



ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA-Responsabilidad administrativa por perjuicios a causa de aspersiones con herbicida glifosato sobre área de cultivo

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO-Tiene su fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política

DAÑO ANTIJURÍDICO-Definición según sentencia del Consejo de Estado

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-Por aspersión aérea con glifosato según regulación legal

CARGA PROBATORIA-Corresponde al demandante demostrar en forma plena y completa los actos y hechos jurídicos alegados según regulación legal

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-Por daños causados en ejercicio de actividades peligrosas según sentencia del Consejo de Estado

PERJUICIOS MORALES-No se probó la aflicción moral sufrida por demandante

TÍTULO DE IMPUTACIÓN-Es objetiva por daño excepcional y genera obligación por parte de Administración de reparación de daño alegado

*...En este orden de ideas, la Procuraduría General de la Nación, en su función de garantizar la eficacia del derecho de acción y en representación de los intereses de la sociedad, por intermedio de esta Delegada, sugiere al H. Consejo de Estado, **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 31 de octubre de 2017 por el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander, bajo el título de riesgo excepcional, pues si bien pudieron haberse cometido algunas omisiones en el procedimiento de fumigación, lo cierto es que más allá de esas omisiones, la actividad es de por sí una actividad riesgosa y estando probado el daño, la actividad lícita pero riesgosa de la fumigación y el nexo de causalidad entre aquel y esta, es forzoso aceptar como ya lo ha hecho en ocasiones anteriores la jurisprudencia del Consejo de Estado, que estamos frente a un título de imputación objetiva por daño excepcional, generando una obligación por parte de la Administración de reparar el daño alegado.*

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA-Existe el daño y el nexo de causalidad de este con la actividad estatal de aspersión aérea

Por lo anterior es claro para esta Delegada, que no solamente estamos frente a un caso en que se incumplió los deberes de precaución y cuidado que demanda, y que ha establecido la jurisprudencia, el uso de estos elementos en la lucha contra el narcotráfico, sino que además podría configurarse un riesgo excepcional al no haberse efectuado de



manera previa la identificación y delimitación del carácter ilícito del cultivo que se pretendía asperjar conforme las disposiciones legales aquí anotadas.

Para esta Delegada está suficientemente probado el daño, pues todos los indicios, la coincidencia de la fecha de aspersión aérea con la muerte de dichos cultivos, la capacidad destructora de cultivos por el efecto del glifosato, nos llevan al convencimiento de la existencia del daño y del nexo de causalidad de este, con la actividad estatal de aspersión aérea.

RIESGO EXCEPCIONAL-Se configura y proviene de una actividad peligrosa por parte del Estado

*En concepto de esta Delegada del Ministerio Público, sugiere respetuosamente al H. Consejo de Estado **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander de fecha el 31 de octubre de 2017, toda vez que de acuerdo al material probatorio analizado demuestra que en el presente caso se encuentra acreditada la concurrencia del daño y el nexo de causalidad entre el daño y el actuar de la administración, Se trata, entonces, de un régimen de responsabilidad, configurándose el **riesgo excepcional** proveniente de una actividad peligrosa por parte del Estado, por lo cual le corresponde a la entidad demandada reparar los daños antijurídicos causados al actor, de acuerdo al análisis realizado en el presente escrito, sin que para la obligación resarcitoria sea menester demostrar el incumplimiento de los deberes de cuidado que le eran exigibles por lo cual el Estado está en la obligación de reparar a la parte actora.*



PROCURADURÍA CUARTA DELEGADA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO

CONCEPTO No. 014 / 2019

Bogotá, 11 de febrero de 2019

SEÑORES

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A

Consejera ponente

Doctora **Marta Nubia Velásquez Rico**

E. S. D.

EXPEDIENTE: 68001-23-31-000-2012-00107-02 (62022)

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

ACTOR: CARLOS JULIO HEREDIA DIAZ

DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

Sentido del concepto: solicitud de CONFIRMAR la sentencia apelada / NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL omitieron las acciones pertinentes para evitar la ocurrencia de perjuicios al actor con ocasión de la realización de la fumigación con glifosato en el predio de propiedad de la parte actora/ No se cumplieron las previsiones del art. 77 de la Ley 30 de 1986 / Riesgo excepcional / No se presenta el fenómeno de la caducidad.

El Ministerio Público presenta a consideración de la Sala concepto en el proceso de la referencia, en ejercicio de la función de la Procuraduría General de la Nación, de vigilancia del cumplimiento del orden jurídico, protección del patrimonio público, y de los derechos y las garantías fundamentales. Para lo anterior, presenta ante la Sala, los siguientes elementos:

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

El señor CARLOS JULIO HEREDIA DÍAZ, a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda administrativa de reparación directa en contra de la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL, con el fin de que se declare responsable administrativa por los perjuicios en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, como consecuencia de las aspersiones realizadas con el herbicida Glifosato los días catorce (14) de noviembre de 2009 y el veinticinco (25) de agosto de dos mil diez (2010) sobre el área de cultivo de aproximadamente (3) Hectáreas, la cual hace parte de un lote de mayor extensión denominado la finca BOLIVIA, ubicada en la vereda LA NEGREÑA del municipio de El Playón, Departamento de Santander.



Narra brevemente en su demanda:

- “1. El señor Carlos Julio Herrera Díaz suscribió contrato de arrendamiento con la señora María Cristina Angarita, a fin de obtener la tenencia de un predio rural de aproximadamente de 5 hectáreas, el cual hace parte de un predio de mayor extensión denominado Finca La Reserva, localizada en la vereda Río Blanco del municipio de El Playón, Departamento de Santander, pactándose un canon de arrendamiento anual en la suma de \$5.000.000.00.*
- 2. El predio objeto de arrendamiento fue empleado por el actor para el cultivo de maracuyá, cacao, papaya y pastos.*
- 3. El 14 de noviembre de 2009 se efectuó aspersión aérea con glifosato para la erradicación de cultivos ilícitos en la zona donde se ubicaba el predio arrendado por el actor, afectando los cultivos existentes.*
- 4. El 14 de diciembre de 2009, el accionante interpuso, con intermediación de la Alcaldía Municipal de El Playón, queja ante la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional - Área de Erradicación de Cultivos Ilícitos, siendo aceptada mediante providencia No. 5145 de Agosto 05 de 2010, ordenándose al Coordinador de Grupo de Aspersión del Área de Erradicación Cultivos Ilícito que expidiera certificación acerca de la aspersión de la referida sustancia.*
- 5. La Policía Nacional - Dirección de Antinarcóticos - mediante auto del 05 de agosto de 2010 admitió la queja interpuesta por el demandante y ordenó realizar una visita de verificación al predio; decretando como pruebas las siguientes: La determinación de la ubicación del predio, presencia de cultivos ilícitos alternados, mezclados e intercalados en el lote del quejoso, polígonos en los cuales el Sistema Integrado de Monitoreo de Cultivos Ilícitos haya identificado presencia de plantaciones ilícitas en periodos anteriores a la aspersión y revisar los últimos informes técnicos elaborados por la Comisión Interamericana para el Control y Abuso de Drogas CICAD.*
- 6. Mediante auto No. 7185 del 17 de diciembre de 2010, la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional - Área Erradicación de Cultivos Ilícitos- declara la no procedencia de la Compensación económica y en consecuencia ordena el archivo de la queja presentada por el actor.*
- 7. Por parte de la Dirección Antinarcóticos nunca se realizó la visita al predio ocupado por el demandante, señalando en el Auto No. 7185 que "", no se debe efectuar visita por cuanto no hay nexo de causalidad entre el daño reportado y las operaciones realizadas.*
- 8. Como consecuencia de la aspersión aérea con herbicida glifosato, la tierra quedó inutilizable para las labores de labranza, produciendo perjuicios morales y económicos al señor Carlos Julio Heredia Díaz.*

1.2. Sentencia de primera instancia.

El Tribunal Contencioso Administrativo de Santander, mediante sentencia proferida el treinta y uno (31) de octubre de dos mil diecisiete (2017)¹, accedió a las pretensiones de la demanda, manifestando en síntesis, lo siguiente:

- De conformidad con los hallazgos probatorios, la Sala encontró que el daño antijurídico imputado guarda relación con el detrimento de sus bienes, toda vez que con la aspersión de sustancias químicas se destruyeron los cultivos realizados dentro del predio del señor CARLOS JULIO HEREDIA DIAZ, los cuales de manera clara y concurrente llevan a la conclusión lógica y probable que existe un nexo causal entre la actividad peligrosa de la Administración al erradicar cultivos ilícitos y el daño antijurídico padecido por el actor.

¹ Visible a folios 461 a 472 del Cuaderno del Consejo de Estado.



- Observó que si bien dentro del material probatorio analizado no obra una prueba directa, como lo es un dictamen pericial, que acredite la repelida relación causal, el daño antijurídico le es imputable al Estado por la estructuración de una causa altamente probable deducida indiciariamente a la actividad de erradicación de cultivos ilícitos, que produjo de manera colateral la muerte del cultivo de maracuyá, mandarina, cacao y plátano, lo cual se materializó en perjuicios en cabeza del demandante.
- Al respecto, indicó que se tienen como ciertos los hechos que fundamentan la demanda, los cuales en síntesis son: (i) la aspersión área con glifosato en inmediaciones del Municipio de el Playón Santander, se llevó a cabo el 14 de noviembre de 2009, actividad confirmada por la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional en certificación del 06 de agosto de 2010, (ii) la grave afectación de los cultivos de propiedad del demandante, por la aspersión con glifosato, tal y como lo certifica el Director de la UMATA de El Playón, Santander y el dictamen pericial rendido en curso de este proceso.
- Señaló que la actividad de la administración de erradicación de cultivos de uso ilícito supuso la creación de un riesgo que se concretó en un daño, y es relevante establecer qué y quién desencadenó el curso causal, todo esto teniendo en cuenta que se trata de un régimen de responsabilidad objetivo en el que, a pesar de que es superfluo el dolo o la culpa, se debe establecer quien adelantó la actividad que implicó la utilización de una sustancia considerada de riesgo o peligrosa que produjo un daño antijurídico.
- Por lo anterior, y después de ser valoradas las pruebas existentes dentro del proceso, observó: *“la existencia de una actividad legítima y lícita de la administración consistente en la aspersión aérea de glifosato llevada a cabo el 14 de noviembre de 2009, la cual comporta una fuente de alto riesgo para los bienes patrimoniales y extra patrimoniales de las personas que no está obligadas a soportarlos; ii) el perjuicio ocasionado al señor CARLOS JULIO HEREDIA DIAZ, particularmente sobre el cultivo de maracuyá que tenía en el predio denominado Finca La Reserva, fue fruto de la concreción de un riesgo excepcional que se originó por el ejercicio legítimo de una actividad peligrosa; iii) el nexo de causalidad entre la actividad legítima de la administración y los efectos de la lesión ambiental concretada en un daño antijurídico padecido por el demandante e imputable a la entidad demandada”.*

Por lo anterior resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR patrimonial mente responsable a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL por los perjuicios materiales que padeció el señor CARLOS JULIO HEREDIA DIAZ, por la destrucción de los cultivos de maracuyá sembrado en terreros de la señora CRISTINA ANGARITA DE ARIAS, con quien suscribiera contrato de arrendamiento, como consecuencia de las fumigaciones aéreas con glifosato realizadas por la Policía Antinarcóticos, el 14 de noviembre de 2009. TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR en ABSTRACTO a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL a cancelar al señor CARLOS JULIO HEREDIA DIAZ, por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante y daño emergente, la cuantía que se establezca dentro del trámite incidental que para el efecto deberá promover la parte actora dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de esta decisión, y



de conformidad con los parámetros establecidos en la parte motiva de esta providencia. ”

1.3. Argumentos del recurso de apelación.

1.3.1. El apoderado de la parte demandada, incoó recurso de apelación,² contra la sentencia contraria a sus pretensiones, manifestando en resumen:

- Mencionó que la sentencia recurrida no se ajusta a derecho, teniendo en cuenta que no es cierto ni se acreditó por parte de la actora, que los cultivos los cuales fueron denunciados en la demanda, como afectados por las presuntas aspersiones aéreas ejecutadas por la Dirección de antinarcóticos de la Policía Nacional en los años 2009 a 2010, toda vez, que por más que intentó el demandante demostrar las presuntas aspersiones estas habían ocurrido 3 años atrás.
- Por otra parte señaló que los daños por los cuales se pretende se declare responsable a la demandada Policía Nacional, datan el 14 de noviembre de 2009, y a la fecha de la presentación de la demanda la acción ya se encontraba caducada, toda vez que fue presentada el 4 de febrero de 2012.
- Realizó el recuento para demostrar la caducidad, indicando que en teoría los dos años finalizaban el 14 de noviembre de 2011, siendo este término interrumpido con la solicitud de conciliación el 11 de agosto de 2011, es decir quedaban tres (3) meses cuatro (4) días, llevándose a cabo la audiencia el 19 de septiembre de 2011, fecha en la cual se reanudan los términos, respecto de los cuales según el tiempo faltante iban hasta el 23 de diciembre de 2011, pero en vista que los despachos se encontraban en vacancia judicial, se debía presentar el primer día hábil que reinicien actividades, en el caso específico fue en la segunda semana de enero de 2012.
- Indicó que se presenta inexistencia de los elementos estructurales de la responsabilidad del Estado, toda vez que para que se configure es necesario que concurren los dos elementos “daño antijurídico y la imputación” respecto al primero no fue posible acreditar que las labores de aspersión se hayan realizado en ese predio; respecto al segundo insiste que la Policía Nacional de ninguna manera ha violado el mandato constitucional, ni legal toda vez que dichas aspersiones no se realizaron de forma deficiente o defectuosa pues la entidad demandada cumplió a cabalidad las funciones que el ordenamiento jurídico le ha asignado mediante la resolución No. 0013 de 2003 del CNE.

2. CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

Pueden ser expresados en los siguientes términos:

² Visible a folios 476 a 487 del cuaderno del Consejo de Estado.



2.1.1. Problemas jurídicos planteados por la parte recurrente.

- ¿Es procedente declarar la responsabilidad administrativa de NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL, por las fumigaciones con sustancias químicas realizadas el 14 de noviembre de 2009 y 25 de agosto de 2010, sobre el área de cultivo de cinco (5) hectáreas que posee a título de arrendamiento y que hace parte el predio de mayor extensión denominado FINCA LA RESERVA, localizada en la vereda Rio Blanco del municipio del Playón, Departamento de Santander?
- ¿Es posible que en presente caso, haya operado el término de caducidad de la acción?
- ¿Existe deficiencia en la interpretación y en la valoración por parte del *a quo*, respecto del material probatorio allegado?

2.1.2. Problemas jurídicos planteados por el Ministerio Público.

- ¿Con el material probatorio aportado dentro del expediente de reparación directa, se demuestra la responsabilidad administrativa y patrimonial de la entidad demandada, con ocasión de las fumigaciones con sustancias químicas realizadas el 14 de noviembre de 2009 y 25 de agosto de 2010, sobre el área de cultivo de cinco (5) hectáreas que posee a título de arrendamiento y que hace parte el predio de mayor extensión denominado FINCA LA RESERVA, localizada en la vereda Rio Blanco del municipio del Playón, Departamento de Santander?
- ¿De acuerdo al material probatorio allegado al expediente, se desprende demostración clara y contundente que para el 14 de noviembre de 2009 y 25 de agosto de 2010 se llevaron a cabo fumigaciones con sustancias químicas sobre las plantaciones del predio rural?
- ¿En el presente caso existe riesgo excepcional, con ocasión de las fumigaciones de sustancias químicas por parte de la Nación - Ministerio de Defensa Policía Nacional, el 14 de noviembre de 2009 y 25 de agosto de 2010?
- ¿Se encuentra demostrado que transcurrieron más de dos años para presentar la demanda, presentándose el fenómeno de la caducidad en el caso *sub examine*?

2.2. Marco teórico.

Pueden ser tenidos como referentes teóricos, los siguientes aspectos, que integran el argumento que constituye el concepto de esta Delegada del Ministerio Público:

2.2.1. Responsabilidad Extracontractual del Estado.

El artículo 90 constitucional, establece una cláusula general de responsabilidad del Estado cuando determina que éste responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, de lo cual se desprende que para declarar responsabilidad estatal se requiere la concurrencia de estos dos presupuestos: (i) *la existencia de un daño antijurídico* y (ii) *que ese daño antijurídico le sea imputable a la entidad pública, bajo cualquiera de los títulos de atribución*



de responsabilidad, como la falla del servicio, el daño especial, el riesgo excepcional, entre otros.

Sobre la noción de daño antijurídico, esta Sección ha definido que “consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar”⁷. En este sentido, el daño ocasionado a un bien jurídicamente tutelado, impone el deber de indemnizar el consecuente detrimento con el objetivo de garantizar el principio de igualdad ante las cargas públicas.

En lo relativo a la imputación, se entiende que se trata de la “atribución de la respectiva lesión”⁸; en consecuencia, “la denominada imputación jurídica (imputatio iure o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política”⁹.

2.2.2. Responsabilidad extracontractual del Estado por la aspersión con glifosato³.

El artículo 90 de la Constitución Política constituye el fundamento de la responsabilidad del Estado por el daño antijurídico que pueda causar al administrado, por acción, por omisión, por una operación administrativa, por la ocupación temporal o permanente de un inmueble por hechos derivados de trabajos públicos, o por cualquier otro hecho. Es decir que se configura la responsabilidad demostrando el daño antijurídico y que dicho daño es imputable a la administración.

El daño como primer elemento de la responsabilidad, es el menoscabo del interés tutelado y es antijurídico en la medida en que el administrado no está obligado a soportarlo. El segundo elemento, esto es, la imputabilidad, es la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado.

Ahora bien, la responsabilidad del Estado por aspersión aérea con glifosato tiene fundamento en la Ley 30 de 1986⁴, concretamente en su artículo 91 literal g, en el que se establece, entre otras, como función del Consejo Nacional de Estupefacientes: “disponer la destrucción de cultivos de marihuana, coca, y demás plantaciones de las cuales se puedan extraer sustancias que produzcan dependencia, utilizando los medios más adecuados, previo concepto favorable de los organismos encargados de velar por la salud de la población y por la preservación y equilibrio del ecosistema del país”.

Antes de la expedición de esta Ley 30 de 1986, se expidieron una serie de normas con las cuales se pretendió aplicar el contenido de las convenciones suscritas por Colombia, esto es, la Convención Única de 1961 aprobada mediante la Ley 13 de 1974 y la Convención de

³ CONSEJO DE ESTADO -SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS - 17 de septiembre de 2018 Radicación número: 19001-23-31-000-2010-00350-01(54756)A

⁴ “Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones”



Viena sobre sustancias Sicotrópicas de 1971, aprobada mediante la Ley 43 de 1980. En cumplimiento de estos compromisos se puede decir que el origen de la política pública en materia de drogas en Colombia, lo constituye el Decreto 1206 de 1973 a través del cual se creó el Consejo Nacional de Estupefacientes como un órgano asesor del gobierno para formular las políticas, los planes, los programas que las entidades públicas y privadas debían adelantar para la lucha contra la producción, comercio y uso de drogas.

También es importante citar el Decreto 1188 de 1974 que reglamentó el Estatuto de Estupefacientes y finalmente la Ley 30 de 1986 que actualizó las disposiciones para combatir el narcotráfico y adoptó el Estatuto Nacional de Estupefacientes con el fin de combatir el problema social que la producción y tráfico de drogas le estaban ocasionando al país. En procura de lograr este objetivo, se puso en marcha en 1988 por el Consejo Nacional Electoral (sic), el denominado “Macroplan Colombiano frente al problema de las Drogas” que autorizó la aspersión aérea de cultivos ilícitos con glifosato a cargo del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos -PECIG⁵- como estrategia para el control y la eliminación de las plantaciones de coca y amapola.

El conjunto normativo que se acaba de describir, tuvo que armonizarse con el contenido de la Ley 99 de 1993⁶, que exigió para el cumplimiento de los programas de erradicación de cultivos ilícitos, la expedición de la correspondiente licencia ambiental, por el Ministerio de Salud y el extintoINDERENA⁷.

2.2.3. La carga probatoria.

En ese orden de ideas, tal y como señala el Código General del Proceso Art. 167 y concordantes, la carga probatoria incumbe al interesado, por ende, le corresponde al demandante demostrar en forma plena y completa los actos y hechos jurídicos alegados, ya que ninguna de las partes goza en el proceso colombiano de un privilegio especial que permita tener por ciertos los hechos simplemente enunciados en su escrito, sino que cada una de ellas deberá acreditar sus propias afirmaciones.

Al respecto ha dicho el Consejo de Estado:

"Al respecto, no debe olvidarse que la carga de la prueba es una regla de nuestro derecho probatorio consagrada en el artículo 177 del C. de P. Civil, de acuerdo con el cual "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen... "; dicho en otras palabras: para lograr que el juez dirima una controversia de manera favorable a las pretensiones, le corresponde al demandante demostrar en forma plena y completa los actos o hechos jurídicos de donde procede el derecho o nace la obligación, máxime si ninguna de las partes goza en el proceso colombiano de un privilegio

⁵ Reglamentado a través de la Resolución núm. 001 de 1994 modificada por la Resolución núm. 005 d2 2000, que a su vez fueron modificadas por la Resolución núm. 013 de 2003.

⁶ “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones”

⁷ Disuelto en 1993 con la creación del Ministerio del Medio Ambiente hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.



especial que permita tener por ciertos los hechos simplemente enunciados en su escrito, sino que cada una de ellas deberá acreditar sus propias aseveraciones.

Cabe recordar que la carga de la prueba consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las pretensiones o a la defensa resulten probados; en este sentido, en relación con los intereses de la parte demandante, debe anotarse que quien presenta la demanda, sabe de antemano cuáles hechos le interesa que aparezcan demostrados en el proceso y, por tanto, sabe de la necesidad de que así sea, más aun tratándose del sustento mismo de la demanda y de los derechos que solicita sean reconocidos.”⁸

2.2.4. El Consejo de Estado⁹, frente a los casos en los cuales se discute la responsabilidad del Estado por daños causados en ejercicio de actividades peligrosas, ha indicado de manera pacífica y reiterada:

“Tiene ya bastante bien averiguado la jurisprudencia de esta Sección del Consejo de Estado que como corolario del principio general de responsabilidad estatal consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado debe responder patrimonialmente por las acciones u omisiones contrarias a Derecho que le sean atribuibles e incluso por aquellas conductas lícitas en cuanto unas u otras ocasionen daños antijurídicos, así como también ha sido reconocida la operatividad de regímenes en los cuales no se precisa del acaecimiento de falta o falla alguna en el funcionamiento del servicio para que resulte posible deducir responsabilidad a la entidad normativamente encargada de prestarlo; se trata de los denominados regímenes de responsabilidad “sin culpa” o “sin falta”, en los cuales la obligación de indemnizar a cargo del Estado puede ser declarada con independencia de que la actividad de éste o la conducta –activa u omisiva– de sus agentes, se encuentre plenamente conforme con el ordenamiento jurídico; son los referidos eventos, aquellos en los cuales esta Corporación ha reconocido y estructurado los catalogados como títulos jurídicos objetivos de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado, entre ellos el basado en el riesgo excepcional”¹⁰.

2.3. Las pruebas obrantes.

Serán consideradas como pruebas aportadas legal y oportunamente, las que se encuentran acreditadas dentro del expediente, por lo cual, obran las siguientes en el plenario:

2.3.1. Copia del contrato de arrendamiento de un predio rural¹¹, suscrito entre la señora CRISTINA ANGARITA DE ARIAS como arrendadora y el señor CARLOS JULIO HEREDIA DIAZ como arrendatario, con el fin de tomar en arrendamiento un predio rural de una extensión de aproximadamente seis hectáreas (6Has) que forman parte del predio rural denominado FINCA LA RESERVA ubicado en la vereda RIOBLANCO – PEAJE, Municipio de El Playón.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de mayo de 2016, Exp: 38044, M.P. Hernán Andrade Rincón.

⁹ Sección Tercera, Sentencia de 17 de marzo de 2010 Exp 18.567

¹⁰ (pie de página de la cita) Sentencias del 11 de febrero de 2009, exp. 17.145 y de 26 de marzo de 2008, exp. 16.530, entre muchas otras.

¹¹ Visible a folio 150 del cuaderno de pruebas



2.3.2. Copia del formato de queja¹² por presuntos daños causados en actividades agropecuarias lícitas, generadas en el marco del programa de erradicación de cultivos ilícitos con el herbicida Glifosato, diligenciada por el señor CARLOS JULIO HEREDIA DIAZ, el 02 de diciembre de 2009, el cual manifiesta como fecha de aspersión el 14 de noviembre de 2009 de las 10 a.m. a la 1 p.m. quien reclama por los daños causados por aspersión y fumigación aérea a causa de esta fumigación se dañaron los cultivos existentes en el predio.

2.3.3. Copia de la certificación No. 8113 de fecha 06 de agosto de 2010¹³, por medio de la cual el analista de Aspersión el subintendente EDWIN FERNANDO CHAVEZ OSORIO certifica:

“una vez revisados los archivos estadísticos, actas y poligramas de aspersión que reposan en esta área, se estableció que para el día 14 de noviembre de 2009, SI se realizaron operaciones de aspersión, en el Municipio de El Playón Departamento de Santander, fecha de aspersión reportada en formato de recepción de queja”

Es importante aclarar que las operaciones de aspersión realizadas el día 14 de noviembre de 2009 “fecha proporcionada por el quejoso “se efectuaron a una distancia de 5.034 metros de la coordenada en la queja”.

2.3.4. Copia del avalúo¹⁴ realizado por el perito Avaluador OVIDIO PARADA FERNANDEZ, quien previa inspección a la Finca La Reserva, pudo observar la existencia de elementos que permiten establecer la existencia previa de los cultivos de maracuyá, tales como horcones y alambres necesarios para el sostenimiento de las plantas a lo cual este Despacho visualiza:

(...) “ de acuerdo a estudios técnicos que se incluyen en el expediente la residualidad del herbicida GLIFOSFATO permanece en el suelo hasta por cuatro (4) años lo que determina que durante ese lapso no se pueden establecer nuevos cultivos; lo que nos darían UN LUCRO CESANTE durante los cuatro(4) años lo que determina que durante ese lapso no se pueden establecer nuevos cultivos; lo que nos daría un LUCRO CESANTE durante los cuatro (4) años equivalente a CUATROCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS (\$ 408,000.000) tiempo que lo es también del ciclo del cultivo. Los cultivos de papaya y cacao no se tuvieron en cuenta para el estudio de avalúo en razón a que de acuerdo a lo solicitado en el expediente.” (...)

2.3.5. Prueba testimonial, de la señora HERLENY GÓMEZ ORTEGA quien para la fecha de los hechos se desempeñaba como Personera Municipal del Municipio de El Playón, exactamente desde julio de 2009 a febrero de 2012, manifestó en audiencia de testimonio del 5 de febrero de 2014 lo siguiente:

*“ **PREGUNTADO:** Manifiésteme al Despacho si tiene conocimiento de la fumigación ocurrida el 14 de noviembre de 2009, en la vereda Rio Blanco del Municipio El Playón, por parte de grupos Antinarcóticos de la Policía Nacional **CONTESTADO:** Al despacho de la personería por esa fecha se acercaron algunos cultivadores sobre todo de maracuyá, a exponer que sus cultivos se habían visto afectados al parecer por una aspersión de glifosato que había hecho la dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional, algunas de estas personas afectadas manifiestan que habían(sic) sobrevolar una avioneta de la Policía y que al parecer iba a fumigar predios del De4partamento(sic) de Santander a límites con el Playón, la fecha exacta no la recuerdo pero debe reposar en las quejas que cada uno de ellos tramitó con el Alcalde Municipal (...) a raíz de esto procedí a hacer las averiguaciones del caso y según una resolución, creo que la del 08 de consejo nacional de antinarcóticos se procedió*

¹² Visible a folio 148 y 149 del cuaderno de pruebas

¹³ Visible a folio 165 del cuaderno de pruebas.

¹⁴ Visible a folio 197 a 198 del cuaderno de pruebas



hacer una reunión con las personas afectadas por esta fumigación, en ella estuvo presente el doctor Efraín afectado porque también tenía cultivos de maracuyá en el pueblo. (...)

2.4. Caso concreto

Estudiadas las pruebas allegadas al plenario, de conformidad con las normas aplicables y el alcance que les ha dado la jurisprudencia, encuentra esta Delegada que es procedente solicitar a la Honorable Corporación, que se **CONFIRME** la sentencia de primera instancia del Tribunal Contencioso Administrativo de Santander, de fecha 31 de octubre de 2017, por las siguientes consideraciones:

2.4.1. Inicialmente esta Delegada estudiará el material probatorio arrimado al plenario, con el fin de sintetizar la situación fáctica que dio origen a la *Litis*, encontrando como lo manifestamos en el acápite 2.3.2., que efectivamente el señor CARLOS JULIO HEREDIA, llevó a cabo un contrato de arrendamiento de un predio rural, con el fin de sembrar cultivos, los cuales dentro de la presente acción son objeto de indemnización.

En el mismo sentido es de precisar que en el acápite 2.3.1. se observa la queja formulada por el aquí actor, quien claramente manifestó que el día **14 de noviembre de 2009**, le dañaron el cultivo de maracuyá, debido a las aspersiones y fumigaciones realizadas entre las 10 de la mañana y la una de la tarde.

2.4.2. Frente a estas declaraciones, este despacho profundizó en el acervo probatorio y encontró que efectivamente se llevaron a cabo que el día 14 de noviembre de 2009, operaciones de aspersiones aéreas con herbicida por parte de la autoridad pública, como así lo pudimos verificar a folio 165 del cuaderno de pruebas, siendo este el elemento concordante y convincente, convirtiéndose esta prueba en la principal, para demostrar la acción producida por parte de entidad aquí demandada, la cual generó daños en los cultivos del actor, y que por supuesto deben ser reparados e indemnizados por parte del responsable es decir el Estado.

2.4.3. Respecto a este tema, es prudente conocer cuál ha sido la línea jurisprudencial sobre “ aspersión para erradicación de cultivos ilícitos y título de imputación aplicable a la controversia aquí presentada, frente a este tema, el H. Consejo de Estado, lo ha analizado bajo los títulos de imputación de riesgo excepcional, atendiendo a que se está ejecutando una actividad peligrosa ya depende de la afectación ocurrida, de acuerdo a si se acataron o no las disposiciones legales en material de erradicación de cultivos.

Es de indicar que para el tema de fumigación con glifosato se ha acogido la tesis de **riesgo excepcional**¹⁵, toda vez que el Estado al haber creado la actividad peligrosa, le corresponde reparar los daños antijurídicos causados por su actuar, **sin que para la obligación resarcitoria, sea menester demostrar el incumplimiento de los deberes de cuidado que le eran exigibles.**

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO Bogotá D. C., veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014). Radicación número: 41001-23-31-000-2000-02956-01(29028)



En sentencia de 2 de noviembre de 2016 ¹⁶ se concluyó que *"cuando de conformidad con las pruebas obrantes en el plenario se demuestre que durante la aspersión se afectaron los cultivos lícitos que no tenían ninguna relación con los cultivos ilícitos y, que la afectación se debió a que la entidad demandada incumplió, por acción u omisión alguno de los deberes de cuidado y precaución que le eran exigibles al momento de realizar la aspersión área, ha condenado a la demandada a resarcir los daños causados, toda vez se demostró el incumplimiento de sus obligaciones."* Luego entonces, teniendo en cuenta que el uso del glifosato en la erradicación de cultivos ilícitos es una actividad peligrosa, cuando con el mismo se generen daños antijurídicos, se responderá sin que sea relevante acreditar que se cumplió con los deberes de cuidado.

2.4.4. Ahora bien, respecto a lo que menciona el apelante frente a que se presenta el **fenómeno de la caducidad**, este Despacho se permite indicar que con base en lo aportado en el expediente, la demanda fue presentada el 19 de diciembre de 2011, como se observa a folio 51 del cuaderno de pruebas No.1, y no como erradamente menciona el recurrente que fue presentada el 04 de febrero de 2012, por lo cual la parte actora se encontraba dentro del término para interponer la demanda, pues la fecha límite era hasta el 23 de diciembre de 2011, siendo esta fecha dentro de la vacancia judicial, le correspondería el primer día hábil después dicha vacancia, es decir en la segunda semana del mes de enero de 2012, por lo tanto se reitera, que **el fenómeno no opero en el presente caso.**

2.4.5. Dicho lo anterior, y de acuerdo al acervo probatorio, se tiene que el daño antijurídico señalado por la parte actora está acreditado en el predio el cual fue fumigado con sustancias químicas por parte de la Nación – Policía Nacional, afectando un área de cultivo de 3 Has a 6 Has, que era la totalidad del terreno, como se observa a folio 148 del cuaderno de pruebas, así mismo cabe resaltar que la parte demandada aceptó expresamente al certificar : *" SI se realizaron operaciones de aspersión, en el Municipio de El Playón Departamento de Santander, fecha de aspersión reportada en el formato de queja"* fecha claramente coincide con la del 14 de noviembre de 2009 en la cual el actor menciona que fueron afectados sus cultivos de maracuyá.

2.4.6. Así las cosas, no queda la menor duda del daño y del nexo de causalidad que existe entre este y el actuar de la Policía Nacional con ocasión de las operaciones de aspersiones y fumigaciones el 14 de noviembre de 2009, sumado a ello el testimonio de la personera del Municipio, referenciado en el numeral 2.3.5. de pruebas citadas por parte de esta Delegada.

Con base en lo antes dicho, este Despacho procede a profundizar si el actuar de la Policía Nacional, fue irregular, puesto que para realizar este tipo de actividades existe una normatividad que los regula la cual está contemplado en:

"Resolución No. 0013 de 2003:

Artículo 1°. El Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos con el herbicida Glifosato, en adelante PECIG, a cargo de la Policía Nacional-Dirección Antinarcóticos, operará en todas las regiones del país donde se evidencie presencia de cultivos ilícitos. Las áreas de cultivos ilícitos fraccionados y/o mezclados con cultivos lícitos, que corresponden a formas de cultivo

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO Bogotá D. C., 2 de noviembre de de 2016 expediente 41467.



utilizadas para evadir las acciones del PECIG, también serán objeto de dicho programa. El PECIG deberá contar con un Plan de Manejo Ambiental elaborado, ejecutado y controlado por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en coordinación con la Policía Nacional-Dirección Antinarcóticos.

Artículo 2°. La Policía Nacional-Dirección Antinarcóticos, para la aplicación del PECIG deberá tener en cuenta los siguientes parámetros y establecer las coordinaciones correspondientes: Planeamiento operacional Para el cumplimiento de esta función, empleará los recursos humanos, técnicos y financieros, que permitan prevenir y minimizar los posibles daños que se puedan derivar de dicha actividad, mediante estricto cumplimiento de los procedimientos internos que señale en sus reglamentos. Reconocimiento de áreas de cultivos ilícitos Este reconocimiento se hará mediante la identificación y ubicación de los cultivos ilícitos, su extensión y medio circundante. Operación Para este efecto dispondrá de bases fijas y móviles, las cuales deberán dar cumplimiento al Plan de Manejo Ambiental de que trata el artículo 1° de esta resolución. Parágrafo. La identificación, ubicación, extensión y medio circundante de los cultivos ilícitos, será realizado por la Policía Nacional-Dirección Antinarcóticos, con el apoyo del proyecto Sistema Integrado de Monitoreo de Cultivos Ilícitos, SIMCI, mientras el convenio de dicho proyecto esté vigente con las Naciones Unidas o se establezca otro en su reemplazo”.

Por lo antes expuesto, es evidente que para la aplicación de dicho plan la Dirección de Antinarcóticos, la Policía Nacional **debía cumplir con lo estipulado en la Resolución No. 0013 de 2003**, de la siguiente manera:

1. De conformidad con el artículo 2° de la mencionada Resolución, se debía cumplir con *“Planeamiento operacional Para el cumplimiento de esta función, empleará los recursos humanos, técnicos y financieros, que permitan prevenir y minimizar los posibles daños que se puedan derivar de dicha actividad”*. frente a este aspecto es importante mencionar que dentro del acervo probatorio no se encuentra documento previo es decir con fecha anterior al procedimiento de aspersión del 14 de noviembre de 2009, que permita por lo menos inferir que se haya realizado dicho planteamiento operacional, simplemente a folio 172 del cuaderno de pruebas se observa el acta No. 46 Grupo Técnico Interinstitucional Especial de Verificación de Quejas de fecha 12 de noviembre de 2010, en la cual se visualizan varias “ quejas” por parte de otros afectados por dichas aspersiones con glifosatos, y a los cuales les indican, como es nuestro caso, que no proceden sus solicitudes toda vez que no se evidencia que a esa distancia se haya causado un daño en su cultivo y que por lo tanto no está demostrado el nexo de causalidad, pero de ninguna manera se fundamentan sus afirmaciones, pues sólo son respuestas sin un soporte concreto o que demuestre que efectivamente se fumigó a cierta distancia y que por lo tanto la queja no procede.
2. Ahora bien respecto al *“Reconocimiento de áreas de cultivos ilícitos Este reconocimiento se hará mediante la identificación y ubicación de los cultivos ilícitos, su extensión y medio circundante.”* Es de indicar que la parte demandada no logró probar este procedimiento, por lo tanto para este Despacho no se cumplido en forma debida con el protocolo.

Por lo anterior al no contar con el suficiente material probatorio, que demuestre que acataron los lineamientos legales establecidos en la resolución 0013 de 2003, para realizar el procedimiento de aspersión de glifosato, este despacho concluye que, no se encuentra demostrado por la parte demandada, que hayan empleado los recursos humanos, técnicos y financieros, que permitieran prevenir y minimizar los posibles daños que se pudieran presentar u ocasionar por dicha actividad, como bien se encuentra establecido en la Resolución No. 0013 de 2003 en su artículo 2°; igualmente este Despacho observa que



dentro de este predio no se encontraba ningún tipo de cultivo ilícito.

Así las cosas, podemos hacernos unas preguntas ¿Si no existía cultivo ilícito en el predio, porque se terminó afectando el cultivo lícito de la parte actora? ¿Se trató de mal manejo técnico en la realización de dicha actividad de fumigación por parte de la Dirección de Antinarcóticos, la Policía Nacional? los anteriores cuestionamientos no aparecen suficientemente explicados por la parte demandada, por lo que con base en el material probatorio, lo cierto es que se generó un daño y este daño no resulta imputable a causa diferente, o al menos no lo desvirtuó la parte demandada, que a la fumigación de cultivos ilícitos con glifosato ejecutado por parte de la Dirección de Antinarcóticos - Policía Nacional, quienes reconocen que el 14 de noviembre de 2009 efectivamente realizaron una aspersión y fumigación en la zona donde se encuentra ubicado el terreno del señor CARLOS JULIO HEREDIA DÍAZ, quien no tiene porqué soportar los daños causados por la mala planeación al momento de realizar dicha fumigación con glifosato, pues para ello se cuenta con un planeamiento operacional que exige que la zona a fumigar debe estar ubicada e identificada, se deben tener en cuenta determinadas condiciones climáticas, de altitud, pues ~~si bien~~ si este producto se aplica en condiciones contrarias a las ~~sugeridas~~ establecidas en el respectivo protocolo puede ocasionar un desastre como en el presente caso sucedió, que terminó acabando con 3 hectáreas de cultivos de maracuyá del actor y al parecer con otros cultivos de vecinos del señor HEREDIA DIAZ.

Esta Delegada no puede pasar por alto, un tema planteado por el apelante, en relación con los límites de deriva, quienes manifestaron más no se encuentra probado:

“no era posible que se causara un daño se, debe tener en cuenta que de acuerdo con los parámetros que soportan el programa de erradicación de cultivos lícitos y que se encuentran señalados en la resolución No 1054 de 2003 del ministerio de ambiente vivienda y desarrollo territorial por la cual se modifica el plan de manejo ambiental no es posible que a esa distancia se cause afectación en cultivos lícitos por consecuencia de las operaciones de aspersión toda vez que de acuerdo con la ficha No 1 del plan en mención se ha establecido que la deriva prevista es hasta de 50 metros situación soportada a través de estudios técnicos, adicionalmente que para el análisis de la visita se tiene en cuenta la topografía del predio así como el área de este circunstancias que permiten concluir que dada la distancia donde se encuentra el predio y donde está la línea de aspersión más cercana, no se pudo haber causado un daño ”

Lo cierto es que para esta Delegada, después de un exhaustivo estudio al presente caso, el daño efectivamente está probado por la parte actora, pero la parte recurrente no allegó el material probatorio, demostrando que de ninguna manera fue omisiva en los deberes exigidos por la ley para la realización de estas operaciones de fumigación, limitándose simplemente a efectuar afirmaciones de tipo técnico como la anterior, y si bien indica que la deriva prevista para estas operaciones es de 50 metros y que en el informe de policía con certificación No 8113 de fecha 06 de agosto de 2010 A folio 165 del cuaderno No.1 de pruebas, se afirma que la distancia fue de 5.034 Mts, no se aporta ningún soporte de dicha afirmación, como pudiera haber sido una prueba cartográfica o las coordenadas con las respectivas bitácoras de vuelo de las avionetas, que permitieran confirmar dicha aseveración y por ende desvirtuar lo reclamado por el demandante, concluyendo este agente del Ministerio Público que con fundamento a las pruebas aportadas por el demandante y a los testimonios de la comunidad y de la personera la señora HERLENY GÓMEZ ORTEGA, que independientemente de lo establecido como límite de deriva, en el presente caso el glifosato efectivamente cayó bien por efecto del viento, o bien por



desconocimiento de los protocolos, en los cultivos lícitos del demandante con las consecuencias que ya son suficientemente conocidas.

Respecto a lo antes mencionado esta Delegada se permite transcribir un aparte de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado la cual frente al tema en cuestión es clara al mencionar:

*“Adicionalmente puede presentarse deriva en la aspersión, principalmente a **causa del viento**, haciendo que ésta afecte también organismos que no son blanco de fumigación. Es así como, de acuerdo con datos de la Defensoría del Pueblo y de la Dirección Nacional de Estupefacientes (DNE), se han reportado cerca de 8.000 quejas, de las cuales el 87% corresponde a daños en la vegetación⁶². Las otras, referentes a problemas de salud humana y animal atribuidos por sus denunciantes a la aplicación del glifosato, requieren una justificación científica que aún no se tiene [...] [se destaca]”¹⁷*

Adicionalmente, es importante para este Despacho indicar, que en cuanto a la cláusula de responsabilidad civil ambiental, la Ley 23 de 1973 (art. 16) –Código de Recursos Naturales– constituye el fundamento normativo preconstitucional de la responsabilidad civil ambiental, cuyo tenor es el siguiente: *“El Estado será civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones que generan contaminación o detrimento del medio ambiente. Los particulares lo serán por las mismas razones y por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales de propiedad del Estado”* (se destaca).

2.4.7. Ahora bien, no puede perderse de vista que en la Ley 23 de 1973, que facultó al Presidente para la expedición de la codificación en comento, en su art. 16 prevé una cláusula general de responsabilidad ambiental en los siguientes términos:

“El Estado será civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones que generan contaminación o detrimento del medio ambiente. Los particulares lo serán por las mismas razones y por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales de propiedad del Estado (negritas fuera de texto)”.

En caso *sub examine*, es claro que la parte actora no estaba en el deber jurídico de soportarlo, pues si bien es cierto que los ciudadanos están obligados a soportar cargas en favor del interés general, no puede ser aceptado que estas sean injustificadamente superiores con respecto al resto de la población.

Ahora bien, las labores de fumigación adelantadas el 14 de noviembre de 2009, no se cumplieron las previsiones del art. 77 de la Ley 30 de 1986, que a la letra dispone:

Las autoridades de policía judicial a que se refieren los artículos 285, 287 del Código de Procedimiento Penal, destruirán las plantaciones de marihuana, cocaína, adormidera y demás plantas de las cuales pueda producirse droga que produzca dependencia, existentes en el territorio nacional, mediante el siguiente procedimiento:

- a. *Se identificará pericialmente la plantación con el empleo de la técnica adecuada.*
- b. *Se identificará el predio cultivado por sus linderos y el área aproximada de la plantación.*

¹⁷ IDEM 15



c. *Se anotarán los nombres y demás datos personales del propietario o poseedor del terreno y del tenedor, lo mismo que de los cultivadores, trabajadores y demás personas presentes en el lugar en el momento de la incautación.*

d. *Se tomarán muestras suficientes de las plantas, para las correspondientes peritaciones. Todos estos datos y cualquiera otro de interés para los fines de la investigación se harán constar en un acta que suscriban los funcionarios que en ella hayan intervenido y el propietario, poseedor, tenedor o cultivador del predio, o, en defecto de estos, cualquiera persona que haya sido encontrada dentro del mismo. En esta diligencia intervendrá, en lo posible, un Agente del Ministerio Público.*

Suscrita el acta, se destruirá la plantación mediante el empleo del procedimiento científico adecuado; el acta y la peritación, junto con el informe respectivo y las personas que hayan sido aprehendidas, serán enviados al juez instructor en la forma y términos señalados por los artículos 290 y 303 del Código de Procedimiento Penal.

La destrucción de la plantación también podrá ser ordenada y presenciada por el juez instructor.

Sin embargo, este Despacho itera que a partir del marco jurídico que protege al medio ambiente, reglamentación que integra tratados internacionales, normas constitucionales, leyes y decretos sobre la materia, aunque el agente realice una actividad lícita o legítima, al causar un daño ambiental se genera la obligación de reparar.

Así las cosas, lo cierto es que en el sub lite, el daño que sufrió el demandante en su predio, que no tiene la obligación jurídica de soportar, fue causado por la entidad pública demandada, por lo que le asiste el deber de repararlo en su totalidad, pues con que derecho el Estado atropella a campesinos, o dueños de cultivos, simplemente con la excusa de erradicar cultivos ilícitos, llevándose por encima el trabajo de personas que con su esfuerzo sacan de sus tierras productos como frutas, verduras, y demás, que luego son comercializadas; con este hecho se evidencia un daño antijurídico el cual sin lugar a dudas debe ser reparado.

Con todo, lo cierto es que la norma comentada a lo largo de este análisis, exige genéricamente “identificar” tanto los linderos del predio como los cultivos ilícitos, tarea que con los medios tecnológicos con los que ahora se cuenta, puede cumplirse sin la necesidad de hacer presencia física en el predio, por ejemplo, con imágenes satelitales o tomadas desde una aeronave.

Entonces, más allá de la responsabilidad patrimonial de la demandada que en este caso se configura al haber causado con su actuar los daños referidos por el demandante, lo cierto **es que al Estado no le está permitido proceder a fumigar un cultivo sin haberlo identificado previamente como ilícito.**

Aclarado este asunto, esta Delegada se permite traer a colación otros apartes de jurisprudencias proferidas por el Consejo de Estado, quien en casos similares, en los cuales se reclama la indemnización de los perjuicios causados a los accionantes como consecuencia de las fumigaciones con glifosato, asunto en relación con el cual se ha expuesto lo siguiente:



“Por su parte la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁸ ha precisado que cuando se demuestre que durante la aspersión se afectaron cultivos lícitos que no tenía relación con los cultivos ilícitos, y que esta afectación obedeció a que la entidad no cumplió con los deberes de precaución y cuidado que le eran exigibles, deberá ser condenada a resarcir los daños causados por incumplimiento de sus obligaciones”.

En este sentido puede citarse la sentencia del 30 de enero de 2013¹⁹ en la que el Consejo de Estado determinó que se incumplió lo previsto en el artículo 77 de la Ley 30 de 1986, pues se demostró que la entidad para llevar a cabo la fumigación aérea no adelantó de manera previa visita a los predios objeto de la medida, a fin de determinar sus linderos y establecer con ello la presencia de cultivos lícitos. Precisa la sentencia:

“(...) la Sala itera que a partir del marco jurídico que protege al medio ambiente, reglamentación que integra tratados internacionales, normas constitucionales, leyes y decretos sobre la materia, aunque el agente realice una actividad lícita o legítima, al causar un daño ambiental se genera la obligación de reparar.

Así las cosas, lo cierto es que en el sub lite, el daño ambiental que sufrieron los demandantes en su predio, que no tienen la obligación jurídica de soportar, fue causado por la entidad pública demandada, por lo que le asiste el deber de repararlo integralmente (...)

Entonces, más allá de la responsabilidad patrimonial de la demandada que en este caso se configura al haber causado con su actuar los daños ambientales referidos, lo cierto es que al Estado no le está permitido proceder a fumigar un cultivo sin haberlo identificado previamente como ilícito.”

Por lo anterior es claro para esta Delegada, que no solamente estamos frente a un caso en que se incumplió los deberes de precaución y cuidado que demanda, y que ha establecido la jurisprudencia, el uso de estos elementos en la lucha contra el narcotráfico, sino que además podría configurarse un riesgo excepcional al no haberse efectuado de manera previa la identificación y delimitación del carácter ilícito del cultivo que se pretendía asperjar conforme las disposiciones legales aquí anotadas.

Para esta Delegada está suficientemente probado el daño, pues todos los indicios, la coincidencia de la fecha de aspersión aérea con la muerte de dichos cultivos, la capacidad destructora de cultivos por el efecto del glifosato, nos llevan al convencimiento de la existencia del daño y del nexo de causalidad de este, con la actividad estatal de aspersión aérea.

2.4.8. Dicho lo anterior, este Despacho se encuentra de acuerdo con lo planteado por el H. Tribunal de Santander, quien frente a los perjuicios materiales en su modalidad de daño emergente : *“se deberá, dentro del trámite del incidente de liquidación de la condena, ordenar y practicar un dictamen pericial por parte de un profesional en agronomía, mediante el cual se pueda: (i) determinar cuántas matas de maracuyá se pueden sembrar en una (1) hectárea del predio; (ii) establecer las erogaciones económicas que se deben hacer para el referido cultivo de maracuyá con los meses de maduración -teniendo en cuenta el estado de evolución del cultivo -, el cual comprenderá la mano de obra empleada, la cantidad de los insumos (semillas, fertilizantes, insecticidas, fungicidas, plaguicidas, controles fitosanitarios, servicios públicos tales como agua, energía, etc.) y la suma que corresponde a los gastos en los que incurrió el actor*

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS 17 de septiembre de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 19001-23-31-000-2010-00350-01(54756)

¹⁹ Exp. No. 22060. M.P. Dra. Stella Conto Díaz del Castillo.



para la recuperación de la tierra, con posterioridad a la destrucción del cultivo.

Y en cuanto al mecanismo para establecer el lucro cesante: *“se atenderá a los siguientes parámetros: i) la indemnización deberá corresponder al cien por ciento (100%) de la utilidad que esperaba recibir el señor CARLOS JULIO HEREDIA DIAZ con la cosecha en una hectárea de siembra de maracuyá de su propiedad. El cálculo aludido deberá estar soportado en contratos o facturas, u otra prueba que permita concretar el perjuicio causado, especialmente de empresas o personas naturales que para ese entonces hubiera ejercido la misma actividad y bajo características similares; ii) al monto correspondiente al lucro cesante global se le descontará los costos de producción, esto es, solo se reconocerá la utilidad líquida que se esperaba obtener; iii) el valor de la utilidad líquida se actualizará con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, para lo cual se tendrá en cuenta que el índice inicial corresponde a la fecha de evolución de los meses de maduración del cultivo de Maracuyá y el índice final corresponde al mes anterior a la fecha de la providencia que decida el incidente de liquidación de la condena”.*

Con respecto a los perjuicios morales, es de resaltar que dentro del material probatorio, la parte actora no logró probar ni fue acreditada la aflicción moral sufrida por el señor CARLOS JULIO HEREDIA DIAZ.

En este orden de ideas, la Procuraduría General de la Nación, en su función de garantizar la eficacia del derecho de acción y en representación de los intereses de la sociedad, por intermedio de esta Delegada, sugiere al H. Consejo de Estado, **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 31 de octubre de 2017 por el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander, bajo el título de riesgo excepcional, pues si bien pudieron haberse cometido algunas omisiones en el procedimiento de fumigación, lo cierto es que más allá de esas omisiones, la actividad es de por sí una actividad riesgosa y estando probado el daño, la actividad lícita pero riesgosa de la fumigación y el nexo de causalidad entre aquel y esta, es forzoso aceptar como ya lo ha hecho en ocasiones anteriores la jurisprudencia del Consejo de Estado, que estamos frente a un título de imputación objetiva por daño excepcional, generando una obligación por parte de la Administración de reparar el daño alegado.

3. CONCLUSIÓN

En concepto de esta Delegada del Ministerio Público, sugiere respetuosamente al H. Consejo de Estado **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander de fecha el 31 de octubre de 2017, toda vez que de acuerdo al material probatorio analizado demuestra que en el presente caso se encuentra acreditada la concurrencia del daño y el nexo de causalidad entre el daño y el actuar de la administración, Se trata, entonces, de un régimen de responsabilidad, configurándose el **riesgo excepcional** proveniente de una actividad peligrosa por parte del Estado, por lo cual le corresponde a la entidad demandada reparar los daños antijurídicos causados al actor, de acuerdo al análisis realizado en el presente escrito, sin que para la obligación resarcitoria sea menester demostrar el incumplimiento de los deberes de cuidado que le eran exigibles por lo cual el Estado está en la obligación de reparar a la parte actora.

De la H. Magistrada,

CARLOS JOSÉ HOLGUÍN MOLINA
Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado

