

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Niega

FALLA DEL SERVICIO / INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA - Contra Fundación dedica a la atención de niños abandonados y enfermos de VIH

PROBLEMA JURÍDICO: ¿La decisión de la Personería Municipal de visitar las instalaciones de Fundamor, con fundamento en las denuncias de trabajadores de dicha institución, realizar un informe y poner en conocimiento de otras autoridades las irregularidades halladas, puede considerarse como causa de un daño antijurídico por falla en el servicio que el actor no estaba en la obligación de soportar?

SÍNTESIS DEL CASO: La Personería municipal de Cali inició una investigación e interpuso denuncias ante los entes de control, en contra de la Fundación Dar Amor (FUNDAMOR) por las presuntas irregularidades en las que se encontraban los menores de edad albergados en su sede, actuaciones, que la demandante señala de ser arbitrarias y generarle daños y perjuicios, por lo que califica la conducta de la Personería como una grave falla en el servicio.

COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Consejo de Estado es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 7 de marzo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, de conformidad con la cuantía del asunto y lo dispuesto en los artículos 129 y 132 numeral 6 del Código Contencioso Administrativo.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 129 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 132

ALCANCE DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA / CONCEPTO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Finalidad / OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA / EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCIÓN - Se encuentra limitado por la caducidad / DECLARACIÓN OFICIOSA DE LA CADUCIDAD / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL

Con el propósito de otorgar seguridad jurídica, de evitar la parálisis del tráfico jurídico dejando situaciones indefinidas en el tiempo, el legislador, apuntando a la protección del interés general, estableció unos plazos para poder ejercer oportunamente cada uno de los medios de control judicial. Estos plazos resultan ser razonables, perentorios, preclusivos, improrrogables, irrenunciables y de orden público, por lo que su vencimiento, sin que el interesado hubiese elevado la solicitud judicial, implica la extinción del derecho de accionar, así como la consolidación de las situaciones que se encontraban pendientes de solución. (...) La caducidad, en la primera de sus manifestaciones, es un mecanismo de certidumbre y seguridad jurídica, pues con su advenimiento de pleno derecho y mediante su reconocimiento judicial obligatorio cuando el operador la halle configurada, se consolidan los derechos de los actores jurídicos que discuten alguna situación; sin embargo, en el anverso, la caducidad se entiende también como una limitación de carácter irrenunciable al ejercicio del derecho de acción, resultando como una sanción ipso iure que opera por la falta de actividad oportuna en la puesta en marcha del aparato judicial para hacer algún reclamo o requerir algún reconocimiento o protección de la justicia, cuya consecuencia, por

demandar más allá del tiempo concedido por la ley procesal, significa la pérdida de la facultad potestativa de accionar. **NOTA DE RELATORÍA:** Referente a la institución jurídico procesal de la caducidad, consultar sentencia de la Corte Constitucional de 22 de mayo de 2002, Exp. C-394, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CONTEO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, señala que la acción de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 136

PROBLEMA JURÍDICO: Corresponde a la Sala determinar en el caso de autos ¿si la decisión de la Personería Municipal de visitar las instalaciones de Fundamor, con fundamento en las denuncias de trabajadores de dicha institución, realizar un informe y poner en conocimiento de otras autoridades las irregularidades halladas, puede considerarse como causa de un daño antijurídico por falla en el servicio que el actor no estaba en la obligación de soportar?

ELEMENTOS DE CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO / PRESUPUESTOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO / DAÑO ANTIJURÍDICO / CONCEPTO DE DAÑO ANTIJURÍDICO / CARACTERÍSTICAS DEL DAÑO ANTIJURÍDICO

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 consagró dos condiciones para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado: i) la existencia de un daño antijurídico y ii) la imputación de éste al Estado. El daño antijurídico es la lesión injustificada a un interés protegido por el ordenamiento. En otras palabras, es toda afectación que no está amparada por la ley o el derecho, que contraría el orden legal o que está desprovista de una causa que la justifique, resultado que se produce sin derecho al contrastar con las normas del ordenamiento y, contra derecho, al lesionar una situación reconocida o protegida, violando de manera directa el principio alterum non laedere, en tanto resulta contrario al ordenamiento jurídico dañar a otro sin repararlo por el desvalor patrimonial que sufre, de donde la antijuridicidad del daño deviene del necesario juicio de menosprecio del resultado y no de la acción que lo causa. **NOTA DE RELATORÍA:** Referente a la noción de daño antijurídico, consultar sentencia de 02 de marzo de 2000, Exp.11945, C. P. María Elena Giraldo Gómez y sentencia de 11 de noviembre de 1999, Exp. 11499, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 90

CONCEPTO DE IMPUTACIÓN / IMPUTACIÓN FÁCTICA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / IMPUTACIÓN JURÍDICA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / FALLA DEL SERVICIO / DAÑO ESPECIAL / RIESGO EXCEPCIONAL / INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO

La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto. Es decir, verificada la ocurrencia de un daño antijurídico y su imputación al Estado, surge el deber de indemnizarlo plenamente, con el fin de hacer efectivo el principio *neminem laedere* y de igualdad ante las cargas públicas, resarcimiento que debe ser proporcional al daño sufrido. **NOTA DE RELATORÍA:** Referente a la imputación del daño antijurídico, consultar sentencia de 18 de mayo de 2017, Exp. 36386, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

AUSENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO / CONCEPTO DE DAÑO ANTIJURÍDICO / INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA - Carga que la aquí demandante, estaba en el deber soportar / REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - No probados

[E]n el caso de autos no se encuentra demostrado el daño antijurídico deprecado por el actor, el cual, según lo expuesto en el numeral 6.1 de esta providencia es la lesión injustificada a un interés protegido por el ordenamiento. En otras palabras, es toda afectación que no está amparada por la ley o el derecho, requisito, que no se cumple en el presente asunto, toda vez que era el deber de Fundamor soportar la investigación que se hacía en su contra, por existir suficientes elementos de juicio para que la Personería municipal de Santiago de Cali procediera a establecer si era cierto o no que al interior de la fundación se estaban configurando vulneraciones a los derechos fundamentales de los menores, como en efecto sucedió.

AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

En el sub examine no fue acreditado el incumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado constitutivo de falla en el servicio, lo que de igual manera conlleva a la denegación de las pretensiones indemnizatorias propuestas por la parte demandante. En consecuencia, la Sala procede a confirmar la sentencia apelada que denegó las súplicas de la demanda.

CONDENA EN COSTAS - No hay lugar a su imposición

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia una actuación temeraria de alguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para ésta proceda.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTÍCULO 55

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 76001-23-31-000-2004-01946-01(44419)

Actor: FUNDACIÓN DAR AMOR (FUNDAMOR)

Demandado: MUNICIPIO DE CALI - PERSONERIA MUNICIPAL

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Tema: Presupuestos de la responsabilidad del Estado - ausencia de daño antijurídico – obligación de soportar investigación. No se probó la falla en el servicio.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 7 de marzo de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que negó las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

La Personería municipal de Cali inició una investigación e interpuso denuncias ante los entes de control, en contra de la Fundación Dar Amor (FUNDAMOR) por las presuntas irregularidades en las que se encontraban los menores de edad albergados en su sede, actuaciones, que la demandante señala de ser arbitrarias y generarle daños y perjuicios, por lo que califica la conducta de la Personería como una grave falla en el servicio.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

El 11 de junio de 2004¹, La Fundación Dar Amor en adelante Fundamor, mediante apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa, presentó demanda en contra del Municipio de Cali – Personería municipal, con ocasión “*de la operación administrativa efectuada por la Personería Municipal del Municipio de*

¹ Fl. 158 a 177, C.1.

Cali, en informe de investigación efectuada de manera arbitraria e ilegal entregado el día 14 de junio de 2002 a la parte demandante, y hecho antijurídicos (sic) realizados y que dio a conocer a través de medio masivo de comunicación, así como denuncias penales infundadas.”

Como pretensiones se solicitó condenar a la entidad demandada a pagar a Fundamor \$50.700.000 por concepto de daño emergente; \$482.026.781 por lucro cesante y 100 SMLMV por perjuicios morales.

En apoyo de las pretensiones se afirma en la demanda que Fundamor se dedica a la atención de niños abandonados y enfermos de VIH, función que se vio seriamente afectada y puesta en peligro por la operación administrativa desarrollada por la Personería municipal de Santiago de Cali.

Se refirió que por el informe entregado por la Personería municipal el 14 de junio de 2002 a la demandante, se tuvo conocimiento de los resultados de una visita realizada a la sede social de Fundamor, en dónde se afirmó arbitrariamente que se encontraron violaciones a derechos fundamentales y se ordenó ilegítimamente sin fundamento probatorio, el retiro *ipso facto* de los niños allí albergados sin contar previamente con un sitio a donde pudieran trasladarse los menores.

Se resaltó que en dicho informe la Personería de manera arbitraria solicitó al ICBF cancelar la licencia de funcionamiento y la personería jurídica de Fundamor, así como la cancelación de un contrato celebrado entre estas por valor de \$196.300.704; denunció penalmente a la fundación y para tal efecto libró los respectivos oficios a la Fiscalía General de la Nación y a la Contraloría Nacional y Departamental para que iniciaran las investigaciones de otros hechos que podían tipificarse como delitos.

Alegó que como consecuencia de las denuncias presentadas, la Fiscalía General de la Nación inició las respectivas investigaciones las cuales terminaron con resolución inhibitoria, desvirtuándose lo señalado por la Personería en contra de Fundamor. Lo propio ocurrió con las investigaciones adelantadas por la Contraloría y Veeduría quienes no encontraron probado según los documentos remitidos por la Personería, ninguna violación legal por parte de Fundamor.

Adicionalmente refirió que no sólo se causaron perjuicios a la parte actora por las anteriores investigaciones, sino que la Personería sostuvo en un medio de comunicación radial que los niños ya habían sido retirados de Fundamor, lo cual no era cierto, comprometiendo su buen nombre y las donaciones futuras de quienes por las difamaciones públicas no encontraban certeza del buen manejo de esos dineros.

Señaló que en clara contradicción a lo afirmado por la Personería, el municipio de Cali, la Gobernación del Valle del Cauca y el Concejo Municipal, condecoraron a Fundamor, mediante el Decreto No. 1419 de 17 de agosto de 2002, Decreto de Honores No. 069 y la Resolución 1342 de 2002.

Finalmente expuso que Fundamor gozaba de un impecable nombre hasta el momento en que la Personería, sin justificación alguna, públicamente hiciera afirmaciones contrarias a la verdad en detrimento de la fundación.

2. Contestaciones

El 13 de julio de 2004² el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca admitió la demanda y ordenó su notificación a las demandadas y al Ministerio Público.

2.1. El Municipio de Cali³ se opuso a todas las pretensiones de la demanda y alegó en su defensa que obró de conformidad con la Constitución y la ley, al igual que la Personería municipal, quien adelantó un proceso investigativo que se originó por las reiteradas quejas de empleados y ex empleados de Fundamor sobre las pésimas condiciones en que se encontraban los menores que allí se albergaban y que, en cumplimiento de sus deberes legales, dio aviso de los hallazgos a los entes de control.

2.2. La Personería Municipal⁴ señaló que los hechos narrados en la demanda no eran ciertos y que por el contrario actuó por quejas de empleados de Fundamor, desplegando en consecuencia su actividad de defensor de los derechos humanos e intereses de la sociedad, frente a una posible vulneración de derechos

² Fl. 180 a 181, C. 1.

³ Fl. 195 a 204, C.1.

⁴ Fl. 327 a 339, C.1.

fundamentales de los menores que se encontraban sometidos a un mal manejo de su alimentación e integridad física.

3. Alegatos de conclusión en primera instancia

El 8 de abril de 2011⁵ se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y presentar concepto, respectivamente.

2.1. El Municipio de Cali⁶ reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y sostuvo, además, que su actuación estaba fundada en la multiplicidad de quejas en contra de los directivos de Fundamor, las cuales daban cuenta de malos manejos de los recursos económicos, así como de la pésima alimentación y atención en salud de los menores.

2.2. La Personería Municipal⁷ también reiteró los argumentos expuestos en la demanda y añadió que todo el procedimiento y visitas efectuadas a Fundamor estuvieron amparados por el ordenamiento jurídico, y que su única finalidad era proteger los derechos fundamentales de los menores que allí se encontraban.

2.3. La parte demandante⁸ reiteró los argumentos de la demanda y enfatizó que la Personería municipal incurrió en una falla del servicio al instaurar denuncias en contra de Fundamor sin respaldo probatorio, lo cual le generó daños y perjuicios que no estaba en la obligación de soportar.

2.4. El Ministerio Público guardó silencio.

4. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 7 de marzo de 2012, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca⁹ negó las pretensiones de la demanda, al encontrar demostrado que la parte accionada actuó en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales.

⁵ Fl. 397, C.1.

⁶ Fl. 406 a 411, C. 1.

⁷ Fl. 413 a 417, C. 1.

⁸ Fl. 418 a 434, C. 1.

⁹ Fl. 438 a 449, C. Ppal.

En efecto sostuvo el Tribunal:

“(…)

De lo hasta aquí expuesto, contrastada la actuación desplegada por la entidad demandada de acuerdo a las pruebas obrantes dentro del plenario y la (sic) funciones que le encomienda el ordenamiento jurídico, estima la Sala que ella no es constitutiva de una falla en el servicio, pues su actuar no excedió los límites de sus funciones.

En efecto, la Personería, como guardiana y promotora de los derechos humanos y la protección del interés público, le competía indagar sobre las graves denuncias que realizaron empleados de la fundación actora, en relación con el precario estado de salud y la situación de maltrato en que se encontraban los menores de edad a su cargo, y dada la condición de indefensión de los mismos, al considerar que habían suficientes elementos que evidenciaban tales irregularidades, dar aviso a las entidades competentes como la Fiscalía General de la Nación con el fin de que adelantaran las investigaciones correspondientes de acuerdo a sus funciones.

A juicio de la Sala el simple hecho de formular denuncias ante los respectivos entes de control por parte de la Personería, no es constitutivo de falla en el servicio, salvo que dicha denuncia fuera temeraria, es decir, sin fundamento, razón o motivo pero en este evento, se reitera, existían fundamentos objetivos suficientes para formularlas.”

5. Recurso de apelación

La parte demandante interpuso recurso de apelación, que fue concedido el 7 de mayo de 2012¹⁰ y admitido el 3 de julio de esa misma anualidad por esta Corporación¹¹.

5.1. Sostuvo como argumento de disenso que el *A quo* no motivó suficientemente la providencia recurrida y tampoco realizó un riguroso análisis probatorio.

Para el efecto, señaló que se realizó una indebida valoración probatoria: (i) del informe de fecha 27 de febrero de 2002 en el que se narró una presunta agresión sexual contra un menor y otros hechos que no fueron constatados; (ii) del informe de mayo de 2002, toda vez que no fue el propio personero quien se fue a confirmar las supuestas violaciones de derechos fundamentales a los niños albergados en la fundación; (iii) ningún concepto médico y psicológico ratificó los hechos objeto de denuncia; (iv) si bien el Tribunal citó las investigaciones penales adelantadas por la Fiscalía General de la Nación con fundamento en las denuncias de la Personería y que varias de ellas no habían culminado a la fecha de presentación de la demanda, para cuando se dictó sentencia tales investigaciones ya terminadas y debió entonces de oficio solicitar esas pruebas; (v) la denuncia sobre la contratación entre el ICBF y

¹⁰ Fl. 476, C. Ppal.

¹¹ Fl. 481, C. Ppal.

Fundamor resultó temeraria porque la Contraloría General de la República sostuvo que no hubo detrimento patrimonial.

Indicó que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca no se pronunció sobre el hecho de que el Personero incurrió en falsedad cuando sostuvo que los niños habían sido retirados de la fundación, situación que le generó un daño porque fue transmitido en un medio de comunicación masiva como lo era el programa radial “Cómo Amaneció Cali”.

De ahí que el juicio del Tribunal se enmarcó en determinar de manera escueta, que la simple denuncia no configuraba una falla en el servicio, olvidando que la función del ente administrativo demandado debió ejercerse sin causar un perjuicio que el administrado no estuviese obligado a soportar.

6. Alegatos de conclusión en segunda instancia

El 6 de agosto de 2012¹² se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y presentar concepto, respectivamente.

6.1. La parte demandante¹³ presentó alegatos de conclusión en los que reiteró los argumentos planteados en la demanda y el recurso de apelación.

6.2. La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

El Consejo de Estado es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 7 de marzo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, de conformidad con la cuantía¹⁴ del asunto y lo dispuesto en los artículos 129 y 132 numeral 6 del Código

¹² Fl. 483, C. Ppal.

¹³ Fl. 484 a 488, C. Ppal.

¹⁴ El Decreto 597 de 1988 consagró que para que un proceso de reparación directa que inició en el año 2004 tuviere vocación de doble instancia, la pretensión mayor de la demanda debía superar la suma de \$51.730.000. En el sub lite se instauró la demanda el día 11 de junio de 2004, cuya pretensión mayor ascendió a la suma de \$220.759.956 por concepto de perjuicios materiales en la

Contencioso Administrativo.

2. Acción procedente

La acción de reparación directa es el medio de control idóneo para perseguir la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado cuando el daño invocado proviene de un hecho, omisión, operación administrativa o cualquier otra actuación estatal distinta a un contrato estatal o un acto administrativo, en este caso por operaciones imputables a la Personería municipal de Cali.

3. Vigencia de la acción

Con el propósito de otorgar seguridad jurídica, de evitar la parálisis del tráfico jurídico dejando situaciones indefinidas en el tiempo, el legislador, apuntando a la protección del interés general¹⁵, estableció unos plazos para poder ejercer oportunamente cada uno de los medios de control judicial. Estos plazos resultan ser razonables, perentorios, preclusivos, improrrogables, irrenunciables y de orden público, por lo que su vencimiento, sin que el interesado hubiese elevado la solicitud judicial, implica la extinción del derecho de accionar, así como la consolidación de las situaciones que se encontraban pendientes de solución.

El establecimiento de dichas oportunidades legales pretende, además, la racionalización de la utilización del aparato judicial, lograr mayor eficiencia procesal, controlar la libertad del ejercicio del derecho de acción¹⁶, ofrecer

modalidad de lucro cesante, razón por la cual es susceptible de ser tramitada en segunda instancia.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-394 de 2002: *“La caducidad es una institución jurídico procesal a través de la cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general.*”

Como claramente se explicó en la sentencia C-832 de 2001 a que se ha hecho reiterada referencia, esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia.”

¹⁶ Consejo de Estado. Sentencia del 23 de febrero de 2006. Exp. 6871-05 *“...el derecho al acceso a la administración de justicia no es absoluto, pues puede ser condicionado legalmente a que la promoción de la demanda sea oportuna y las acciones se inicien dentro de los plazos que señala el legislador (...). El término de caducidad, tiene entonces como uno de sus objetivos, racionalizar el ejercicio del derecho de acción, y si bien limita o condiciona el acceso a la justicia, es una restricción necesaria para la estabilidad del derecho, lo que impone al interesado el empleo oportuno de las acciones, so pena de que las situaciones adquieran la firmeza necesaria a la seguridad jurídica, para solidificar el concepto de derechos adquiridos.*”

estabilidad del derecho de manera que las situaciones controversiales que requieran solución por los órganos judiciales adquieran firmeza, estabilidad y con ello seguridad, solidificando y concretando el concepto de derechos adquiridos.

Este fenómeno procesal, de carácter bipolar, en tanto se entiende como límite y garantía a la vez, se constituye en un valioso instrumento que busca la salvaguarda y estabilidad de las relaciones jurídicas, en la medida en que su ocurrencia impide que estas puedan ser discutidas indefinidamente.

La caducidad, en la primera de sus manifestaciones, es un mecanismo de certidumbre y seguridad jurídica, pues con su advenimiento de pleno derecho y mediante su reconocimiento judicial obligatorio cuando el operador la halle configurada, se consolidan los derechos de los actores jurídicos que discuten alguna situación; sin embargo, en el anverso, la caducidad se entiende también como una limitación de carácter irrenunciable al ejercicio del derecho de acción, resultando como una sanción *ipso iure*¹⁷ que opera por la falta de actividad oportuna en la puesta en marcha del aparato judicial para hacer algún reclamo o requerir algún reconocimiento o protección de la justicia¹⁸, cuya consecuencia, por demandar más allá del tiempo concedido por la ley procesal, significa la pérdida de la facultad potestativa de accionar.

El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, señala que la acción de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa.

¹⁷ Consejo de Estado, Sentencia del 30 de enero de 2013: *“Para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador instituyó la figura de la caducidad como una sanción en los eventos en que determinadas acciones judiciales no se ejercen en un término específico. Las partes tienen la carga procesal de impulsar el litigio dentro del plazo fijado por la ley y de no hacerlo en tiempo, perderán la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho. Es así como el fenómeno procesal de la caducidad opera ipso iure o de pleno derecho, es decir que no admite renuncia, y el juez debe declararla de oficio cuando verifique la conducta inactiva del sujeto procesal llamado a interponer determinada acción judicial”*.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-574 de 1998: *“... [s]i el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlos. Dichos plazos constituyen entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho, por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado”*.

En el caso *sub examine*, la Sala observa que el daño alegado deviene del informe entregado por la Personería municipal a Fundamor el **14 de junio de 2002** y la demanda de reparación directa se interpuso el **11 de junio de 2004**, esto es, antes de que transcurrieran dos (2) años, contados a partir del día siguiente de su acaecimiento.

4. Legitimación en la causa

4.1. La Fundación Dar Amor (Fundamor) es la persona jurídica¹⁹ sobre la que recae el interés que se debate en este proceso y está legitimada en la causa por activa, ya que fue la fundación directamente afectada con las acciones de la Personería Municipal de Cali²⁰.

4.2. El hecho reputado por el demandante como generador del daño, lo configuran los informes rendidos por la Personería municipal y los oficios librados por esta misma entidad a la Fiscalía General de la Nación, Procuraduría Departamental y la Contraloría General de la República para que investigaran posibles conductas punibles cometidas por los directivos de Fundamor.

Pues bien, en atención a que la Personería Municipal de Santiago de Cali carece de personería jurídica para comparecer por sí sola al proceso, la Sala encuentra que el municipio sí se encuentra legitimado en la causa por pasiva, por ser quien ostenta la calidad de representante de aquella entidad, tal como quedó consignado en sentencia del 10 de abril de 2003 proferida por la Sección Segunda de ésta Corporación, dentro del radicado No. 2665²¹.

¹⁹ De conformidad con la Resolución No. 0933 de 3 de diciembre de 1992, expedida por el Gobernador del Valle del Cauca en donde se le reconoció personería jurídica a la Fundación Dar Amor.

²⁰ Folios 24 y 25 del cuaderno 9.

²¹ "(...)las personerías municipales son órganos de control estatal que representan y salvaguardan los intereses de la colectividad ante las demás autoridades administrativas y judiciales, cumpliendo funciones de Ministerio Público a nivel local, en lo que atañe a la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, así como, las demás funciones que por disposición legal le corresponden, conforme al artículo 178 de la Ley 136 de 1994.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al referirse al régimen de las Personerías Municipales señaló:

" (...)

el régimen de las Personerías, que comprende, de una parte, su organización; y, de otra, su actividad o función, pertenece, por una u otra, al régimen administrativo de los Municipios o Distritos colombianos.

Como organización, las Personerías integran la Administración Municipal, en tanto que corresponde al Concejo Municipal o Distrital determinar, conforme a la ley, su estructura y funciones, y elegir al Personero, de conformidad con lo previsto en el artículo 313, numerales 6 y 8 de la Constitución; del mismo modo, corresponde a los alcaldes y al concejo, elaborar y aprobar los presupuestos de las

5. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar en el caso de autos ¿si la decisión de la Personería Municipal de visitar las instalaciones de Fundamor, con fundamento en las denuncias de trabajadores de dicha institución, realizar un informe y poner en conocimiento de otras autoridades las irregularidades halladas, puede considerarse como causa de un daño antijurídico por falla en el servicio que el actor no estaba en la obligación de soportar?

6. Solución del problema jurídico

Antes de resolver el problema jurídico es menester hacer unas consideraciones generales sobre la responsabilidad del Estado.

6.1. Consideraciones generales sobre la responsabilidad del Estado

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991²² consagró dos condiciones para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado: i) la existencia de un daño antijurídico y ii) la imputación de éste al Estado.

Personerías (ley 166 de 1.994).

Por consiguiente, la circunstancia de que la Constitución, en el artículo 118, señale que el Ministerio Público será ejercido, entre otros, por los personeros municipales, no priva a las Personerías de su carácter de organismos municipales o distritales, dado que, como lo anota el señor Procurador Primero Delegado ante la Corporación, no están integradas dentro de la organización de la Procuraduría General de la Nación, cabeza del Ministerio Público.

Como actividad o función, las Personerías municipales y distritales tienen a su cargo el “control administrativo” en el municipio (art. 168, ley 136 de 1.994), que comprende, entre otras atribuciones, las de “Vigilar el ejercicio eficiente y diligente de las funciones administrativas municipales”, “Ejercer la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas municipales...”, “Vigilar la distribución de recursos provenientes de las transferencias de los ingresos corrientes de la Nación al municipio o distrito y la puntual y exacta recaudación e inversión de las rentas municipales..” (art. 178, núms. 3, 4, 21, de la ley 136 de 1.994), funciones éstas que no son exclusivas del Ministerio Público¹.” Ahora bien, el artículo 168 de la Ley 136 de 1994 establece que las personerías municipales “cuentan con autonomía presupuestal y administrativa” pero no les confiere personería jurídica. Tal carácter deviene de la Constitución, de la ley o del acto de creación del ente; luego resulta incuestionable que aquellas carecen de la condición que las habilita para comparecer por sí mismas al proceso

En este orden, surge evidente que debió llamarse al proceso al Municipio de Santiago de Cali, por ser la persona jurídica legitimada para comparecer al proceso en defensa del acto demandado. Para ello era imperativo notificar personalmente el auto admisorio de la demanda al señor Alcalde Municipal, por ser el representante legal del municipio, según las voces del artículo 314 Superior; y 315 – numeral 3º ejusdem; al no haber instaurado la acción contra la entidad territorial, la demanda sin duda resulta inepta, pues la acción se instauró contra quien no estaba investido de la capacidad para ser parte en el proceso, lo que conduce a afirmar que se vinculó al proceso a quien no estaba legitimado por pasiva para comparecer.

²² “Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido

El daño antijurídico es la lesión injustificada a un interés protegido por el ordenamiento. En otras palabras, es toda afectación que no está amparada por la ley o el derecho²³, que contraría el orden legal²⁴ o que está desprovista de una causa que la justifique²⁵, resultado que se produce sin derecho al contrastar con las normas del ordenamiento y, contra derecho, al lesionar una situación reconocida o protegida²⁶, violando de manera directa el principio *alterum non laedere*, en tanto resulta contrario al ordenamiento jurídico dañar a otro sin repararlo por el desvalor patrimonial que sufre, de donde la antijuridicidad del daño deviene del necesario juicio de menosprecio del resultado y no de la acción que lo causa.

La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto²⁷.

Es decir, verificada la ocurrencia de un daño antijurídico y su imputación al Estado, surge el deber de indemnizarlo plenamente, con el fin de hacer efectivo el principio *neminem laedere* y de igualdad ante las cargas públicas, resarcimiento que debe ser proporcional al daño sufrido.

6.2. El caso concreto

En el presente caso la Fundación Dar Amor (Fundamor), pretende que se declare patrimonialmente responsable al municipio de Cali por los perjuicios morales y materiales causados con ocasión de la falla en el servicio en que incurrió dicha entidad al rendir “*de manera arbitraria e ilegal*” el informe de 14 de junio de 2002 que derivó en denuncias ante los entes de control que carecen de veracidad.

consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 2 de marzo de 2000. Rad.: 11945

²⁴ Cfr. De Cupis. Adriano. Teoría General de la Responsabilidad. Traducido por Ángel Martínez Sarrión. 2ª ed. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A.1975. Pág.90.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 1999, Rad.: 11499; Sentencia del 27 de enero de 2000, Rad.: 10867.

²⁶ Cosso. Benedetta. Responsabilità della Pubblica Amministrazione, en obra colectiva Responsabilità Civile, a cargo de Pasquale Fava. Pág. 2407, Giuffrè Editore, 2009, Milán, Italia.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección C, sentencia de 18 de mayo de 2017, rad.: 36.386.

Bajo esta óptica, la Sala establecerá cuáles son los hechos probados, para posteriormente analizar si los elementos que estructuran la responsabilidad del Estado se encuentran acreditados.

6.3.1. Hechos probados

La Sala valorará integralmente el acervo probatorio incorporado al expediente en aras de determinar los hechos y consideraciones de fondo del litigio, inclusive aquellos documentos aportados en copia simple por los sujetos procesales, conforme al precedente de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado²⁸.

Está probado que mediante oficio del 30 de mayo de 2002, el médico Julio César Reina del centro médico Imbanaco, informó al señor Guillermo Garrido en calidad de presidente de Fundamor, que realizó dos visitas a la sede de ésta última, encontrando que sus instalaciones eran muy buenas y tenía un buen sistema de organización en el que se incluyen las historias clínicas de los niños en tratamiento para el SIDA por parte de la sección de infectología pediátrica del Hospital Universitario del Valle, así mismo que la farmacia poseía todas las medicinas antivirales necesarias para los tratamientos, tal como consta en la copia de dicho documento²⁹.

Está probado que mediante oficio del 31 de mayo de 2002, el infectólogo pediatra, Pío López López (Director Clínica VIH) y la médica clínica, Luisa Consuelo Rubiano del Hospital Universitario del Valle, informaron a la Coordinadora del Grupo Programático del ICBF Regional Valle, que una vez revisadas las historias clínicas de los pacientes de Fundamor que acuden a la clínica VIH-SIDA del Hospital Universitario del Valle, se encontró que su evolución clínica fue favorable en el 82% de los casos, que en el 90% de los casos se encontró una recuperación de 2 percentiles en el peso y en el 83% de los casos se halló una respuesta satisfactoria en el descenso en la carga viral³⁰.

²⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia del 28 de agosto de 2013; Exp. 25022.

²⁹ Fl. 4 a 5, C.1.

³⁰ Fl. 6, C.1.

Está acreditado que el periódico llamado “Mi Personería” publicó en junio de 2002³¹, una noticia sobre las actividades preventivas desplegadas por la Personería en diversos temas, tales como, plan de desarrollo, Sisbén, sector rural, los ejidos, Fundamor y los dineros en fiducia, tal como consta en la fotocopia del recorte de prensa³².

Demostrado quedó que mediante informe del 14 de junio de 2002, la Contraloría Departamental del Valle del Cauca comunicó a Fundamor a través de su Presidente Ejecutivo, que practicó una auditoría de verificación de cumplimiento contractual a los convenios 069-2000 y 0286-2001, y que de los resultados obtenidos se destacaba el cumplimiento del objeto contractual, que del informe del Revisor Fiscal se observaba la necesidad de mejorar algunos aspectos administrativos y que del informe de la comisión de Bienestar Familiar se podía deducir, en cuanto a la situación general de los niños y niñas beneficiarios del proyecto, el cumplimiento de la misión institucional, salvo algunos aspectos que debían mejorar, pero que no afectaban el cumplimiento del objeto contractual³³.

Está probado que en **mayo de 2002** la Personería Municipal de Santiago de Cali rindió un informe³⁴, producto de la investigación y a las visitas realizadas a Fundamor, de la que por su importancia se extraen los siguientes apartes:

“(…)

Como defensores y promotores de los derechos ciudadanos, representantes de la comunidad y organismo de control, por las facultades legales que nos reviste la Constitución Política Nacional (...) hemos avocado el conocimiento de una serie de denuncias efectuadas a través de escrito relacionadas específicamente con la vulneración de los derechos de los niños en la Fundación “DAR AMOR” (FUNDAMOR).

Dada la magnitud descriptiva de las revelaciones contenidas en el referido documento, se hizo necesario el despliegue de variadas actividades tendientes a la comprobación de los hechos objeto de investigación, cuyo desenlace quedará plasmado en el acápite denominado “Diagnostico” donde se abordará los temas cuestionados por los denunciantes tales como: Alimentación e Higiene, Salud, Educación y otros aspectos (...).

METODOLOGIA

Dentro de las acciones emprendidas para el logro del esclarecimiento de los acontecimientos que nos ocupan, se practicaron cuatro (4) visitas a la Fundación Dar Amor “FUNDAMOR”, cuatro (4) visitas al Instituto Colombiano de Bienestar

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de noviembre de 2000, Rad.: 18298; Subsección C, sentencia de l20 de junio de 2013, Rad.: 23603. Los artículos de prensa pueden ser apreciados como prueba documental y por lo tanto, dan certeza de la existencia de las informaciones que allí se plasman, pero no de la veracidad de su contenido.

³² Fl. 7, C.1.

³³ Fl. 8 a 18, C.1.

³⁴ Fl. 20 a 52, C.1.

Familiar, una (1) visita al Almacén de Fundamor y una (1) visita al Hospital Universitario del Valle donde se llevó a cabo entrevista con la médica Luisa Rubiano -Clínica del Sida del Hospital Universitario del Valle- (...)

ANTECEDENTES

Se tiene conocimiento que a la Fundación Dar Amor le otorgaron Personería Jurídica No. 0933 desde el 03 de Diciembre de 1992 (...).

Que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como organismo de protección del Menor y la familia, ha venido celebrando con FUNDAMOR contratos de prestación de servicios para los niños enfermos de V.I.H. aproximadamente desde el año 1997 y el 22 de Marzo de 2002 suscribió el Contrato de Aporte No. 76.26.02 1275 con una vigencia desde el 01 de Abril de 2002 hasta el 31 de enero del año 2003 (...).

Con fecha Febrero 27 de 2002 un grupo de diez (10) personas que tenían vínculo laboral con la Fundación Dar Amor "FUNDAMOR" consignan en escrito a cuatro (4) folios, una serie de irregularidades probablemente acaecidas al interior de la prenombrada institución, cuyo contenido fue conocido en nuestra entidad el 21 de Abril de 2002 y que se puede resumir así:

1. No se compran medicamentos porque se ha dicho "que los niños son el aparente fin de Fundamor y que los niños son la máscara de la fundación...".
2. Donaciones en ropa y juguetes, que se clasificaban sacando lo nuevo y en buen estado para venderla en el almacén y dejando la ropa vieja a los niños de Fundamor.
3. Pésima alimentación.
4. Los fondos de inversión que a la fecha son de \$772.079.640 solo son autorizados por una sola persona para trasladarlos.

Soportan en este documento otros actos que por constituir posibles delitos penales, se trasladarán a la Jurisdicción competente.

DIAGNOSTICO

El análisis jurídico de éste tópico tiene como pilar fundamental la noticia que se recibe de acontecimientos presuntamente irregulares ocurridos en FUNDAMOR, los que por factor de la competencia corresponde sólo a este Ente pronunciarse frente alguno de ellos; siendo los restantes, por constituir presumiblemente Delitos (...) del ámbito de la justicia ordinaria como la Fiscalía General de la Nación y de otras instancias como la Procuraduría Departamental.

Procedemos así, a la descripción detallada de los sucesos constatados.

1. ALIMENTACIÓN E HIGIENE:

En visita efectuada el 30 de Abril de 2002 a las instalaciones de la nombrada Fundación, después de haber recibido nuevamente por vía fax carta anónima en la que se hacían narraciones acerca del estado de higiene y calidad de los alimentos suministrados a los niños, servidores públicos de la Personería Municipal hicieron su desplazamiento a Fundamor en compañía de una Defensora de Familia, encontrando efectivamente alimentos en mal estado, deteriorados, algunos con fecha de vencimiento expirada o no aptos para el consumo humano y otros como el caso de una bolsa de Bienestarina con fecha de vencimiento Abril 19 de 2002 que venían proporcionando en el desayuno a los niños, como también una bolsa de pulpa de guanábana en la nevera que se presume por el lugar donde se encontró, estaba dispuesta para su consumo.

En cuanto la higiene que se tiene en el lugar donde se da la cocción de los alimentos y su estado general, la comisión halló vasijas presuntamente sin uso con excremento de roedores o insectos (cucarachas), detectando también vasijas con excrementos y con cucarachas y a las que sí les venían dando uso; pero es que no sólo se encontró proliferación de este tipo de animales en los recipientes, sino en general en esta área, que por ser el espacio donde se preparan y manipulan los alimentos, demanda los máximos cuidados de limpieza (...). Se puede decir que igual situación se evidenció en la cocina auxiliar al comedor o lo que denominan "lactario" con presencia no sólo de cucarachas, sino también de moscas que advertían la presencia del agradable olor de una colada depositada en una olla sin tapa de seguridad a la interperie (sic) (...).

Por otra parte, al solicitar el menú que actualmente se estaba proporcionando a los menores; al parecer, no ha sido elaborado por especialistas en la materia (...) en el menú escasamente se incluyó el consumo de pollo, obviando casi el pescado y en su totalidad, el consumo de carne (...).

2. SALUD

El mismo 30 de Abril de 2002 fecha en que tuvo ocurrencia la visita a Fundamor, se verificó la existencia de medicamentos con fecha de vencimiento expirada y otros donde no aparecía la fecha de vencimiento. Cautivó especialmente la atención aquellos medicamentos que se encontraban en uso, de acuerdo a información suministrada por la persona encargada del manejo del dispensario, entre los cuales se detectó, uno (1) con vencimiento en el 2000, diez (10) con expiración en el año 2001, uno (1) con vencimiento en el año 1999 y los restantes entre Enero y Mayo de 2002.

De esta manera fue menester solicitar la presencia de servidores de la Unidad de Saneamiento de la Secretaría de Salud Pública Municipal a efecto de proceder a decomisar tanto los alimentos, como medicamentos encontrados en este estado, arrojando como resultado el decomiso de 123 especies de medicamentos (...).

(...)

Así las cosas, se comprobó la estadía de cinco (5) menores; algunos remitidos por Hospitales con VIH, otros, reportados por Fundamor como VIH, pero del seguimiento efectuado a ellos específicamente por la Clínica del Sida, se dictaminó que no lo tenían, por lo que no se encontró explicación alguna para que estos niños continuaran en la fundación y dentro del grupo VIH.

(...)

3. EDUCACIÓN

(...)

No cuentan desde hace 10 años aproximados de existencia, con un Programa Educativo Institucional. La educación en cuanto tal, es escasa, casi nula y no podemos dejar de manifestar la preocupación entorno al enfoque educativo dado a los chicos en virtud de la orientación que sobre el aprendizaje de un "arte o habilidad" se les está brindando en la granja; orientación que a la luz de muchos, se sabe que una perspectiva pobre, constriñendo así, el potencial en otras habilidades que bien pudieran descubrirse y fomentarse en ellos.

(...)

Una vez más y sin ningún miramiento la fundación Dar Amor respecto el derecho que tiene todo menor a recibir la educación necesaria para su formación integral consagrado en el artículo 7 del Código del Menor, es menguado, desconociendo que la prestación idónea del servicio público de la Educación requiere modificar radicalmente el "modelo docilidad", ligado a la idea de sumisión y condición de

inferioridad del niño y reemplazarlo por una nueva pedagogía para el desarrollo integral y libre de la personalidad.

(...)

4. OTROS ASPECTOS

Otra temática que soslayamos por el factor competencia refiere a:

4.1 La comisión de posibles conductas punibles que atentan contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales; para lo cual se corrió traslado mediante oficio al Director Seccional de Fiscalías.

(...)

4.3 Las donaciones Económicas de Empresa Privada.

4.4. Las donaciones que reciben en: Ropa, Alimentos, Medicamentos, Muebles (Camas, Juego de Sala), Juguetes, Pañales, vajillas (...).

La mayoría de ellos con destino al Almacén ubicado en el Barrio San Antonio, donde se detectó la existencia de una Caja Marcada Así: "ROPA ESCOGIDA PARA LOS NIÑOS"; al solicitar explicación sobre esta anotación a la persona que atendía la visita, refirió: "Esa es ropa que ya se ha escogido y que se le va a enviar a los niños; Doña Virginia me manda toda la ropa para yo escogerla y separarla..."; conforme a estas expresiones, como de las denuncias recibidas y el lugar donde se encontró esta caja (almacén), presumimos por la finalidad misma del almacén donde se venden vestidos, zapatos, juguetes...donados; que para el caso específico, el vestuario en mejores condiciones tiene presumible destinación la venta en el almacén...(ver fotografía).

En cuanto los pañales; se encontró en la Sede de la Fundación una "bodega" casi totalmente cubierta de pañales sin uso; algunos ya deteriorándose; y otra tanta cantidad en el sótano del Almacén en el mismo estado (ver fotografía). Se hallan cuatro (4) tarros de CalcetoCe dispuestos para la venta a pesar que tenían etiqueta "Prohibida su venta".

(...)

ACCIONES A SEGUIR

1. Se solicitará al ICBF cancelar la Licencia de Funcionamiento a la FUNDACIÓN DAR AMOR.

2. Se solicitará al ICBF la cancelación de la Personería Jurídica de la FUNDACIÓN DAR AMOR.

3. Se solicitará Ipso Facto al ICBF la cancelación del contrato de aporte No. 76.26.02 1275 por valor de \$196.300.704,00 actualmente vigente y celebrado con la FUNDACIÓN DAR AMOR.

4. Se libraron oficios a la Fiscalía, a la Procuraduría Departamental, la Contraloría Nacional y Departamental para que inicien las investigaciones de otros hechos que se presume tipifican delitos, así como la correspondiente investigación al ICBF por posible omisión en sus funciones.

5. Retirar IPSO FACTO a todos los niños que se encuentran en la Fundación Dar Amor "FUNDAMOR" y colocarlos en una Institución donde de verdad se les brinden todas las garantías sin que se vulneren sus derechos constitucionales (...)." Se subraya

Está probado, que el 15 de agosto de 2002 el señor Hernando Vásquez Zawadzky en calidad de Presidente de la Veeduría Ciudadana Nacional, rindió un informe en el que dejó consignada la siguiente información³⁵.

“1. El día 24 de Mayo del presente año, recibimos una llamada telefónica, donde en forma verbal el Dr. Aurelio Garcés Vernaza Presidente (E) de la Junta Directiva de la Fundación Dar Amor FUNDAMOR, nos solicita que le hiciéramos una visita profesional (veeduría ciudadana) a la fundación, para que determinara la VEEDURIA CIUDADANA NACIONAL, si el pronunciamiento de la Personería Municipal de Santiago de Cali ante los medios, sobre las anomalías al interior de Fundamor son o no violatorias de la integridad física y no se cumple con el verdadero objeto humanitario en la atención a los niños con VIH.

2. Para el día 27 de Mayo, la VEEDURIA CIUDADANA NACIONAL se trasladó a la Fundación Dar Amor Fundamor con el fin de adelantar como ciudadanos representantes de la comunidad, una visita (inspección profesional – veeduría ciudadana) a dicha institución por pedido especial de su junta directiva; iniciamos recorrido por todos y cada uno de los innumerables salones que conforman la Fundación: Habitaciones, camas, tendidos, comedores, cocina (...) las pequeñas eras donde los niños aprenden a cultivar, se les enseña a amar y respetar a la naturaleza (...) se revisó el menú diario de la alimentación, programas diarios de estudios, recreación (...).

(...)

4. Luego de esta detallada visita de inspección, nos reunimos en la oficina de la dirección general a cargo del Presidente Ejecutivo Dr. Guillermo Garrido Sardí, y parte de la junta Directiva y Administrativa, donde nos rindieron un detallado informe de toda la situación actual de la Fundación, y con respecto a la mal llamada visita de la Personería Municipal de Santiago de Cali, sin previo aviso y de los daños que se le están causando a la institución por los pronunciamientos a la ligera de una mal intencionada visita de unos funcionarios de la personería, que lo más seguro es que llegaron envenenados y manipulados por personas sin escrúpulos que lo único que les preocupa es como poder apoderarse de la Fundación y manipular a su antojo el presupuesto, contratos y donaciones Nacionales e internacionales de personas (...) que si creen en esta labor (...).

(...)

7. Después de recibir de parte de Fundamor, todos los informes, comunicaciones, evaluaciones (...) la Veeduría Ciudadana Nacional, se permite hacer el siguiente análisis a toda esta penosa situación:

A- La inspección o visita realizada por la Veeduría Ciudadana Nacional, realizada el 27 de Mayo de 2002 a la sede de la Fundación Dar Amor, nos presenta un resultado más que excelente y alentador, ya que los niños cuentan con una muy buena sede semi-campestre, la cual les permite contar con todos los medios indispensables para tener una buena calidad de vida, con la mejor atención profesional y de calidad humana para un caso tan especial y de difícil manejo

(...)

C. Con respecto a la contabilidad y balances, estos son llevados por un contador juramentado y sus resultados son avalados por el Revisor Fiscal, luego a nuestro parecer, son totalmente transparentes (...).

(...)

8. Sobre la maliciosa y dañina carta fechada Febrero 27 del 2002 y firmada por diez (10) personas que trabajan en la fundación, solicitaremos a todos los entes de control y en especial a la Fiscalía General de la Nación, para que les habrá (sic) una investigación exhaustiva a estos diez (10) firmantes del documento denunciante (...).

³⁵ Fl. 57 a 61, C.1.

Realmente estas personas no se dan cuenta del delito que están cometiendo, que las suposiciones y amenazas que contiene ese documento firmado, los compromete con la justicia, que su falta de conocimiento de la Ley y dejarse manipular por personas ocultas (que no dan la cara) y que seguramente les han prometido quien sabe que cosas, les pueda complicar la vida.

9. Con respecto a la mal llamada visita de la Personería Municipal de Santiago de Cali, basándose en la Ley 136 de 1.994, nos permite manifestar lo siguiente:

A- La Fundación Dar Amor Fundamor, es una entidad privada sin ánimo de lucro y que no tiene ningún contrato con el Municipio de Santiago de Cali, luego no es de competencia de la Personería Municipal.

B- Que la visita efectuada por funcionarios a nombre de la Personería Municipal de Santiago de Cali, no siguió los conductos regulares al no notificar de su visita al Representante Legal de la Fundación, y el propósito de esta.

(...)

F- Que el Personero Municipal Dr. Fernando Montoya Montoya personaje insigne de la comunidad que trabaja y vela a favor de los más necesitados y atropellados, se deje influenciar por los mal intencionados funcionarios, que sin contar con una profunda, exhaustiva e imparcial investigación, emita juicios a la ligera y sin conocer ni siquiera en donde se encuentra ubicada la fundación, le invitamos a que la conozca personalmente, recordándole que es una institución privada y que no es de su competencia...”. Se subraya

Quedó acreditado que mediante los Decretos Nos. 1419 del 27 de agosto de 2002 y 069 del 29 de agosto de la misma anualidad, el Departamento del Valle del Cauca y la Alcaldía de Cali, respectivamente, condecoraron a Fundamor por su décimo aniversario, tal como consta en la copia de los referidos decretos³⁶.

Se demostró con la copia del “acta de visita” que la Personería municipal de Santiago de Cali efectuó el 30 de abril de 2002 una inspección a las instalaciones de Fundamor, en la que se dejó constancia de los hallazgos de comida descompuesta, que la leche utilizada para consumo humano era de aquellas sin pasteurizar, vasijas con excrementos de roedores, cucarachas y medicamentos vencidos, entre otros³⁷.

Se probó que los días 7, 14 y 15 de mayo de 2002, la Personería municipal de Santiago de Cali realizó nuevamente visitas a las instalaciones de Fundamor, las cuales quedaron registradas en actas de esas mismas fechas, suscritas por el personero delegado y representantes de la fundación, respectivamente, tal como consta en las copias de las actas de visita³⁸.

³⁶ Fl. 63 a 65 y 66, C.1.

³⁷ Fl. 69 a 73, C.1.

³⁸ Fl. 74, 75 a 80 y 81 a 86, C.1.

Está acreditado, que el médico Jorge Arturo González Durán expidió el 28 de septiembre de 2002 una certificación dirigida al Director de Fundamor, en la que hizo constar que no encontró signos de abuso sexual o violación a los menores de dicha fundación que fueron sometidos a exámenes médicos³⁹.

Se probó, que mediante informe del 9 de octubre de 2002⁴⁰ la Contraloría Departamental del Valle del Cauca informó al Personero Municipal, que en virtud de las denuncias realizadas por esta última entidad por el presunto incumplimiento del contrato de aporte No. 7620602 1275 celebrado entre Fundamor y el ICBF, se hicieron las respectivas averiguaciones y se concluyó:

*“(...) **A)** Que la celebración del contrato se realizó de acuerdo con lo establecido en las normas que rigen la contratación administrativa. **B)** Que la ejecución del contrato se ha venido realizando de acuerdo con las normas que regulan la materia, dentro de los términos y las condiciones pactadas en el mismo, y que por lo tanto no se ha ocasionado detrimento alguno al patrimonio del ICBF.*

Teniendo en cuenta que se detectaron algunas inconsistencias de orden administrativo que corresponden a debilidades en el sistema de control interno de las entidades visitadas, la Contraloría General de la República procede a hacer las siguientes recomendaciones:

a) Al ICBF Regional Valle del Cauca para que proceda a solicitar a la Fundación Dar Amor – FUNDAMOR el incremento de la cobertura correspondiente al aparato “CALIDAD DE SERVICIOS” de la garantía única (Póliza de Cumplimiento) constituida tanto al celebrarse el contrato principal como al realizarse el acta adicional, la cual, según Resolución 2700 de 2001 del ICBF, debe ser del 3% y no del 2%, tal como se estipuló en el contrato de aportes suscrito.

(...)

e) A la fundación Dar Amor “FUNDAMOR”, para que la minuta correspondiente al menú de la alimentación que va ser suministrado a los menores sea aprobada por parte de la nutricionista ANTES de ser implementada.” Subrayado fuera del texto

Asimismo se acreditó que por escrito del **27 de febrero de 2002**⁴¹, diez (10) trabajadores de Fundamor, en sus calidades de Director Administrativo, Directora Área Niños y Niñas, Psicóloga, Coordinador de Salud, Asistente de Presidencia, Directora Programa de Confecciones, Asistente de Presidencia, Directora de Granja, Secretaria Presidencia y Secretaria Dirección Administrativa, pusieron en conocimiento al Consejo Directivo de esa fundación las denuncias que se resumen a continuación:

1. “Violación sexual” de los niños por parte del señor Aquilino Rincón; **2.** Persecución religiosa porque obligaban al personal de Fundamor a meditar y orar,

³⁹ Fl. 87, C.1.

⁴⁰ Fl. 88 a 95, C.1.

⁴¹ Fl. 222 a 225, C.1.

y que si no lo hacían tenían que renunciar; **3.** *“En repetidas ocasiones Guillermo Garrido Sardi, ha dicho que los niños son el aparente fin de Fundamor y que los niños son la máscara de la fundación, argumentando que el SIDA es la consecuencia de un Karma de vidas pasadas y por esto los niños tienen que sufrir las consecuencias de la enfermedad, por esto no se les debe dar medicinas farmacológicas, razón por la cual no se compran medicamentos, diciendo que los niños deben sufrir y cargar su cruz, que la única cura es por medio de la meditación”*; **4.** Incurren en falsedad de documentos para sustentar el proyecto madres embarazadas que existe en el papel pero que nunca se ha llevado a cabo y que además se cobra; **5.** El personal de auxiliares del área de niños y niñas se ve sometido a un régimen laboral de explotación debido a que hay personas que trabajan 12 horas diurnas y otras 14 nocturnas, sin tener en cuenta los recargos de ley; **6.** La Fundación recibe donaciones en ropa y juguetes, sin embargo, lo nuevo y en buen estado se clasifica para su venta y la ropa desgastada se le entrega a los niños de la fundación; **7.** Pésima alimentación de los niños por las creencias religiosas del señor Guillermo Garrido, incumpléndose así, con las minutas del ICBF y los requerimientos nutricionales de los niños con VIH; **8.** Violación de confiabilidad del diagnóstico, pues se coloca en el almacén un mosaico de fotos de niños para conseguir recursos; **9.** Los fondos de inversión sólo son autorizados para ser trasladados por el señor Guillermo Garrido.

Está acreditado con la copia de los escritos de sesiones de psicología de 15 y 16 de febrero de 2001 celebradas con la doctora Claudia Sarmiento, que las niñas Viviana Andrea Villa Tombé, Diana Vanesa Castillo y Dana, referían que el señor Aquilino les tocaba sus partes íntimas, las besaba y a dos ellas las accedía carnalmente⁴².

Igualmente está probado que el señor Guillermo Garrido Sardi, en calidad de Presidente Ejecutivo de Fundamor, mediante carta del 9 de febrero de 2001⁴³ hizo saber a la Coordinadora de Niños Desprotegidos de esa misma fundación, la señora Mónica Escobar, lo siguiente:

“Con inmensa sorpresa y preocupación me enteré de que Usted había tenido conocimiento de los comportamientos que presentaba el Señor Aquilino Rincón con las niñas de la Fundación, sin tomar en cuenta estos reclamos o comentarios, cuando Usted bien sabe que un niño nunca miente, salvo que esté adotrinado (sic) para hacerlo.

⁴² Fl. 245 a 248, C.1.

⁴³ Fl. 249, C.1.

Se pudo comprobar que la situación con el Señor Aquilino era cierta y por eso fue retirado de la Fundación, pero se pudo haber evitado males mayores, si Usted hubiera puesto en cuidado a estos comentarios y nos lo hubiera comunicado.

Esta situación es inaceptable y no puede volver a suceder en nuestra Fundación.
Subrayado y negrilla fuera del texto

Se pudo establecer que mediante oficio del 2 de mayo de 2002, el “Técnico en Saneamiento” Félix Rodríguez, informó al Coordinador de Riesgo de Consumo de la Secretaria de Salud Pública sobre la gestión de apoyo que se brindó por solicitud de la Personería Municipal en una inspección a Fundamor, en la que se encontró: “A) Medicamentos en general con fecha de vencimiento expirada o sin fecha. B) Alimentos crudos en mal estado, deteriorados y algunos con fecha de vencimiento expirada, no aptos para el consumo humano. De lo anterior se diligenció actas de decomiso #0832 con sus 7 anexos y la # 0480 con 1 anexo. Además de lo anterior se diligenció el Acta de Visita # 21408 y 21409 con recomendaciones o sugerencias para que no se sigan presentando más irregularidades”; tal como consta en la copia del mencionado escrito y las copias de las actas de decomiso y sus anexos⁴⁴.

Se demostró que por oficios de 23 de abril y 19 de noviembre de 2002, la Personería municipal de Santiago de Cali puso en conocimiento de la Dirección Seccional de Fiscalías y la Procuraduría Departamental, respectivamente, los hallazgos encontrados al interior de Fundamor, los cuales podían constituir posiblemente delitos⁴⁵.

En ese mismo orden se probó, que mediante providencia del 10 de marzo de 2003 la Fiscalía Seccional 40 profirió resolución de acusación en contra del señor Aquilino Rincón García por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, contra las menores Danna Carolina Perlaza, Catherine Orlena Morales y Yudy Vanesa Peñaranda Echeverri, en hechos ocurridos mientras el primero se desempeñaba como cuidador de la granja de la Fundación Dar Amor –Fundamor-⁴⁶.

⁴⁴ Fl. 250 a 261, C.1.

⁴⁵ Fl. 277 a 284, C.1; Fl. 4 cuaderno sin caratula.

⁴⁶ Fl. 344 a 355, C.1.

Se acreditó mediante copia del “Informe de Comisión Realizada a la Fundación Dar Amor FUNDAMOR” realizada por el ICBF en las fechas 9 y 10 de abril de 2002, lo siguiente:

“De acuerdo al análisis del equipo técnico se considera que la Institución frente al manejo de la situación de presunto abuso sexual por parte del señor Aquilino Rincón, se quedó corta frente a las acciones que a nivel legal se debían haber adelantado para que la autoridad competente asumiera la investigación del caso, respaldando así el derecho fundamental a la protección de los niños-as; en este sentido se orienta para que se subsane esta situación, realizando las acciones legales del caso, a lo cual se comprometen las directivas.

(...) Con respecto a la situación presunta de abuso a los niños Duvier Alejandro Arévalo, Jorge Guzmán y Héctor Solano por parte del joven Andrés Pérez, se considera que se debe abordar y escuchar a cada (sic) de los niños y a su vez remitir a Medicina Legal a efecto de establecer condición de salud y visualizar indicios que permitan determinar si han sido víctimas de abuso y en caso afirmativo realizar acciones legales pertinentes.”⁴⁷ Se subraya

Se acreditó con la copia del proveído del 5 de febrero de 2004, que la Fiscalía Seccional 115 de la Unidad de Delitos Contra la Administración Pública, de Justicia y otros, resolvió inhibirse para abrir investigación penal por las denuncias presentadas por el Personero Municipal sobre la relación contractual entre Fundamor, representada por el señor Guillermo Alfonso Garrido Sardi y el ICBF⁴⁸.

Finalmente se probó que mediante resolución del 7 de marzo de 2006, la Fiscalía Seccional 23 de la Unidad de Delitos Contra la Vida y la Integridad Personal, resolvió precluir la investigación que se adelantó en contra del señor Guillermo Alfonso Garrido Sardi, por el delito de abandono⁴⁹. Y que, por proveído del 18 de noviembre de 2003, la Fiscalía Seccional 42 de la Unidad de Delitos Contra la Administración Pública, de Justicia y otros, resolvió inhibirse de iniciar la investigación penal por la presunta comisión de los delitos de abuso de confianza, estafa y falsedad en documento público en favor del señor Guillermo Alfonso Garrido Sardi⁵⁰.

6.3.2. Análisis de los elementos de la responsabilidad del Estado

En el caso *sub examine* se tiene que **el daño** que se reclama consiste en “*la investigación efectuada por la Personería Municipal del Municipio de Cali, en*

⁴⁷ Fl. 26 a 33, cuaderno sin caratula.

⁴⁸ Fl. 184 a 190, cuaderno sin caratula.

⁴⁹ Fl. 301 a 310, cuaderno sin caratula.

⁵⁰ Fl. 170 a 199, cuaderno 2.

informe de investigación efectuada de manera arbitraria e ilegal entregado el día 14 de junio del 2002 a la parte demandante, y hechos injurídicos (sic) realizados y que dio a conocer a través de medio masivo de comunicación, así como las denuncias penales infundadas, que dentro de sus respectivos trámites han sido resueltas a través de fallos inhibitorios”⁵¹.

Pues bien, comoquiera que el primer elemento para imputar responsabilidad al Estado lo configura el daño antijurídico, esta Sala entrará a analizar si este está probado en el proceso, para posteriormente estudiar la imputación de dicho daño a la entidad demandada.

En el presente caso se encuentra suficientemente demostrado, que la Fundación Dar Amor -Fundamor-, es una institución sin ánimo de lucro dedicada a la atención de niños enfermos de VIH y que para el momento de los hechos tenía un contrato de aporte vigente con el ICBF para el manejo de esa población en situación de vulnerabilidad.

Que con ocasión de las graves denuncias sobre casos de acceso y acoso sexual de menores, persecución religiosa, entre otras, efectuadas el 27 de febrero de 2002 por diez (10) trabajadores de Fundamor entre los que se encontraban el Director Administrativo, la Directora Área Niños y Niñas, la Psicóloga, el Coordinador de Salud, Asistente de Presidencia, Directora Programa de Confecciones, Asistente de Presidencia, Directora de Granja, Secretaria Presidencia y Secretaria Dirección Administrativa; se inició por parte de la Personería Municipal de Cali una investigación que constó de cuatro (4) visitas a las instalaciones de Fundamor, las cuales se realizaron en compañía de funcionarios del ICBF, de directivos de la fundación y en otra ocasión de funcionarios de la Secretaría de Salud municipal.

Como consecuencia de esas visitas la Personería municipal halló una serie de graves irregularidades, tales como medicamentos vencidos o expirados, alimentos en estado de descomposición no aptos para el consumo humano, mala higiene en la zona de preparación de los alimentos por la existencia de excrementos de animales roedores e insectos, el menú de los menores no estaba aprobado por un especialista en la materia, no contaban con un programa educativo institucional, la comisión de actos sexuales cometidos por uno de los trabajadores de la fundación

⁵¹ Fl. 159, cuaderno 1.

en contra de varias menores, anomalías en el manejo de las donaciones y finalmente, mala administración de los recursos provenientes del contrato de aporte que Fundamor tenía suscrito con el ICBF. Todas ellas, registradas en las actas de visitas sin oposición alguna por ninguna de las partes intervinientes y soportadas en las actas de incautación de los medicamentos vencidos.

De conformidad con los anteriores hallazgos, la Personería municipal realizó el informe fechado Mayo 2002, que fue entregado a la parte demandante el 14 de junio de la misma anualidad, aclarando en ese escrito, que por ser varias de esas anomalías del resorte o conocimiento de otras autoridades por constituir *posibles conductas punibles*, daría traslado de las mismas para que se iniciaran las correspondientes averiguaciones, y en consecuencia, puso en conocimiento a la Fiscalía General de la Nación, a la Contraloría a nivel Nacional y Departamental, al ICBF y a la Procuraduría Departamental.

Pues bien, del material probatorio recaudado quedó acreditado que la Fiscalía General de la Nación inició las correspondientes averiguaciones y en algunas de ellas se declaró inhibida para iniciar la investigación en contra del señor Guillermo Alfonso Garrido Sardi, quien era Presidente de Fundamor y, en otra, dictó resolución de preclusión de la investigación a favor de éste último. Sin embargo, en lo atinente a la investigación por el delito de actos sexuales con menor de 14 años que se siguió en contra del señor Aquilino Rincón quien se desempeñaba como cuidador de la granja de la fundación, se tuvo conocimiento que mediante providencia del 10 de marzo de 2003⁵² la Fiscalía Seccional 40 profirió resolución de acusación en su contra.

Que con fundamento en las denuncias realizadas por la Personería Municipal, la Contraloría Departamental del Valle del Cauca abrió la respectiva investigación a la fundación, arrojando como resultado el informe fechado el 14 de junio de 2002 en el que se dijo a Fundamor que practicada la auditoría de verificación de cumplimiento contractual a los convenios 069-2000 y 0286-2001 –celebrados entre la fundación y el ICBF-, se observaba el cumplimiento del objeto contractual pero, del informe del Revisor Fiscal se tenía la necesidad de mejorar algunos aspectos administrativos.

⁵² Fl. 344 a 355, C.1.

Luego, la misma Contraloría Departamental del Valle del Cauca entregó el informe del 9 de octubre de 2002 dirigido al Personero Municipal, en la que luego de hacer un recuento de las actividades cumplidas en virtud de la denuncia realizada por la Personería por presunto incumplimiento del contrato de aporte No. 7620602 1275 celebrado entre Fundamor y el ICBF, concluyó, entre otras cosas, que la celebración del contrato se realizó de conformidad con lo establecido en las normas de la contratación administrativa y que su ejecución estaba acorde a los términos y condiciones pactadas. Sin embargo, encontró inconsistencias de orden administrativo por lo que procedió hacer varias recomendaciones, entre las que se encontraban requerir a la fundación para que la minuta correspondiente al menú de la alimentación suministrado a los menores fuese aprobada por parte de una nutricionista antes de ser implementada.

