



ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA-Responsabilidad por perjuicios causados con ocasión a operaciones de aspersión a cultivos ilícitos

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Por los daños que se originan con la acción antijurídica de sus agentes como también por su accionar lícito

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑO ESPECIAL-Jurisprudencia del Consejo de Estado

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑO ESPECIAL-En el presente caso quedo configurada

En concepto del Ministerio Público las pruebas relacionadas en precedencia constituyen un conjunto coherente de datos concretos que permiten imputar responsabilidad administrativa a la Nación - Consejo Nacional de Estupefacientes y al Ministerio de Defensa - Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional, en aplicación del régimen de responsabilidad objetiva por daño especial.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO-Precisiones sobre marco jurídico por conservación diversidad biológica y protección ambiente según Jurisprudencia del Consejo de Estado

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA-Perjuicios causados a predio con ocasión de la fumigación con glifosato

Si bien no se aportó prueba técnica que de manera directa indique cual fue la causa de la afectación del cultivo de papaya de los demandantes, lo cierto es que existen varios elementos de juicio que analizados en conjunto permiten inferir de manera razonada que el hecho generador del daño fue la operación de aspersión con glifosato a cultivos ilícitos durante los días 17 y 18 de julio de 2004 en el municipio de ...Departamento de ..., actividad que si bien corresponde a un obrar legítimo y lícito del Estado, en tanto corresponde a una política de Estado con la que se buscaba erradicar los cultivos ilegales existentes en esa zona, también lo es que ocasionó daños colaterales a siembras lícitas, ocasionando que los demandantes perdieran la cosecha de papaya que se encontraba sembrada en los predios que meses antes habían tomado en arriendo, lo cual se traduce en un daño

anormal, excepcional, que rompe el principio de igualdad de las personas frente ante las cargas públicas.

ACCIÓN DE REPARACION DIRECTA- El daño antijurídico es la fuente de la responsabilidad estatal

En suma, acreditado el daño antijurídico y su imputación de manera exclusiva a la Nación -Consejo Nacional de Estupefacientes y Ministerio de Defensa-Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional, pues por disposición legal y reglamentaria les compete ejecutar las políticas públicas contra las drogas, corresponde a éstas resarcir los perjuicios causados a los actores El primero como organismo rector en esa materia, pues, según lo establecido en el literal g del artículo 91 de la ley 30 de 1986, tiene la facultad de disponer sobre 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 y con fundamento ello autorizó el Programa de Erradicación con Glifosato para los cultivos de amapola y mediante la Resolución 001 de 1994 reglamentó el citado programa para las plantaciones de coca y marihuana. Y el segundo, porque, según lo previsto en el artículo 77 de la misma norma, le corresponde a la Policía Nacional la destrucción de las plantaciones de marihuana, coca, etc.

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA-Indemnización de perjuicios

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS MORALES-Por el daño de sus cultivos se afectaron sus relaciones comerciales y su modo de vida

En concepto del Ministerio Público no procede reconocer esta clase de perjuicios, pues no se aportó prueba alguna que acredite lo afirmado por los demandantes.

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS MORALES-Procede por la pérdida de bienes siempre y cuando se demuestren según Jurisprudencia del Consejo de Estado

PERJUICIOS MATERIALES-Procedencia de condena en abstracto

En concepto del Ministerio Público, procede condenar en abstracto para que en incidente posterior se proceda a cuantificar los daños ocasionados a los actores con fundamento en los siguientes parámetros: (i) El precio por el cual se debía haber comercializado el kilo de papaya de la variedad maradol, para la época en que habría de recogerse la cosecha (ii) a lo cual deben restarse los costos de producción y comercialización. De conformidad con las consideraciones precedentes, el Ministerio Público solicita a la H. Sala revocar la sentencia desestimatoria proferida por el Tribunal Administrativo de Santander y en su lugar declarar prosperas parcialmente las suplicas de la demanda, de conformidad con las argumentaciones que se dejan expuestas en el presente concepto.

**PROCURADURIA PRIMERA DELEGADA
ANTE EL CONSEJO DE ESTADO**

CONCEPTO No. 073 / 2014

Bogotá, D.C., 24 de abril de 2014

Señores

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENACIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN C

Consejero Ponente **dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

E. S. D.

Ref: **Proceso No 48.494** (6800123310002006**0313901**)
Acción de reparación directa
Actor: **LUIS EMILIO SANCHEZ QUINTERO y otros**
Demandado: **Nación – Ministerio del Interior y de Justicia**

El Ministerio Público presenta a consideración de la Sala su concepto en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1 Demanda.- LUIS EMIDIO SANCHEZ QUINTERO, NELSON ESPEJO ANZOLA y JAVIER MOSQUERA, actuando en nombre propio, instauraron demanda¹ contra la **Nación – Ministerio de Interior y Justicia – Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional y Dirección Nacional de Estupefacientes**, para que se les declare administrativamente responsables de los perjuicios que les fueron causados como consecuencia de las operaciones de aspersión efectuadas a cultivos ilícitos en el Municipio de Bolívar – Departamento de Santander, lo que afectó los cultivos de papaya que tenían en la jurisdicción del municipio en comento.

Como soporte fáctico se adujo que los días 17 y 18 de julio de 2004, la Dirección Nacional de Estupefacientes y la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional, realizaron operaciones de aspersión con el herbicida glifosato. Que como consecuencia de tales aspersiones se afectaron los cultivos de papaya, variedad maradol, de los demandantes.

Que los actores presentaron queja ante el Jefe de Área de Erradicación de Cultivos Ilícitos de la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional y el Subdirector de Asuntos Regionales y Erradicación de la Dirección Nacional de Estupefacientes. Admitida el 7 de enero de 2005 se ordena visita de campo, comisionando a la Personera del Municipio de Bolívar, quien encontró que las áreas cultivadas por los quejosos se encontraban afectadas por la aspersión de glifosato.

¹13 de julio de 2006 (fl 50 c. ppal), esto es dentro del término de caducidad de los dos (2) años establecidos para la acción de reparación directa, pues el hecho dañoso ocurrió durante los días 17 y 18 de julio de 2004

Que mediante autos Nos 095-097 y 097 de 20 de febrero de 2006, las autoridades antes citadas rechazaron las quejas, argumentando que en dichos predios habían remanentes de cultivos de coca, así como deforestación y quemas, de acuerdo a la visita aérea realizada el 13 de octubre de 2005 por el grupo de quejas.

Que de acuerdo a la visita terrestre que hiciera la Personería Municipal están demostrados los daños ocasionados por la aspersion realizada en dichas áreas, en las que además no ha existido ni existen cultivos ilícitos.

1.2 Admisión de la demanda y vinculación de terceros. - Mediante proveído de 6 de diciembre de 2006 se admitió la demanda, se ordenó notificar a las entidades demandadas y se dispuso vincular por razón de los contratos de arrendamiento obrantes en el proceso a los señores "*Carlos Gilberto Córdoba Moreno, Fernando Chávez y Héctor José Piñeros Gómez*"

1.3 Oposición a la demanda:

- **El Ministerio del Interior y de Justicia**² propuso como excepción indebida legitimación por pasiva, pues advierte que según los hechos de la demanda, se ha debido demandar exclusivamente a la Dirección Nacional de Estupefacientes.
- **La Dirección Nacional de Estupefacientes**³ propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, pues dentro de sus funciones no se encuentra la erradicación de cultivos ilícitos, la cual se encuentra asignada a la Policía Nacional a través de la Dirección de Antinarcóticos.
- **El Ministerio de Defensa-Policía Nacional**⁴, alega que los hechos narrados por la parte actora carecen de verdad, pues durante los días 17 y 18 de julio de 2004 no se efectuaron fumigaciones o aspersion aérea con glifosato en el municipio de Bolívar. Que los procesos de erradicación que se han presentado en Santander corresponden al año 2006 y son ejecutados por el procedimiento de erradicación manual.
- **Los terceros vinculados** fueron emplazados y se les designó curador ad litem⁵, quienes contestaron la demanda:
 - La curadora ad litem del señor Fernando Chávez⁶, se atiene a lo que resulte probado en el proceso.
 - La curadora ad litem del señor Luis Emidio Sánchez⁷ se atiene a lo que resulte probado en el proceso, y pide que se practiquen las pruebas solicitadas por los demandantes.

² (fls 67 a 69 c. ppal)

³ (fls 80 a 107 c. ppal)

⁴ (fls 299 a 323 c. ppal)

⁵ (fls 275 a 277 c. ppal)

⁶ (fls 290 a 291 c. ppal)

⁷ (fls 292 a 293 c. ppal)

- El curador al litem del señor Héctor José Piñeros⁸ alega que no hay razón alguna para condenar a su prohijado, pues resultó perjudicado y por ende se encuentra facultado para accionar y reclamar las indemnizaciones a que haya lugar por los daños causados por el actuar del Estado.

1.4 Sentencia de primera instancia.- El Tribunal Administrativo de Santander⁹, denegó las pretensiones de la demanda.

Para el a-quo, “no se demuestra el rompimiento del principio de igualdad de los demandantes frente a las cargas públicas, en tanto no se evidencia que por causa directa de la aspersión del área con glifosato realizada por la Policía Nacional para los días 17 y 18 de julio de 2004, se hubieran dañados los cultivos de papaya de los demandantes, pues sólo obra como prueba de la verificación de los daños ocasionados, la visita realizada por el personal del ICA y/o UMATA el día 2 de septiembre de 2004 a los cultivos de los demandantes Luis Emidio y Nelson, informe que no hace referencia directa y con certeza de que la aspersión área con glifosato realizada en el municipio de Bolívar (s), fuera la causante del deterioro de estos cultivos lícitos, por esta razón en el presente caso el daño ocasionado no es antijurídico e imputable a las entidades demandadas”

1.5 Apelación.- El apoderado de los demandantes alega¹⁰ que está probado que administración si realizó aspersión con glifosato en el área donde se encontraban los cultivos de papaya de los demandantes durante los días 17 y 18 de julio de 2004, por tanto quedó demostrado que el Estado en desarrollo de una actividad lícita, ocasionó daños a los actores, pues se equivocó al no verificar la existencia de cultivos de papaya, los que fumigaron creyendo que eran cultivos de coca o de marihuana, lo cual menoscabo el derecho de los actores, en tanto sus cultivos se deterioraron por razón de la aspersión con glifosato.

Que existe prueba que acredita el nexo causal entre la actividad y el daño causado, como lo es la declaración del técnico agropecuario de la Umata, quien manifestó que los cultivos de papaya presuntamente fueron afectados por la aspersión de glifosato, lo que produjo el rompimiento del principio de igualdad de las personas frente a las cargas públicas, en tanto los demandantes sufrieron un daño especial y superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos, por tanto deben ser indemnizados.

II. CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

2.1 Problema jurídico

Para resolver sobre los planteamientos del apelante corresponde absolver en su orden los siguientes problemas jurídicos (i) Régimen de responsabilidad aplicable cuando se ocasionan daños por el accionar lícito del Estado, (ii) La responsabilidad del Estado cuando se trata de conservar la diversidad biológica y protección del

⁸ (fls 294 a 296 c. ppal)

⁹ En sentencia de 14 de febrero de 2013 (fls 651 a 658 c. Consejo de Estado)

¹⁰ (fls 659 a 665 c. c. Consejo de Estado)

ambiente (iii) Acreditación del daño antijurídico, y sólo en el evento en que éste le sea imputable al Estado, (iv) Establecer cual o cuales de las entidades demandadas se encuentran llamadas a responder por los perjuicios alegados por los actores.

2.2 El Consejo de Estado¹¹, en relación con los daños producidos por el accionar lícito o legítimo del Estado y el título de imputación aplicable, ha precisado:

“en casos en los que el daño antijurídico alegado por la parte actora provenga de una actuación legítima del Estado, la jurisprudencia constante y coherente de la Sala ha sido la de considerar que el análisis de la procedencia de la declaratoria de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública se hará en términos de la figura del daño especial, en la medida en que dicha actuación ajustada al ordenamiento jurídico pudiere generar un rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas que deben asumir los habitantes del territorio (...)

En idéntica dirección, la Sala ha señalado:

*“... por lo que hace al daño especial, es necesario entender, ante todo, **que el mismo es un resultado colateral, residual de una actuación de la Administración orientada a cumplir su misión del servicio público, que se traduce en un daño que pone en una situación de desequilibrio ante las cargas públicas a la víctima o víctimas del mismo.** El daño especial se define como una carga que viola el principio de igualdad de las personas ante la ley ...”¹².*

Para la Sala, entonces:

“Se trata entonces de un régimen de responsabilidad que no tiene como fundamento un error o falla atribuible a la Administración, sino el ejercicio de actividades legítimas que pueden causar daños a los administrados quienes, en aras de garantizar la equidad y el equilibrio frente a las cargas públicas, deben ser indemnizados.

“La procedencia del régimen de responsabilidad por daño especial se sujeta a la concurrencia de los siguientes elementos¹³:

“1.- Que el hecho administrativo que causa el daño provenga de una actuación legítima de la administración amparada por la normatividad legal vigente o la misma Constitución, que rompe la igualdad frente a las cargas públicas que deben soportar determinados administrados.

¹¹ Sección Tercera, sentencia de 12 de junio de 2013. Exp 25.949

¹² (pie de página de la cita) Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2005, Exp. 16175, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹³ (pie de página de la cita) Cit textual del fallo: Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 10392. Sentencia del 25 de septiembre de 1997. M.P. Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros. Las consideraciones expuestas en esa providencia fueron reiteradas por la Sala en sentencia del 13 de diciembre de 2005, expediente 24.671, M.P.: Dr. Alier Hernández Enríquez.

“Significa lo anterior que el quebrantamiento de la igualdad frente a las cargas públicas imponga a ciertos administrados un mayor sacrificio al que normalmente debe soportar los asociados en general.

“2.- Que se concrete un daño que lesiona un derecho jurídicamente tutelado el cual debe revestir las condiciones de cierto, concreto y particular.

“3.- Y que haya un nexo de causalidad entre el hecho administrativo legal y el perjuicio ocasionado.

(...)

‘En tales condiciones se exige que para hablar del daño especial como presupuesto de responsabilidad de la administración este debe ser anormal, excepcional y superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, es decir, que solo unos pocos ciudadanos resultan sacrificados en su patrimonio como contrapartida de que la comunidad obtenga beneficios que le representa un mejoramiento en la calidad y prestación de los servicios ...’¹⁴.

(Resalto y subrayo)

2.3 El Consejo de Estado¹⁵, al abordar el estudio de un tema similar al que hoy se analiza, precisó sobre el marco jurídico en materia de responsabilidad del Estado en cuanto se trata de conservar la diversidad biológica y protección del ambiente.

“El Convenio sobre Biodiversidad Biológica¹⁶, suscrito en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992 y aprobado por la Ley 165 de 1994, dispone en sus artículos 6, 8 y 10 que, dada la responsabilidad de los Estados de conservar su diversidad biológica, **(i)** integraran la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica en los planes, programas y políticas sectoriales o intersectoriales, **(ii)** promoverán la protección de ecosistemas y hábitat naturales y el mantenimiento de poblaciones viables de especies en entornos naturales y **(iii)** adoptarán medidas relativas a la utilización de los recursos biológicos para evitar o reducir al mínimo los efectos adversos para la diversidad biológica.

A su vez, nuestra Constitución Política le dio dimensión positiva a la protección del ambiente, lo cual se proyecta en los siguientes aspectos: **(i)** deber¹⁷ abstracto de

¹⁴ (pie de página de la cita) Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009, Exp. 16980.

¹⁵ Sección Tercera-Subsección B, sentencia de 30 de enero de 2013, Exp 22.060

¹⁶ (pie de página de la cita) Blanca Lozano Cutanda, en su obra *“Derecho Ambiental Administrativo”*, 10ª Edición (Ed. Dykinson; Madrid 2009), identifica los siguientes periodos en la evolución histórica del derecho internacional del medio ambiente: (i) a finales del S. XIX, cuando tienen lugar los primeros intentos de desarrollar reglas internacionales de carácter ambiental cuyo objeto fue la protección de formas de vida salvaje y más limitadamente, la protección de espacios naturales vírgenes, de ríos y de ámbitos marinos; (ii) en 1945 con la creación de las Naciones Unidas y sus agencias especializadas; (iii) en 1972 con la Conferencia de Estocolmo y (iv) en 1992 con la Conferencia de Río de Janeiro.

¹⁷ (Pie de página de la cita) *“No es que las plantas y los animales tengan unos derechos que defender, sino que nosotros, los hombres, tenemos unos deberes que respetar. Unos deberes asimétricos de responsabilidad,*

protección en cabeza del Estado y de los particulares; **(ii)** derecho a gozar del mismo a favor de todo ciudadano; **(iii)** deber concreto a cargo del Estado en la existencia y prestación del servicio público de saneamiento ambiental, o desde la protección del ambiente como servicio público propiamente dicho y **(iv)** deber concreto que impone al Estado ejercer una función precautoria, preventiva, represora y de limitación, especialmente de la propiedad y de la libertad económica. Tales dimensiones se hallan en los siguientes artículos:
[...]

Así las cosas, el art. 1 de la Ley 99 de 1993 -mediante la cual, entre otras cosas, se creó el Ministerio del Medio Ambiente- establece los siguientes principios generales que enriquecen y dan contenido al deber positivo de protección del ambiente:

(...).

El anterior marco jurídico puede definirse como el desarrollo del postulado establecido en el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (Decreto 2811 de 1974) según el cual “[e]l ambiente es patrimonio común. El Estado y los particulares deben participar en su preservación y manejo, que son de utilidad pública e interés social. La preservación y manejo de los recursos naturales renovables también son de utilidad pública e interés social” (art. 1°).

Este código, además de precisar que la ejecución de la política ambiental es función -delegable- del gobierno nacional (art. 6), al tiempo que relaciona los principios que regulan el uso de elementos ambientales y de recursos naturales renovables (art. 9), señala reglas a las que debe ajustarse la actividad administrativa en relación con el manejo de dichos recursos (art. 45).

Ahora bien, no puede perderse de vista que en la Ley 23 de 1973¹⁸, 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 (negrillas fuera de texto).

En este sentido, el “daño al ecosistema”¹⁹, así se configure en desarrollo de una explotación lícita, desde el punto de vista constitucional, tiene el carácter de conducta antijurídica (C.P. arts., 80 y 95-8) y en consecuencia generadora de responsabilidad al punto que la previa obtención del permiso, autorización o

justificados a la vez por la vulnerabilidad de los beneficiarios y por la necesidad de respetar las simbiosis biológicas en interés de toda la humanidad”. Ost François. Naturaleza y Derecho: para un debate ecológico en profundidad; Ediciones Mensajero, España 1996, pág. 259.

¹⁸ (Pie de página de la cita) Según su art. 1, el objeto de la ley consiste en “prevenir y controlar la contaminación del medio ambiente, y buscar el mejoramiento, conservación y restauración de los recursos naturales renovables, para defender la salud y el bienestar de todos los habitantes del territorio nacional”; además, se ha de resaltar que conforme el art. 4, “[s]e entiende por contaminación la alteración del medio ambiente por sustancias o formas de energía puestas allí por la actividad humana o de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir con el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del medio ambiente o afectar los recursos de la Nación o de particulares”.

¹⁹ (Pie de página de la cita) CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia C-320 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

concesión del Estado, no comporta impunidad de cara a los daños al ambiente. Es que, en relación con este y el aprovechamiento y explotación de recursos naturales, la Carta, además de sancionar los comportamientos que infrinjan las normas legales vigentes, ordena al Estado prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental y exigir la reparación de los daños causados.

Es por lo anterior que la Constitución Política exige al legislador asegurar la efectiva protección del ambiente, mediante la prevención del daño ambiental, esto es, prohibiendo la exploración o explotación ilícitas y la efectiva sanción de conductas que generen, en todo caso, daño ecológico”

2.4 Caso concreto

De las pruebas aportadas debidamente al proceso²⁰, se acreditaron los siguientes hechos:

2.4 (i) Los hoy demandantes: Luis Emidio Sánchez Quintero, Nelson Espejo Anzola y Javier Mosquera Renteria, para la época de los hechos tenían suscritos contratos de arrendamiento con aquellos que fueron vinculados al proceso como terceros interesados, como consta en los contratos de 15 de enero de 2004 (fls 2 c. ppal), 20 de octubre de 2003 (fls 3 y 4 c. ppal) y 1 de julio de 2003 (fls 5 c.ppal), respectivamente, en donde - el primero recibió en arrendamiento 4 hectáreas de terreno con destinación específica para siembra de papaya; - el segundo recibió en arrendamiento un lote de terreno de 3.5 hectáreas para adelantar labores de siembra de papaya y - el tercero recibió en arrendamiento un lote de terreno de 2 hectáreas para siembra de papaya, predios ubicados en la jurisdicción del Municipio de Bolívar.

2.4 (ii) Mediante orden de servicios No 053 de 8 de julio de 2004, suscrita por Director de Antinarcóticos de la Policía Nacional, se dispuso adelantar *“operación de aspersión en cultivos ilícitos detectados en los departamentos de Bolívar, Santander y Antioquia- Ciénaga IV”*, cuyo objetivo general era la de *“organizar, y ejecutar las operaciones de aspersión en cultivos ilícitos existentes en el Departamento de Bolívar, Santander y Antioquia, empleando el talento humano y los recursos técnicos, logísticos y financieros necesarios que garanticen el éxito de la misión, tomando todas las medidas de seguridad para el cabal cumplimiento de esta actividad policial”* con vigencia a partir *“del día 10 de julio de 2004, hasta la aspersión total de los núcleos autorizados de acuerdo al cronograma de aspersión concertado entre DIRAN y NAS”*. Como equipo aéreo se dispuso la utilización de *“1 helicóptero sar, 5 helicópteros medianos y 6 avionetas”*, y como equipo logístico *“herbicida glifosato, coadyuvante cosmoflu, tanques glifosato, mezcladoras de herbicida (...)”*

2.4 (iii) Funcionarios del ICA y/o UMATA, en atención a las quejas presentadas por los actores, realizaron visitas a los predios cultivados con papaya, como consta en los formatos de verificación preliminar de la información, en los que consta que éstas se llevaron a cabo el 02-09-05 y que los hallazgos encontrados en los predios

²⁰ Unas aportadas en original con la demanda (fls 7 a 21 c. ppal) otras solicitadas por la actora (fls 48 y 49 c. ppal) y por las entidades demandadas (fls 105 , 106 c ppal), decretadas por el Tribunal (fls 326 a 327 c. ppal) y allegadas en copia autentica por la Policía Nacional –Dirección de Antinarcóticos (fls 334 a 456 c. ppal)

sembrados con cultivos lícitos evidenciaban afectación sobre los mismos (fls 382 a 384 y 453 a 456 c. ppal). Se destacan algunos apartes

“Cultivo lícito PAPAYA

(...)

Descripción del Daño al Cultivo: Las hojas han detenido su crecimiento y el limbo presenta un color amarillo y hay fuerte defoliación.

(...) Presuntamente hay daño por glifosato, hongos y bacterias.

(...) cultivo de papaya maradol con una extensión aproximada de 3.5 hectáreas (...) en todo el cultivo se presentan los síntomas anteriormente expuestos.

(...)”

“Cultivo lícito PAPAYA maradol

(...)

Descripción del daño al cultivo

Hojas de color amarillo en la parte laminar (...) que han detenido su crecimiento normal y defoliación en más del 40% (...)

2.4 (iv) El apoderado de los demandantes, mediante comunicación dirigida al Jefe de Área de Erradicación Cultivos Ilícitos – Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional, relaciona las quejas Nos 003, 005 y 006, todas de enero 7 de 2005 además presenta pruebas para efectos del reconocimiento de la reposición de los cultivos lícitos de papaya afectados (fls 438 a 439 c. ppal)

2.4 (v) El Jefe de Área de Erradicación Cultivos Ilícitos y el Director Antinarcóticos de la Policía Nacional, tramitó las quejas presentadas por los señores Nelson Espejo Anzola (fls 371 a 372 c. ppal), Javier Mosquera Renteria (fls 408 a 409 c. ppal) y Luis Emidio Sánchez Quintero (fls 444 a 445 c. ppal). Se destacan los siguientes apartes.

“CONSIDERANDO

Que el artículo segundo de la Resolución No 0017 de 2001, expedida por el Consejo Nacional de Estupefacientes, determinó que la Dirección Nacional de Estupefacientes y la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional, son las entidades responsables de atender y tramitar las quejas presentadas por los ciudadanos presuntamente afectados con el Programa de Aspersión Aérea de Cultivos Ilícitos con el Herbicida Glifosato.

Que la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional recibió el 29 de octubre de 2004 la queja presentada en la personería municipal de Bolívar Departamento de Santander por el señor (Nelson Espejo Anzola, Javier Mosquera Renteria y Luis Emidio Sánchez Quintero) (...)

Que el Coordinador Grupo Aspersión del Área de Erradicación Cultivos Ilícitos expidió certificación de informe previo, mediante constancia No 3985 del 16 de noviembre de 2004, de conformidad con lo establecido en el artículo séptima de la Resolución 0017 de 2001 del C.N.E

Que en la certificación antes citada, se manifiesta que revisados los archivos estadísticos, actas y poligramas de aspersión se encontró que para los días

17 y 18 de julio de 2004, se realizaron operaciones de aspersión a cultivos ilícitos en el municipio de Bolívar Departamento de Santander,

(...)

(Resalto y subrayo)

2.4 (vi) Autos de rechazo de queja Nos 095, 097 y 098 de 20 de febrero de 2005, correspondientes a los señores Nelson Espejo Anzola (fls 353 a 355 c. ppal), Javier Mosquera Renteria (fls 408 a 409 c. ppal) y Luis Emidio Sánchez Quintero (fls 429 a 431 c. ppal), argumentando entre otras razones, que se encontró presencia de remanentes de cultivos de coca, así como deforestación y quemas por acción del fuego.

2.4 (vii) Certificaciones sobre daños cultivo de papaya de 26 de abril de 2006, suscritas por el Presidente de la Asociación de Trabajadores Campesinos del Caribe (fls 513 a 515 c. ppal), en las que consta que *“la ATCC lidera el proceso de protección y garantía de los derechos integrales de sus 1000 socios con el acompañamiento de la comunidad internacional, por esta razón certificamos los daños realizados por las aspersiones al cultivo de papaya del señor (LUIS EMIDIO SANCHEZ QUINTERO, NELSON ESPEJO ANZOLA y JAVIER MOSQUERA) el pasado 17 y 18 de julio de 2004 en el municipio de Bolívar Santander “*

2.4 (viii) Testimonio rendido por el señor ELIAQUIM POBLADOR, Asistente Técnico Agropecuario de la UMATA del municipio de Bolívar – Santander (fls 460 a 463 c. ppal), quien fue testigo directo de los efectos del glifosato sobre los cultivos lícitos de los demandantes:

“Yo me desplace con la Dra María Angélica Acuña Porras, personera del Municipio de Bolívar de ese entonces, el 2 de septiembre de 2004 a la vereda Agua Linda del Corregimiento de la India del Municipio de Bolívar, por un requerimiento que había hecho tres familias de esas veredas el señor LUIS EMIDIO SANCHEZ QUINTERO, NELSON ESPEJO y JAVIER MOSQUERA, para ver unos cultivos de papaya maradol que presuntamente había sido afectados por aspersiones áreas con glifosato, nosotros llegamos al sitio y observamos unos **cultivos de papaya donde el señor LUIS SANCHEZ una extensión de 4 hectáreas de un cultivo que tenía unos 7 meses de edad (...) que había detenido su crecimiento, frutos caídos, hojas amarillas, en ningún momento se observo que hubiera rastros de quemados con fuego o que hubiera presencia de cultivos ilícitos en el lugar (...) terminada esa visita nos desplazamos a los otros cultivos. Al cultivo de señor NELSON ESPEJO más o menos similar un área por ahí de 3 hectáreas y media (...) encontramos la misma sintomatología, donde se ve cultivos de papaya de maradol de 7 meses de edad, tenía hojas amarillas, frutos caídos, deteniendo el crecimiento de los frutos, los que estaban empezando a madurar tenía una maduración desuniforme (...) terminamos la visita ahí seguimos al cultivo del señor JAVIER MOSQUERA, allí es un cultivo más pequeño por ahí de dos hectáreas aproximadamente de la misma edad y con la misma sintomatología que los anteriores,** tampoco encontramos indicios de quema o presencia de cultivos ilícitos (...) Según la visita que hicimos junto con la personera, **se observo que los cultivos de papaya, presuntamente fueron afectados por la aspersión de glifosato** y el área corresponde a la mencionada ahí en la demanda pertenecientes a Luis Emidio Sánchez, Nelson Espejo y Javier Mosquera (...) PREGUNTADO Sabe usted si el glifosato discrimina las plantas y qué clase de herbicida es. CONTESTO. No discrimina las plantas, porque el

glifosato es un herbicida sistemático y no selectivo (...) **cualquier planta que tenga contacto con el glifosato es controlada o muerta** (...)"

(Resalto y subrayo)

2.4 (ix) Testimonio del señor LUIS FERNANDO SERNA RENTERIA- técnico agropecuario (fls 507 a 590 c. 2), quien conoció a los demandantes por razón de los cultivos de papaya y fue testigo de los efectos por causa de la aspersión con glifosato.

"Nosotros la asociación habíamos expresado al gobierno el temor con ese programa de aspersión contra los cultivos lícitos (...) **una vez empieza las fumigaciones preparamos una pequeña comisión para que se encargara de revisar los daños a los cultivos que fueron muchos**, hubieron daños en la ganadería, sobre todo en los pastos (...) algunas cultivos de cacao, **de los que más sufrieron fueron los de papaya**, hicieron que muchos quebraron, les toco tirar la toalla por eso, luego **inspeccionamos algunos cultivos de papaya, como a las 8 o 15 días después de la fumigación porque empezaron llegar los cultivadores de papaya (...) lo que hicimos fue hacer una verificación de los daños y efectivamente el glifosato no es tan inofensivo como dice la cartilla , lo que coge lo quema y acabo con varios cultivos de papaya** (...) desde ahí empezamos un acompañamiento a los damnificados y hablamos con los personeros de los municipios sobre todo los de Sucre y Bolívar que eran los más afectados en esos momentos (...) PREGUNTADO: Manifieste usted que observe en los cultivos de papaya que vio en esos cultivos CONTESTO: **Los visitamos por recomendaciones de los afectados, nosotros visitamos los cultivos de papaya (...) eso fue como unos 8 días después o 15 después de las fumigaciones, en algunos presentaban quemaduras graves que terminaron matando el cultivo** (...)"

(Resalto y subrayo)

2.5 Imputación de responsabilidad. Pertinencia de las pretensiones

En concepto del Ministerio Público las pruebas relacionadas en precedencia constituyen un conjunto coherente de datos concretos que permiten imputar responsabilidad administrativa a la Nación - Consejo Nacional de Estupefacientes y al Ministerio de Defensa - Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional, en aplicación del régimen de responsabilidad objetiva por daño especial. Veamos

En cuanto al daño causado a los actores, las pruebas nos demuestran que el cultivo de papaya se vio gravemente afectado, pues su deterioro fue evidente con posterioridad a las fechas en las cuales se llevo a cabo la aspersión con glifosato, como lo acreditan las visitas realizadas al cultivo por funcionarios de la Umata y las declaraciones que en tal sentido fueron recepcionadas en el proceso.

Si bien no se aportó prueba técnica que de manera directa indique cual fue la causa de la afectación del cultivo de papaya de los demandantes, lo cierto que existen varios elementos de juicio que analizados en conjunto permiten inferir de manera razonada que el hecho generador del daño fue la operación de aspersión con glifosato a cultivos ilícitos durante los días 17 y 18 de julio de 2004 en el municipio de Bolívar –Departamento de Santander, actividad que si bien corresponde a un

obrar legítimo y lícito del Estado, en tanto corresponde a una política de Estado con la que se buscaba erradicar los cultivos ilegales existentes en esa zona, también lo es que ocasionó daños colaterales a siembras lícitas, ocasionando que los demandantes perdieran la cosecha de papaya que se encontraba sembrada en los predios que meses antes habían tomado en arriendo, lo cual se traduce en un daño anormal, excepcional, que rompe el principio de igualdad de las personas frente ante las cargas públicas.

En suma, acreditado el daño antijurídico y su imputación de manera exclusiva a la Nación - Consejo Nacional de Estupefacientes y Ministerio de Defensa - Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional, pues por disposición legal y reglamentaria les compete ejecutar las políticas públicas contra las drogas, corresponde a éstas resarcir los perjuicios causados a los actores El primero como organismo rector en esa materia, pues, según lo establecido en el literal g del artículo 91 de la ley 30 de 1986²¹, tiene la facultad de disponer sobre 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 y con fundamento ello autorizó el Programa de Erradicación con Glifosato para los cultivos de amapola y mediante la Resolución 001 de 1994 reglamentó el citado programa para las plantaciones de coca y marihuana. Y el segundo, porque, según lo previsto en el artículo 77 de la misma norma²², le corresponde a la Policía Nacional la destrucción de las plantaciones de marihuana, coca, etc.

2.6 Indemnización

2.6 (i) Perjuicios morales: Se reclaman a favor de los actores en cuantías que oscilan entre los 100 y 300 millones de pesos, pues afirman que por razón implícita al daño de sus cultivos sufrieron y se dio una tática acusación sobre ilegalidad de los mismos, lo cual afectó sus relaciones comerciales y su modo de vida.

²¹ **Artículo 91.** Son funciones del Consejo Nacional de Estupefacientes:
(...)

g. 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.

²² *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.

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.

El Consejo de Estado²³ ha encontrado posible derivar perjuicios morales por la pérdida de bienes, siempre y cuando se demuestren, pues éstos no se presumen:

“Es cierto que dentro de los perjuicios indemnizables se comprenden los morales, entendiéndose por éstos el dolor y la tristeza que el hecho dañoso ocasiona a quien sufre el daño, pero también aquí tanto la jurisprudencia como la doctrina **están acordes en que tratándose de daño a las cosas ese dolor o tristeza debe tener envergadura suficiente como para justificarse su reparación y que en todo caso debe ser demostrado, pues no se presume**²⁴.”

De igual forma lo reiteró en sentencia del 13 de abril de 2000 y posteriormente en sentencia del 7 de junio de 2006²⁵:

“El desarrollo del tema en la jurisprudencia nacional ha ido en evolución, al punto que hoy se admite inclusive la posibilidad de reclamar indemnización por los perjuicios morales causados por el daño o pérdida de las cosas, a condición de demostrar plenamente su existencia, pues tal perjuicio no se presume²⁶”²⁷.

Específicamente en cuanto a la prueba de ese daño moral, ha recalado la Sala que:

“la especial naturaleza de este perjuicio implica su cabal demostración, **sin que resulte suficiente** para darlo por existente □ y en consecuencia, para considerarlo indemnizable □ **con probar la titularidad del derecho y la antijurídica lesión del mismo imputable a una autoridad pública.**”²⁸

En concepto del Ministerio Público no procede reconocer esta clase de perjuicios, pues no se aportó prueba alguna que acredite lo afirmado por los demandantes.

2.6 (ii) Perjuicios materiales

Se reclaman perjuicios por este concepto a favor de los demandantes, así:

Luis Emidio Sánchez Quintero: Por daño emergente \$128.000.000, correspondiente a los daños ocasionados a las 4 hectáreas cultivadas de papaya maradol, a razón de \$32.000.000 por hectárea, y por lucro cesante \$560.000.000, correspondiente a la cosecha que se dejó de percibir, teniendo en cuenta que el kilo de papaya variedad maradol estuvo en promedio de mil pesos el kilo durante los dos años de producción.

Nelson Espejo Anzola: Por daño emergente \$112.000.000, correspondiente a los

²³ Sección Tercera, Sentencia de 11 de noviembre de 2009 Exp 17.119

²⁴ (pie de página de la cita) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del cinco de octubre de 1989, expediente: 5.320, actora: Martha Cecilia Klinker de Jaramillo. Consejero Ponente Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.

²⁵ (pie de página de la cita) Expediente AG- 001. Consejero Ponente Dr. Alier E. Hernández Enríquez. Criterio reiterado en la Sentencia del 5 de junio de 2008, expediente No.14.526.

²⁶ (pie de página de la cita) Sentencias del 5 de octubre de 1989, exp: 5320, del 9 de noviembre de 1994, exp: 9367 Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo y del 11 de noviembre de 1999, exp: 12.652, Consejero Ponente Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros.

²⁷ (pie de página de la cita) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de abril de 2000, expediente: 11.892. Consejero Ponente Dr. Ricardo Hoyos Duque.

²⁸ (pie de página de la cita) Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Expediente 15.351.

daños ocasionados a las 3.5 hectáreas cultivadas de papaya maradol, a razón de \$32.000.000 por hectárea, y por lucro cesante \$490.000.000, correspondiente a la cosecha que se dejó de percibir, teniendo en cuenta que el kilo de papaya variedad maradol estuvo en promedio de mil pesos el kilo durante los dos años de producción.

Javier Mosquera: Por daño emergente \$64.000.000, correspondiente a los daños ocasionados a las 2 hectáreas cultivadas de papaya maradol, a razón de \$32.000.000 por hectárea, y por lucro cesante \$280.000.000, correspondiente a la cosecha que se dejó de percibir, teniendo en cuenta que el kilo de papaya variedad maradol estuvo en promedio de mil pesos el kilo durante los dos años

Si bien por solicitud de uno de los terceros vinculados se decretó la práctica de un dictamen pericial, también lo es que no puede tomarse como referente para tasar los perjuicios causados a los actores, pues esta prueba se pidió con el fin de establecer el “daño causado al suelo por efectos de aspersión por glifosato” y no para establecer los costos de producción por hectárea de papaya y su comercialización.

En concepto del Ministerio Público, procede condenar en abstracto para que en incidente posterior se proceda a cuantificar los daños ocasionados a los actores con fundamento en los siguientes parámetros: (i) El precio por el cual se debía haber comercializado el kilo de papaya de la variedad maradol, para la época en que habría de recogerse la cosecha (ii) a lo cual deben restarse los costos de producción y comercialización.

CONCLUSIÓN

De conformidad con las consideraciones precedentes, el Ministerio Público solicita a la H. Sala revocar la sentencia desestimatoria proferida por el Tribunal Administrativo de Santander y en su lugar declarar prosperas parcialmente las suplicas de la demanda, de conformidad con las argumentaciones que se dejan expuestas en el presente concepto.

Del Honorable Consejo de Estado, respetuosamente,

FRANCISCO MANUEL SALAZAR GOMEZ
Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado
RYPHC/FMSG