CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá D.C., primero (1) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: **05001-23-31-000-2006-00187(42229)**

Actor: **MARÍA NOHEMY HENAO MONSALVE Y OTRO**

Demandado: **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA, POLICÍA NACIONAL**

Referencia: **ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA**

COPIAS SIMPLES-Valor probatorio. DECLARACIONES EXTRAJUDICIALES-Exigencia de ratificación de testimonios recibidos por fuera del proceso. CONSCRIPTOS-Títulos de imputación. CONSCRIPTOS-Falla en la prestación del servicio de salud debe probarse. TESTIGO DE OÍDAS-Valoración probatoria. DOCUMENTO PÚBLICO-Se presume auténtico si no es tachado de falso. CARGA DE LA PRUEBA-Incumbe a quien alega falla del servicio probarla.

La Sección Tercera, Subsección C, del Consejo de Estado, de acuerdo con la prelación dispuesta en sesión de 25 de abril de 2013[1], decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 30 de mayo de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las pretensiones.

SÍNTESIS DEL CASO

[1] Según el Acta nº. 10 de la Sala Plena de la Sección Tercera.

Daniel Alejandro Murcia Henao murió por una meningitis tuberculosa después de haber prestado el servicio militar obligatorio. Atribuye el daño a una omisión en la atención médica durante y después de la prestación del servicio militar.

ANTECEDENTES

El 3 de octubre de 2005, María Nohemy Henao Monsalve en su nombre y en representación del menor Sebastián Camilo Murcia Henao, a través de apoderado judicial, formularon **demanda de reparación directa** contra la Nación-Ministerio de Defensa, Policía Nacional, para que se le declarara patrimonialmente responsable de la muerte de Daniel Alejandro Murcia Henao. Solicitaron el pago del equivalente de 600 SMLMV para la madre y 300 SMLMV para su hermano, por perjuicios morales; $273.726 por perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente y 75’360.635, en la modalidad de lucro cesante.

En apoyo de las pretensiones, la parte demandante afirmó que Daniel Alejandro Murcia Henao el 1° de diciembre de 2002 ingresó a la Policía a prestar el servicio militar obligatorio. Resaltó que al ingreso a la institución le practicaron exámenes médicos y que durante la prestación del servicio se deterioró su salud. Adujo que como le diagnosticaron meningoencefalitis por tuberculosis recibió un tratamiento antituberculoso, pero presentó una infección nosocomial y falleció el 14 de noviembre de 2004. Concluyó que se configuró una falla en el servicio porque la demandada le negó atención médica.

El 20 de febrero de 2006 se admitió la demanda y se ordenó su notificación. En el escrito de **contestación de la demanda**, la Nación-Ministerio de Defensa, Policía Nacional se opuso a las pretensiones porque no existía nexo de causalidad entre la enfermedad que ocasionó la muerte y la prestación del servicio militar obligatorio. Señaló que no se configuró una falla del servicio. El 6 de septiembre de 2007 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para **alegar de conclusión** y presentar concepto, respectivamente. Las partes reiteraron lo expuesto y el Ministerio Público guardó silencio.

El 30 de mayo de 2011, el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la **sentencia** negó las pretensiones, porque no se demostró que la demandada hubiera negado atención médica durante la prestación del servicio militar obligatorio y resaltó que en el examen médico de egreso el conscripto no informó el deterioro de su salud. La parte demandante interpuso **recurso de apelación** que fue concedido el 17 de agosto de 2011 y admitido el 28 de noviembre siguiente. La recurrente reiteró lo expuesto. El 14 de diciembre de 2011 se corrió traslado para **alegar de conclusión en segunda instancia**. La parte demandante guardó silencio y la demandada reiteró lo expuesto. El Ministerio Público solicitó que se confirmara la sentencia, porque el estado de salud del conscripto era bueno para la época del examen de egreso.

CONSIDERACIONES

I. Presupuestos procesales

Jurisdicción y competencia

1. La jurisdicción administrativa, como guardián del orden jurídico, conoce de las controversias cuando se demande la ocurrencia de un daño cuya causa sea una acción u omisión de una entidad estatal según el artículo 82 del CCA, modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006. El Consejo de Estado es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto, de conformidad con el artículo 129 del CCA, modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998. Así mismo, esta Corporación es competente en razón de la cuantía, pues el valor de la pretensión mayor asciende a $418’984.000, suma que supera los 500 SMLMV exigidos por el artículo 132 del CCA, modificado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998, esto es, $190’750.000 y, por ello, el proceso tiene vocación de doble instancia ante el Consejo de Estado[2].

Acción procedente

[2] Suma que se obtiene de multiplicar el salario mínimo de 2005, $381.500, por 500.

2. 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[3], en este caso por hechos imputables a la entidad demandada (art. 90 C.N. y art. 86 CCA).

Demanda en tiempo

3. El término para formular pretensiones, en procesos de reparación directa, de conformidad con el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo es de 2 años, que se cuentan 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 cualquier otra causa. La demanda se interpuso en tiempo -3 de octubre de 2005- porque el hecho dañoso ocurrió el 14 de noviembre de 2004.

Legitimación en la causa

4. María Nohemy Henao Monsalve y Sebastián Camilo Murcia Henao, son las personas sobre las que recae el interés jurídico que se debate en este proceso, por conformar el núcleo familiar de Daniel Alejandro Murcia Henao. La Nación-Ministerio de Defensa, Policía Nacional está legitimada en la causa por pasiva por tratarse de la entidad en la que Murcia Henao prestó el servicio militar obligatorio.

II. El problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si la muerte del conscripto es imputable a la entidad demandada.

III. Análisis de la Sala

[3] Excepcionalmente la jurisprudencia ha aceptado la procedencia de dicha acción por daños causados por actos administrativos. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de junio de 1993, Rad. 7.303 y sentencia del 8 de marzo de 2007, Rad. 16.421 [fundamento jurídico 3].

5. Las copias simples serán valoradas, porque la Sección Tercera de esta Corporación, en fallo de unificación[4], consideró tenían mérito probatorio.

6. La demanda aportó la declaración extra juicio de Diego Mauricio Ochoa Osorio (f. 295 c. 1). Este tipo de declaraciones, al ser sumarias, requieren de ratificación judicial de conformidad con el artículo 229 del CPC. Como no fueron ratificadas no serán valoradas.

Hechos probados

7. De conformidad con los medios probatorios allegados oportunamente al proceso, se demostraron los siguientes hechos:

7.1 El 21 de octubre y el 7 de noviembre de 2002, la Policía Nacional practicó a Daniel Alejandro Murcia Henao valoración odontológica, morfofuncional, fisicoatlética y entrevista sicológica y lo calificó como apto para ingresar a la institución, según da cuenta copia simple de la historia clínica odontológica, la planilla de valoración y el formato de entrevista psicológica (f. 640 a 646 c. 1).

7.2 El 3 de diciembre de 2002, la Policía Nacional practicó a Daniel Alejandro Murcia Henao el examen físico de ingreso a la institución, que resultó normal, según da cuenta copia simple del documento de la Escuela de Policía Carlos Eugenio Restrepo (f. 627 c. 1).

7.3 El 10 de diciembre de 2002, Daniel Alejandro Murcia Henao ingresó a la Policía Nacional como auxiliar regular por Resolución n°. 22, según da cuenta certificación del jefe de recursos humanos de la Escuela de Policía Carlos Eugenio Restrepo (f. 675 c.1).

7.4 El 1 de enero de 2003, Daniel Alejandro Murcia Henao se posesionó como auxiliar regular de la Policía Nacional, según da cuenta copia simple del acta de posesión (f. 648 c. 1).

---

[4] Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2013, Rad. 25.022 [fundamento jurídico 1]. El Magistrado Ponente no comparte este criterio jurisprudencial, sin embargo lo respeta y acoge. Los argumentos de la inconformidad se encuentran consignados en la aclaración de voto a la sentencia del 22 de octubre de 2015, Rad. 26.984.

7.5 El 15 de abril de 2004, Daniel Alejandro Murcia Henao se desvinculó de la Policía Nacional, según da cuenta copia simple de la Resolución nº. 0037 proferida por el departamento de Policía de Antioquia (f. 629 a 632 c. 1).

7.6 El 28 de mayo de 2004, la Policía Nacional practicó a Daniel Alejandro Murcia Henao examen médico de licenciamiento para auxiliares regulares -que resultó normal- y aquel declaró que no presentaba alteraciones en su estado de salud, según da cuenta copia simple del documento elaborado por el médico John Jairo Barrientos (f. 628 c. 1).
7.7. El 1 de junio de 2004, Daniel Alejandro Murcia Henao se retiró de la Policía Nacional, por terminación del servicio militar obligatorio, según da cuenta copia simple de la certificación expedida por el jefe de recursos humanos de la de la Escuela de Policía Carlos Eugenio Restrepo (f. 675 c.1).

7.8 El 23 de octubre de 2004, Murcia Henao ingresó por urgencias a la ESE Metrosalud y refirió en el motivo de la consulta "*cefalea, fiebre que duró 2 meses luego de salir del ejército, hace 7 días empezó con cefalea, sudoración, dolor en el cuerpo y ayer con vomito en proyectil, dificultad para hablar y habla incoherencias",* según da cuenta copia simple de la epicrisis (f. 19 c. 1).

7.9 El 24 de octubre de 2004, la ESE Metrosalud remitió a Daniel Alejandro Murcia Henao al Hospital General de Medellín porque *"le encontraron signos meníngeos"*, según da cuenta copia simple de la epicrisis (f. 41 a 43 c. 1).

7.10 El 1 de noviembre de 2004, el Hospital General de Medellín diagnosticó a Daniel Alejandro Murcia Henao *"1. Neumonía nosocomial, base derecha. 2. Meningitis de origen no establecida",* según da cuenta copia simple de la historia clínica (f. 61 c. 1).

7.11 El 4 de noviembre de 2004, Daniel Alejandro Murcia Henao murió en el Hospital General de Medellín, según da cuenta copia simple de la historia clínica y copia auténtica del registro civil de defunción (f. 111 y 17 c. 1).

7.12 El 18 de noviembre de 2004, María Nohemy Henao Monsalve solicitó investigación a la Policía Nacional, por la muerte de Daniel Alejandro Murcia Henao y pidió que se informara por qué negaron atención médica a su hijo y la práctica de exámenes al momento del egreso de la institución, según da cuenta copia simple de la petición (f. 297 c. 1).

7.13 El 4 de mayo de 2005, la dirección de sanidad de la Policía Nacional al responder la solicitud manifestó que luego de un estudio técnico del caso no encontró *"relación causa efecto entre la patología que desencadenó su muerte y el trabajo desempeñado por Daniel Alejandro en la Policía Nacional como auxiliar regular"*, según da cuenta copia simple del documento (f. 298 c. 1).

7.14 Daniel Alejandro Murcia Henao era hijo de María Nohemy Henao Monsalve y hermano de Sebastián Camilo Murcia Henao, según da cuenta copia auténtica de los registros civiles de nacimiento (f. 15 y 16 c. 1).

La muerte del conscripto no es imputable al Estado porque no se acreditó falla del servicio

8. El daño está demostrado porque Daniel Alejandro Murcia Henao murió a causa de una meningitis tuberculosa y neumonía nosocomial [hechos probados 7.11 y 7.12].

9. La jurisprudencia tiene determinado que el estudio de la responsabilidad del Estado por los daños causados a miembros de la fuerza pública impone distinguir entre aquellos que ingresan al servicio de manera voluntaria de los que lo hacen en cumplimiento del deber previsto en el artículo 216 de la Constitución. Así, mientras los miembros profesionales asumen voluntariamente los riesgos inherentes a la defensa de la seguridad de la Nación, sobre los conscriptos existe la obligación a cargo del Estado de devolverlos al seno de su familia y sociedad en las mismas condiciones en las que ingresaron al servicio, por la relación de

especial sujeción que surge entre el Estado y quien presta el servicio militar obligatorio[5].

10. En los eventos de daños causados a conscriptos, la Sala ha acudido a diferentes títulos de imputación de acuerdo con las particularidades de cada caso. Ha invocado la falla del servicio, cuando el daño proviene de irregularidades en la actividad de la administración[6]; el riesgo excepcional, que puede tener origen en el riesgo de la actividad o el riesgo de la cosa, como el uso de armas de fuego de dotación oficial[7] y el daño especial, cuando el daño antijurídico ha sido consecuencia del rompimiento del equilibrio frente a las cargas públicas[8].

En todos los casos es posible que el Estado se exonere para lo cual debe acreditar que el daño tuvo origen exclusivo en una causa extraña, como la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho exclusivo de un tercero. En estos eventos, la demostración de la diligencia y cuidado y el caso fortuito, no tiene la entidad para exonerar de responsabilidad a la administración[9]. Cuando el daño sufrido por el conscripto proviene de la prestación del servicio de salud, la responsabilidad debe analizarse bajo el título de falla del servicio, régimen común para este tipo de eventos[10].

11. La parte demandante afirma que la muerte de Daniel Alejandro Murcia Henao se produjo por una falla del servicio, porque mientras prestaba el servicio militar obligatorio contrajo una tuberculosis meníngea y la demandada omitió prestarle atención médica y no le practicó exámenes médicos de egreso, circunstancias que llevaron a su fallecimiento.

Está acreditado que Daniel Alejandro Murcia Henao prestó el servicio militar obligatorio en calidad de auxiliar regular de la Policía Nacional, adscrito al

---

[5] Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre de 2008, Rad. 18.586 [fundamento jurídico 2].
[6] Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de febrero de 2009, Rad. 15.793 [fundamento jurídico IV].
[7] Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de abril de 2009, Rad. 17.187 [fundamento jurídico 2.3].
[8] Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de febrero de 2009 Rad. 15.793 [fundamento jurídico IV].
[9] Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de agosto de 1996, Rad. 10.220 [párr. 3].
[10] Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de febrero de 2002, Rad.12.448 [fundamento jurídico 1].

departamento de Policía de Antioquia, entre el 1 de enero de 2003 y el 1 de junio de 2004 [hechos probados 7.4 y 7.7]. También está demostrado que la Policía Nacional calificó a Murcia Henao como apto para ingresar a la institución y que se encontraba en estado normal de salud al momento de los exámenes médicos y sicológicos de ingreso al servicio militar obligatorio [hechos probados 7.1 y 7.2].

Además, en el proceso quedó establecido que la Policía Nacional practicó a Daniel Alejandro Murcia Henao el examen médico de egreso, que resultó normal, en donde el conscripto declaró que no tenía limitaciones o secuelas relacionadas con el servicio en la institución, que no tenía pendientes tratamientos médicos y que no presentaba alteraciones en su estado de salud [hecho probado 7.6]. Igualmente está probado que el 23 de octubre de 2004, Daniel Alejandro Murcia Henao ingresó por urgencias a la ESE Metrosalud [hecho probado 7.8], esto es, casi 4 meses después de haber terminado el servicio militar obligatorio.

12. En el proceso declaró el médico internista Fredy Rafael Méndez, quien atendió a Daniel Alejandro Murcia Henao en el Hospital General de Medellín, que según lo afirmado por la mamá del paciente la tuberculosis derivó de *"un proceso infeccioso padecido por el hijo en la institución militar a la que hacía referencia, el cual al parecer, no fue atendido"* (f. 662 c. 1). Sobre la causa de la enfermedad, el médico señaló que como Murcia Henao estuvo en un sitio de reclutamiento militar en hacinamiento era *"probable la infección por bacilos por tuberculosis en esta guarnición"* (f. 664-665 c. 1).

Lo afirmado por este testigo sobre la causa de la enfermedad corresponde a lo que le contó la mamá del conscripto. Sobre el testimonio de oídas, el numeral 3 del artículo 228 del C.P.C. dispone que si la declaración versa sobre expresiones que el testigo hubiere oído, el juez ordenará que explique las circunstancias que permitan apreciar su verdadero sentido y alcance. Además, en relación con el mérito probatorio del testimonio de oídas, la declaración del testigo se debe cotejar con el resto del acervo probatorio, para efectos de determinar la coincidencia de

tal declaración con los demás medios de prueba recaudados[11].

Esta declaración de oídas no merece credibilidad, porque además de provenir de una persona interesada en el litigio, no está respaldada por otros medios de convicción, pues no obra en el proceso prueba alguna que acredite que Daniel Alejandro Murcia Henao adquirió la tuberculosis por hacinamiento mientras prestaba el servicio militar.

13. Sergio Oswaldo Soto Muñoz y Duberney Osorio Cardona, declararon que Daniel Alejandro Murcia Henao se enfermó cuando llevaba diez meses de prestar el servicio militar (f. 653 c. 1). Igualmente relataron que Murcia Henao no fue llevado al hospital, a pesar de las solicitudes que le hicieron al comandante.

Aunque las declaraciones provienen de personas que prestaron el servicio militar obligatorio con Murcia Henao, estuvieron en contacto directo con él porque fueron compañeros en el municipio de Campamento, Antioquia y no existen razones para considerarlos sospechosos, no dan cuenta de que el conscripto hubiera padecido la tuberculosis mientras prestaba el servicio militar, pues solo refirieron que presentó síntomas de gripa, dolor de cabeza, fiebre y vómitos, sin mencionar que tuvieran conocimiento de un diagnóstico de tuberculosis en el afectado. Estas declaraciones no refieren las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que la entidad -como afirma la demanda- negó enviar al servicio médico a Murcia Henao.

14. El auditor médico de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, doctor Rodrigo Daniel Cubillos Apolinar, en estudio técnico sobre las causas de la muerte del conscripto, conceptuó que Daniel Alejandro Murcia Henao no estuvo sometido a un exceso de carga laboral, que durante el periodo de prestación del servicio militar del auxiliar no se reportó ningún caso de tuberculosis en locaciones de la policía o en el contingente al que perteneció y que tampoco se tenía como área endémica de la enfermedad al municipio de Campamento, Antioquia (f. 624 a 625 c. 1). Este documento se presume auténtico, pues no fue tachado de falso en los

[11] Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de febrero de 2011, Rad. 20.262 [fundamento jurídico 2.3].

términos del artículo 289 del CPC y se tendrá por cierto su contenido porque no fue desvirtuado por otro medio probatorio.

15. Según el artículo 177 del CPC, a la parte demandante le corresponde demostrar la falla del servicio, esto es, el incumplimiento de la prestación del servicio de salud a cargo de la entidad demandada. Como no se demostró que el conscripto hubiera contraído la enfermedad durante la prestación del servicio o que estuviera asociada a la prestación del servicio militar, no se acreditó la existencia del nexo de causalidad entre el daño sufrido por el conscripto y la prestación del servicio militar obligatorio.
16. La demandante también alega que la Policía Nacional incurrió en una falla del servicio por omisión, porque negó la prestación de atención médica a Daniel Alejandro Murcia Henao después de terminar el servicio militar obligatorio.

La Ley 48 de 1993, que regula el servicio de reclutamiento y movilización prevé en el artículo 39 que el conscripto durante la prestación del servicio militar obligatorio tiene derecho a ser atendido en el servicio de salud por cuenta del Estado, desde el día de su incorporación hasta la fecha de licenciamiento. Y el artículo 7 del Acuerdo nº. 002 de 2001 del Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares amplió el periodo de protección en salud, hasta por cuatro semanas más, contadas a partir de la fecha de la desafiliación.

En el proceso no se acreditó que Daniel Alejandro Murcia Henao hubiera solicitado atención médica a la Policía Nacional entre el 1 de junio de 2004 -fecha de egreso del servicio militar obligatorio- y el 4 de noviembre de 2004 -fecha de la muerte del conscripto-. Como no se probó que la demandada hubiera omitido el cumplimiento de la obligación de atención médica del conscripto durante la prestación del servicio militar o dentro de las cuatro semanas siguientes a la fecha del retiro, no se acreditó que la Policía Nacional hubiera incurrido en una falla de prestación de atención médica y, por ello, se confirmará la sentencia de primera instancia.

17. Finalmente, de conformidad con el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, no habrá lugar a condenar en costas, porque no se evidencia que la parte haya actuado con temeridad o mala fe.

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

FALLA:

PRIMERO. **CONFÍRMASE** la sentencia del 30 de mayo de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

SEGUNDO. Sin condena en costas.

TERCERO. En firme esta providencia, por Secretaría, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

OAO