

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO CAUSADO A SUJETOS QUE SE ENCUENTRAN BAJO RELACIONES DE ESPECIAL SUJECCIÓN / DAÑO CAUSADO A POLICÍA - No probado

El demandante, se presentó a la oficina de incorporación de la Policía Metropolitana de Cartagena el 5 de junio de 2008 y el 9 de julio del mismo año <<fue incorporado para la práctica de diferentes exámenes de ingreso>> que resultaron satisfactorios y <<declararon su estado de salud apto para ser admitido>>. A partir de allí se le entregó la dotación y empezó a desempeñar las actividades propias del cargo. El 23 de septiembre de 2008, luego de realizar ejercicios sin descanso de las seis a las nueve de la mañana, el demandante empezó a presentar una sintomatología que le impidió proseguir, estuvo hospitalizado hasta día 26 del mismo mes y año y fue reincorporado. Una semana antes de jurar bandera la Policía Nacional le solicitó nuevos exámenes médicos y le manifestaron – de manera verbal – que debía marcharse a su residencia porque había sido <<desacuartelado>>. El 27 de octubre de 2008 le entregaron una solicitud de valoración especializada por cardiología y el 16 de diciembre de 2008 le notificaron el dictamen médico laboral emitido por la Policía donde se concluye que se trata de una enfermedad común con una discapacidad laboral del 13%.

INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA POR INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN - Excepción probada / ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Origen del daño

La sentencia de primera instancia será revocada para declarar probada la excepción de “trámite inadecuado” o lo que es lo mismo la ineptitud de la demanda por indebida escogencia de la acción formulada por la parte demandada al contestar la demanda, en la medida que la causa de los perjuicios cuya reparación solicita el demandante es la ilegalidad del acto administrativo por el cual se produjo el <<desacuartelamiento>> del Demandante, decisión en la cual la Policía Nacional determinó retirarlo del servicio al estar demostrado que sufría una enfermedad congénita y común que no permitía su ingreso.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Para controvertir legalidad de acto administrativo / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Si el DEMANDANTE pretendía demostrar que dicho acto era ilegal porque su enfermedad no era congénita o porque el examen que debía practicarse antes de decidir su incorporación definitiva no se realizó dentro del término legal, estaba obligado a impugnarlo mediante la acción de nulidad y restablecimiento. El demandante en este caso no solicitó la reparación de daño a su salud ocasionado en desarrollo del servicio, razón por la cual su petición no podía estudiarse en el contexto de la acción de reparación directa, prevista para la indemnización de perjuicios derivados de acciones u omisiones de los agentes estatales, no para la reclamación de daños causados con actos administrativos que se estimen ilegales.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., ocho (08) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 13001-23-31-000-2010-00475-01(44677)

Actor: FABIÁN ADOLFO MALO QUINTERO

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Temas: *Desacuartelamiento de conscripto, improcedencia de la acción de reparación directa.*

No observándose irregularidad alguna que invalide la actuación, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de 16 de abril de 2012, proferida por la Sala de Decisión N.º 3 del Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I.- Antecedentes

1.- La demanda que dio origen al proceso fue presentada por FABIAN ADOLFO MALO QUINTERO contra el Ministerio de Defensa Nacional, y en ella se formularon las siguientes pretensiones:

*<<Primera.- La Policía Nacional es administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales causados al joven Fabián Adolfo Malo Quintero por falla de la administración que conllevó a que el ente accionado, luego de haberlo incorporado a su servicio con todos los parámetros legales ya cumplidos por este, **lo destituyeran**, quedando en la actualidad con una enfermedad contraída, debido a los constantes y excesivos entrenamientos físicos a los que era sometido diariamente, lo que produjo el padecimiento físico presentado.*

Segundo.- Obtener en consecuencia, de la Nación Colombiana Ministerio de Defensa y/o Policía Nacional, como reparación del daño ocasionado, a pagar al actor o a quien represente legalmente sus derechos, los perjuicios de orden material y moral, los cuales se estiman como mínimo en la suma de \$400.000.000.oo.

Tercero.- Condenar en costas a la demandada>>.

2.- Los hechos de la demanda se sintetizan así:

2.1.- FABIAN ADOLFO MALO QUINTERO, se presentó a la oficina de incorporación de la Policía Metropolitana de Cartagena el 5 de junio de 2008 y el 9 de julio del mismo año <<fue incorporado para la práctica de diferentes exámenes de ingreso>> que resultaron satisfactorios y <<declararon su estado de salud apto para ser admitido>>. A partir de allí se le entregó la dotación y empezó a desempeñar las actividades propias del cargo.

2.2.- El 23 de septiembre de 2008, luego de realizar ejercicios sin descanso de las seis a las nueve de la mañana, el demandante empezó a presentar una sintomatología que le impidió proseguir, estuvo hospitalizado hasta día 26 del mismo mes y año y fue reincorporado.

2.3.- Una semana antes de jurar bandera la Policía Nacional le solicitó nuevos exámenes médicos y le manifestaron – de manera verbal – que debía marcharse a su residencia porque había sido <<desacuartelado>>. El 27 de octubre de 2008 le entregaron una solicitud de valoración especializada por cardiología y el 16 de diciembre de 2008 le notificaron el dictamen médico laboral emitido por la Policía donde se concluye que se trata de una enfermedad común con una discapacidad laboral del 13%.

3.- La Policía Nacional se opuso a las pretensiones de la demanda señalando que el <<desacuartelamiento del acto se debió a un concepto de no aptitud dictaminado por las autoridades médico-laborales de la entidad y que ésta obró conforme con lo dispuesto en la ley 48 de 1993 y el decreto 0094 de 1983>>. Puso de presente que el señor Malo Quintero se encontraba prestando servicio militar obligatorio cuando fue declarado no apto para el servicio y por esa razón desacuartelado.

4.- La citada entidad propuso la excepción de “trámite inadecuado” o lo que es lo mismo ineptitud de la demanda por indebida escogencia de la acción, pues *“siendo que este examen de aptitud fue el motivo para que el señor Fabián Antonio Malo Quintero fuera desacuartelado mediante resolución 186 de fecha 23 de octubre de 2008, se entiende que en dicho acto se encuentra materializado su salida de la institución policial”*. Por tanto, la entidad consideró que el actor debió demandar la ilegalidad de dicha decisión mediante la acción de nulidad y

restablecimiento del derecho. Con la contestación de la demanda allegó (i) la resolución 186 de 23 de octubre de 2008 que dispuso el desacuartelamiento del actor; y (ii) la copia del dictamen de la Junta Médica de 16 de diciembre de 2008 (Trastorno de ritmo cardíaco).

5.- La Sala de Decisión N.º 3 del Tribunal Administrativo de Bolívar, en sentencia de 16 de abril de 2012, negó las pretensiones de la demanda porque el Tribunal consideró que no se había acreditado la <<falla del servicio>> y que este era el <<título de imputación>> que debía aplicarse, no obstante lo reclamado fueran los daños sufridos por un *conscripto*.

6.- En las consideraciones de la sentencia de primer grado se lee: <<*El título de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado en el caso sub examine será el de la falla del servicio probada, ya que si bien en los casos de conscriptos (Policías Auxiliares Bachilleres) el título de imputación generalmente son aquellos de naturaleza objetiva, también se ha otorgado la oportunidad de que sean tramitados por la falla en el servicio, cuando la irregularidad de la administración fue la que produjo el daño; en el sub lite, se afirma por parte del actor que la accionada incurrió en una irregularidad al desvincularlo, toda vez que fue por la prestación del servicio como auxiliar de Policía y debido a las exhaustivas jornadas físicas a que fue sometido, que contrajo la enfermedad que lo aqueja y por la cual hoy reclama unos perjuicios*>>.

7.- Partiendo del anterior marco teórico, el Tribunal concluyó que no estaba probada la <<falla en el servicio>> porque las pruebas obrantes en el expediente acreditaban que si bien el demandante presentó una <<sintomatología en los momentos en que se encontraba realizando ejercicios rutinarios>>, lo cierto es que en el proceso se acreditó con el dictamen y con el testimonio rendido por el médico tratante, que el trastorno por el que fue *desacuartelado* el demandante correspondía a una enfermedad cardíaca congénita y común.

8.- La parte demandante solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, afirmando que el Tribunal Administrativo de Bolívar se equivocó y había incurrido en algunos desaciertos jurídicos al considerar que la enfermedad que presentó Fabián Adolfo Malo Quintero era de origen congénito basándose en los argumentos expuestos a ese despacho en las declaraciones rendidas por los médicos especialistas en medicina laboral, quienes conformaron la Junta Médico

Laboral que concluyó que el señor Malo tenía una disminución de la capacidad laboral de un 13%. Señaló que, de la declaración jurada del médico Fabio Antonio Duitama se desprendía que si el señor Fabián Malo superó el primer examen de incorporación fue porque tenía el 100% de aptitud para prestar el servicio militar o <<de lo contrario no reunía los requisitos mínimos para ingresar a la capacitación y entrenamiento como auxiliar bachiller>>. Agregó que si la práctica de dichos exámenes arrojó un 100% de aptitud para el servicio no era posible argumentar que la enfermedad era atribuible a su nacimiento.

9.- Finalmente, en cuanto a la decisión del *a quo* de considerar que el desacuartelamiento del señor Fabián Malo, por resultar no apto para el servicio, estuvo ajustado a lo establecido en la Ley 48 de 1993, el apelante manifestó su desacuerdo, toda vez que la orden para el tercer examen se otorgó el 27 de octubre de 2008, es decir, 18 días después del vencimiento de los 90 días que estipula el artículo 18 de la precitada ley, teniendo en cuenta que al señor Malo Quintero se le practicaron los primeros exámenes de incorporación el 9 de julio de 2008 (fls. 179 al 187 c. ppal.).

II.- Consideraciones

10.- La sentencia de primera instancia será revocada para declarar probada la excepción de “trámite inadecuado” o lo que es lo mismo la ineptitud de la demanda por indebida escogencia de la acción formulada por la parte demandada al contestar la demanda, en la medida que la causa de los perjuicios cuya reparación solicita el demandante es la ilegalidad del acto administrativo por el cual se produjo el <<desacuartelamiento>> del Demandante, decisión en la cual la Policía Nacional determinó retirarlo del servicio al estar demostrado que sufría una enfermedad congénita y común que no permitía su ingreso.

11.- Esa determinación fue adoptada a partir de un dictamen de medicina laboral en la resolución N.º 186 del 23 de octubre de 2009 proferida por la Policía Nacional y allegada como prueba por la citada entidad. Si el DEMANDANTE pretendía demostrar que dicho acto era ilegal porque su enfermedad no era congénita o porque el examen que debía practicarse antes de decidir su incorporación definitiva no se realizó dentro del término legal, estaba obligado a impugnarlo mediante la acción de nulidad y restablecimiento.

12.- El demandante en este caso no solicitó la reparación de daño a su salud ocasionado en desarrollo del servicio, razón por la cual su petición no podía estudiarse en el contexto de la acción de reparación directa, prevista para la indemnización de perjuicios derivados de acciones u omisiones de los agentes estatales, no para la reclamación de daños causados con actos administrativos que se estimen ilegales.

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

F A L L A

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de 16 de abril de 2012, proferida por la Sala de Decisión N.º 3 del Tribunal Administrativo de Bolívar, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda, para declarar probada la excepción de “trámite inadecuado” o lo que es lo mismo la ineptitud de la demanda por indebida escogencia de la acción.

SEGUNDO.- En consecuencia, **INHIBIRSE** para resolver el fondo del asunto.

TERCERO.- Sin condena en costas por no aparecer causadas.

CUARTO.- Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

ALBERTO MONTAÑA PLATA

RAMIRO PAZOS GUERRERO

SABF