

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LOS DAÑOS OCASIONADOS EN LA
PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE BIENESTAR FAMILIAR**

DIEGO FELIPE BUSTOS BUSTOS

LUZ DARY GARZÓN GUEVARA



UNIVERSIDAD
La Gran Colombia
Fundada en 1951

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
MAESTRÍA EN DERECHO CON ÉNFASIS EN DERECHO ADMINISTRATIVO Y
CIENCIA POLÍTICA
BOGOTÁ
2018

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LOS DAÑOS OCASIONADOS EN LA
PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE BIENESTAR FAMILIAR**

DIEGO FELIPE BUSTOS BUSTOS

LUZ DARY GARZÓN GUEVARA

DIRECTOR:

LIZANDRO JAVIER ROMERO VILLA

**Trabajo presentado como requisito parcial para obtener el título de Magíster en Derecho
con Énfasis en Derecho Administrativo y Ciencia Política**



**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
MAESTRÍA EN DERECHO CON ÉNFASIS EN DERECHO ADMINISTRATIVO Y
CIENCIA POLÍTICA
BOGOTÁ
2018**

NOTA DE ACEPTACIÓN

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Bogotá D. C., mayo de 2018.

AGRADECIMIENTOS:

A nuestras familias por su apoyo incondicional, su acompañamiento y cada una de las palabras que nos impulsan día tras día a continuar nuestra formación profesional.

A la Universidad La Gran Colombia, Directivos y Docentes por su receptividad y por ser nuestros formadores desde el pregrado.

Al Doctor John Fitzgerald Martínez por su amistad y ejemplo profesional.

DEDICATORIA:

A Jerónimo, fruto de un amor que se inició en el aula de clase.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
Introducción	10
Formulación del problema	11
Justificación de la investigación	11
Objetivos.....	13
Objetivo General	13
Objetivos específicos.....	13
Diseño metodológico	13
Situaciones en las cuales los niños, niñas y adolescentes bajo el cuidado del ICBF resultan víctimas durante la ejecución de contratos de aporte	15
Caso 1. Lesiones durante un motín	15
Caso 2. Agresión física y sexual	18
Otros casos.....	19
Naturaleza jurídica del contrato de aporte	21
Alcance de la responsabilidad objetiva del estado de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado	27
Teoría del servicio público y actividad administrativa.....	31
La responsabilidad extracontractual.....	34
Opciones de los jueces frente al concepto de responsabilidad objetiva en los contratos de aporte	37
Aproximación al principio de proporcionalidad	37
Aplicación de principio de proporcionalidad en la prestación del servicio de bienestar familiar	42
Responsabilidad subjetiva.....	43

Progresividad en la prestación del servicio público de bienestar familiar	48
Conclusiones y recomendaciones	53
Referencias bibliográficas.....	56

RESUMEN

En este trabajo se analiza la responsabilidad civil del Estado por los daños ocasionados por terceros en la prestación de servicio público de bienestar familiar a través de contratos de aporte, para lo cual se estudia la naturaleza jurídica del contrato de aporte que rige entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y sus contratistas, se caracterizan las situaciones en las cuales los niños, niñas y adolescentes bajo el cuidado de esta institución resultan víctimas durante la ejecución de estos contratos, se analiza el alcance de la responsabilidad objetiva del Estado en el caso de los mismos contratos y se estudian las opciones de los jueces frente al concepto de responsabilidad objetiva en el caso de los contratos objeto de estudio.

El desarrollo del trabajo permite identificar que la combinación de herramientas jurídicas como el principio de proporcionalidad, la responsabilidad subjetiva y la progresividad en la prestación del servicio de bienestar familiar, pueden contribuir a que se mejore cada vez más este servicio en beneficio de todos los usuarios actuales y potenciales, sin que se elimine la responsabilidad legal del ICBF en los casos en los que se pruebe que las fallas del servicio son culpa suya por acción o por omisión.

Palabras claves: bienestar familiar, contratos de aporte, responsabilidad.

ABSTRACT

This paper analyzes the civil liability of the State for the damages caused by third parties in the provision of public family welfare service through contribution contracts, for which the legal nature of the contribution contract that govern between the Instituto Colombiano de Bienestar Familiar and its contractors, the situations in which the children and adolescents under the care of this institution are victims during the execution of these contracts are characterized, the scope of the State's strict liability in the case of the same contracts is analyzed and the options are studied of the judges against the concept of strict liability in the case of the contracts under study.

The development of the work makes it possible to identify that the combination of legal tools such as the principle of proportionality, subjective responsibility and progressivity in the provision of the family welfare service, can contribute to improve this service more and more for the benefit of all users. current and potential, without eliminating the legal responsibility of the ICBF in cases where it is proven that service failures are your fault by action or omission.

Key words: family welfare, contribution contracts, responsibility.

Introducción

En el sistema jurídico colombiano, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF proporciona atención y la protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias colombianas. Como tal, tiene la responsabilidad de que los menores no colocados bajo patria potestad o guarda, estén bajo la atención inmediata de las personas o establecimientos mejor indicados para ello, teniendo en cuenta la edad y demás condiciones del menor.¹

Para cumplir este objetivo, debe realizar contratos con instituciones públicas y privadas a través de las cuales atiende a determinados grupos de niños y adolescentes que están bajo su responsabilidad, para lo cual se convienen y ejecutan contratos de aporte.

El régimen especial de aporte se soporta en las especiales condiciones de los servicios de prevención y protección a que está obligado el Estado como corresponsable con la sociedad y las familias, de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, hecho que en sí mismo explica la existencia del referido régimen especial., durante el desarrollo de tales contratos se presentan situaciones en las cuales los niños, niñas y adolescentes resultan afectados física o psicológicamente, e inclusive en algunos casos que se describirán más adelante dentro de este trabajo, pueden resultar muertos.

Los procesos judiciales que se desprenden de tales situaciones normalmente concluyen en la señalización del ICBF como responsable final de las fallas en que hayan incurrido sus contratistas, a pesar de que se demuestre dentro de la fase probatoria que la institución ha agotado todos los recursos disponibles con el fin de prevenir los riesgos asociados al cuidado de los niños objeto de cada contrato. De acuerdo con la experiencia de los autores del presente trabajo como funcionarios de esta institución, las condenas que se aplican en cada uno de estos casos con frecuencia son de varias centenas de millones de pesos, por lo que esos casos, a pesar

¹ Es el establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, creado por la Ley 75 (1968).

de que porcentualmente comprometen a un número mínimo de la población atendida, terminan afectando notoriamente los recursos económicos del ICBF, con las correspondientes consecuencias sobre los programas que desarrolla la institución en todo el territorio nacional.

Se podría pensar, desde el punto de vista del interés público, que las indemnizaciones no tienen un objetivo puramente compensatorio o correctivo, sino que buscan crear incentivos para la toma de medidas orientadas a impedir que se repitan los hechos por los cuales se imponen tales sanciones, es decir, se reduzcan cada vez más los casos en los cuales los niños, niñas y adolescentes bajo su cuidado terminen siendo víctimas. Desde el punto de vista institucional, sin embargo, los pocos casos en los que se presentan fallas de los contratistas del ICBF constituyen una amenaza para su sostenibilidad financiera, especialmente porque los jueces aplican en esos casos el concepto de responsabilidad objetiva, incluyendo casos que podrían considerarse aislados de fallas imprevisibles.

La situación descrita genera un interrogante jurídico que se aborda en el presente trabajo y que se formula a continuación.

Formulación del problema

¿Cómo imputar la responsabilidad civil del Estado por los daños ocasionados por terceros a los usuarios del servicio público de bienestar familiar a través de contratos de aporte en Colombia en el año 2017?

Justificación de la investigación

La relevancia de esta investigación es pristina, por la naturaleza del deber y los beneficiarios. El servicio de bienestar familiar es uno de los fines esenciales del Estado y tienen protección constitucional especial

De acuerdo con el artículo 2° de la Constitución Política (1991), son fines esenciales del Estado, entre otros, el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general y la

garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; adicionalmente, los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, por lo cual debe suceder lo mismo con la población que atiende el ICBF. Es decir que cualquier medida que vaya en contra o limite la aplicación de estos principios constitucionales, debe evitarse.

Surge entonces la duda sobre la posibilidad de que otras medidas alternativas a la aplicación automática del concepto de responsabilidad objetiva se puedan a la larga servir para que el servicio del ICBF a través de sus contratistas sea cada vez más seguro, en el sentido de que se gestionen cada vez de manera más eficaz los riesgos a los cuales se exponen los niños, niñas y adolescentes atendidos. Una hipótesis que puede plantearse, por ejemplo, es que el sistema judicial no se limite a señalar la responsabilidad objetiva y a tasar el valor de las indemnizaciones en cada caso, y en cambio, o de manera simultánea, comine al ICBF a diseñar programas orientados a mejorar los niveles de seguridad durante la ejecución de los contratos.

También existe la posibilidad de que, anticipándose a una decisión de esa naturaleza, el mismo ICBF delegue en algunos de sus funcionarios o en empresas especializadas en la materia, la responsabilidad de diseñar mecanismos jurídicos, técnicos, administrativos o de cualquier otra naturaleza que sirvan para contener los riesgos que actualmente se presentan.

Por otro lado, vale la pena cuestionarse si la reiterada indemnización por responsabilidad objetiva, cuando el ICBF ha hecho todo lo que tiene a su alcance, realmente conduce a que el problema de fondo se solucione. Además, debe analizarse jurídicamente si ese concepto realmente es aplicable a la luz del principio de legalidad, según el cual ningún poder del Estado es omnipotente, tal como lo señala la Corte Constitucional en la Sentencia C-710 (2001).

El problema planteado encierra intereses contrarios entre las expectativas de las víctimas de los casos en que terminan afectados los niños, niñas y adolescentes y los intereses de la sociedad en general, lo cual plantea opción jurídica de aplicar el principio de proporcionalidad a fin de valorar la eficacia de las alternativas jurídicas que pueden tener los jueces al momento de definir sus fallos en los casos en los que estén involucrados contratistas del ICBF.

Así mismo, además del ICBF otras instituciones del Estado colombiano también son condenadas como responsables de otras modalidades de daño antijurídico, por lo que es probable

que algunas de esas experiencias puedan aportar elementos que aporten en la construcción de la respuesta que aquí se persigue.

Objetivos

Objetivo General

Analizar la responsabilidad civil del Estado por los daños ocasionados por terceros en la prestación de servicio público de bienestar familiar a través de contratos de aporte.

Objetivos específicos.

- Caracterizar las situaciones en las cuales los niños, niñas y adolescentes bajo el cuidado del ICBF resultan víctimas durante la ejecución de contratos de aporte.
- Estudiar la naturaleza jurídica del contrato de aporte que rige entre el ICBF y sus contratistas.
- Analizar el alcance de la responsabilidad objetiva del Estado en el caso de los contratos de aporte.
- Estudiar las opciones de los jueces frente al concepto de responsabilidad objetiva en el caso de los contratos de aporte que ejecuta el ICBF.

Diseño metodológico

La población objeto del presente trabajo son en primer lugar los actuales usuarios del servicio público del Bienestar Familiar; sin embargo, las implicaciones del trabajo, en caso de que las conclusiones y recomendaciones tengan aplicación, los efectos se extenderán potencialmente a toda la ciudadanía.

Los casos referidos como ejemplo de las situaciones que se presentan en el trabajo se presentaron entre los años 2013 y 2017.

Situaciones en las cuales los niños, niñas y adolescentes bajo el cuidado del ICBF resultan víctimas durante la ejecución de contratos de aporte

En este capítulo se abordan algunos casos que se han presentado en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en los cuales se denotan situaciones que pueden considerarse como ejemplos típicos, aunque no ello quiere decir que sean reiterativos, sino que ilustran el tipo de responsabilidades que le generan a la institución en desarrollo de su función social y en ejecución de los contratos de aporte.

En las narraciones de estos hechos se omiten los nombres de las personas involucradas, teniendo en cuenta que, a pesar de que los reportes correspondientes son documentos públicos, dichos nombres no son relevantes para los objetivos de este trabajo. Las narraciones son extraídas de los informes oficiales producidos por la Oficina Asesora Jurídica del ICBF.

Caso 1. Lesiones durante un motín

En el mes de junio de 2013, una señora estando en calidad de docente al interior de un Centro de Formación, fue víctima de lesiones personales y acceso carnal violento, por parte de un joven que se encontraba recluido al interior de dicho establecimiento.

Según los hechos narrados por el demandante:

1. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en cumplimiento de sus fines, celebró contrato de prestación de servicios con la Congregación de Religiosos Terciarios Capuchinos, para la administración del Centro de Rehabilitación de jóvenes infractores.
2. La Congregación de Religiosos Terciarios Capuchinos, para el desarrollo de las funciones administrativas otorgadas por el ICBF, contrató un grupo humano especializado, parte del cual está conformado por personal docente, del que hace parte la víctima.

3. El día 4 de junio del año 2013, la señora docente se encontraba desarrollando sus labores dentro del centro de atención al menor, siendo aproximadamente las 4:30 pm, regresaba a su aula de clase para sustraer sus elementos personales, cuando el joven que en este escrito se nombrará como Agresor, quién se encontraba allí purgando una pena de tres años de reclusión y que no tenía por qué estar fuera de la Sede Uno de La Congregación, ya que no se encontraba a cargo de ningún docente, fue requerido por la docente para que volviera, dado que estaba fuera del sector de los talleres. En ese mismo instante fue agredida, atacándola, tapándole la boca con su camisa para evitar los llamados de auxilio, golpeándola con el candado de la sala de cómputo, candado que inicialmente la docente tenía en su poder y con el cual intentó defenderse, lo que resultó infructuoso. Luego de más de 20 minutos de forcejeo el Agresor le causó a la docente poli traumas de tejidos blandos en diferentes partes de su cuerpo, rostro, fractura lateral de la órbita izquierda con hemoseno secundario, y fractura del segundo metacarpiano de la mano izquierda, traumatismo intracraneal, sometiendo a todas sus peticiones y accediéndola carnalmente de forma violenta, en vagina boca y ano.

4. La señora docente, fue víctima de dos situaciones de peligro antes de presentarse la falla en el servicio denunciada, el primero de ellos se presentó 15 días antes de la ocurrencia del evento reclamado, donde la afectada fue víctima de lesiones físicas en un motín presentado en el mismo centro de rehabilitación y 8 días antes, cuando otro alumno realizó un acto sexual (masturbarse) delante de la docente en el aula de clase. Estos problemas de seguridad dejaron en evidencia el riesgo en que se encontraba el personal, quienes realizaron varios requerimientos a la Congregación, entre ellos que una persona hiciera rondas para cuidar el personal docente, solicitudes que fueron desatendidas y que permitieron la ocurrencia de estos siniestros.

5. El desarrollo del convenio celebrado, generaba a cargo de la Congregación de Religiosos Terciarios Capuchinos unos deberes mínimos de seguridad frente al grupo humano que tenía a su cargo como empleador, obligaciones que se extienden a todos los encargados de vigilar y supervisar el desarrollo de la administración del centro de rehabilitación como es el caso del ICBF.

6. El siniestro ocurrido, en razón a las circunstancias de tiempo modo y lugar en que ocurrió, fue reportado y calificado como accidente de trabajo ante la ARL Liberty Seguros S. A.,

en la cual se encuentra afiliada la afectada en la categoría de riesgo 5. Esta entidad se hizo cargo de las prestaciones de la víctima durante su incapacidad, lo anterior sin menoscabo de la reparación plena de perjuicios a cargo de los convocados por el daño antijurídico sufrido por los convocantes, perjuicio imputable a estos últimos con ocasión a la falla en las obligaciones de seguridad del contratista, lo que compromete la responsabilidad administrativa y solidaria del contratante (ICBF) y contratista (Capuchinos).

7. La afectada señora docente, fue objeto de evaluación de su pérdida de capacidad laboral ante el Centro de Estudios en Salud y Derecho – CENDES, experticia en la que fue establecido un 19.35% de pérdida de capacidad laboral; agregando que la afectada requirió de un análisis psicológico efectuado por la misma entidad.

8. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Congregación de Religiosos Terciarios, aseguraron diversos riesgos con la compañía Seguros Generales Suramericana S. A., entre los que se encuentran el pago de indemnizaciones laborales a cargo de la entidad asegurada y del afianzado, responsabilidad extracontractual y el incumplimiento del contrato celebrado, pólizas conocidas en virtud de derechos de petición elevados al asegurado y afianzado.

9. El evento ocurrido generó claras responsabilidades en cabeza del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Congregación de Religiosos Terciarios, ya que no solo tenían la obligación de garantizar seguridad frente a sus empleados, sino que sabía de los riesgos a que estaban expuestos, lo que pudo haberse evitado con un mínimo de seguridad y un persona que hiciera rondas a los docentes; reiterando que el agresor no tenía por qué estar en el lugar en donde se produjo la agresión, lo que deja en evidencia las fallas que comprometen la responsabilidad del contratante (ICBF) y del contratista.

10. Las claras responsabilidades de la Congregación de Religiosos Terciarios y de la compañía Seguros Generales Suramericana S. A. conllevaron que las mismas decidieran conciliar con los convocantes, a través de contrato de transacción celebrado entre las partes, por medio del cual los demandantes fueron indemnizados en el 50% de los perjuicios solicitados, quedando excluido de este acuerdo la entidad Instituto Colombiano De Bienestar Familiar, quien a pesar de su clara responsabilidad no le asiste ánimo conciliatorio.

11. La Regional en donde se produjeron los hechos contestó la demanda en término y propuso como excepciones de fondo: la inexistencia de la falla en el servicio, el hecho de un tercero, ausencia de responsabilidad por parte del ICBF, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de los elementos que configuran la responsabilidad del estado, inexistencia del daño a la vida de relación, excesiva tasación del perjuicio moral, inexistencia o falta de causa para demandar.

12. En el mes de junio de 2017, el Juzgado 33 Administrativo Oral del circuito de Medellín – Antioquia, profirió sentencia condenatoria en contra del ICBF, la cual fue apelada por el apoderado de la Regional.

Caso 2. Agresión física y sexual

Tomado del informe firmado por el Director del Politécnico Luis A. Rengifo y que sirvió como fundamento para la denuncia penal presentada ante la Fiscalía General de la Nación.

Entre los meses de agosto y septiembre de 2013 el joven Interno 1, quien se encontraba internado en las instalaciones del Politécnico Luis a. Rengifo, fue agredido física y sexualmente por otros internos identificados con los nombres Interno 2, Interno 3, Interno 4 e Interno 5. De conformidad con lo relatado por el menor, las agresiones consistieron en someterlo mediante amenazas con arma corto-punzante para que practicara sexo oral a varios de sus compañeros de internado.

Los convocados por el Convocante en su libelo introductorio de conciliación:

1. El menor fue internado en el ICBF, bajo medida de aseguramiento preventiva.
2. Estando cobijado por dicha medida, el menor fue objeto de ataque sexual por parte de sus compañeros entre los cuales se encontraba un mayor de edad.
3. La conducta punible de que fue objeto el menor, acto sexual violento, fue reincidente y se prolongó por varios días.

4. Producto de las agresiones sexuales, el menor fue sometido a tratamiento psicológico.

5. El presente caso fue presentado en etapa prejudicial para el respectivo análisis; según acta de noviembre de 2015, el Comité de Defensa Judicial y Conciliación de la Entidad, resolvió no conciliar las pretensiones de la convocatoria, pues para el director administrativo de la época, el medio de control ya había caducado.

6. Agotada la etapa prejudicial, el convocante formuló demanda por el medio de control de la reparación directa, en noviembre de 2015, la cual correspondió al Juzgado 10 Administrativo Oral de Ibagué, que admitió demanda el 21 de enero de 2016. La mencionada demanda fue notificada a la entidad el día 05 de abril de 2016. La demanda se contestó el 23 de agosto de 2016, y se realizó el respectivo llamamiento en garantía. El despacho de conocimiento fijó fecha de audiencia inicial para el mes de septiembre de 2017.

7. Verificada la demanda y la convocatoria la conciliación prejudicial, guardan congruencia y no se aportan hechos o pruebas nuevas.

Otros casos

Otros casos de los cuales no se detalla la información en este trabajo incluyen el homicidio cometido por el compañero sentimental de una madre sustituta a la que le fue adjudicada la custodia de un menor de edad hijo de una indigente; este menor fue puesto bajo el cuidado del ICBF después de un proceso en el que se comprobó que la madre natural del menor no le brindaba las condiciones adecuadas a su edad, debido a que ella es adicta al consumo de sustancias psicoactivas. El ICBF fue demandado por la responsabilidad emanada del acuerdo celebrado con la madre sustituta, y el juez que atendió la demanda falló en contra del ICBF, imponiéndole una sanción económica que superó los \$300 millones de pesos.

Así mismo, en el año 2017 se presentó en la ciudad de Ibagué una situación que fue objeto de notoria difusión en los medios de comunicación; en este caso, los menores atendidos por una fundación privada que tiene un convenio con el ICBF fueron objeto de maltrato por parte de los docentes, quienes, al parecer, los golpeaban y maltrataban para que cumplieran sus

instrucciones. Los medios de comunicación inclusive hablaron de tortura. El caso se encuentra en proceso de investigación y documentación.

Como se observa en estos relatos, un común denominador relevante para los propósitos del presente trabajo consiste en que la responsabilidad por los hechos de que terminaron como víctimas diferentes personas como docentes, internos y menores de edad, no se deriva directamente de actos cometidos por el ICBF o sus empleados en desarrollo de su labor, sino por contratistas, empleados de contratistas, otros menores internos y por terceros, como el caso del homicidio relatado. Es decir, son casos en los que existe una vinculación que involucra un contrato de aporte celebrado por el ICBF con un contratista.

Naturaleza jurídica del contrato de aporte

Este capítulo presenta un análisis jurídico de los contratos de aporte a través de los cuales el ICBF presta el servicio público de bienestar familiar por medio de contratistas que son objeto del respectivo proceso de selección.

Dentro de los antecedentes jurídicos debe registrarse que la ley 7 (1979) en su artículo 12 establece que “*El Bienestar Familiar es un servicio público a cargo del Estado y se prestará a través del "Sistema Nacional de Bienestar Familiar" que se establece en esta norma y por los organismos oficiales y particulares legalmente autorizados*”. Ese mismo artículo también señala que corresponde al gobierno proyectar, ejecutar y coordinar la política en materia de Bienestar Familiar.²

A su vez el artículo 127 del Decreto 2388 (1979) establece que:

por la naturaleza especial del servicio de bienestar familiar, el ICBF podrá celebrar contratos de aporte, entendiéndose por tal cuando el instituto se obliga a proveer a una institución de utilidad pública o social de los bienes (edificios, dineros, etc.) indispensables para la prestación total o parcial del servicio, actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución, con personal de su dependencia, pero de acuerdo con las normas y el control del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, su vigencia será anual, pero podrá prorrogarse de año en año.

Puede notarse que este clausulado señala desde entonces varios elementos característicos de la actividad adelantada por el ICBF, como el hecho de que la responsabilidad de estos contratos es exclusiva de la institución, y que lo hace bajo las normas del ICBF. Así mismo

² Dentro de los propósitos de esa ley estuvo el de reorganizar el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y en su artículo 21 enumera las funciones de esta institución, siendo una de ellas la de “Celebrar contratos con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales para el manejo de sus campañas, de los establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objetivo”, de acuerdo con el numeral 9.

aclara que los aportes se refieren a los bienes provistos e indispensables para la prestación del servicio, ya sea este total o parcial.

Más tarde, el Decreto 2923 (1994) fija las cuantías mínimas de la Garantía Única en los contratos de aportes que celebra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como porcentajes del valor de cada contrato, dependiendo de que se trate del amparo del anticipo o pago anticipado, el amparo del cumplimiento y el amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.

Todas estas normas se producen en concordancia con el artículo 32 de la Ley 80 (1993) o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública el cual define como “*contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación*”. Aunque pareciera una redundancia, resulta necesario señalar entonces que los contratos de aporte son también contratos estatales, con todas las implicaciones que se derivan de tal naturaleza.

Así mismo, tal como lo establece el Decreto 2923 (1994):

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, de acuerdo con lo señalado por la Ley 7° de 1979, numeral 9 del artículo 21; Decreto 2388 de 1979, artículo 127 y en concordancia con lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, está debidamente facultado para celebrar contratos de aporte con entidades sin ánimo de lucro; (...) dichos contratos de aportes se celebran exclusivamente para la prestación del servicio público de Bienestar Familiar, financiado por el Instituto y no representa contraprestación económica para los contratistas. (Decreto 2923, 1994)

Lo anterior implica que los contratos se celebran con entidades sin ánimo de lucro, por lo que la naturaleza de los contratistas debe ser esa y tiene como consecuencia central que su objeto social no puede ser el de generar utilidades. Además, se habla de aportes y no de valor del contrato porque el objeto de aquellos es poner a disposición del contratista los medios necesarios para poder ejecutar el contrato y de los cuales carece, mientras que en los demás contratos

estatales se habla de valor porque precisamente son una contraprestación económica que tiene el propósito de mantener el equilibrio contractual entre los suscriptores del mismo.

De acuerdo con el concepto 22804 del ICBF (2008), “*el régimen especial de aporte se soporta en las especiales condiciones de los servicios de prevención y protección a que está obligado el Estado como corresponsable con la sociedad y las familias, de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, hecho que en sí mismo explica la existencia del referido régimen especial*” (p. 1). Esto quiere decir que se habla de aportes por considerar que los servicios que presta el Instituto hacen parte de las obligaciones del Estado, y al referirse a la naturaleza de los mismos respecto de la familia y de los niños, no es de esperarse que los contratos tengan un carácter comercial o de lucro.

El mismo concepto (2008) señala que en el ordenamiento jurídico constitucional colombiano existen por lo menos dos disposiciones que legitiman la existencia de un régimen general de contratación para el acceso de las entidades estatales al tráfico mercantil de los bienes y servicios relativos a la misión de tales instituciones o al apoyo administrativo de las mismas, al mismo tiempo que existe un régimen especial orientado a impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo. El primero de estos elementos se refiere al Estatuto Único de Contratación expedido mediante la Ley 80 (1993), modificado por la Ley 1150 (2007) y sus decretos reglamentarios, mientras que el segundo corresponde a lo previsto en el inciso 2 del artículo 355 de la Constitución Política (1991).³

De acuerdo con el concepto del ICBF (2008) según se trate de la contratación de bienes y servicios consustanciales a su misión o apoyo administrativo o la contratación necesaria para impulsar programas y actividades acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo que se preste a través de personas jurídicas sin ánimo de lucro, les es viable acogerse a uno u otro régimen, según se reúnan los presupuestos de hecho previstos en las referidas normas.

³ Debe recordarse que este inciso se refiere a la facultad otorgada al Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal para que, con recursos de los respectivos presupuestos, celebre contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo. (Constitución Política, 1991)

No obstante lo anterior, el ICBF aclara que el mecanismo de adhesión sugerido por el ICBF con miras a la prestación del servicio de alimentación escolar en el ente territorial respectivo, no es propiamente una adhesión a un contrato de aporte, sino

Un mecanismo que busca la aplicación de los principios de coordinación, oportunidad, eficacia y economía con miras a facilitar a los departamentos y municipios la prestación conjunta del programa con el ICBF a través de los operadores sin ánimo de lucro que el Instituto ha seleccionado bajo reglas de transparencia, objetividad, igualdad y demás principios previstos en el artículo 209 de la C. P. (Concepto 22804, 2008, p. 3)

A pesar de que el ICBF administra contratos bajo esta modalidad especial, las normas generales de contratación y presupuesto operan de manera complementaria a los servidores públicos, le obliga su observancia y aplicación. En este punto debe señalarse que el artículo 40 de la Ley 80 (1993) señala que las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza; adicionalmente, las entidades podrán celebrar contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y en ellos podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, por supuesto mientras no resulten contrarias a la Constitución, la ley, el orden público. No sobra resaltar que los contratos de aporte que celebra el ICBF también pueden contener ese tipo de cláusulas, en la medida en que así se considere necesario para la mejor prestación del servicio público de bienestar familiar.

También aplican a estos contratos los artículos 39 y 41 (Ley 80, 1993) según los cuales los contratos deben constar por escrito y no requieren ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad; tales contratos se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito. Igualmente, para los contratos de aporte el registro presupuestal es un requisito de ejecución.

A lo anterior debe agregarse que en virtud del artículo 128 del Decreto 2388 (1979), los contratos de aporte que el ICBF celebre para la prestación de los servicios de bienestar familiar

sólo están sujetos a las cláusulas obligatorias de todo contrato administrativo y el Instituto está facultado para celebrar también contratos innominados y de carácter mixto.

Al referirse a esta modalidad de contratos, la Corte Constitucional mediante Sentencia T-806 (2010) conceptuó que la relación existente entre la entidad ejecutora de la modalidad de Hogares Infantiles y el ICBF está regulada exclusivamente por el Contrato de Aportes, por lo que es una relación entre dos personas jurídicas dentro del marco constitucional de la corresponsabilidad consagrada en el artículo 44 superior⁴. En la misma sentencia, la Corte señala que el Contrato de Aporte:

Constituye una forma especial de contratación que utiliza el ICBF, para proveer (edificios, muebles, dineros, etc.) a entidades sin ánimo de lucro, para que éstas brinden atención a los usuarios de los programas del ICBF, en ejercicio de una función social que no genera ningún tipo de dividendo o lucro a dichas entidades, las cuales, lo que hacen es colaborar de manera desinteresada con el Estado, para que éste pueda cumplir con sus fines. (Sentencia T-806, 2010)

Además, advierte el alto tribunal que el Decreto 2388 de 1979 en su artículo 127 y el y Decreto 777 de 1992 en su artículo 8 disponen que, en los contratos de aporte, el ICBF no contrae ningún tipo de relación laboral con las personas que las entidades contratistas empleen para la ejecución de los contratos a que hacen referencia las mencionadas disposiciones. Debe mencionarse que el Decreto 777 fue derogado mediante el Decreto 092 (2017), por lo que el anterior estuvo vigente hasta el mes de enero del 2017, cuando entró en vigencia la nueva norma.

En desarrollo de estos preceptos, la Ley 89 (1988) creó el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, buscando con ello fortalecer la responsabilidad de los padres en la formación y cuidado de sus hijos, la participación comunitaria en la autogestión y solución de sus problemas; este programa permitió asignar recursos para desarrollar y darle cobertura a los Hogares Comunitarios con el fin de proteger a la población infantil más vulnerable del país.

⁴ Este artículo se refiere a los derechos fundamentales de los niños y establece que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. (Constitución Política, 1991)

De manera general, de acuerdo con Beltrán y Gómez (2011) un contrato de Fomento o de Aporte tiene por objeto la asignación de un fomento (suma de dinero) correspondiente a los bienes y servicios que se requieren contratar con lo cual busca el estímulo, desarrollo o impulso de una actividad o labor, a un contratista, con la obligación de utilizarlo por su cuenta y riesgo. El destino de los recursos le obliga a solamente realizar las actividades o acciones para las cuales le fueron entregados. El propósito de este contrato es entregar al ejecutor los recursos para el desarrollo y puesta en el contrato siguiendo las normas y especificaciones establecidas por el gobierno.

De acuerdo con el lineamiento técnico administrativo para la modalidad ICBF-INPEC “Atención a Niños y Niñas hasta los tres años de edad en establecimientos de reclusión de mujeres” (ICBF, 2010), un contrato de aportes es un instrumento legal que se celebra entre el ICBF y una institución de utilidad pública o social, a través del cual, el ICBF se obliga a proveer a la ONG los bienes o servicios indispensables para la prestación total o parcial del servicio; la actividad se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la ONG, con personal de su dependencia y de acuerdo con las normas y el control del ICBF.

Dentro de los contratos de aporte también existen aquellos que se celebran con asociaciones de padres de familia, cooperativas, organizaciones comunitarias y de grupos étnicos, ONG, Cajas de Compensación Familiar, cabildos indígenas, iglesias y confesiones religiosas, entre otras, para administrar la modalidad de atención en la educación inicial. En general, la entidad contratista debe ser una entidad sin ánimo de lucro, con fines de interés social y de utilidad pública, de reconocida solvencia moral y económica. (ICBF, 2013)

Alcance de la responsabilidad objetiva del estado de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado

Como figura jurídica, la responsabilidad tiene origen en Roma (Soler & Guillermo, 2009). Sin embargo, la Responsabilidad del Estado frente a los ciudadanos no se concibió sino hasta finales del Siglo XIX, pues hasta entonces se consideraba que el interés del Estado era superior o absoluto, por lo que eran los funcionarios quienes debían responder por los daños ocasionados por su conducta, de acuerdo con los principios de la responsabilidad civil que regían entre particulares.

De acuerdo con Penagos:

Antiguamente existía una incompatibilidad entre los conceptos de soberanía y responsabilidad: *The king can do not wrong*. Principio que los defensores de dicha teoría de la irresponsabilidad del gobernante resumían diciendo que “lo propio de la soberanía era imponerse a todos sin compensación”, consideraciones que el derecho administrativo rechaza de plano, por antijurídicas (Penagos, 2007, p. 31).

Es solo hacia 1930, una vez terminada la Primera Guerra Mundial cuando surgen nuevas teorías en procesos en los que se buscaba obtener indemnizaciones por hechos y omisiones de servidores del Estado que ocasionaron daño a particulares. De acuerdo con Rodríguez:

Una de las primeras proposiciones jurisprudenciales citadas en las diversas fuentes del derecho administrativo, lo fue el Fallo Blanco en Francia en 1873, que además de desligar la responsabilidad del Estado, de sistema normativo alguno, y relacionarlo con la actividad del mismo, permitió inferir, una responsabilidad de los funcionarios ligados a la del aparato estatal. (Rodríguez, 2011, p. 15)

En ese histórico fallo estableció la responsabilidad del Estado a pesar de no estar consagrada en textos legales. El Tribunal de Conflictos manifestó en ese momento que:

La responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por hechos de las personas que emplea el servicio público, no puede ser regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a

particular; esta responsabilidad no es general ni absoluta, tiene reglas especiales que varían según las peculiaridades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los intereses particulares. (Penagos, 2007, p. 40)

Desde entonces se empezó a trazar el límite entre la responsabilidad del Estado y la de sus agentes en la doctrina y en la jurisprudencia. Esta distinción resulta relevante dado que la administración pública, al igual que se predica de toda persona jurídica, no actúa por sí misma, sino que lo hace a través de agentes o funcionarios. (Rodríguez, 2011)

La delimitación de la responsabilidad del Estado ha tenido una evolución histórica que algunos autores como Ruiz han dado en tres etapas; la primera es la etapa de la irresponsabilidad, la segunda la de la responsabilidad y la tercera la de la responsabilidad creciente (Ruiz, 2009). Durante la etapa de la irresponsabilidad el Estado, representado por el Rey, era considerado como un ser omnipotente en razón del principio de soberanía absoluta; sin embargo, si bien el Estado no era responsable de los daños que se causaran en el ejercicio de su actividad, el agente que hubiera actuado en su nombre sí lo era, cuando esos actos hubieran sobrepasado determinados límites. Igualmente sucedía en los casos en los cuales la ley de manera expresa así lo estableciera, así como cuando tuviera aplicación la teoría de los actos de poder y los actos de gestión; de acuerdo con esa teoría, el Estado se consideraba irresponsable frente a daños causados por su actividad en el poder, y en cambio era responsable por perjuicios ocasionados por su actividad de gestión, dado que en ese caso se consideraba tal actuación bajo los parámetros de los particulares.

Fue en 1873 cuando el Tribunal de Conflictos de Francia determinó por medio del denominado Fallo Blanco la posibilidad de que el Estado fuera declarado como responsable independientemente de que tal responsabilidad estuviera señalada de manera expresa o de que su actividad fuera considerada de poder o de gestión. Para adoptar esa decisión el Tribunal se basó en la noción de servicio público, que entró a sustituir las nociones de poder y de gestión.

Desde entonces en la doctrina y en la jurisprudencia se establecen límites en la responsabilidad que le corresponde al Estado y a los agentes que lo representan. Se reconoce entonces que la administración pública es una persona jurídica y no actúa por sí misma, sino que

lo hace a través de agentes o funcionarios, lo que hace necesario diferenciar hasta qué punto los perjuicios que causa le son propios o se generan en el actuar de los funcionarios estatales (Rodríguez, 2010). En el caso del sistema anglosajón, fueron la Ley Federal de 1946, en el caso de Estados Unidos y en 1947 en Inglaterra, las que modificaron el sistema según el cual el funcionario autor del hecho perjudicial era quien debía responder con su patrimonio personal.

Para distinguir entre la responsabilidad de la administración pública y la de sus agentes se debe acudir a la diferencia entre los conceptos de falta del servicio y falta personal. Así, la responsabilidad de la administración se establece cuando se presenta una falta del servicio, mientras que es la falta personal la que compromete la responsabilidad individual del funcionario (Zárate, 1996). Hecha esa distinción surge la inquietud acerca de la responsabilidad de los funcionarios ya no ante terceros sino ante la administración por las faltas que le puedan causar perjuicio; si bien inicialmente se aceptaba la validez del principio de irresponsabilidad del funcionario frente a la administración pública, a partir del Fallo Lareulle en 1951 el Consejo de Estado Francés se cambió esa doctrina y se señaló la responsabilidad personal tanto en forma directa o como consecuencia del llamamiento en garantía. (Ruiz, 2009)

De acuerdo con Bernal, la clasificación de actos de poder y actos de gestión:

Es objeto de grandes debates en la historia del derecho administrativo, tenemos que la consecuencia es muy parecida. Si se trata de actos de poder que implican el ejercicio de las prerrogativas propias del poder estatal, se rigen por el derecho y son juzgadas por el juez contencioso administrativo, pero si eran de gestión que implicaban un comportamiento similar al de los particulares eran de derecho privado y de conocimiento de los jueces ordinarios. (Bernal, 2010, p. 28)

De acuerdo con Bernal, el principal aporte de estas teorías sobre actos de poder y actos de gestión fue el de explicar la existencia del Derecho Administrativo, como régimen jurídico especial que regula las actuaciones del Estado, tanto utilizando criterios del servicio, como prerrogativas de poder. Al respecto, la Corte Constitucional, mediante sentencia T507 de 1993 señaló que, para definir en qué dimensión actúa el Estado, si con su estatus superior de Estado o al nivel del particular (...), se debe diferenciar entre la actividad de mando a través de la expedición de actos de poder o de autoridad. En la segunda, se enmarcan las actuaciones que

realiza el Estado sin utilizar el poder de mando y que, por consiguiente, son semejantes a las actuaciones de los particulares. De acuerdo con esta idea, cuando se está frente a una actividad de poder debe aplicarse a la administración los principios y normas especiales, es decir, el derecho administrativo, y los litigios que allí resultaren serían de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativa.

Esta distinción histórica entre actos de poder y actos de gestión permite identificar que la contratación pública constituye un acto de gestión, dado que al contratar el Estado no actúa en virtud de su poder de mando y en cambio actúa frente al contratista, hasta cierto punto, en igualdad de condiciones; esto en el sentido de que el hecho de que la entidad estatal actúe en representación del interés general, no puede llevar a que el particular, actuando como contratista, deba sacrificar sus propios intereses sino cumplir el objeto del contrato con fines onerosos. La distinción resultaba especialmente útil y necesaria cuando se trata de asuntos relacionados con la actividad contractual del Estado; de hecho, esa distinción es la que permite definir la competencia entre la jurisdicción contencioso administrativa y la jurisdicción ordinaria.

Al respecto la segunda parte de la Ley 1437 de 2011 por medio de la cual se expide el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se ocupa de la organización de esta jurisdicción y de sus funciones jurisdiccional y consultiva. De acuerdo con el artículo 104, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. Los procesos de los que deberá conocer esta jurisdicción están los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, a los contratos en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes, a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público, los que se originen en actos políticos o de gobierno, los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las

conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; los originados en los contratos celebrados por esas entidades, así como los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado.

Teoría del servicio público y actividad administrativa.

La intervención del Estado y particularmente de su actividad administrativa dentro de la sociedad ha sido comprendida desde la perspectiva que se conoce como la teoría del servicio público, dado que esta teoría permite realizar distinciones entre la función de los particulares y las actuaciones propias del aparato estatal. Esta teoría tuvo su origen en la jurisprudencia de Francia durante el Siglo XIX, en respuesta a la necesidad de ponderar a esa estructura sólida y con poderes tan amplios, que los particulares se veían frente a ella como si se tratara de súbditos en lugar de ciudadanos (Angulo, 2012). De acuerdo con Duguit, el servicio público debe considerarse un elemento del Estado en sustitución del sistema monárquico. (Duguit, 1926)

El servicio público se constituye en la razón de ser de la administración pública, por lo que se convierte en tema fundamental del Estado Moderno (Velilla, 2011); por ello, el servicio público es también tema central del derecho administrativo (Montaña, 2005). Entre tanto, para Rivero servicio público es “toda actividad de interés general que la administración asume” (Rivero, 2005, p. 168).

Con respecto a la evolución histórica del concepto, Maldonado (2007) refiere que la primera vez que se habló del servicio público en los órganos jurisdiccionales franceses fue en el llamado fallo Blanco⁵, cuando se hizo responsable al Estado “por el daño causado a los

⁵ Fallo que en 1872 resolvió el caso instaurado por el padre de Agnès Blanco, donde una menor resultó lesionada después de ser arrollada por un camión del Estado. El caso sirvió como precedente a que la responsabilidad del Estado también se extienda a las actividades realizadas por él con ocasión al servicio público y, por tanto, el Tribunal resolvió que debió regirse por las normas del derecho público y no las del código civil, como anteriormente se hacía. (Maldonado, 2007, p. 56).

particulares por personas que el Estado emplea en el servicio público”. En algunos países de Europa el servicio público es conocido bajo la denominación de servicio económico de interés general o servicio universal, en consideración a su impacto en la sociedad. La comprensión de este servicio en términos de René Chapus se resume así:

La administración es sumisa a un derecho que rige su organización y su actividad y, por ende, su relación con los asociados, quienes son su razón de ser y en la cual tiende a satisfacer sus necesidades mediante el ejercicio de actividades de interés general o, más precisamente, actividades de servicio público. (Chapus, 2005, p. 52)

El concepto de servicio público ha sido desarrollado desde tres perspectivas diferentes, como son la orgánica, la material y la funcional; desde la primera, el concepto de servicio público corresponde a un organismo de derecho público que existe para prestar un servicio también público, lo que implica una competencia de carácter técnico (Castro, 2012). Así mismo, desde la perspectiva material las actividades propias del servicio público son las que se orientan a la satisfacción de un interés general, son ejercidas por un organismo público y normalmente están por fuera de la órbita del derecho privado (Jezé, 1949). Y desde la perspectiva funcional, el servicio público es definido como una actividad de interés general que se identifica por la existencia de reglas y poderes exorbitantes. (Auby & Ducos, 1971)

Se observa que el interés general es una expresión común al referirse a la conceptualización del servicio público, dado que ese interés aparece como la razón justificadora de la intervención del Estado; podría afirmarse entonces que el servicio público es entendido como un mecanismo de atención de necesidades de la comunidad, que actúa bajo parámetros específicos y propios de su naturaleza.

Con respecto al nivel de intervención del Estado en la atención del servicio público han existido a lo largo de la historia diferentes posiciones. El mismo Duguit al respecto sostuvo que el servicio público:

Es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la

interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante. (Duguit, 1926, p. 102)

Esta es una posición que supone la plena intervención del Estado como un requisito para la atención de este tipo de servicio. Sin embargo, el concepto se ha ido concretando en la medida en que le han sido reconocidas determinadas características como la generalidad, la igualdad, la continuidad y la obligatoriedad. La generalidad se refiere al hecho de que debe tratarse de una actividad que no puede estar dedicada a atender las necesidades de unos pocos particulares mientras que se excluye a otros miembros de la sociedad; quiere esto decir que el servicio debe resultar asequible a todos los miembros de la sociedad, ya sea que finalmente todos hagan o no uso de él. (Marienhoff, 2011)

El atributo de igualdad del servicio público se refiere a que la forma como el mismo se presta es igual para todos los integrantes de la comunidad, es decir, sin que exista ninguna discriminación en razón de calidades individuales de cada persona; en virtud de este atributo, tanto las características del beneficio recibido como del costo o contraprestación, deben ser las mismas para todos los integrantes de la sociedad. Por su parte la continuidad se refiere a que la disponibilidad del servicio no puede ser ocasional sino permanente, por lo que no pueden presentarse interrupciones en su prestación bajo ninguna circunstancia ni por ninguna justificación. Por último, la característica de obligatoriedad se refiere a que su prestación no puede resultar opcional o discrecional para el organismo estatal que lo presta o para quien lo haga en su nombre, si fuera el caso.

No se requiere sin embargo que un Estado preste de manera directa los servicios de interés general para que éstos sean considerados como servicios de carácter público; de hecho, en la mayoría de las sociedades contemporáneas los particulares asumen la prestación de algunos de esos servicios. En la medida en que el Estado requiere recurrir a particulares para la prestación de algunos de esos servicios, se requiere de la celebración de contratos entre el organismo estatal y particulares. Así mismo es posible que, si bien el organismo público siga el encargado de atender la prestación de tales servicios, deba adquirir productos o servicios, y contratar arrendamientos o suministros para poder operar.

Con respecto a la importancia que en Colombia se le reconoce al servicio público, ésta puede deducirse del pronunciamiento de la Corte Constitucional cuando afirmó que el servicio público de interés general prestado por un particular hace que éste adquiera el carácter de autoridad, pues existe un ejercicio del poder público, y la característica fundamental del servicio público, es que tiene un régimen especial en atención al servicio (Sentencia T-507, 1993). Igualmente, la Corte ha señalado que su carácter esencial se predica cuando las actividades que lo conforman contribuyen “de modo directo y concreto a la protección de bienes, a la satisfacción de intereses o a la realización de valores ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales” (Sentencia C-473, 1994).

La responsabilidad extracontractual.

La responsabilidad civil extracontractual aparece cuando el daño causado no es originado en una relación contractual, sino en cualquier otra actividad. Esta responsabilidad conocida también como responsabilidad Aquiliana, resulta al causar daño a otra persona traspasando el deber de cuidado que se debe tener frente a ciertas situaciones o actividades que pueden generar riesgos y posteriores daños a terceros. (Hinestrosa, 2000)

La responsabilidad extra contractual se puede definir como "*aquella que existe cuando una persona causa, ya por sí misma, ya por medio de otra de la que responde, ya por una cosa de su propiedad o de que se sirve, un daño a otra persona, respecto de la cual no estaba ligada por un vínculo obligatorio anterior relacionado con el daño producido*" (Franco, 2010, p. 28). Esta área del Derecho Civil también se conoce como delitos y cuasidelitos civiles (fuentes de las obligaciones). Las fuentes principales de las obligaciones extracontractuales son el hecho ilícito y la gestión de negocios.

De acuerdo con Díez (1999), la responsabilidad objetiva se basa en la objetiva inobservancia de normas de cautela, antes que en una valoración del actuar de la persona y de sus perfiles subjetivos; es decir que esta responsabilidad se funda en un deber de comportamiento que espera de un agente en virtud de la actividad que desempeña o de la posición que asume, en lugar de basarse en criterios subjetivos como la culpa. Al respecto Hierro (2001) afirma que esta

responsabilidad prescinde del requisito de la infracción como punto de partida y, como consecuencia de lo anterior, no recurre a la culpabilidad como criterio de imputación objetiva.

De acuerdo con esta teoría, se admite que quien crea un riesgo incurre en la culpa de manera automática. Alessandri es bastante específico respecto de este tipo de responsabilidad cuando afirma que:

La responsabilidad objetiva prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido. Basta éste para que su autor sea responsable cualquiera que haya sido su conducta, haya habido o no culpa o dolo de su parte. Es el hecho perjudicial, el hecho liso y llano y no el hecho culpable o doloso el que genera la responsabilidad (Alessandri, 1981, p. 15).

La responsabilidad objetiva en actividades peligrosa, como es el caso de la prestación de servicios financieros, crea entonces un riesgo, y como tal, es parte del riesgo empresarial en que incurre quien decide ofrecer dichos servicios. Esto implica que las entidades financieras deben ser aptas para tomar las medidas necesarias para controlar o prevenir la producción de un daño, si se tiene en cuenta que, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia: *“responde del daño aquel que se encuentra en la posición más adecuada para conducir el análisis costos-beneficios, esto es, a asegurar la conveniencia de evitar el daño comparando los costos relativos y el costo en el cual consiste el daño mismo”* (Sentencia 1100131030382001, 2009)

Pérez plantea que la responsabilidad objetiva no se deriva de la conducta culposa del autor y en cambio es una consecuencia del riesgo creado; cita para sustentar su tesis la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 24 de Octubre de 1994, cuando, refiriéndose entonces, hace 24 años, a la responsabilidad objetiva involucrada en el pago de cheques falsificados, señaló que el cúmulo de operaciones que la banca realiza compensa el costo económico de tener que asumir las pérdidas por el pago de cheques falsificados (Planiol & Ripert, 1983).

Una responsabilidad objetiva que se asienta, bien en la propia realización de actividades peligrosas, o bien en el sometimiento pasivo a las mismas. Surge un sistema de responsabilidad basado en la realidad de los daños con tal abstracción de la consideración de la culpa. La palabra riesgo se refiere a la potencialidad o posibilidad de daño, que erradicaba el concepto de culpa

(negligencia o imprudencia), para descargar en quien lo creaba la obligación de indemnizar si aquel se concretaba en un daño. Por eso se consideró que el riesgo era el primer criterio objetivo de imputación del daño civil cuya consecuencia es la obligación de indemnizar.

Este tipo de responsabilidad compromete cualquier situación que origine u ocasione por su propia naturaleza un peligro para un tercero, ya que para concluir quien es el responsable no se debe analizar la conducta y el nivel de culpabilidad de quien ejecuta el hecho, sino solamente con el hecho de encontrarse en esta posición de peligro, por naturaleza se es responsable y se tiene que restaurar el daño causado, la responsabilidad objetiva es la que mejor garantiza la reparación del daño, ya que no se debe analizar la culpa como tal sino que solo estudia el resultado. (Fernández, 1998)

Opciones de los jueces frente al concepto de responsabilidad objetiva en los contratos de aporte

Como se señaló al plantear el problema de investigación objeto de este trabajo, los jueces que han tenido conocimiento de los casos en los que han resultado afectados beneficiarios del servicio de bienestar familiar que presta el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar han enfocado su análisis jurídico en torno a la responsabilidad objetiva que se puede deducir de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se hayan presentado los hechos. Sin embargo, si bien ese enfoque puede corresponder cuando se intenta establecer un daño y tasar la correspondiente indemnización del perjudicado directo, puede estar dejando de lado la forma en que terceros que no han sido directamente afectados en el caso individual, sí pueden estar en condiciones de riesgo de que lo sean en el futuro.

Como alternativa a ese enfoque, se plantea la aproximación al problema a partir del empleo del principio de proporcionalidad, cuyo análisis se aborda a continuación.

Aproximación al principio de proporcionalidad

A juicio de Marín (2007), uno de los principios que más ha sido desarrollado es el de la proporcionalidad, por cuanto es una herramienta y parámetro de control de la actividad de la administración, pero también ha tenido influencia en el campo de los derechos fundamentales y los conflictos que se suscitan entre éstos y las diferentes actividades del Estado en la medida en que éste interfiere en los derechos o patrimonio de los individuos. La Corte Constitucional ha señalado que *“el principio de proporcionalidad es una herramienta conceptual del derecho constitucional que permite evaluar la validez o legitimidad constitucional de las intervenciones que las autoridades públicas (y principalmente el Legislador) en los derechos fundamentales”* (Sentencias T-422, 1993).

En cuanto a la discrecionalidad que debe observar al momento de aplicarlo, el juicio de proporcionalidad tiene especial importancia, ya que en el ejercicio de esa facultad se debe elegir

entre las varias opciones, con el único propósito de proteger el interés general. En efecto, en Colombia la Corte Constitucional ha señalado unas subreglas que el juez constitucional debe seguir al momento de evaluar la correcta y pertinente aplicación del principio de proporcionalidad, como son las de determinar:

1. Si se persigue una finalidad válida a la luz de la Constitución, 2. Si el trato diferente es “adecuado” para lograr la finalidad perseguida; 3. Si el medio utilizado es “necesario”, en el sentido de que no exista uno menos oneroso, en términos de sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin perseguido y, 4. Si el trato diferenciado es “proporcional stricto sensu”, es decir, que no se sacrifiquen valores, principios o derechos (dentro de los cuales se encuentra la igualdad) que tengan un mayor peso que los que pretende satisfacer mediante dicho trato. (Sentencias T-422, 1993)

La Corte ha explicado estas subreglas que conforman el denominado test de proporcionalidad en los siguientes términos; en primer lugar, en el análisis se busca establecer la finalidad de la medida de que se trata el propósito que el precepto cuestionado persigue y los intereses que busca favorecer resultan relevantes, en cuanto si la medida implica alguna restricción o sacrificio de otros derechos o intereses; de acuerdo con la Corte, la validez constitucional de esa limitación depende, entre otros criterios, de la importancia que el texto superior le reconozca al objetivo que la norma pretende alcanzar. (Sentencia C-470, 2011)

El segundo elemento por analizar con miras a determinar la proporcionalidad de la medida que se estudia es su idoneidad para alcanzar la finalidad propuesta. Entonces, para que una norma pueda considerarse proporcional, ha de ser adecuada o conducente para el logro del fin propuesto, para lo cual deberá existir un importante grado de probabilidad de que a través de ella pueda lograrse el objetivo buscado. (Sentencia C-470, 2011)

En tercer lugar, dentro de este test de proporcionalidad debe examinarse lo relativo a la necesidad de la medida, lo que equivale a preguntarse si la misma resulta indispensable para el logro del objetivo propuesto. De acuerdo con la Corte, este aspecto normalmente se determina examinando la posibilidad de que se implemente otra medida menos gravosa, y que sin embargo resulte igualmente conducente al propósito esperado. Y, por último, debe analizarse si esta medida resulta proporcionada en sentido estricto, para lo cual se requiere establecer el balance

existente entre los beneficios que su aplicación podría reportar y los costos o dificultades que ello ocasionaría. Sin embargo, en algunos casos este criterio resulta bastante subjetivo, dado que la alta indeterminación del beneficio o del costo que se puede generar, queda entonces en un plano puramente especulativo evaluar la relación costo - beneficio que al respecto pudiera plantearse y, a partir de allí, deducir si se está quebrantando el principio de proporcionalidad.

A través de su ejercicio de juez constitucional la Corte ha hecho varios ejercicios de valoración frente al principio de proporcionalidad; sin embargo algunos autores solamente señalan tres de esos cuatro elementos del test de proporcionalidad, aunque al describirlos hacen referencia a los cuatro; por ejemplo, Rodríguez de Santiago se refiere a ellos señalando como primero, que tiene que ver con la adecuación, idoneidad o de congruencia, el segundo el relacionado con la necesidad, intervención mínima o menor lesividad, y el tercero es el de proporcionalidad, en sentido estricto (Rodríguez, 2000).

La Corte ha señalado que no existe una estructuración dogmática del principio de proporcionalidad, y cuando hace referencia a él lo entrelaza o mezcla con el de razonabilidad, racionalidad, igualdad e interdicción de la arbitrariedad (Sentencia C-525, 1995). En otras sentencias se hace un claro estudio del principio de proporcionalidad y se integran los mandatos ya referenciados, como sucede en la Sentencia T-308 de 1993, en la que, tras hacer un análisis de la adecuación entre los medios y los fines, de la necesidad de menor lesividad y de ponderación, amparó los derechos de los habitantes vecinos a un batallón militar que se quejaban por los ruidos de las armas de fuego que interrumpían su tranquilidad.

Este mismo principio fue considerado por la Corte al analizar la discrecionalidad del Estado al momento de implementar la política criminal, encontrando que:

En el ámbito de su regulación, la validez e idoneidad de las medidas que en este campo se puedan adoptar, depende de que las mismas sean compatibles con los valores superiores, los principios constitucionales y los derechos fundamentales, lo que exige mantener un margen de razonabilidad y proporcionalidad con respecto al fin para el cual fueron concebidas. Uno de los límites a la facultad legislativa en materia penal y en particular, a la potestad de definir los delitos y las penas es precisamente el principio de legalidad, en virtud del cual las personas solo pueden ser investigadas, acusadas, juzgadas y

sancionadas penalmente, por acciones omisiones constitutivas de delitos que se encuentren previamente establecidos en la ley de manera clara, expresa, precisa e inequívoca (Sentencia C-500, 2014).

Además, la Corte Constitucional consideró que las penas fijadas para el delito de lesiones personales en sus distintas modalidades no constituyen un parámetro de comparación para determinar la proporcionalidad de la pena fijada para la violencia intrafamiliar, dado que se busca proteger a la familia, como bien jurídico distinto a la integridad personal y elemento fundamental de la sociedad, e incluye dentro de las conductas constitutivas de la infracción muchos otros comportamientos diferentes a causar daño en el cuerpo o en la salud. Se nota en este análisis de la Corte la importancia que se le reconoce a los bienes jurídicos sustanciales como la familia al momento de valorar la proporcionalidad de una norma, colocándola inclusive por encima de la integridad personal al considerarla como elemento fundamental de la sociedad. En su concepto la modificación introducida por el legislador a través del artículo 229 del Código Penal al tipo penal de violencia intrafamiliar, contraría los principios constitucionales de legalidad y proporcionalidad de la pena, dado que, no obstante, la censura que merecen todas las formas de violencia intrafamiliar, el incremento punitivo establecido en la norma acusada, resulta desproporcionado a la luz de las conductas de maltrato que se pretende castigar.

En efecto la Corte ha señalado que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad penal, todas las penas deben ser proporcionales a la gravedad de los delitos y al daño ocasionado, por lo que una de las características de las sanciones o penas debe ser el establecimiento de un límite en el tiempo, a fin de dar cumplimiento al artículo 28 de la Constitución que prohíbe mecanismos sancionatorios imprescriptibles. Así, a la luz de los principios de legalidad, proporcionalidad y prescriptibilidad, no es posible en Colombia consagrar sanciones subsidiarias o dependientes que se extiendan en el tiempo indefinidamente, al punto que terminen por superar la sanción penal impuesta en el marco de un proceso judicial. (Sentencia C-370, 2006)

En el caso de las normas determinadas por el Legislativo para resolver el problema de congestión judicial la Corte encontró que las mismas no satisfacen el test de proporcionalidad, por considerar que la congestión judicial es una problemática amplia y multifactorial, por lo que podría agravarse o por el contrario reducirse, por efecto de una gran cantidad de circunstancias,

situación en la que resulta difícil afirmar que una específica medida resulta determinante y necesaria para su solución. Adicionalmente la Corte consideró que no se había demostrado que la nueva regla fuera efectivamente útil para contribuir a la solución del problema planteado, lo que hace aún menos posible evaluar su necesidad, así como la relación costo-beneficio de la medida legal, como elementos necesarios para deducir si se está quebrantando el principio de proporcionalidad (Sentencia C-470, 2011). El tribunal señaló en esta sentencia que la medida establecida no supera el test de proporcionalidad, “por cuanto si bien pretende contribuir a una finalidad legítima y acorde con la Constitución como lo es la descongestión de los despachos judiciales, resulta tener un efecto exiguo y dudoso frente al logro de ese propósito, no puede catalogarse como necesaria y no resulta proporcionada” (Sentencia C-470, 2011).

El principio de proporcionalidad fue empleado recientemente por la Corte para analizar la constitucionalidad de la Ley 1696 de 2013, por medio de la cual se dictan disposiciones penales y administrativas para sancionar la conducción bajo el influjo del alcohol u otras sustancias psicoactivas (Sentencia C-633, 2014). En esta oportunidad la Corte abordó el análisis de proporcionalidad de estas medidas, empleando para ello un test de intensidad intermedia, destacando que: i) estas medidas persiguen propósitos constitucionales importantes, entre ellos la protección de la vida y la integridad de las personas; ii) emplean medios no proscritos por la Constitución, pues aunque implican la anticipada restricción de algunos derechos, tienen por finalidad asegurar la efectividad del procedimiento en curso, a través del cual se busca resguardar intereses de especial valor constitucional; iii) las competencias atribuidas son efectivamente conducentes para controlar los riesgos asociados a la conducción bajo los efectos del alcohol.

Ya en 2011 la Corte se había referido a este principio cuando estudió normas previstas para el decomiso de bienes por parte de autoridades administrativas. De acuerdo con ese alto tribunal, la previsión del decomiso como medida correctiva de carácter policivo, prevista en los artículos 166, numeral 10 del Decreto 1355 de 1970 y 129 del Decreto 522 de 1971, constituye una limitación legítima del derecho de propiedad diferente de la acción de extinción del dominio y, por tanto, que no requiere ser ordenado por una autoridad judicial, sino que puede ser impuesto por una autoridad administrativa como lo es el alcalde. Así mismo la Corte encontró

que el decomiso cumple con los principios de legalidad, debido proceso, tipicidad y proporcionalidad que constitucionalmente se exige de toda sanción. En efecto corresponden al ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República, además de que existe un procedimiento para la imposición de la sanción, que garantiza el debido proceso y defensa. Analizadas cada una de las contravenciones por las cuales se puede imponer el decomiso, la Corte concluyó que se ajustan a la Constitución y específicamente, con el principio de proporcionalidad, habida cuenta que (i) tienen un fin legítimo de preservación, de uno o varios elementos que componen el orden público; (ii) son idóneas para el logro de dicho fin y (iii) son proporcionales en sí mismas consideradas en la medida que son necesarias y no existe otra forma para lograr la preservación de la seguridad, tranquilidad y salubridad públicas que se afecta con tales conductas (Sentencia C-459 de 2011, 2011). Se observa en esta sentencia la rigurosidad empleada por la Corte respecto de la aplicación del test de proporcionalidad para evaluar la constitucionalidad de una norma, en este caso relacionada con el decomiso.

Como se observa, el principio de proporcionalidad ha sido aplicado por la Corte Constitucional para evaluar la validez tanto de asuntos penales como de asuntos administrativos y en general a la acción del Estado.

Aplicación de principio de proporcionalidad en la prestación del servicio de bienestar familiar

Para definir la forma en que se puede aplicar el principio de proporcionalidad para resolver la responsabilidad del ICBF en desarrollo de los contratos de aporte y dentro de la prestación del servicio público de bienestar familiar, a continuación, se profundiza en la comprensión del concepto de responsabilidad subjetiva, como una primera alternativa en el tratamiento de estos casos.

Responsabilidad subjetiva.

Su propiedad primordial es la conducta, ya que es la culpa de quien comete la falta, la conducta concluyente para la imputabilidad de la responsabilidad, por lo tanto, cuando se va a estudiar un caso con problemas donde se desee determinar la responsabilidad de una persona se debe examinar particularmente la acción u omisión y el nivel de culpabilidad en la que incurrió la persona para así definir la responsabilidad. En la aplicación de este enfoque de la responsabilidad, surge también el concepto de riesgo, que se refiere a la potencialidad o posibilidad de daño y que incorpora a su vez el concepto de culpa (negligencia o imprudencia), para descargar en quien lo creaba la obligación de indemnizar si aquel se concretaba en un daño, por lo que se considera que el riesgo es el primer criterio objetivo de imputación del daño civil, cuya consecuencia es la obligación de indemnizar. (Salazar, et al., 2017)

Desde el punto de vista histórico, la teoría del riesgo fue modificada, entonces se habló de riesgo-provecho, riesgo-beneficio, riesgo técnico, riesgo de desarrollo, y luego de riesgo social, riesgo de empresa, riesgo del aire, riesgo aceptado, riesgo catastrófico, hasta llegar al riesgo excepcional que se utiliza en la responsabilidad patrimonial del Estado (Martinez, 2014). Ayerbe y Franco (2014) definen riesgo como el acontecimiento eventual, incierto, cuya realización no depende exclusivamente de la voluntad de las partes, pero que puede causar un daño.

La responsabilidad civil se aprecia desde los fundamentos esenciales del Derecho Romano como vivir honestamente, no dañar al otro, dar a cada uno lo suyo; originándose en estos principios el concepto más profundo de responsabilidad civil, claro, se ha diferenciado ampliamente del daño que puede infringirse uno mismo o del daño moral, temas que seguramente abarcan otros estudios y otras materias. De acuerdo con Tamayo (2009), aquí nos referimos de manera concreta al daño o perjuicio causado a otro, debido al ejercicio de la actividad jurídico civil de las personas con el fin de generar la solución más eficiente para quien sufre detrimento en el curso normal de sus negocios civiles y precisamente es el campo de la responsabilidad civil.

La responsabilidad civil abarca varios aspectos entre ellos aspectos filosóficos y económicos analizados frecuentemente desde el punto de vista de la justicia. La responsabilidad no se ocupa de lo que está por fuera de la relación bilateral. La responsabilidad civil radica en la obligación que recae sobre una persona que ha infringido daño o perjuicio patrimonial a otra y generalmente su resarcimiento se da mediante un pago de indemnización de perjuicios.

Esta responsabilidad se funda en el máximo postulado del derecho, cual es el de no perjudicar a otro injustamente (*neminem laedere*) y que se traduce en el deber que pesa sobre toda persona, por el hecho de vivir en sociedad, de observar una conducta prudente y cuidadosa para que en el ejercicio de sus numerosas actividades y des sus derechos no lesione injustamente a otro, deber que incluye el leal y diligente cumplimiento de las obligaciones concretas, voluntariamente contraídas o impuestas por la ley. La violación de este deber compromete la responsabilidad de agente y le acarrea, en consecuencia, la obligación de indemnizar los daños causados. Se tiene, por tanto, que el fundamento en que se apoya toda la institución de la responsabilidad civil es uno mismo, bien sea que se trate de sancionar el hecho ilícito que se ofrece cuando una persona dolosamente o por negligencia perjudica el derecho ajeno, sin estar particularmente obligada a satisfacerlo, o bien, cuando estándolo, no ejecuta la prestación a su cargo destinada a la satisfacción de tal derecho. (Ospina, 1998, p. 32)

Un Estado de Derecho, se define tanto por el principio de legalidad como por el principio de responsabilidad. Se debe recordar que el axioma fundamental de la responsabilidad reside en que el ser humano es libre de sus actos, pero esclavo de sus consecuencias, y que frente a la producción de daños no se puede aceptar la impunidad porque ella llevaría al relajamiento de disciplina y convivencia sociales. Sería enseñar socialmente que la víctima debe soportar, sin más, los daños injustificados, y que por tanto el responsable está exento de indemnizarlos., con mayor razón se ha de predicar del estado, que, en síntesis, representa en un territorio determinado la filosofía que debe ilustrar a sus asociados.

La responsabilidad encuentra su fundamento en las consecuencias jurídicas que un hecho acarrea para su autor, ésta implica entonces la necesidad de indagar la causa o razón de ser de la cual el que infiere un daño a otro está obligado a repararlo. La responsabilidad encuentra su fuente en los actos o declaraciones del hombre o en sus hechos y para que éstos produzcan

efectos se les da la calificación de jurídicos. Al ubicar esta responsabilidad dentro de las fuentes de las obligaciones se encuentra que esta tiene su fundamente en los hechos jurídicos; de los hechos jurídicos ilícitos, hacen parte los delitos y los cuasidelitos. El legislador ha definido los delitos como los hechos capaces de inferir injuria o daño a otra persona; en otras palabras, es el hecho que encierra dolo. El cuasidelito o culpa de igual manera encierra un hecho ilícito, pero cometido por el simple descuido o negligencia.

Para que un hecho genere responsabilidad, es necesario que dicha acción cause un daño a otra persona o a sus bienes, pues no basta su ejecución con dolo o culpa, sin un daño causado que reparar. Un hecho doloso o culposo que no ocasione un daño que reparar, posiblemente podrá engendrar responsabilidad penal, pero de ninguna manera habrá responsabilidad civil. La víctima tiene a su cargo la demostración plena de los elementos necesarios para generar en la conciencia del juzgador la convicción de que es procedente la condena. Esos elementos son el daño, la culpa y la relación o nexo causal entre los dos primeros.

Es decir que para que una persona se encuentre obligada a resarcir los perjuicios que se derivan de un hecho delictual o cuasidelictual, deben concurrir los siguientes elementos:

- Hecho: la existencia de un hecho que produzca la modificación o transformación de una situación anterior.
- Culpa: como elemento de factor subjetivo que determina la relación entre el hecho y la voluntad; como ya lo mencionaremos más adelante, la culpa se refiere tanto al hecho doloso como al culposo.
- Nexo causal: es indispensable que el demandante establezca la relación causa – efecto entre el hecho de la persona, cosa, etc., y el daño que debe ser reparado
- Daño o menoscabo: Es la lesión de un bien o de un patrimonio en su aspecto económico, pecuniario o material como consecuencia directa de un hecho atribuible al autor.
(Moreno, 2007)

Lo anterior quiere decir que una vez se haya probado el hecho, la culpa, el nexo causal y el daño o menoscabo, el causante, en este caso el productor o vendedor, debería ser sujeto de

responsabilidad por parte del sistema judicial, pues lo contrario equivaldría a exceptuarlo del sistema de responsabilidad que cobija a todos los ciudadanos y otorgarle por lo tanto un privilegio.

En la responsabilidad subjetiva se considera la intencionalidad o culpabilidad del autor, por lo que se hace necesario analizar la conducta del sujeto. A su vez, para desvirtuar la culpa presunta también existen dos medios: por la prueba negativa de la ausencia de culpa y la prueba de una causa extraña exonerativa, lo cual puede hacerse con base en la prueba positiva de una causa extraña. De acuerdo con Arias y Torres (2016), esta última puede corresponder a una fuerza mayor o caso fortuito, la culpa de la víctima o la acción de un tercero.

En estas condiciones, señala la Corte Constitucional (Sentencia C-622, 1998), toda decisión judicial se debe fundar en las pruebas allegadas al proceso de forma regular y oportuna, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos, tal como se señala en los artículos 164 y 176 del Código General del Proceso (Ley 1564, 2012). También señala la Corte Suprema de Justicia (Referencia: 41001-3103-004-2005-00054-01, 2011) que la carga probatoria corresponde al demandante y no al juez (*actori incumbit probatio*), correspondiendo al demandado demostrar en contrario (*reus in excipiendo fit acto*).

Efectivamente, según el artículo 167 del Código General del Proceso (Ley 1564, 2012) incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen; de acuerdo con Francisco Carnelutti (1982), este procedimiento se desarrolla buscando demostrar los supuestos fácticos que sustentan la proposición de las partes. Al respecto Carnelutti señala que para el juez la noción de carga de la prueba incluye una regla de juicio que le indica cómo debe fallar en los casos en que no encuentra la demostración de los hechos en los cuales se fundamenta la pretensión o la excepción; de acuerdo con el autor, “*se traduce en la obligación del juez de considerar existente o inexistente un hecho según que una de las partes le ofrezca o no la demostración de su inexistencia o de su existencia*” (Carnelutti, 1982, p. 8).

Una vez el daño ha sido probado, debe establecerse su cuantía, con base en los elementos de convicción aportados al proceso; debe tenerse en cuenta que la prueba del daño y su cuantía

no asuntos distintos. De todas maneras, la valoración debe atender los principios de reparación integral y de equidad y debe tener en cuenta criterios técnicos actuariales, según lo señalado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y en el artículo 283 del Código General del Proceso (Ley 1564, 2012).

Como se aprecia, la carga de la prueba, de acuerdo con la Corte, en principio corresponde dentro del proceso al acusador, como parte interesada; sin embargo, en otros casos es el acusado quien debe probar que si cumplió con su deber de dar, lo que en el caso de la relación que existe entre una entidad financiera y su cliente equivale a decir que es la entidad la que debe probar que sí entregó el dinero que debió entregar, realizó el pago o efectuó el traslado que el cliente solicitó, ya sea a través de oficinas físicas o de medios electrónicos. Así, en el caso de que la entidad no logre comprobar que ha cumplido con su obligación, se daría por probada la certidumbre del daño y, por lo tanto, su obligación de reparar dicho daño.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado el título de imputación de falla en el servicio, con base en criterios de responsabilidad subjetiva por omisiones administrativas, donde se atribuye al Estado la responsabilidad patrimonial y consecuentemente la indemnización de los perjuicios causados. (Ballesteros, et al., 2017)

Navarrete (2016) expone que la diferencia entre la responsabilidad civil extracontractual directa e indirecta radica en que la primera se deslinda de una conducta positiva, es decir de una acción, mientras que la que se deriva de una conducta omisiva, es decir, que el daño fue causado por la inobservancia de la diligencia en el cuidado de la relación jurídica preexistente de vigilancia y cuidado personal. A su vez, la responsabilidad civil extracontractual indirecta se escinde en varias hipótesis de responsabilidad, y en todas ellas existe una instrumentalización en la causación del daño; esta instrumentalización se puede provocar por medio de otra persona, o incluso, por medio de cosas animadas o inanimadas.

En la responsabilidad civil extracontractual por el hecho ajeno la obligación indemnizatoria se imputa a quien tenga la obligación de guarda y cuidado, de origen legal o contractual, frente a otra persona que haya causado un daño, tal como se establece en los artículos 2347 a 2349 del Código Civil colombiano. Es indispensable para que en este supuesto

la acción de responsabilidad salga adelante, que el demandante acredite plenamente la existencia y certeza del daño efectuado por el dependiente, así como el nexo de dependencia entre las personas, así como el nexo de causalidad entre uno y otro. (Guerrero, 1973)

Para la Corte Suprema de Justicia la responsabilidad civil extracontractual indirecta por el hecho ajeno “*se da cuando alguien es llamado por la ley a responder frente a terceros por las secuelas nocivas de actividades desarrolladas por otras personas que se encuentran bajo su guarda o cuidado o de quienes, en situación de dependencia, recibe concurso empresarial*” (Sentencia del 15 de marzo, 1996). De acuerdo con este mismo tribunal, en la responsabilidad por el hecho de otro pesa sobre la víctima que reclama indemnización la carga de suministrar prueba acabada del daño y su valor, así como también de los hechos que permiten entrar en funcionamiento el factor atributivo de la responsabilidad indirecta., por lo que le compete justificar a cabalidad su demanda contra quien es demandado a título de guardián o superior del agente directo del ilícito en cuestión, lo que equivale a demostrar el nexo de dependencia que une a estos dos sujetos.

Ordoñez expone que, en lo que hace al demandado, éste se encuentra en un régimen subjetivo de responsabilidad de culpa presunta, dado que “*el legislador sanciona el comportamiento presuntamente culposo del civilmente responsable, e invierte la carga de la prueba para que sea éste el llamado a desvirtuar la presunción de responsabilidad*” (2015, p. 23). Esto se desprende de que la formulación del último inciso del artículo 2347 del Código Civil establece, un hecho negativo imposible de probar.

Progresividad en la prestación del servicio público de bienestar familiar

Una segunda alternativa para el tratamiento por parte del Estado al servicio público de bienestar familiar, consiste en elevarlo a la categoría de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). En Colombia en algunos casos la legislación establece el denominado principio de progresividad. Particularmente se aplica este principio en los denominados Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que son derechos humanos de carácter inalienable, enmarcados en la categoría de derechos de segunda generación y definidos como derechos de

carácter prestacional, ya que implican la adopción de medidas concretas por parte del Estado (González, 2002) para lograr la realización de la dignidad humana. En este sentido, el Estado tiene frente a los particulares la obligación de realizar prestaciones positivas (Uprimny & Parra, 2006), sobre todo en materia social, con el fin de asegurar las condiciones materiales mínimas, sin las cuales no es posible vivir una vida digna. Estando así conectado el Estado social de Derecho, con el reconocimiento de la dignidad humana, y la realización de los DESC. Estos derechos implican la realización de acciones positivas por parte del Estado, por tal motivo, tienen un gran componente de carácter económico, que pueden impedir o hacer difícil su realización plena, debido a las condiciones presupuestales de cada Estado, es por esto que en el análisis de estos derechos se incluye el principio de progresividad y la prohibición de regresividad.

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH, 2008), ha establecido que, en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en razón a la naturaleza de estos, las medidas que deben adoptarse por parte de los Estados para lograr su efectividad deben ser medidas que estén encaminadas a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos. La progresividad de estos derechos se predica en cuanto a la plena satisfacción de cada derecho, pero este mandato no es óbice para que los Estados se exoneren de su obligación de adoptar medidas que estén encaminadas a lograr alcanzar esta plena cobertura.

El principio de progresividad impone a los Estados la obligación de *respeto, protección y satisfacción* de los DESC. El *respeto* se refiere a los deberes negativos o de “*abstención de cualquier práctica que impida, obstaculice o interfiera el acceso a los bienes objeto del derecho correspondiente*” (Comisión Colombiana de Juristas, 2010, pp. 7-8). La *protección* se refiere a todas las garantías que debe prestar el Estado frente a la intervención de terceros en el disfrute de los derechos –defensa de los derechos de cara a las actuaciones de los particulares–. Y la *satisfacción* el compromiso del Estado de promover las condiciones de las personas para que puedan acceder a los bienes asociados al disfrute de los DESC.

Sin embargo, debido a las condiciones socioeconómicas de cada Estado estas prestaciones no son ejecutables en su totalidad de forma inmediata, sino que los Estados deben ir aumentando de forma progresiva la cobertura en la medida de los recursos de los cuales disponga. No quiere decir esto entonces, que los Estados se pueden escurar en la falta de

sostenibilidad para evadir la responsabilidad de cumplir con sus obligaciones en la materia, ya que dentro de las principales obligaciones está la de adoptar todas las medidas necesarias para aumentar los recursos que a estos fines se destinan (Sentencia C-251, 1997).

Además, como principal contrapeso a esta posibilidad que se da a los Estados de ir aumentando la cobertura en materia de DESC en proporción a sus recursos, se encuentra la llamada prohibición de regresividad, cuyo principal componente es la prohibición que se hace a los Estados de adoptar medidas que impliquen una disminución de la cobertura que ya se ha alcanzado. En este sentido, el desarrollo del principio de progresividad en conjunto con la prohibición de regresividad son los mandatos que dan a los DESC su efectividad.

Bajo estas premisas la ciudadanía puede ejercer el control y constituirse como principal defensor de los DESC, a través de la verificación del cumplimiento de estas garantías. En este sentido, las obligaciones que competen al Estado respecto de los DESC, implican acciones tanto positivas como negativas por parte de este. Los Estados tienen no sólo el deber de tomar todas las medidas posibles para lograr su realización progresiva integral, sino que además deben asegurar el goce de estos derechos a todos los habitantes, sin ninguna discriminación.

El principio de progresividad conlleva la necesidad para los Estados de esforzarse por satisfacer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en general, no podrá lograrse en un breve período de tiempo (...). Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto, no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo (...). Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad de la razón de ser del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Éste impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1990, p. 9)

La Corte Constitucional se ha referido al principio de progresividad insistiendo en la relación inherente que tiene con los DESC, que como consecuencia conlleva la obligación *de asegurar tan pronto como sea posible la cobertura universal* de estos derechos por parte del Estado (Sentencia SU-624, 1999). Por otro lado, es importante advertir, que el carácter fundamental de los DESC genera la obligación de aplicar el principio de progresividad, con lo cual, conviene no retroceder y por el contrario darles el carácter progresivo a estos derechos (Sentencia C-506, 2006).

La progresividad hace referencia al reconocimiento de prestaciones y protecciones mayores y superiores en relación con cada uno de esos derechos sociales, pero ese mandato de progresividad no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, los contenidos mínimos de esos derechos” (Sentencia C-038, 2004).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) reconoce el principio de progresividad en el artículo 2.1, sin negar la existencia de otras obligaciones por parte de los Estados. Dentro de las principales obligaciones se encuentran las que se mencionan a continuación. (Comisión Colombiana de Juristas, 2010)

- Obligación de progresividad. Los Estados están llamados a esforzarse para alcanzar la satisfacción de los derechos reconocidos en el Pacto. Dicha efectividad de los derechos, implica que sea a largo plazo o progresivamente, además del aumento paulatino en el nivel de satisfacción –graduales y constantes–.
- Obligaciones de cumplimiento inmediato. Las asumen los Estados partes frente a la comunidad internacional, deben cumplirse independientemente de los recursos con que cuente el Estado. Estas obligaciones han sido enumeradas por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la siguiente forma.
- Adoptar medidas legislativas, administrativas y judiciales.
- Comprometer hasta el máximo de los recursos disponibles.
- Garantizar el disfrute de los derechos sociales sin ningún tipo de discriminación.

- Garantizar, incluso en situaciones de crisis, el contenido esencial de los derechos sociales.
- Vigilar la situación de los derechos sociales y contar con información detallada al respecto.
- No adoptar medidas de carácter deliberadamente regresivo.

Lo que se busca es que, una vez se incluya al servicio público de bienestar familiar a la categoría de DESC, mediante la aplicación del test de proporcionalidad, se evalúe la eficacia de la forma como se han manejado hasta ahora estos casos, frente a la eficacia que puede esperarse de un nuevo enfoque en donde no solamente se indemnice a los perjudicados en virtud del nivel de responsabilidad, sino que además el ICBF presente un plan y un sistema de indicadores que permitan evaluar el mejoramiento del servicio que presta a través de los contratos de aporte. Más adelante, una vez el ICBF haya definido esos programas de mejoramiento y los indicadores que se diseñen hayan demostrado que los diferentes riesgos se están gestionando de manera apropiada, los jueces deberán evaluar si resulta válido o no seguir aplicando la responsabilidad objetiva, considerando el hecho de que el Estado no es omnipotente.

Con este nuevo enfoque, lo que se busca en primer lugar es asegurar que el ICBF mejore cada vez más la forma en que presta el servicio de bienestar familiar en beneficio de la población en general, y, en una segunda fase, que la institución sea juzgada con base en el criterio de responsabilidad subjetiva

Conclusiones y recomendaciones

De acuerdo con los objetivos planteados, a lo largo del trabajo se estudió la naturaleza jurídica del contrato de aporte que rige entre el ICBF y sus contratistas y se caracterizaron situaciones en las cuales los niños, niñas y adolescentes bajo el cuidado del ICBF resultan víctimas durante la ejecución de contratos de aporte, para lo cual se hizo referencia a casos concretos que tipifican dichas situaciones.

A su vez, el análisis del alcance de la responsabilidad objetiva del Estado en el caso de los contratos de aporte permitió observar que en la actualidad se enmarca, por un lado, dentro de la teoría del servicio público y la actividad administrativa y, por otro lado, dentro de la teoría de la responsabilidad extracontractual. La exploración de opciones de los jueces frente al concepto de responsabilidad objetiva en el caso de los contratos de aporte que ejecuta el ICBF se consideró en primer lugar la teoría de la responsabilidad subjetiva y en segundo lugar la aplicación del principio de progresividad.

La teoría de la responsabilidad subjetiva se basa en la conducta, dado que la culpa es la conducta concluyente para la imputabilidad de la responsabilidad. La aplicación de esta teoría en lugar de la responsabilidad objetiva llevaría a que cada caso examinado para establecer si el ICBF tomó todas las medidas a su alcance para evitar el daño a los terceros que finalmente resultaron perjudicados en desarrollo de un contrato de aporte; la aplicación de este enfoque se basa en el reconocimiento de que el ICBF, como institución del Estado, no es omnipotente y, por lo tanto, no está en la posibilidad de controlar de manera absoluta todos los riesgos que se asocian a la prestación de sus servicios.

Por otra parte, el examen del principio de progresividad mediante la elevación del servicio de bienestar familiar a la categoría de Derecho Económico, Social y Cultural, constituye otra opción que tiene el sistema judicial para resolver los casos objeto de estudio. Mediante la combinación de este principio con la regla de proporcionalidad, se podría lograr que el ICBF tuviera, por un lado, la obligación de establecer mecanismos que aseguren el mejoramiento

progresivo del servicio de bienestar familiar que presta a través de contratos de aporte y, por otro lado, pueda ser juzgado con base en la teoría de la responsabilidad subjetiva.

El mecanismo propuesto consiste en que en la medida en que se presenten daños en la prestación del servicio público de bienestar familiar, los jueces que deban fallar frente a las demandas de los afectados impongan dos tipos de medidas. Una de esas medidas sería en el sentido de que el ICBF desarrolle programas orientados a mitigar las causas que hayan originado o permitido que se causara el daño. Para explicar este mecanismo se puede retomar el caso 1 de lesiones a una docente durante un motín al interior de un centro de formación, por parte de un menor que purgaba una pena; el análisis de los hechos descritos en ese ejemplo muestra que la falla que condujo a ese daño fue el hecho de que el menor se encontraba indebidamente por fuera de la Sede Uno de la Congregación, por lo cual lo que se requiere hacer para evitar que se presenten situaciones similares es que el ICBF introduzca modificaciones en los contratos de aporte respecto de los protocolos de seguridad que deben observarse en las instituciones que se encargan de ejecutar estos contratos. Este mismo ejercicio de análisis de los hechos en cada caso debe conducir a que se adopten progresivamente medidas basadas en experiencias aprendidas que, sumadas, mejorarán necesariamente la calidad del servicio de bienestar familiar.

El segundo lugar, la aplicación del concepto de responsabilidad subjetiva debe darse respecto de los diferentes actores involucrados en cada caso. Para volver al mismo ejemplo, la falla la cometió en primer lugar la entidad contratista, puesto que le permitió al menor agresor estar en un lugar en donde no debería estar. Sin embargo, para poder señalar esa responsabilidad se requiere que los contratos sean claros respecto de los protocolos que se deben cumplir y, en caso de que no sean claros, la responsabilidad sería del ICBF por falta de previsión. De esta manera se aplicarían de manera combinada los dos elementos de esta propuesta. Una ventaja adicional de esta propuesta es que los contratistas del ICBF estarían más interesados en mejorar sus procesos y controles, dado que en la actualidad ya saben que los jueces finalmente se inclinan a aplicar el principio de responsabilidad objetiva, por lo que la carga económica y de imagen recae exclusivamente en su entidad contratante.

De esta manera, la sociedad en general tendría la tranquilidad de saber que este servicio se presta cada vez en mejores condiciones y, por otro lado, el ICBF tendría la garantía de que sus

actos serían evaluados de acuerdo con el nivel de culpa que se logre probar en cada proceso. Este manejo evitaría fallos en los que se establece la responsabilidad objetiva en todos los casos y, con ello, se evitaría el desangre de recursos económicos para indemnizar a los afectados, lo cual permitiría que esos recursos sean destinados a la implementación de los programas de mejoramiento continuo que diseñe el ICBF.

Referencias bibliográficas

- Alessandri, A., 1981. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*. Santiago de Chile: Imprenta Universal.
- Angulo, J. J., 2012. *Riesgo de oportunismo del gobierno en el sector eléctrico colombiano. Aproximación al diseño institucional de la regulación eléctrica en Colombia..* Bogotá: Universidad del Rosario.
- Arias, H. & Torres, D., 2016. Responsabilidad ambiental de las terminales portuarias de cartagena en sus instalaciones y áreas de influencia. *Advocatus*, Volumen 18.
- Auby, J. & Ducos, R., 1971. *Instituciones Administrativas*. París: Paidós.
- Ayerbe, P. & Franco, D., 2014. *El contrato de seguro de responsabilidad civil para jueces y magistrados en Colombia*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Ballesteros, I., Arciniegas, E. & Alarcón, R., 2017. La carga de la prueba en procesos de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico asistencial. *Revista Estr@do*, 3(4).
- Beltrán, F. & Gómez, L., 2011. El plan colombiano para integrar un ecosistema digital. *Redecom. Actas de la V Conferencia ACORN-REDECOM*, pp. 1-9.
- Bernal, F. J., 2010. *Derecho Administrativo*. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública ESAP.
- Carnelutti, F., 1982. *La prueba civil. Traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo*. Buenos Aires: Depalma Editores.
- Castro, C., 2012. *Aproximación a la Corrupción en la Contratación Pública. Especial Referencia a las Fórmulas de Tipificación de la Corrupción en la Contratación Pública*. Salamanca, España: Universidad de Salamanca.

Chapus, R., 2005. *Ley Administrativa General*. París: Montchrestien.

Comisión Colombiana de Juristas, 2010. *Informe sobre la prohibición de regresividad en Derechos Económicos, Sociales y Culturales en Colombia: fundamentación y casos (2002-2008)*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1990. *Observación General No.3. La índole de las obligaciones estatales*. Madrid: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Concepto 22804, 2008. *Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*. Bogotá: Concepto 22804.

Constitución Política, 1991. *Asamblea Nacional Constituyente*. Bogotá: Imprenta Nacional.

Decreto 092, 2017. *Presidencia de la República*. Bogotá: Por el cual se reglamenta la contratación con entidades sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política.

Decreto 2388, 1979. *Ministerio de Salud Pública*. Bogotá: Por el cual se reglamentan las leyes 75 de 1968, 27 de 1974 y 7o. de 1979.

Decreto 2923, 1994. *Presidencia de la República*. Bogotá: Por el cual se fijan las cuantías mínimas de la Garantía Única en los contratos de aportes que celebra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Díez, L., 1999. *Derecho de años*. Madrid: Civitas.

Duguit, L., 1926. *Las transformaciones del derecho público*. Madrid, España: Francisco Beltrán.

Fernández, F. A., 1998. *El concepto de responsabilidad*. s.l.:s.n.

Franco, C., 2010. *La Responsabilidad Civil del Notario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

González, B., 2002. El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales. *Civitas*, pp. 19-20.

- Guerrero, H., 1973. *Responsabilidad civil extra-contractual por el hecho ajeno*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Hierro, L., 2001. *La responsabilidad en el Derecho. Investigación sobre el concepto jurídico de responsabilidad*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.
- Hinestrosa, F., 2000. *Responsabilidad extracontractual: antijuridicidad y culpa*”, citado por Juan Carlos Henao, *Responsabilidad del Estado Colombiano por daño ambiental*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ICBF, 2010. *el lineamiento técnico administrativo para la modalidad ICBF-INPEC “Atención a Niños y Niñas hasta los tres años de edad en establecimientos de reclusión de mujeres”*. Bogotá: ICBF.
- ICBF, 2013. *Manual Operativo. Modalidades de educación inicial en el marco de una atención integral para la primera infancia*. Bogotá: ICBF.
- IIDH, (. I. d. D. H., 2008. *Protección internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano*. San José de Costa Rica: IIDH.
- Jezé, G., 1949. *Principios generales del derecho administrativo. T. II. 1, La noción de servicio público, los agentes de la administración pública*. Buenos Aires: Depalma.
- Ley 1150, 2007. *Congreso de la República*. Bogotá: por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.
- Ley 1564, 2012. *Congreso de la República*. Bogotá: Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.
- Ley 7, 1979. *Congreso de la República*. Bogotá: Por la cual se dictan normas para la protección de la niñez, se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones.

Ley 75, 1968. *Congreso de la República*. Bogotá: Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Ley 80, 1993. *Congreso de la República*. Bogotá: Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Ley 89, 1988. *Congreso de la República*. Bogotá: Por la cual se asignan recursos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones.

Maldonado, T., 2007. *La noción de servicio público a partir de la concepción del Estado Social de Derecho*. Barranquilla: Universidad del Norte. Actualidad Jurídica.

Marienhoff, M., 2011. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II*. Cuata Edición ed. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

Marín, H. A., 2007. *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Martinez, G., 2014. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Undécima edición ed. s.l.:s.n.

Montaña, A., 2005. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Moreno, J. A., 2007. *La responsabilidad civil y su problemática actual*. Madrid: Editorial Dickinson.

Navarrete, A., 2016. *¿Sistema objetivo o subjetivo de responsabilidad civil en el ejercicio de actividades peligrosas?; una óptica pragmática en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ordoñez, V., 2015. *Responsabilidad civil por actividades peligrosas (actualidad de las teorías subjetiva y objetiva)*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Ospina, G., 1998. *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: Temis.

Penagos, G., 2007. *El daño antijurídico*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Planiol, M. & Ripert, G., 1983. *Tratado elemental de derecho civil*. Tijuana, México: Cárdenas.

Referencia: 41001-3103-004-2005-00054-01, 2011. *Corte Suprema de Justicia*. Bogotá: Magistrado Ponente William Namén Vargas.

Rivero, J., 2005. *Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rodríguez, J. M., 2000. *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*. Barcelona: Marcial Pons.

Rodríguez, L., 2010. *Derecho Administrativo, General y colombiano*. Bogotá: Editorial Temis.

Rodríguez, L., 2011. *La explicación histórica del Derecho Administrativo*. [En línea] Available at: www.bibliotecajuridica.org/libros/4/1594/16.pdf. pp. 293-315[Último acceso: 2017].

Ruiz, W., 2009. *Responsabilidad del Estado*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda..

Salazar, J. y otros, 2017. La responsabilidad médica obstétrica por parte del Estado: El título de imputación. *Revista Estr@do*, 2(2).

Sentencia 1100131030382001, 2009. *Corte Suprema de Justicia*. Bogotá: Imprenta Nacional.

Sentencia C-038, 2004. *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia C-251, 1997. *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-370, 2006. *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrados Ponente Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Alvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-459 de 2011, 2011. *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Sentencia C-470, 2011. *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla.

Sentencia C-473, 1994. *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-500, 2014. *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.

Sentencia C-506, 2006. *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-525, 1995. *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia C-622, 1998. *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente:Fabio Moron Diaz.

Sentencia C-633, 2014. *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente. Mauricio González Cuervo.

Sentencia C-710, 2001. *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia del 15 de marzo, 1996. *Corte Suprema de Justicia*. Bogotá: Sala de Casación Civil. Expendiente 4637. Magistrado Ponente Carlos Esteban Jaramillo Schloss..

Sentencia SU-624, 1999. *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T-507, 1993. *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T-806, 2010. *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrdo ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Sentencias T-422, 1993. *Corte Constitucional*. Bogotá: Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

- Soler, I. & Guillermo, W., 2009. *La acción de repetición como mecanismo moralizador de la función Pública: luces y sombras*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Tamayo, A., 2009. *La Responsabilidad Civil Extracontractual y la Contractual*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Uprimny, R. & Parra, O., 2006. *Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Mimeo*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura-Universidad Nacional de Colombia.
- Velilla, M. A., 2011. *Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado*. Bogotá: Eiciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda..
- Zárate, J. D., 1996. *Acción de Repetición en la constitución de 1991*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho.