual, podrían ser los responsables para el pago de los perjuicios aquí reclamados.

En virtud de lo anterior, solicito muy respetuosamente se desvincule del presente proceso al ICBF.

b) EXCEPCIÓN PREVIA - FALTA DE INTEGRACIÓN DE LITISCONSORTE NECESARIO

De conformidad con el artículo 61 del Código General del Proceso, se define el litisconsorcio en los siguientes términos:

“Artículo 61: Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; sino se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término.

Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas.

Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos.

Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio”.

Sobre la procedencia del litisconsorcio necesario la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁴, precisó que corresponde a aquellos eventos en los cuales la presencia de un tercero se torna imprescindible en el proceso, en tanto la decisión a adoptar en la sentencia, indefectiblemente requiere la concurrencia del mismo, so pena de desconocer su derecho de defensa, de contradicción y al debido proceso, en tanto la discusión del derecho sustancial que se debate lo afecta de manera directa, se trata, por lo tanto, de la vinculación de un tercero al proceso para que asuma, propiamente, la condición de parte en la relación jurídica.

En este orden de ideas, la excepción propuesta encuentra su fundamento en el artículo 89 de la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia, así:

Artículo 89. *Funciones de la Policía Nacional para garantizar los Derechos de los Niños, las Niñas y los Adolescentes. Sin perjuicio de las funciones atribuidas en otras leyes en relación con los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, la Policía Nacional y en especial la Policía de Infancia y Adolescencia, tendrán las siguientes funciones: (...)*

¹⁴ Sección Tercera del Consejo de Estado, Auto del 12 de mayo de 2010, M.P. Enrique Gil Botero, expediente conradicado interno 38010.

16. Adelantar labores de vigilancia y control de las instituciones encargadas de ejecutar las sanciones establecidas en el presente Código, a fin de garantizar la seguridad de los niños, niñas y adolescentes y evitar su evasión. De manera excepcional, la Policía de Infancia y Adolescencia a solicitud del operador, de la autoridad judicial o administrativa podrá realizar control interno en casos de inminente riesgo en la integridad física y personal de los adolescentes o de los encargados de su cuidado personal.

(...)" (Negrillas por fuera del texto original)

Como se ha explicado a lo largo de este proceso, los supuestos hechos que le causaron daño a los demandantes, provienen de las supuestas lesiones causadas en una riña cuando el joven Zuluaga Rincón se encontraba en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.

En ese sentido, deberá vincularse a la Nación –Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, para que pueda defender su actuación y competencia de adelantar labores de seguridad, vigilancia y control de los centros de atención especializada para menores, como lo es el Centro de Formación Juvenil – Buen Pastor.

Propongo como excepciones de mérito las siguientes:

a) AUSENCIA DE DAÑO.

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la existencia del daño antijurídico es uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad estatal, más no es el único; es estrictamente necesario que ese daño pueda ser imputado a algún agente estatal de acuerdo con los distintos regímenes de imputación jurídica establecidos. Dice la jurisprudencia:

“A partir de la expedición de la Constitución de 1991, la responsabilidad del Estado se define de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 90 en virtud del cual, el Estado será patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión imputable a sus agentes. En efecto, dos son los postulados que fundamentan dicha responsabilidad: i) El daño antijurídico, y ii) la imputación del mismo a la administración, “sin que sea posible predicar la existencia y necesidad y/o valoración y análisis de otro tipo de componentes a efectos de configurar la responsabilidad”. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que “la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable”.

Sobre la noción de daño antijurídico, esta Sección ha definido que ‘consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar’.

En lo relativo a la imputación, se entiende que se trata de la ‘atribución de la respectiva lesión’ ; en consecuencia, ‘la denominada imputación jurídica (imputatio iure o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política’ .

Al respecto, esta Sección ha sostenido que:

‘la imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto. De otro lado, la concreción de la imputación fáctica no supone por sí misma, el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico, se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios bien a partir de la verificación

de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas”.

Con base en lo expuesto, se tiene que la imputación del daño antijurídico supone dos etapas; una primera denominada por la jurisprudencia como imputación fáctica, consistente en realizar un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación, y una segunda denominada imputación jurídica en la cual, a través de un estudio estrictamente jurídico, se determina si la entidad demandada debe resarcir los perjuicios por la verificación de una falla, la concreción de un riesgo excepcional o la ocurrencia de un daño especial.

La doctrina especializada ha establecido que esta visión del Consejo de Estado de manera concreta supone en realidad, no dos, sino tres elementos para la estructuración de la responsabilidad extracontractual del Estado, así:

- 1) La existencia de un daño antijurídico
- 2) La imputación del daño a un agente estatal (lo que el Consejo de Estado denomina imputación fáctica)
- 3) El fundamento del deber de reparar (que correspondería a la imputación jurídica de que trata la jurisprudencia)

Todo lo expuesto sirve para sustentar que, para siquiera pensar en la eventual responsabilidad extrapatrimonial del Estado, la primera carga que tiene el demandante es demostrar de manera cierta y clara la existencia de un “daño”.

Sobre el daño indemnizable por parte del Estado, la jurisprudencia ha dicho lo siguiente:

*“En este punto, resulta necesario precisar que el daño antijurídico, a efectos de que sea indemnizable, requiere estar cabalmente estructurado; por tal motivo, se torna imprescindible acreditar los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) que el daño es antijurídico, esto es, que la persona no tiene el deber jurídico de soportarlo, ii) que se lesiona un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal y iii) **que el daño es cierto, es decir, que se puede apreciar material y jurídicamente y, por ende, no se limita a una mera conjetura.***

El daño antijurídico es el primer elemento de la responsabilidad, toda vez que su existencia es requisito indispensable para que surja la obligación de reparar; así, corresponde al juez constatar -ante todo- que hay un daño, valorar si es o no antijurídico y, una vez estructurado, analizar la posibilidad de que sea imputable a la entidad demandada.”

Lo expuesto, se pone de presente porque en la demanda se solicita la declaratoria de responsabilidad de las entidades demandadas por las lesiones sufridas por el joven Zuluaga Rincón, así como los perjuicios morales que estas supuestas lesiones causaron a su núcleo familiar.

Se ha definido el daño como aquel hecho que constituye “*afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad, o de una situación (...) de igual forma constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan de la afrenta para la víctima del mismo.*”¹⁵. También se ha dicho que el daño constituye aquel “*menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial.*”¹⁶.

Dentro de las diferentes tipologías del daño (*esferas de afectación*) podemos encontrar el *daño moral*, el cual es considerado como aquel padecimiento, sufrimiento, angustia, dolor y temores

“que se reflejan en lo más íntimo y personal de cada uno”¹⁷ y que devienen como consecuencia de “la afectación de la lesión a la vida, a la integridad personal, o al ejercicio de la libertad”¹⁸ de la víctima o de sus familiares.

Respecto al daño moral, se hace necesario diferenciar tres etapas o momentos, a saber, i) su reconocimiento, ii) su tasación (intensidad del daño), y iii) su liquidación. Respecto al primero, conforme la regla de la carga de la prueba contenida en el artículo 167 del C.G.P., quien alegue haber sufrido un daño deberá demostrar su realización. En cuanto al segundo y el tercero, si bien el daño puede estar demostrado, también está en cabeza del interesado comprobar, a través de los diferentes medios probatorios, el monto del mismo¹⁹.

En el caso del daño moral, la carga de la prueba, respecto de familiares cercanos a la víctima (hasta el segundo grado de consanguinidad), según la otrora jurisprudencia de las altas cortes, ha establecido que, con fundamento en las reglas de la experiencia, dicho daño se *presume*. En tal sentido, la carga probatoria se *traslada* a la contraparte, quien deberá demostrar la inexistencia del daño o del monto pretendido. Ello, teniendo en cuenta que la presunción que cobija a los familiares es de hecho (*ius tantum*).

Ahora bien, no obstante que, respecto a la tasación (intensidad del daño) y liquidación de los daños morales, la figura del *arbitrium iudicis* es la que determina el monto de los daños, la Sala Plena de la Sección Tercera, mediante sentencia del 23 de agosto de 2012, con fundamento en los principios del debido proceso, la igualdad y el acceso a la administración de justicia, estableció unos *criterios objetivos* con el fin de determinar el monto de los daños morales, claro está, una vez el daño haya sido demostrado. Tales criterios se pueden resumir en lo siguiente:

- i) *el dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad, valoración a las relaciones propias al núcleo familiar (que comprende la convivencia, la cercanía sentimental y el apego), violación de derechos humanos, o de garantías propias al derecho internacional humanitario la intensidad de la congoja;*
- ii) *la cercanía con el ser perdido,*
- iii) *el grado de afectación y la estructura de la relación familiar de las víctimas las diversas relaciones y*
- iv) *la valoración ponderada de lo que representa moralmente la angustia, la tristeza y la aflicción (de verse con el fallecimiento de sus familiares; o por la pérdida de bienes muebles o inmuebles)*²⁰

“Criterios objetivos, si cabe, fundados en los principios de equidad, razonabilidad, reparación integral y proporcionalidad, que deben permitir al juez determinar con justicia (distributiva) la tasación del “quantum” indemnizatorio de los perjuicios morales reclamados en cada caso en concreto, y que no pueden generalizarse aplicando las reglas de la experiencia como si se tratara de variables unívocas y uniformes, sino que debe considerarse las circunstancias de cada caso en concreto, las singularidades de los sujetos, de los grupos familiares y la aplicación de los anteriores criterios.”²¹

Siguiendo la anterior línea normativa y jurisprudencial, y del análisis o subsunción de los criterios antes expuestos, se echa de menos dentro del libelo de la demanda, los medios probatorios que utilizó la parte convocante con el fin de definir la cuantía o tasación de los perjuicios inmateriales.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de marzo de 2013, Consejero ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente 66001-23-31-000-2001-00098-01(24884).

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ “Ahora bien, acreditado el reconocimiento de los perjuicios morales, la Sala debe examinar su tasación y liquidación, para lo que, en principio, si cabe exigir una mínima carga probatoria a los demandantes que permitan al juez, dentro de su arbitrio judicial, determinar la cuantía a indemnizar.” Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de marzo de 2013, Consejero ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente 66001-23-31-000-2001-00098-01(24884).

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de marzo de 2013, Consejero ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente 66001-23-31-000-2001-00098-01(24884).

²¹ *Ibid.*

b) ROMPIMIENTO DEL NEXO CAUSAL – HECHO EXCLUSIVO Y DETERMINANTE DE UN TERCERO.

Del estudio acucioso de las pruebas obrantes dentro del expediente, no se presentan documentos materiales de prueba que permitan concluir sin lugar a equívocos que los convocantes no se encontraban en el deber de soportarlo, o que a pesar de encontrarse probada su antijuricidad, tampoco se observa de forma clara que el ICBF haya contribuido en la producción del daño (imputación fáctica) ni que ha incurrido en una falla en el servicio (imputación jurídica) por los hechos ocurridos el 5 de enero de 2020, en los que resultó lesionado el joven Zuluaga Rincón de 17 años, mientras cumplía una sanción pedagógica de privación de la libertad en el Centro de Desarrollo Juvenil El Buen Pastor.

En efecto, de conformidad con lo consignado en el informe de novedad presentado por el operador: «ONG Crecer en Familia» de 9 de enero de 2020, sobre los hechos ocurridos el 5 de enero de esta anualidad, en los que se vieron afectados dos adolescentes, entre ellos el joven Zuluaga Rincón, se mencionó que:

“...el día Domingo 5 de Enero del año en curso siendo aproximadamente las 7:00 am, los adolescentes de la sección Esperanza en la cual se encuentra Zuluaga Rincón, generan alteración de la convivencia agrediéndolo con baldes y objeto cortopunzante causándole heridas según reporte entregado por parte del Educador hechos que requirieron de la intervención de los formadores del grupo de convivencia, quienes realizan contención para garantizar la seguridad de todos los involucrados y brindando servicios pre-hospitalarios por parte de la red de especialistas de CEM, siendo el adolescente atendido y valorado por el personal médico.

Por otra parte, como factor de generatividad para el proceso pedagógico del adolescente, se destaca el acompañamiento de su madre, la Sra. Olga Lucía Rincón, quien ha demostrado un compromiso desde la corresponsabilidad y el interés por motivar y orientar a su hijo, sin embargo, teniendo en cuenta el lugar de residencia de la red de apoyo estos acompañamientos no han sido constantes, empero se han facilitado elementos para el ejercicio de su rol como principal fuente de apoyo, el adolescente por su parte es receptivo ante las orientaciones de su madre y se pone de manifiesto el profundo amor que siente por su familia (...).”

En este orden de ideas, se observa en primer lugar que, acerca de las circunstancias modo temporales del día en que ocurrieron los hechos, se presentó una reyerta iniciada por jóvenes que se encontraban en la misma área denominada “Esperanza”, quienes agredieron con armas cortopunzantes de fabricación artesanal a Zuluaga Rincón y Carlos Andrés Perlaza Carabalí, quienes resultaron con lesiones físicas a causa del conflicto. En consecuencia, la Fundación ONG Crecer en Familia adoptó las medidas necesarias de atención médica y psicológica por parte del equipo interdisciplinario, y por las cuales el ahora convocante se comprometió a tener un comportamiento asertivo en la comunidad y a continuar en la construcción de su proyecto de vida alejado de la ilegalidad.

Por lo anteriormente expuesto, se considera que no existe prueba que evidencie lejos de toda duda razonable, que el daño sea antijurídico y atribuible fáctica o jurídicamente al ICBF, toda vez que, de acuerdo con el expediente administrativo de atención remitido por la Dirección de Protección, existen indicios que evidencian que desde el ingreso del joven S.S.Z.R. al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes – SRPA en el año 2018, presentó evasión por problemas internos de comportamiento con sus pares.

En consecuencia, si en gracia de discusión se encuentra configurado un daño contra el joven Zuluaga Rincón, lo cierto es que este no es atribuible al ICBF, toda vez que las lesiones fueron auspiciadas o provocadas por el actuar temerario de otros menores al no saber canalizar, de acuerdo con el Manual de Convivencia, las formas en que deben resolverse las diferencias que se presenten entre compañeros de formación. En ese sentido, no existe ningún nexo causal entre las lesiones sufridas por el convocante y la presunta falla del servicio que se le endilga a este

En virtud de lo anterior, a juicio del suscrito, en el presente caso se encuentra configurado el eximente de responsabilidad estatal por «hecho de un tercero», como lo ha definido el H. Consejo de Estado, quien ha sido enfático en señalar que para que se configure el eximente de responsabilidad deben concurrir tres elementos, tales como la irresistibilidad, imprevisibilidad y exterioridad respecto del demandado. El Consejo de Estado ha definido cada uno de la siguiente manera:

“El hecho de la víctima y/o de un tercero como eximentes de responsabilidad o causal excluyente de imputación²².”

*Las tradicionalmente denominadas causales eximentes de responsabilidad-fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima- constituyen diversos eventos que dan lugar a que devenga imposible imputar, desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad por los daños cuya causación da lugar a la iniciación del litigio, a la persona o entidad que obra comodemandada dentro del mismo. En relación con todas ellas, tres son los elementos cuya concurrencia tradicionalmente se ha señalado como necesaria para que sea procedente admitir su configuración: (i) **su irresistibilidad**; (ii) **su imprevisibilidad** y (iii) **su exterioridad respecto del demandado**, extremos en relación con los cuales la jurisprudencia de esta Sección ha sostenido lo siguiente:*

*‘En cuanto tiene que ver con (i) **la irresistibilidad** como elemento de la causa extraña, la misma consiste en la imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo □ pues el demandado podría, en determinadas circunstancias, llegar a evitar o impedir los efectos dañinos del fenómeno, aunque este sea, en sí mismo, irresistible, caso de un terremoto o de un huracán (artículo 64 del Código Civil) algunos de cuyos efectos nocivos, en ciertos supuestos o bajo determinadas condiciones, podrían ser evitados-’.*

Por lo demás, si bien la mera dificultad no puede constituirse en verdadera imposibilidad, ello tampoco debe conducir al entendimiento de acuerdo con el cual la imposibilidad siempre debe revestir un carácter sobre humano; basta con que la misma, de acuerdo con la valoración que de ella efectúe el juez en el caso concreto, aparezca razonable, como lo indica la doctrina:

‘La imposibilidad de ejecución debe interpretarse de una manera humana y teniendo en cuenta todas las circunstancias: basta que la imposibilidad sea normalmente insuperable teniendo en cuenta las condiciones de la vida²³’.

*En lo referente a (ii) **la imprevisibilidad**, suele entenderse por tal aquella circunstancia respecto de la cual ‘no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia²⁴, toda vez que ‘prever, en el lenguaje usual, significa ver con anticipación²⁵, entendimiento de acuerdo con el cual el agente causante del daño sólo podría invocar la configuración de la causa extraña cuando el hecho alegado no resulte imaginable antes de su ocurrencia, cuestión de suyo improbable si se tiene en cuenta que el demandado podría prefigurarse, aunque fuese de manera completamente eventual, la gran mayoría de eventos catalogables como causa extraña antes de su ocurrencia, más allá de que se sostenga que la imposibilidad de imaginar el hecho alude a que el mismo jamás hubiera podido pasar por la mente del demandado o a que éste deba prever la ocurrencia de las circunstancias que resulten de más o menos probable configuración o a que se entienda que lo imprevisible está relacionado con el conocimiento previo de un hecho de acaecimiento cierto.*

²² Al respecto consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia proferida el 11 de febrero de 2009, Exp. 17.145.

²³ Nota original en la sentencia Citada: ROBERT, André, *Les responsabilités*, Bruselas, 1981, p. 1039, citado por TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, cit., p. 19.

²⁴ Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 20 noviembre de 1989, *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XIX, Bogotá, Legis, p. 8.

²⁵ Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 mayo de 1936, *Gaceta Judicial*, tomo XLIII, p. 581.

Sin embargo, el carácter imprevisible de la causa extraña también puede ser entendido como la condición de “imprevisto” de la misma, esto es, de acontecimiento súbito o repentino, tal y como lo expresan tanto el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, como el artículo 64 del Código Civil²⁶ y la, jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la cual

“[I]mprevisible será cuando se trate de un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional, de rara ocurrencia”²⁷. La recién referida acepción del vocablo “imprevisible” evita la consecuencia a la cual conduce el entendimiento del mismo en el sentido de que se trata de aquello que no es imaginable con anticipación a su ocurrencia, toda vez que esta última comprensión conllevaría a que la causa extraña en realidad nunca operase, si se tiene en cuenta que prácticamente todos los sucesos que ocurren a diario ya han sido imaginados por el hombre.

No está de más señalar, en cualquier caso, que la catalogación de un determinado fenómeno como imprevisible excluye, de suyo, la posibilidad de que en el supuesto concreto concorra la culpa del demandado, pues si éste se encontraba en la obligación de prever la ocurrencia del acontecimiento al cual se pretende atribuir eficacia liberatoria de responsabilidad y además disponía de la posibilidad real y razonable de hacerlo, entonces los efectos dañinos del fenómeno correspondiente resultarán atribuibles a su comportamiento culposo y no al advenimiento del anotado suceso. Culpa e imprevisibilidad, por tanto, en un mismo supuesto fáctico, se excluyen tajantemente.

Así pues, resulta mucho más razonable entender por imprevisible aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia. En la dirección señalada marcha, por lo demás, la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha matizado la rigurosidad de las exigencias que, en punto a lo “inimaginable” de la causa extraña, había formulado en otras ocasiones: (...)

*Y, por otra parte, en lo relacionado con (iii) **la exterioridad de la causa extraña**, si bien se ha señalado que dicho rasgo característico se contrae a determinar que aquella no puede ser imputable a la culpa del agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad, quizás sea lo más acertado sostener que la referida exterioridad se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, pues más allá de sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración □ al menos con efecto liberatorio pleno □ de causal de exoneración alguna, tampoco puede perderse de vista que existen supuestos en los cuales, a pesar de no existir culpa por parte del agente o del ente estatal demandado, tal consideración no es suficiente para eximirle de responsabilidad, como ocurre en los casos en los cuales el régimen de responsabilidad aplicable es de naturaleza objetiva, razón por la cual la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada”²⁸.*

*Por otra parte, a efectos de que operen los mencionados eximentes de responsabilidad (hecho de la víctima o de un tercero), es necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder-activo u omisivo-de aquellos tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño. En ese orden de ideas, resulta dable concluir que para que dichas causales eximentes de responsabilidad puedan tener plenos efectos liberadores respecto de la responsabilidad estatal, **resulta necesario que la conducta desplegada por la víctima o por un tercero sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada o determinante, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa***

²⁶ Nota original en la sentencia Citada: Cuyo tenor literal es el siguiente: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc”.

²⁷ Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 26 de enero de 1.982, Gaceta Judicial, tomo CLXV, p. 21. www.icbf.gov.co

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, Expediente No. 16.530.  

en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, habrá lugar a rebajar su reparación en proporción a la participación de la víctima.²⁹

En conclusión, a juicio del suscrito se encuentra suficientemente probada la causal de eximente de responsabilidad estatal por el hecho exclusivo y determinante de un tercero, toda vez que las lesiones fueron provocadas por el actuar temerario, conflictivo e imprevisible de otros menores. En consecuencia, per se los daños alegados por los demandantes no son un elemento suficiente para alegar la responsabilidad del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, toda vez que es necesario que ese daño sea imputable, fáctica y jurídicamente a la entidad estatal a título de **falla probada del servicio**, de acuerdo con la ley y la jurisprudencia.

En efecto, en lo concerniente al presunto daño antijurídico causado por una supuesta falla en el servicio atribuible a este ICBF, es necesario analizar lo conceptualizado por la H. Corte Constitucional, de la siguiente manera:

*“La falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual. (...) así, las obligaciones que están a cargo del Estado -y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión-, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, **teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo**. Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, **si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad**. Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo³⁰. (Negritas fuera de texto)*

Según lo anterior, le corresponde a quien alega el daño, probar la presunta falla del servicio de la administración, con el fin de que se pueda derivar en la responsabilidad del Estado, es decir, demostrar que la entidad estatal contaba con los elementos para evitar, contrarrestar o precaver la ocurrencia del daño, situación que no acontece en el presente caso al no encontrarse probado que el daño haya sido causado o producido por acción u omisión del ICBF o uno de sus agentes.

c) EXCEPCIÓN GENÉRICA

Solicito de manera comedida y respetuosa al Despacho Judicial, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 282 del Código General del Proceso; y demás normas concordantes, se sirva reconocer las excepciones que llegaren a encontrar probadas.

De acuerdo con todos los argumentos expuestos, solicito muy respetuosamente al Honorable Despacho del Juzgado Sesenta y Seis (66) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá – Sección Tercera, decretar la prosperidad de las excepciones propuestas.

²⁹ En la anotada dirección, ha sostenido la Sala: “El hecho de la víctima, al decir de los hermanos Mazeaud, sólo lleva “consigo la absolución completa” cuando “el presunto responsable pruebe la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho de la víctima. Si no se realiza esa prueba, el hecho de la víctima, cuando sea culposo y posea un vínculo de causalidad con el daño, produce una simple exoneración parcial: división de responsabilidad que se efectúa teniendo en cuenta la gravedad de la culpa de la víctima. Henri y León Mazeaud, Jean Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1960, pags. 332 y 333”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de mayo dos (02) de dos mil siete (2007); Expediente número: 190012331000199800031 01; Radicación: 24.972.

³⁰ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejera Ponente: Hernán Andrés Rincón. Bogotá, D.C., siete (7) de marzo de dos mil doce (2012). Radicación número: 2500012331000199603282-01(20042).

VI. DE LAS PRUEBAS

a. De las pruebas aportadas en la demanda

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se atiene al estricto valor legal que le corresponda a los documentos aportados con la demanda

b. De las aportadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar aporta con la contestación de la demanda los siguientes documentos:

- Historia de atención de Zuluaga Rincón.
- Informe rendido por el operador ONG Crecer en Familia.
- Contrato de aporte número 76.26.19.656
- Pólizas de cumplimiento y responsabilidad civil extracontractual – Aseguradora Solidaria de Colombia

c. Declaración de terceros

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar solicita la declaración de las siguientes personas:

- Sandra Pino, psicóloga encargada del desarrollo del proceso de restablecimiento de derechos del menor Zuluaga Rincón, la cual puede ser citada a través del suscrito en la Avenida Carrera 68 No. 64C-75, teléfono: 318 379 52 44 y correos electrónicos: arquimedes.bastidas@icbf.gov.co. y quimo23_6@hotmail.com
- Evelyn Giraldo Becerra en su calidad de Responsable del Servicio del Centro de Formación Juvenil – Buen Pastor, el cual puede ser citado a través del suscrito en la Avenida Carrera 68 No. 64C-75, teléfono: 318 379 52 44 y correos electrónicos: arquimedes.bastidas@icbf.gov.co. y quimo23_6@hotmail.com

Estas personas se citan con el fin de que puedan esclarecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos demandados, los intervinientes de los incidentes, los protocolos adelantados antes, durante y después de la ocurrencia de los hechos, las medidas adoptadas en relación con el menor Zuluaga Rincón, el estado de salud física y psicosocial del menor luego de la ocurrencia de los incidentes.

VII. PETICIONES

- 1) Con fundamento Solicito al Honorable Despacho, decretar la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN MATERIAL EN LA CAUSA POR PASIVA, de acuerdo con lo expuesto previamente.
- 2) Declarar la AUSENCIA DE DAÑO, dentro del proceso de la referencia, según se ha explicado.
- 3) En gracia de discusión, en caso de tener por probado el daño, solicito muy respetuosamente se declare la AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO EXCLUSIVO Y DETERMINANTE DE UN TERCERO.
- 4) Se ordene la integración de litisconsorte necesario con Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional.
- 5) Solicito a usted DENEGAR todas las pretensiones de la demanda.
- 6) Llamar en garantía a la Aseguradora Solidaria de Colombia identificada con el Nit. 860.524.654-6 – Dirección de notificación: Calle 100 No. 9 A – 45. Teléfonos: 018000 512021 (llamada gratuita). Bogotá: (031) 291 68 68. Línea solidaria: #789. En su condición de garante de los riesgos del contrato de aporte número 76.26.19.656, en virtud de las

pólizas de cumplimiento y responsabilidad civil extracontractual que se aportan con la presente contestación.

VIII. NOTIFICACIONES

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar puede ser notificado en la Avenida Carrera 68 N° 64C-75 PBX: 4377630, correo electrónico: notificaciones.judiciales@icbf.gov.co y arquimedes.bastidas@icbf.gov.co.

El apoderado puede ser notificado en la Avenida Carrera 68 N° 64C-75 – Oficina Asesora Jurídica, teléfono: 318 379 52 44 y correos electrónicos: arquimedes.bastidas@icbf.gov.co. y quimo23_6@hotmail.com

La parte demandante como consta en la demanda.

Cordialmente,



ARQUÍMEDES BASTIDAS QUIÑONES
C.C. Nro. 1.121.817.969 de Villavicencio
TP. Nro. 216.536 del C. S. de la J.