Por su parte, el ICBF en informe fechado “9 y 10 de abril de 2002” concluyó, entre otras cosas, que sí la Fundación Dar Amor daba cumplimiento a las recomendaciones realizadas no se vería afectada la posibilidad de seguir prestando el servicio para el que habían sido contratados, no obstante lo anterior, sostuvo en dicho documento lo siguiente: *“De acuerdo al análisis del equipo técnico se considera que la Institución frente al manejo de la situación de presunto abuso sexual por parte del señor Aquilino Rincón, se quedó corta frente a las acciones que a nivel legal se debían haber adelantado para que la autoridad competente asumiera la investigación del caso, respaldando así el derecho fundamental a la protección de los niños-as; en este sentido se orienta para que se subsane esta situación, realizando las acciones legales del caso, a lo cual se comprometen las directivas. (...) Con respecto a la situación presunta de abuso a los niños Duvier Alejandro Arévalo, Jorge Guzmán y Héctor Solano por parte del joven Andrés Pérez, se considera que se debe abordar y escuchar a cada (sic) de los niños y a su vez remitir a Medicina Legal a efecto de establecer condición de salud y visualizar indicios que permitan determinar si han sido víctimas de abuso y en caso afirmativo realizar acciones legales pertinentes.”*⁵³

De acuerdo al análisis ponderado y razonado de la totalidad de los medios de prueba que reposan en el expediente, encuentra la Sala que en el presente asunto no se encuentra demostrado el daño antijurídico deprecado por la parte actora, por las siguientes razones:

⁵³ Folios 26 a 33, cuaderno sin caratula.

No es cierto como lo afirma el demandante que la Personería municipal de Santiago de Cali hubiese realizado un informe “caprichoso e ilegal” sobre la situación de Fundamor, toda vez que al contrario, de lo sostenido en el recurso de apelación, el informe de 14 de junio de 2002 estuvo suficientemente sustentado, motivado y acreditado, no sólo por las denuncias efectuadas por los trabajadores de la fundación sino por las visitas realizadas en varias oportunidades por la propia Personería a través de sus funcionarios así como por los hallazgos sobre la situación de los medicamentos, alimentación y salud de los menores, entre otros.

Tan ciertos y fundamentados fueron los hallazgos de la Personería, que se demostró que la Fiscalía General de la Nación profirió resolución de acusación en contra del señor Aquilino Rincón –trabajador de Fundamor- por la comisión del delito de actos sexuales en menor de 14 de años, situación tan lamentable sobre la cual la misma fundación tuvo conocimiento desde el año 2001 y no dio el manejo adecuado sobre los hechos, sino que se limitó a llamar la atención del Área de Psicología de la institución.

A la sazón, recordemos que la Constitución Política en su artículo 118 consagra:

“El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.”
Subrayado fuera del texto

El anterior artículo constitucional, fue desarrollado por la Ley 136 de 1994, específicamente en los artículos 169 y 178, en donde se dispuso:

“ARTÍCULO 169. NATURALEZA DEL CARGO. Corresponde al personero municipal o distrital en cumplimiento de sus funciones de Ministerio Público la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta de quienes desempeñan funciones públicas.”

(...)

ARTÍCULO 178. FUNCIONES. El Personero ejercerá en el municipio, bajo la dirección suprema del Procurador General de la Nación, las funciones del Ministerio Público, además de las que determine la Constitución, la Ley, los Acuerdos y las siguientes:

1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las ordenanzas, las decisiones judiciales y los actos administrativos, promoviendo las acciones a que hubiere lugar, en especial las previstas en el artículo 87 de la Constitución.

2. Defender los intereses de la sociedad.

3. *Vigilar el ejercicio eficiente y diligente de las funciones administrativas municipales.*

(...)

5. *Intervenir eventualmente y por delegación del Procurador General de la Nación en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales.*

(...)

13. Defender el patrimonio público interponiendo las acciones judiciales y administrativas pertinentes.

(...)

15. *Divulgar, coordinar y apoyar el diseño, implementación y evaluación de políticas públicas relacionadas con la protección de los derechos humanos en su municipio; promover y apoyar en la respectiva jurisdicción los programas adelantados por el Gobierno Nacional o Departamental para la protección de los Derechos Humanos, y orientar e instruir a los habitantes del municipio en el ejercicio de sus derechos ante las autoridades públicas o privadas competentes.*

(...)

21. Vigilar la distribución de recursos provenientes de las transferencias de los ingresos corrientes de la Nación al municipio o distrito y la puntual y exacta recaudación e inversión de las rentas municipales e instaurar las acciones correspondientes en caso de incumplimiento de las disposiciones legales pertinentes.

(...)”. Subrayado fuera del texto

De conformidad con el anterior marco normativo, no es de recibo para la Sala los argumentos expuestos por la parte recurrente, tanto en la demanda como en el recurso de apelación, cuando sostuvo que las actividades de Fundamor no eran de competencia ni del conocimiento de la Personería municipal y en ese sentido no debió elaborar el informe de 14 de junio de 2002, porque al contrario de lo indicado, lo que se observa palmariamente es que la Personería obró conforme al mandato Constitucional y legal que la rige, toda vez que lo reprochable y tal vez constitutivo de una falla en el servicio por omisión hubiese sido que la Personería Municipal, ante las múltiples denuncias de los trabajadores de la fundación y las visitas realizadas a la sede de dicha institución, hubiese guardado silencio y omitido ejercer su actividad, comoquiera que de acuerdo a sus funciones le corresponde velar por la protección efectiva de los intereses y derechos de la colectividad cuando vean amenazados y quebrantados sus derechos fundamentales, aunando a una supervisión y protección de los dineros públicos, como en efecto manejaba Fundamor a través de los contratos de aporte suscritos con el ICBF.

Así las cosas, bien actuó la entidad demandada cuando puso en conocimiento de las autoridades competentes los hallazgos y anomalías encontradas al interior de la fundación en aras de garantizar los derechos fundamentales a la vida, la salud, la educación y la integridad personal, entre otros, de los menores que allí eran atendidos, pues de no haberlo hecho hubiese vulnerado ahí sí de forma clara la Constitución y la Ley.

Por ello llama la atención de la Sala que la parte actora sostenga que las denuncias realizadas por los trabajadores de Fundamor no eran suficientes para que la Personería realizara la investigación, toda vez que basta con que una sola persona o la comunidad denuncie ante la Personería, o esta tenga conocimiento de cualquier abuso o vulneración de derechos constitucionalmente protegidos, para que ésta inmediatamente active y ponga a disposición de la colectividad todos sus esfuerzos para garantizar la protección de los derechos posiblemente vulnerados porque precisamente esa es su función.

Ahora, diferente es que en el marco de sus competencias las otras entidades, Procuraduría, Contraloría e ICBF, en el curso de las investigaciones que adelantaron no hubiesen encontrado configurada alguna irregularidad, pues de eso se trataba precisamente, de realizar un control de seguimiento que permitiera establecer o no alguna falta que se pudiera subsanar, como en efecto sucedió, pues varias de esas entidades realizaron recomendaciones a la Fundación Dar Amor con fundamento en las denuncias realizadas por la Personería.

Por otro lado, en lo que respecta a la comisión de delitos, si bien la Fiscalía General de la Nación no encontró pruebas para investigar al señor Guillermo Alfonso Garrido Sardi –Presidente de la fundación-, no puede pasarse por alto que gracias a las denuncias de la Personería municipal, la Fiscalía, en el marco de una investigación penal, encontró méritos suficientes para dictar resolución de acusación en contra de Aquilino Rincón –trabajador de Fundamor- por el delito de acto sexual abusivo con menor de catorce años, que se cometían al interior de la fundación con los menores que estaban bajo la protección de ésta.

Es por las anteriores razones, que en el caso de autos no se encuentra demostrado el daño antijurídico deprecado por el actor, el cual, según lo expuesto en el numeral 6.1 de esta providencia es la lesión injustificada a un interés

protegido por el ordenamiento. En otras palabras, es toda afectación que no está amparada por la ley o el derecho, requisito, que no se cumple en el presente asunto, toda vez que era el deber de Fundamor soportar la investigación que se hacía en su contra, por existir suficientes elementos de juicio para que la Personería municipal de Santiago de Cali procediera a establecer si era cierto o no que al interior de la fundación se estaban configurando vulneraciones a los derechos fundamentales de los menores, como en efecto sucedió.

De igual forma, en el *sub examine* no fue acreditado el incumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado constitutivo de falla en el servicio, lo que de igual manera conlleva a la denegación de las pretensiones indemnizatorias propuestas por la parte demandante.

En consecuencia, la Sala procede a confirmar la sentencia apelada que denegó las súplicas de la demanda.

7. Condena en costas

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia una actuación temeraria de alguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para ésta proceda.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 7 de marzo de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS.

TERCERO: En firme esta providencia **ENVÍESE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Presidente de la Sala

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado

NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado