

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO CAUSADO POR FUMIGACIÓN CON GLIFOSATO - Configurado / IMPUTACIÓN POR RIESGO EXCEPCIONAL / ACTIVIDAD LÍCITA QUE GENERA UN RIESGO PARA LA SALUD Y LA VEGETACIÓN

El señor Alcides Sinisterra demandó el reconocimiento y pago de los perjuicios que se le causaron como consecuencia de la fumigación aérea con glifosato llevada a cabo por el Área de Erradicación de Cultivos Ilícitos de la Policía Nacional, sobre la finca la Nelicia ubicada en el corregimiento de San José de Guare, municipio de Guapi, los días 28 de agosto de 2008 y 13 de septiembre de 2009 y que ocasionó la pérdida total de los cultivos de pan coger y árboles frutales (...) [E]l estudio de la responsabilidad se hará bajo el régimen objetivo de responsabilidad, bajo el título de imputación de riesgo excepcional en la medida en que a la demandada le es atribuible el daño antijurídico que sufrió el demandante como consecuencia de la ejecución de una operación aérea de aspersión con glifosato. Actividad lícita que generó un riesgo para la salud humana y para la vegetación (cultivos de pan coger y árboles frutales), y causó un daño que aunque, la entidad no acepta expresamente y cuestiona por la ausencia de prueba técnica, si se encuentra demostrado con otros medios de prueba (...) La Sala a manera de conclusión puede afirmar que el demandante no tenía la obligación jurídica de soportar el daño antijurídico causado por la entidad demandada por lo que a ésta le asiste el deber de repararlo integralmente. Quien crea un riesgo con la ejecución de una actividad lícita, debe reparar los daños antijurídicos que cause sin que sea necesario acreditar que incumplió con los deberes de cuidado que le eran exigibles.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR ASPERSIÓN AÉREA CON GLIFOSATO – Regulación normativa / IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑO CAUSADO POR FUMIGACIÓN CON GLIFOSATO / RÉGIMEN DE IMPUTACIÓN APLICABLE - Falla del servicio o riesgo excepcional

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 (...) [L]a responsabilidad del Estado por aspersión aérea con glifosato tiene fundamento en la Ley 30 de 1986, concretamente en su artículo 91 literal g (...) [E]l Ministerio de Ambiente mediante Resolución núm. 1065 de 2001 modificada por la Resolución 1054 de 2003, impuso a la Dirección Nacional de Estupefacientes –en liquidación–, la obligación de establecer un plan de manejo ambiental para el Programa de Erradicación de Cultivos ilícitos mediante la aspersión con glifosato para minimizar los potenciales daños sobre la salud humana y el medio ambiente. Este plan de manejo ambiental PMA actualmente está bajo la supervisión de la ANLA según el Decreto 3573 de 2011 y para su aplicación se deben seguir criterios técnicos de manera tal que su riesgo sea mínimo, que se cumpla con el objetivo final cual es el de la erradicación de los cultivos ilícitos, implementando y diseñando mecanismos para atención de las quejas por las posibles afectaciones que el programa pueda generar. El 25 de

mayo de 2015 el Consejo Nacional de Estupefacientes expidió la Resolución núm. 006 ordenando la suspensión en todo el territorio nacional del herbicida glifosato en las operaciones de erradicación de cultivos ilícitos mediante aspersión aérea autorizadas en el artículo 1º de la Resolución núm. 0013 de 2003. Esta medida se tomó en virtud del principio de precaución, por el Ministerio de Salud al atender las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, en cuanto este tipo de herbicida resultaba potencialmente dañino para la salud humana (...) [L]a jurisprudencia del Consejo de Estado 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 (...) Pero de igual manera cuando a pesar de cumplir la entidad los protocolos y requisitos necesarios para proceder a la fumigación por aspersión aérea de cultivos ilícitos, causa un daño por cuenta de esta aspersión, el Consejo de Estado ha señalado que dado el riesgo que produce o que puede producir, es obligación del Estado reparar el daño causado (...) Teniendo en cuenta los criterios jurisprudenciales que se acaban de exponer, concluye la Sala que en los eventos en que se pretenda atribuir responsabilidad al Estado por la fumigación aérea con glifosato, puede ocurrir, de acuerdo a lo que resulte probado, que dicha responsabilidad se analice bajo el título de imputación de falla del servicio si se demuestra que la entidad incumplió por acción u omisión alguno de los deberes de cuidado que le eran exigibles al momento de realizar la aspersión. Y en otros eventos, en los que no se demuestra esta falla, pero se causa un daño, la conducta y la consecuente responsabilidad estatal deviene analizarla bajo el título de riesgo excepcional, tal y como se hará en el presente evento, partiendo del presupuesto de que el uso del herbicida glifosato para la erradicación de cultivos ilícitos constituye el ejercicio de una actividad peligrosa que implica, que cuando se generen daños antijurídicos, se responderá sin que sea relevante acreditar que se cumplió con los deberes de cuidado.

FUENTE FORMAL: LEY 30 DE 1986 / LEY 13 DE 1974 / LEY 43 DE 1980 / DECRETO 1206 DE 1973 / DECRETO 1188 DE 1974 / LEY 99 DE 1993 / DECRETO 3573 DE 2011 /

IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑO CAUSADO POR FUMIGACIÓN CON GLIFOSATO / RÉGIMEN DE IMPUTACIÓN APLICABLE

Para la Sala, el estudio de la responsabilidad se hará bajo el régimen objetivo de responsabilidad, bajo el título de imputación de riesgo excepcional en la medida en que a la demandada le es atribuible el daño antijurídico que sufrió el demandante como consecuencia de la ejecución de una operación aérea de aspersión con glifosato. Actividad lícita que generó un riesgo para la salud humana y para la vegetación (cultivos de pan coger y árboles frutales), y causó un daño que aunque, la entidad no acepta expresamente y cuestiona por la ausencia de prueba técnica, si se encuentra demostrado con otros medios de prueba (...) La Sala a manera de conclusión puede afirmar que el demandante no tenía la obligación jurídica de soportar el daño antijurídico causado por la entidad demandada por lo que a ésta le asiste el deber de repararlo integralmente. Quien crea un riesgo con la ejecución de una actividad lícita, debe reparar los daños antijurídicos que cause sin que sea necesario acreditar que incumplió con los deberes de cuidado que le eran exigibles.

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS MORALES / PERJUICIO MORAL POR PÉRDIDA DE BIENES MATERIALES – No probado / PERJUICIO MORAL POR

PÉRDIDA DE BIENES MATERIALES – Carga de la prueba / ELEMENTOS DEL DAÑO PARA SER INDEMNIZADO

Tal y como la primera instancia lo señaló, la jurisprudencia del Consejo de Estado permite que sea posible el reconocimiento del perjuicio moral generado por la pérdida de bienes materiales, siempre y cuando los mismos aparezcan demostrados en el proceso (...) [E]l demandante pretende demostrar la cuantía del perjuicio, con el registro fotográfico aportado y en el que dice, se ve al actor antes de la pérdida de sus cultivos, “sonriente” y después de la pérdida con “mucha tristeza y decaído”. Sobre este argumento debe decir la Sala que tal y como se precisó en el capítulo de la prueba del daño, el registro fotográfico no sirve para demostrar un hecho en cuanto no informan sobre su origen, época, lugar, condiciones, autor y demás circunstancias de las cuales se pueda inferir con claridad la situación particular que se quiere demostrar. De igual manera la prueba testimonial recaudada a pesar de su coherencia, espontaneidad, coincidencia, uniformidad no es suficiente para tener por demostrado este tipo de perjuicio, pues las manifestaciones de los testigos aluden a la pérdida, como consecuencia de la fumigación que se realizó los días 28 y 29 de agosto de 2008 por personal antinarcóticos, de las hortalizas, plantas medicinales, plátano, yuca, etc., que cultivó Alcides Sinisterra en la finca Nelicia y el perjuicio económico que esta pérdida le representó (...) En efecto la prueba testimonial se rindió por vecinos de la comunidad afectada con la aspersión y que percibieron de manera directa el suceso dañoso y sus consecuencias, sin que se evidencie contradicción en lo afirmado, por el contrario leídas las actas que contienen las declaraciones, se evidencia espontaneidad y claridad en las afirmaciones basadas en el conocimiento que cada uno de los declarantes tuvo de los hechos antes y después de la fumigación aérea. Bajo estas condiciones la Sala le otorga pleno valor al dicho de cada uno de los declarantes, pero destaca que no prestan mérito para demostrar el perjuicio moral que se reclamó por el demandante quien se limitó a afirmar en la demandada y en el escrito contentivo del recurso, que Alcides Sinisterra sufrió afectación moral sin preocuparse por aportar el medio probatorio del cual inferir su existencia. Olvidó el demandante que no basta una afirmación sino que es necesario probar ese supuesto de hecho del cual se pretende derivar la consecuencia jurídica. Insiste la Sala que sin perjuicio de la veracidad de los testimonios que apreció y valoró en el capítulo correspondiente al daño, en cuanto reúnen los elementos intrínsecos, esto es, credibilidad, verosimilitud en lo declarado, causa del conocimiento, claridad en el relato de los hechos, y extrínsecos como la ausencia de contradicción; los mismos no le otorgan la convicción sobre la existencia y veracidad del perjuicio moral entendido como la afectación directa de los sentimientos del ser humano que denota tristeza, congoja, angustia, etc., dado que ninguno de los deponentes refiere sobre estos aspectos. A lo sumo con esta prueba testimonial se demuestra el daño y la afectación patrimonial padecida.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la prueba del perjuicio moral por pérdida de bienes materiales, cita sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera de 22 de abril de 2009, Exp. 17000 y de 11 de noviembre de 2009, Exp. 17119

LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS MATERIALES – Condena in genere / TRÁMITE INCIDENTAL

Sin duda alguna, esta clase de perjuicio aparece demostrada en cuanto es evidente la afectación de los cultivos como consecuencia de la aspersión aérea con glifosato, le causó al demandante una pérdida económica, porque tuvo que invertir en la compra de semilla, en la preparación del terreno, en el riego, cuidado

y venta del producto final. Pero lo que si no se aprecia en el expediente es la prueba del valor de la inversión y de las utilidades que le hubiera generado la cosecha (...) Para efectos de una condena en concreto no es suficiente con la estimación económica que haga el demandante sino que es necesario que las sumas pedidas estén acreditadas y soportadas con elementos de prueba contundentes y que no dejen duda alguna en el juzgador de su existencia y monto, lo cual no ocurrió en este evento. Así las cosas, la condena *in genere* será confirmada para que a través del trámite incidental el actor demuestre con suficiencia y claridad la cuantía de los perjuicios materiales que reclama y que pretende le sean pagados por la entidad demandada (...) En todo caso, la Sala le otorga a la parte interesada el término de tres (3) meses para presentar la liquidación, so pena de que se tenga por no demostrado el perjuicio reclamado.

VALOR PROBATORIO DE LAS FOTOGRAFÍAS

los documentos que contienen el presupuesto y el registro fotográfico, no pueden valorarse al carecer de los requisitos que debe contener el documento privado, pues no se tiene certeza de su autor y no es posible deducir su autoría de otros elementos indicadores, tales como membrete, sellos, o cualquier otro hecho del cual pueda inferirse su autor. La autenticidad de un documento la define el artículo 244 del C. G. del P., así: *“es auténtico un documento cuando existe certeza respecto de la persona a quien se atribuye el documento. Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.”* Sobre este preciso punto la Corte Constitucional en la sentencia T-268 de 2010 precisó que por autenticidad de un documento se entiende la ausencia de duda acerca de su creador o, lo que es lo mismo, la certeza respecto de la persona de quien proviene (...) El planteamiento anterior guarda total consonancia con lo que esta Sección ha señalado respecto del valor probatorio que se le puede dar a una fotografía: *“(...) la Sala advierte que de acuerdo con el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil los documentos que han de apreciarse como pruebas deben ser auténticos, “es decir debe haber certeza respecto de la persona que lo ha elaborado y de que el hecho plasmado en el documento, en este caso en las fotografías, corresponda a la realidad, puesto que, al igual que en cualquier otro documento, hay riesgo de alteración” (...).* En relación con las fotografías, además de que resulta imposible establecer su autenticidad, lo cierto es que bajo ningún supuesto pueden ser valoradas dado que sólo dan cuenta del registro de varias imágenes, sobre las que no es posible determinar su origen, ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas o documentadas”.

NOTA DE RELATORÍA: Providencia con salvamento de voto del magistrado Guillermo Sánchez Luque.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 19001-23-31-000-2010-00350-01(54756)A

Actor: ALCIDES SINISTERRA ANGULO

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Asunto: Recurso de apelación

Decide la Sala¹ el recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada contra la sentencia proferida el 12 de marzo de 2015 por el Tribunal Administrativo del Cauca – Sala de Decisión No. 1, mediante la cual se declaró patrimonialmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Dirección de Antinarcóticos Área de Erradicación de Cultivos Ilícitos, por los perjuicios causados al señor Alcides Sinisterra Angulo con las fumigaciones aéreas realizadas los días 28 de agosto de 2008 y 13 de septiembre de 2009, sobre la finca la Nelicia – Corregimiento de San José de Guare, municipio de Guapi.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El señor Alcides Sinisterra demandó el reconocimiento y pago de los perjuicios que se le causaron como consecuencia de la fumigación aérea con glifosato llevada a cabo por el Área de Erradicación de Cultivos Ilícitos de la Policía Nacional, sobre la finca la Nelicia ubicada en el corregimiento de San José de Guare, municipio de Guapi, los días 28 de agosto de 2008 y 13 de septiembre de 2009 y que ocasionó la pérdida total de los cultivos de pan coger y árboles frutales.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda

¹ Por auto del 30 de octubre de 2017 la Sala concedió al presente asunto prelación para ser fallado en razón a que la controversia involucra el derecho fundamental al mínimo vital de un adulto mayor, es decir un sujeto de especial protección constitucional ya que el demandante tiene en la actualidad 85 años de edad. Folios 203 a 205 del presente cuaderno.

El señor Alcides Sinisterra, a través de apoderado, presentó demanda el 21 de octubre de 2010², en ejercicio de la acción de reparación directa, contra la Nación –Ministerio de Defensa – Policía Nacional, y solicitó: i) que se declare administrativa y extracontractualmente responsable a los demandados de los perjuicios materiales y morales que se le ocasionaron con la pérdida de sus cultivos por las fumigaciones áreas con glifosato realizadas por la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional; ii) que los perjuicios sean actualizados; iii) que la entidad dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A., y, iv) que se condene a los demandados al pago de las costas.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones, el demandante señaló que la Policía Antinarcóticos, encargada por el gobierno para perseguir el narcotráfico y los cultivos ilícitos, fumigó con glifosato la finca la Nelicia, ubicada en la Quebrada el Charco – corregimiento Olaya Herrera (San José de Guare – Guaji), municipio de Guapi, en dos oportunidades, generando la pérdida de sus cultivos lícitos.

Destacó el demandante que para el 28 de agosto de 2008 fecha de la primera fumigación de forma indiscriminada y sin verificar que tipo de cultivo se estaba afectando, si era lícito o ilícito, tenía cultivados, 12 árboles de guayaba, 4 árboles de cacao, 2 árboles de chocolate, 10 árboles de limón, 3 árboles de mandarina, 5 árboles de caimito, 4 árboles de pan, 1 árbol de mamey, 6.000 matas de piña, 80 matas de plátano y derivados, 50 matas de plátano hartón, 80 matas de yuca, hortalizas, plantas medicinales y 4 árboles de achiote. Y para el 13 de septiembre de 2009 cuando se llevó a cabo la segunda fumigación, tenía sembrados 3 árboles de anón, 10 árboles de guayaba, 2 árboles de cacao, 1 árbol de chocolate, 1 árbol de aguacate, 7 mil matas de piña, hortalizas y plantas medicinales, para un total en dinero equivalente a \$587.030.000.00, que reclama como perjuicio.

Manifestó que realizó todas las gestiones ante la Alcaldía del municipio de Guapi, y envió toda la documentación a la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional – Área de Erradicación de Cultivos, para que el Estado le reparara los perjuicios causados, sin que, a pesar de cumplir con todos los requerimientos se obtuviera respuesta alguna a la queja que quedó radicada, en la citada oficina, al número 8565.

2.2. Trámite procesal relevante

La demanda se admitió por el Tribunal Administrativo del Cauca por auto del diez (10) de noviembre de dos mil diez (2010)³. Este auto se notificó personalmente al

² Folio 48 cd. ppal.

³ Folio 50 del cd. ppal.

Procurador Judicial el 30 de noviembre de 2010⁴, y al Comandante del Departamento de Policía del Cauca el 18 de enero de 2011⁵.

La Policía Nacional, de manera oportuna y a través de apoderado, manifestó su total oposición a la prosperidad de las pretensiones⁶, y frente a los hechos afirma que no le constan, salvo el descrito en el numeral sexto en cuanto a la solicitud realizada a la Dirección Antinarcóticos por el accionante. En cuanto a las pruebas aportadas con la demanda consideró que no son determinantes para deducir la responsabilidad del Estado, pues no se aportó prueba de la calidad de propietario, ni de la existencia de los predios rurales en los que asegura el demandante tenía sembrados cultivos de pan coger y árboles frutales.

Propuso como excepciones: i) falta de legitimación por activa que sustenta afirmando que no se prueba la supuesta propiedad en cabeza del demandante “sobre los terrenos y/o cultivos que supuestamente fueron dañados por el efecto de la aspersion con glifosato”⁷; ii) la genérica o innominada que se encuentre probada.

Al descorrer el traslado de la excepción⁸ el demandante afirmó que la demanda es clara, y en ella no se está discutiendo la titularidad del terreno sino el pago de la indemnización por los perjuicios que con las fumigaciones reiteradas e indiscriminadas, en los cultivos de pan coger y árboles frutales, causó la Policía Nacional al señor Alcides Sinisterra Angulo.

Frente a la existencia de los cultivos y a la propiedad de los mismos, precisó que está demostrada con la carta que el señor Alcides Sinisterra le dirige al presidente de la Junta de Acción Comunal del corregimiento de San José de Guare el 2 de septiembre de 2008, con la certificación expedida por dicha junta el 5 de septiembre de 2008, con la solicitud elevada ante la Policía Nacional Área Erradicación Cultivos Ilícitos a través de la Alcaldía del municipio de Guapi y con las fotos de los cultivos antes y después de las fumigaciones.

Insistió el demandante en que la titularidad del terreno en el que estaban los cultivos, no se está discutiendo, pero considera relevante informar que “por idiosincrasia en la costa pacífica caucana (sic) los terrenos de la zona rural, se heredan de generación en generación sin título traslativo de dominio, (...). En el caso que nos ocupa los terrenos cultivados por el señor Alcides Sinisterra, fueron heredados de su abuelo José Danilo sin título alguno, por cuanto no lo poseía”.

⁴ Folio 54 cd. ppal.

⁵ Folio 55 cd. ppal.

⁶ Folios 57 a 62 cd. ppal.

⁷ Folio 60 cd. ppal.

⁸ Folios 76 a 77 cd. ppal.

Con fundamento en lo anterior solicita se declare no probada la excepción propuesta.

Concluido el período probatorio, las partes presentaron oportunamente sus alegatos de conclusión en los que reiteran, cada uno, sus argumentos. La parte demandante⁹ afirmó que la entidad demanda es responsable por falla en el servicio, al no haber efectuado una revisión de la zona en la que se realizaron las aspersiones con herbicida glifosato, para establecer claramente los sitios en los que existían los cultivos ilícitos.

La entidad demandada reafirmó los argumentos expuestos en la contestación de la demanda para que se desestimen las pretensiones, y agregó que, según estudios realizados por organismos internacionales no se ha logrado comprobar que el herbicida denominado glifosato sea nocivo para los cultivos o para la salud, que además no existe certeza de que se haya realizado fumigación donde se encontraban los cultivos, y afirmó que la parte actora no demostró, mediante prueba técnica, el monto de los perjuicios causados¹⁰.

Por su parte el Ministerio Público al rendir concepto de fondo¹¹ concluyó que el título de imputación que resulta aplicable al presente evento, es el objetivo por daño especial y no por falla del servicio como lo aduce el demandante. Destacó que las pruebas relacionadas a lo largo del proceso constituyen indicios que deben ser analizados de manera integral y sistemática y son suficientes para determinar, dentro de criterios de razonabilidad y con un alto grado de probabilidad, que el daño a los cultivos lícitos de propiedad del actor, fueron ocasionados por las operaciones de aspersión aérea del herbicida glifosato en virtud del programa de erradicación de cultivos ilícitos del Gobierno Nacional. Actividad lícita pero que no desliga de responsabilidad al Estado por los daños que pueda ocasionar por la imprecisión en la fumigación.

Con fundamento en lo anterior solicitó se declare la responsabilidad administrativa y patrimonial y se condene en abstracto por los perjuicios causados.

2.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Cauca – Sala de Decisión No. 1 profirió el doce (12) de marzo de dos mil quince (2015) fallo de primera instancia¹², en el que declaró patrimonialmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, por los perjuicios causados al señor Alcides Sinisterra con las

⁹ Folios 85 a 89 cd. ppal.

¹⁰ Folios 91 a 94 cd. ppal.

¹¹ Folios 100 a 110 cd. ppal.

¹² Folios 114 a 131 cd. 3

fumigaciones aéreas realizadas los días 28 de agosto de 2008 y 13 de septiembre de 2009, sobre la finca la Nelicia – Corregimiento de San José de Guare, municipio de Guapi, que afectaron sus cultivos de pan coger y árboles frutales.

El Tribunal luego de un recuento de los hechos y del trámite procesal, señaló que la demanda fue presentada oportunamente. Así mismo y como al proceso se trajeron documentos en copia simple, se refirió a su valor probatorio citando para el efecto, la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013 en la que la Sección Tercera del Consejo de Estado, concluyó que se pueden tener como pruebas los documentos aportados por las partes en copia simple que no fueron tachados u objetados por la contraparte en el curso del proceso.

En punto a la falta de legitimación por activa, concluyó que si bien no existe en el plenario prueba que acredite la titularidad del demandante sobre la finca la Nelicia, las declaraciones recibidas, dan cuenta de su condición de comodatario, y por ende está legitimado por activa para demandar el pago de los perjuicios causados por la aspersión que generó la pérdida de los cultivos.

El Tribunal al continuar con el análisis de la responsabilidad precisó que el régimen bajo el cual se analizará la controversia, es el “objetivo bajo la teoría del riesgo excepcional”, porque la aspersión aérea con glifosato es considerada como una actividad peligrosa en tanto puede llegar a generar amenaza para la salud o para los bienes de una persona. Así mismo encontró que con el material probatorio recaudado se demostró el daño que sufrió el demandante con ocasión de las fumigaciones aéreas sobre la vereda San José de Guare donde se encuentra ubicada la Finca la Nelicia que explotaba el actor.

Demostrado el daño, se procedió al análisis del segundo elemento, el de la imputación, que también se encontró probado. Finalmente y en cuanto a los perjuicios morales reclamados, para el tribunal no fueron demostrados y en cuanto al perjuicio material, se condenó *in genere* para que a través del trámite incidental con apoyo de un dictamen pericial y prueba documental, se demuestre su monto.

La sentencia se notificó por edicto que permaneció fijado en la secretaría del Tribunal Administrativo del Cauca, desde el 18 de marzo de 2015 hasta el 20 de marzo de 2015¹³.

2.4. Del recurso de apelación interpuesto por las partes

La parte actora interpuso, mediante escrito radicado en la secretaría del Tribunal Administrativo del Cauca el 19 de marzo de 2015, recurso de apelación contra la anterior decisión¹⁴, con el fin que se adicione el numeral segundo en el sentido de condenar en concreto a la entidad al pago de los perjuicios demostrados en el curso del proceso, y se revoquen los numerales tercero y cuarto para en su lugar conceder las demás pretensiones de la demanda.

¹³ Folio 132 cd. 3

¹⁴ Folio 133 cd. 3.

La parte demandada consideró que la sentencia de primera instancia carece de sustento jurídico, pues con tan solo la prueba testimonial tuvo por probado el nexo causal entre el daño y la acción de la Policía Nacional, cuando solo la prueba técnica –dictamen pericial-, es la idónea para determinar con precisión la existencia de cultivos y si éstos se perdieron como consecuencia de la fumigación aérea.

En su criterio, la prueba testimonial y documental carece de elementos mínimos que permitan ubicar al despacho y a la defensa en un espacio, tiempo y lugar, pues no existen detalles del predio analizado, de su dirección o de su jurisdicción.

Agregó que la primera instancia no tuvo en cuenta el procedimiento adoptado por la Policía Nacional para atender la queja del señor Alcides Sinisterra, ni mucho menos le dio el valor correspondiente a la decisión de rechazo de la queja emitida por el Área de Erradicación de Cultivos Ilícitos de la Dirección Antinarcóticos y la Subdirectora de Asuntos Regionales y Erradicación de la Dirección Nacional de Estupefacientes.

Con fundamento en lo anterior solicitó se revoque la sentencia y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda.

El 23 de junio de 2015 se llevó a cabo audiencia de conciliación que resultó fallida ante la ausencia de ánimo conciliatorio, se concedió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y se rechazó el interpuesto por la parte demandada al ser su presentación extemporánea¹⁵. Sin embargo, el Tribunal Administrativo del Cauca el 23 de junio de 2015 revisó la oportunidad del recurso interpuesto por la parte demandada, concluyendo que su presentación fue oportuna y por ello decidió concederlo¹⁶.

2.4. Trámite en segunda instancia

El recurso se admitió por auto de fecha 12 de agosto de 2015¹⁷ y por auto del 9 de septiembre de 2015¹⁸ se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo.

La apoderada de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, al recorrer el traslado¹⁹ solicitó que se revoque la sentencia porque, en su criterio, no se probó “el nexo de causalidad entre los hechos invocados por el demandante y alguna actividad negligente, omisión u operación administrativa que constituya daño antijurídico”. Afirmó que la decisión del *a quo* carece de sentido porque “consideró como prueba idónea una serie de declaraciones –tenidas como pruebas indiciarias- siendo que ninguna de ellas contienen un criterio técnico basado en la experticia sino la mera apreciación subjetiva de los declarantes”.

¹⁵ Folio 176 a 177 cd. 3

¹⁶ Folio 178 cd. 3.

¹⁷ Folio 183 cd. 3.

¹⁸ Folio 185 cd. 2

¹⁹ Folios 186 a 190 cd. 3.

Para la demanda la ausencia de prueba idónea, esto es dictamen pericial, con la cual demostrar la existencia del daño y del perjuicio que se reclama, impide que las pretensiones tengan vocación de prosperidad.

Aunado a lo anterior, destacó que la primera instancia no tuvo en cuenta el procedimiento adoptado por la Policía Nacional para atender la queja del ciudadano Alcides Sinisterra, ni le dio el valor correspondiente a la decisión adoptada por el Área de Erradicación de Cultivos Ilícitos de la Dirección Antinarcóticos y la subdirectora de Asuntos Regionales y Erradicación de la Dirección Nacional de Estupefacientes.

La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Presupuestos materiales de la Sentencia de mérito

3.1.1 Competencia

La Sala es competente para conocer del asunto, en razón a que el presente proceso tiene vocación de doble instancia dado que la cuantía de las pretensiones supera los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes²⁰.

3.1.2. Vigencia de la acción

La demanda se presentó en tiempo pues los hechos de los que se pretende derivar la responsabilidad del Estado, ocurrieron el 29 de agosto de 2008 y el 13 de septiembre de 2009, la solicitud de conciliación se radicó el 18 de agosto de 2010, la constancia se expidió el 18 de agosto de 2010 y la demanda se presentó el 21 de octubre de 2010, es decir, dentro del término de dos (2) años que el numeral 8º del artículo 136 del C.C.A., establece.

3.1.3 Legitimación en la causa

²⁰ La demanda se presentó el 21 de octubre de 2010 y la notificación del auto admisorio al demandado se realizó el 18 de enero de 2011 (f. 55 cd. ppal). El artículo 132 numeral 6º del C.C.A. concordante con el artículo 3º de la Ley 1395 de 2010 que dispuso que para que un proceso de reparación directa iniciado a partir del 12 de julio de 2010 tuviere vocación de doble instancia, la cuantía la determinaría la suma de todas las pretensiones de la demanda (artículo 20 numeral 2º del C.P.C.) que en todo caso debían superar los 500 S.M.L.M.V. En el presente caso la demanda se presentó el 21 de octubre de 2010 y sumadas todas las pretensiones, superan los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, que para la época equivalían a \$515.000.00.

La legitimación en la causa es un presupuesto anterior y necesario para dictar sentencia de mérito y hace referencia a la relación sustancial que debe existir entre las partes en el proceso y el interés sustancial del litigio, de tal manera que aquella persona a quien se le exige la obligación es a quien habilita la ley para actuar procesalmente. Está legitimado en la causa por activa quien tiene la vocación para reclamar la titularidad de un derecho otorgado por la ley y, específicamente, cuando se interponen demandas en ejercicio del medio de control de reparación directa, quien demuestre en el proceso su condición de perjudicado con la acción u omisión que produjo el daño cuya indemnización se reclama.

Para el caso el demandante está legitimado en la causa por activa en cuanto sufrió la pérdida de los cultivos como consecuencia de la fumigación con glifosato realizada por la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional.

A su turno la legitimación en la causa por pasiva se predica de la persona obligada a responder por el derecho o el interés que reclama el demandante.

Para el presente evento, la entidad demandada con el objeto de cumplir con la erradicación de los cultivos ilícitos, hace uso de las aspersiones aéreas con glifosato y a ésta es que el demandante le atribuye la pérdida de sus cultivos, por tanto, se encuentra legitimada por pasiva.

3.2. Marco normativo y jurisprudencial de la responsabilidad extracontractual del Estado por la aspersión con glifosato.

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 1986²¹, 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 la 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 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, 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 -PECIG²²- 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 1993²³, 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 extinto INDERENA²⁴.

²¹ “*Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones*”

²² 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.

²³ “*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*”

²⁴ Disuelto en 1993 con la creación del Ministerio del Medio Ambiente hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

A su turno el Ministerio de Ambiente mediante Resolución núm. 1065 de 2001 modificada por la Resolución 1054 de 2003, impuso a la Dirección Nacional de Estupefacientes –en liquidación-, la obligación de establecer un plan de manejo ambiental para el Programa de Erradicación de Cultivos ilícitos mediante la aspersión con glifosato para minimizar los potenciales daños sobre la salud humana y el medio ambiente. Este plan de manejo ambiental PMA actualmente está bajo la supervisión de la ANLA según el Decreto 3573 de 2011 y para su aplicación se deben seguir criterios técnicos de manera tal que su riego sea mínimo, que se cumpla con el objetivo final cual es el de la erradicación de los cultivos ilícitos, implementando y diseñando mecanismos para atención de las quejas por las posibles afectaciones que el programa pueda generar.

El 25 de mayo de 2015 el Consejo Nacional de Estupefacientes expidió la Resolución núm. 006 ordenando la suspensión en todo el territorio nacional del herbicida glifosato en las operaciones de erradicación de cultivos ilícitos mediante aspersión aérea autorizadas en el artículo 1º de la Resolución núm. 0013 de 2003. Esta medida se tomó en virtud del principio de precaución, por el Ministerio de Salud al atender las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, en cuanto este tipo de herbicida resultaba potencialmente dañino para la salud humana.

En igual forma, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, profirió la Resolución número 1214 del 30 de septiembre de 2015, mediante la cual ordenó: “(..) *la suspensión, en virtud del principio de precaución, de las actividades del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante la aspersión aérea con Glifosato PECIG, en el territorio nacional (...)*”

Finalmente y con fundamento en varios informes especialmente del Ministerio de Defensa sobre el aumento de cultivos ilícitos como consecuencia de la suspensión del PECIG, el Consejo Nacional de Estupefacientes a través de la Resolución núm. 09 de 2016 autorizó la ejecución del programa mediante aspersión terrestre con glifosato –PECAT-, creó un comité técnico institucional para dirigir y coordinar las acciones del PECAT, asignó la ejecución del programa a la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional, estableció la obligación de realizar mensualmente un informe de evaluación del programa por el Consejo Nacional de Estupefacientes, y en su artículo 5º estableció que se emplearán los recursos humanos, técnicos y financieros para prevenir y minimizar los posibles daños que se puedan derivar de dicha actividad mediante el estricto cumplimiento de las medidas establecidas en el plan de manejo ambiental y los protocolos conexos.

Por su parte la jurisprudencia del Consejo de Estado 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 2013²⁵ en la que el Consejo de Estado determinó que se incumplió lo previsto en el artículo 77²⁶ 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

²⁵ Exp. No. 22060. M.P. Dra. Stella Conto Díaz del Castillo.

²⁶ “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”

ambientales referidos, lo cierto es que al Estado no le está permitido proceder a fumigar un cultivo sin haberlo identificado previamente como ilícito.”

Pero de igual manera cuando a pesar de cumplir la entidad los protocolos y requisitos necesarios para proceder a la fumigación por aspersión aérea de cultivos ilícitos, causa un daño por cuenta de esta aspersión, el Consejo de Estado ha señalado que dado el riesgo que produce o que puede producir, es obligación del Estado reparar el daño causado. En este sentido puede citarse la sentencia del 20 de febrero de 2014²⁷, en la cual se indicó:

“...la fumigación aérea con glifosato es una actividad que engendra un riesgo para el ambiente, por lo cual el Estado le asiste un deber de guarda material sobre este tipo de sustancias que opera, obligación que se origina del poder de instrucción, dirección y control del cual está investido.

(...)

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.

En el caso concreto, la Sala encuentra que si bien no obra en el plenario un dictamen técnico que confirme que la destrucción de las plantaciones residió en los efectos de la fumigación de los cultivos ilícitos cercanos al predio, en el expediente obran elementos procesales que permiten construir la imputación de responsabilidad en cabeza del Estado (...)”

Este planteamiento fue reiterado por la Subsección A en las sentencias del 27 de enero de 2016²⁸, 2 de mayo de 2016²⁹ y 2 de noviembre de 2016³⁰. Y en fecha

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 20 de febrero de 2014, Exp. No. 29028, M.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

²⁸ Expediente 34797. C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón. “...Ciertamente, la jurisprudencia de la Sala ha señalado que, tratándose de la producción de daños originados en el despliegue –por parte del Estado– de actividades peligrosas, es aquel a quien corresponda jurídicamente la guarda de la actividad calificada de peligrosa quien estará llamado a responder por los perjuicios que se ocasionen al concretarse el riesgo creado (...).

Dado que el Estado se encontraba a cargo de la actividad riesgosa que produjo el daño, como es el despliegue de operaciones aéreas de aspersión de herbicidas -Glifosato-, la jurisprudencia de esta Sección del Consejo de Estado ha precisado que la responsabilidad predicable respecto del ente demandado lo es a título del régimen objetivo, identificado como riesgo excepcional (...).

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 2 de mayo de 2016, exp. No. 36357 M.P. Danilo Rojas Betancourth

³⁰ Expediente 41467. C.P. Dr. Ramiro Pazos Guerrero

más reciente la Subsección C al resolver un asunto similar al que aquí nos ocupa, precisó:

“...el daño antijurídico se hizo consistir en la aminoración, detrimento y deterioro de los cultivos, suelos y predio del demandante, con vulneración del derecho de propiedad tanto en su función social, como ecológica, y en la indebida restricción a la libertad de la actividad productiva amparada convencional y constitucionalmente, así como a la tutela eficaz del ambiente en la esfera de la calidad que debe proveerse para el disfrute de los bienes. Se trató, por lo tanto, de la concreción de un típico daño ambiental.

ii) Dicho daño es imputable con base en el fundamento de la falla en el servicio, puesto que se demostró que se incumplieron, omitieron y fue inactivo el Estado al momento de sujetarse a los estándares, criterios y exigencias técnicas y legales previstas en la Ley 30 de 1986, en los reglamentos expedidos para la realización de las aspersiones con herbicidas (...) y en las exigencias convencionales, concretadas (a) en la indebida, insuficiente e inexistente identificación y delimitación de las áreas de aspersión; (b) la inobservancia del Plan de Manejo Ambiental; (c) el incumplimiento de las medidas de contingencia y de revisión posterior de las áreas colateralmente afectadas con la aspersión para la realización las tareas de restauración o recuperación, entre otras; y,

iii) Se reconocieron perjuicios materiales en las modalidades de daño emergente y lucro cesante, ordenándose su liquidación en abstracto mediante incidente teniendo en cuenta criterios como el del área cultivada, el valor de la descontaminación del mismo, los valores de producción certificados para la época de los hechos, entre otros”³¹.

Teniendo en cuenta los criterios jurisprudenciales que se acaban de exponer, concluye la Sala que en los eventos en que se pretenda atribuir responsabilidad al Estado por la fumigación aérea con glifosato, puede ocurrir, de acuerdo a lo que resulte probado, que dicha responsabilidad se analice bajo el título de imputación de falla del servicio si se demuestra que la entidad incumplió por acción u omisión alguno de los deberes de cuidado que le eran exigibles al momento de realizar la aspersión. Y en otros eventos, en los que no se demuestra esta falla, pero se causa un daño, la conducta y la consecuente responsabilidad estatal deviene analizarla bajo el título de riesgo excepcional, tal y como se hará en el presente evento, partiendo del presupuesto de que el uso del herbicida glifosato para la erradicación de cultivos ilícitos constituye el ejercicio de una actividad peligrosa que implica, que cuando se generen daños antijurídicos, se responderá sin que sea relevante acreditar que se cumplió con los deberes de cuidado.

³¹ Sentencia del 8 de septiembre de 2017 dentro del expediente con número interno 38040. C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

3.3. Problemas jurídicos

Son tres los problemas jurídicos que debe resolver la Sala:

- 3.3.1.** ¿Demostró el actor el daño que dice se le causó con la aspersión aérea realizada los días 29 de agosto de 2008 y 13 de septiembre de 2009, por el área de erradicación de cultivos ilícitos?
- 3.3.2.** Si la respuesta es positiva. ¿Es imputable este daño a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Dirección de Antinarcóticos – Área de Erradicación de Cultivos Ilícitos, y por tanto debe responder por los perjuicios causados al demandante?
- 3.3.3.** ¿Demostró el actor la cuantía del perjuicio que reclamó a título de daño material y moral?

3.4. Solución al primer problema propuesto. El daño

La Sala considera oportuno hacer una breve referencia al valor probatorio de los documentos aportados por la parte demandante en copia simple y con los cuales pretendió demostrar el daño causado a sus cultivos como consecuencia de la aspersión aérea con glifosato realizada los días 29 de agosto de 2008 y 13 de septiembre de 2009 en la finca la Nelicia.

Sobre el valor probatorio de los documentos aportados en copia simple, la Sección Tercera de esta Corporación en fallo de unificación de jurisprudencia³², consideró que las copias simples tendrán mérito probatorio en virtud de los principios constitucionales de buena fe y lealtad procesal, en tanto se hayan surtido las etapas de contradicción y su veracidad no hubiere sido cuestionada a lo largo del proceso. Concluyó la Sala que una interpretación contraria implicaría afectar el acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal.

El anterior criterio será el que la Sala tome como referencia para efectuar la valoración de los documentos que a continuación se relacionan y con los que el actor pretende demostrar la propiedad sobre los cultivos y el daño que se le causó con las fumigaciones realizadas por la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional, en la finca la Nelicia los días 28 de agosto de 2008 y 13 de septiembre de 2009:

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2013, exp. 25022, M.P. Enrique Gil Botero.

3.4.1. Del título que tenía sobre el bien

En primer término y con el fin de demostrar la condición que tiene sobre el bien objeto de fumigación, anexa en copia simple un documento que contiene el contrato de comodato³³ suscrito el 10 de marzo de 2008 entre el propietario de la finca la Nelicia ubicada en la Quebrada del Charco, corregimiento de San José de Guare, municipio de Guapi, señor Digno Campaz Angulo y Alcides Sinisterra Angulo. En este documento se consignan como linderos del predio los siguientes: “POR LA DERECHA: con propiedad de la señora Rosaura Salazar, POR LA IZQUIERDA: con propiedad de la señora SALUSTRIANA SALAZAR, POR EL FRENTE: con la Quebrada el Charco, POR EL FONDO: con la quebrada la Escolástica y encierra”. La destinación del inmueble se pactó en la cláusula quinta del contrato en los siguientes términos: “exclusivamente para cultivos de pan coger, árboles frutales, plátanos, piña, caimito, plantas medicinales, limoncillo, bacao, hortalizas y plantas medicinales”, y como término de duración del contrato se fijó por los contratantes diez (10) años, desde el 10 de marzo de 2008 al 10 de marzo de 2018³⁴.

De esta manera y como este documento que aparece autenticado el 3 de febrero de 2009, no fue tachado de falso ni controvertido de ninguna otra manera por la entidad demandada, se tendrá por probada la condición de comodatario que habilita al demandante para reclamar el perjuicio. Es decir, le asiste tal y como se precisó en párrafos anteriores, legitimación en la causa por activa.

3.4.2. De los cultivos y su afectación

Para demostrar el tipo de cultivo que el demandante y comodatario del inmueble tenía sembrado en el terreno afectado, se aportó por el demandante la siguiente documentación en copia simple:

- Comunicación suscrita por Alcides Sinisterra y dirigida al Presidente de la Junta de Acción Comunal de San José de Guare informando sobre los perjuicios que se le causaron como consecuencia de la fumigación realizada por el gobierno, y solicitando se practique una visita para evaluar las pérdidas y los perjuicios.³⁵

³³ Artículo 2200 del C.C.C. “El comodato o préstamo de uso es un contrato en que la una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso. Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa”.

³⁴ Folio 12 cd. ppal.

³⁵ Folio 2 cd. ppal.

- Certificación fechada el 5 de septiembre de 2008, suscrita por quien dice ser el Presidente de la Junta de Acción Comunal de San José de Guare³⁶, en la que se lee lo siguiente:

“El señor Alcides Sinisterra Angulo, mayor de edad de 76 años, identificado con CC 258995 de Palmira Valle es hijo de esta comunidad y ha venido realizando las actividades agrícolas de pan coger para la subsistencia de él y de su familia; en estos momentos ha tenido grandes perjuicios por motivo de la fumigación de los cultivos ilícitos muriéndose así sus sembrados, esterilizándole la tierra y sin ninguna esperanza para sobrevivir.

Sus pérdidas son:

Matas de piñas No 6.000

Colinos 300

Árboles frutales 122

Tubérculos 30

Plantas medicinales 12

Tierra x kilómetros 3 hectáreas

Para mayor constancia

Se firma en san José de Guare (sic)

El 18 de octubre de 2008 (...)

- Escritos que se denominan “presupuesto finca la Nelicia”³⁷ y “presupuesto del perjuicio recibido en la segunda fumiga. Abril 13 a 16 2009”³⁸. Estos documentos no aparecen suscritos por ninguna persona ni tampoco se informa quien es su autor o autores.

- A la demanda se anexa un registro fotográfico denominado “evidencias: fotos antes de la fumiga”, con el cual pretende demostrar el demandante las condiciones de la tierra antes y después de la aspersión aérea³⁹.

Para la Sala, los documentos que contienen el presupuesto y el registro fotográfico, no pueden valorarse al carecer de los requisitos que debe contener el

³⁶ Folio 3 cd. ppal.

³⁷ Folio 14 cd. ppal.

³⁸ Folios 17 a 18 cd. ppal.

³⁹ Folios 4 a 8 cd. ppal.

documento privado, pues no se tiene certeza de su autor y no es posible deducir su autoría de otros elementos indicadores, tales como membrete, sellos, o cualquier otro hecho del cual pueda inferirse su autor.

La autenticidad de un documento la define el artículo 244 del C. G. del P., así: *“es auténtico un documento cuando existe certeza respecto de la persona a quien se atribuye el documento. Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.”*

Sobre este preciso punto la Corte Constitucional en la sentencia T-268 de 2010 precisó que por autenticidad de un documento se entiende la ausencia de duda acerca de su creador o, lo que es lo mismo, la certeza respecto de la persona de quien proviene:

“De esta forma (...) a la autenticidad de un documento se puede llegar por tres caminos diferentes:

*(i) El primero de ellos hace referencia a la certeza sobre **la persona que lo ha elaborado**. Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, la palabra elaborar significa ‘transformar una cosa u obtener un producto por medio de un trabajo adecuado’. De ello se deduce que el artículo 252 en este punto se refiere **a la creación del documento y específicamente a su creador**.*

(ii) El segundo de ellos hace relación a la certeza que se tiene acerca de la persona que lo ha manuscrito, es decir, de quien lo ha escrito a mano o elaborado de su puño y letra.

(iii) El último hace mención a la certeza que se tenga respecto de quien ha suscrito el documento, esto es, quien ha incorporado en él su firma, entendiéndose por ésta ‘la signatura autógrafa del documento es decir, el escribir una persona su nombre, sea o no inteligible, para identificarse como el autor jurídico del documento, o para adherirse a él, o para dar fe de su otorgamiento como testigo actuario, o para autorizarlo o autenticarlo como funcionario público”.

Lo expuesto permite sostener que, aun cuando la firma es uno de los medios o formas que conducen al reconocimiento de la certeza sobre la autoría de

un documento e incluso a la presunción de su autenticidad, no es el único, pues existen otros que también dan lugar a la certeza de su autenticidad cuando se trata de documentos elaborados o manuscritos, como las marcas, las improntas, o cualquier señal física y/o electrónica.”

El planteamiento anterior guarda total consonancia con lo que esta Sección ha señalado respecto del valor probatorio que se le puede dar a una fotografía: “(...) la Sala advierte que de acuerdo con el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil los documentos que han de apreciarse como pruebas deben ser auténticos, “es decir debe haber certeza respecto de la persona que lo ha elaborado y de que el hecho plasmado en el documento, en este caso en las fotografías, corresponda a la realidad, puesto que, al igual que en cualquier otro documento, hay riesgo de alteración” (...). En relación con las fotografías, además de que resulta imposible establecer su autenticidad, lo cierto es que bajo ningún supuesto pueden ser valoradas dado que sólo dan cuenta del registro de varias imágenes, sobre las que no es posible determinar su origen, ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas o documentadas⁴⁰”.

Para esta Sala entonces, los únicos documentos que podrá valorar y a los que les dará credibilidad a pesar de haber sido aportados en copia simple⁴¹, son el contrato de comodato y la certificación que suscriben miembros de la Junta de Acción Comunal, dado que no fueron controvertidos ni desconocidos por la parte demandada.

La apreciación y valoración de estos documentos debe hacerse de manera conjunta con la prueba testimonial que da cuenta de la existencia de los cultivos, su clase, extensión y propietario de los mismos. Es así como al folio 35 de cuaderno de pruebas la señora Eusebia Montaña Campaz manifestó que conoce la finca la “Nelicia” que se encuentra ubicada en el municipio de San José de Guare y su propietario es Alcides Sinisterra Angulo, con cultivos de “cacao, plátano, yuca y achioté”. Esta testigo al igual que los demás declarantes señores Marco Tulio Campaz Montaña, Agustín Montaña Hernández, María Luis Montaña Sinisterra, Gabino Montaña Campaz y Rosalia Montaña de Rivera⁴², todos vecinos de San José de Guare, informaron que personal de antinarcóticos realizó los días 28 y 29 de agosto de 2008 fumigación sobre varios predios incluida la finca la “Nelicia”, destruyendo todos los cultivos que allí existían y afectando la bocatoma que surte de agua al pueblo.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 25 de abril de 2012, exp. 22377, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁴¹ Artículo 244 C.G. del P. “Documento auténtico. (...) *Los documentos públicos y privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados y firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso. (...)*”.

⁴² Folios 39 a 43 del cd. pruebas.

Destacaron también los testigos que el señor Alcides Sinisterra con el producido de la finca, anón, aguacate, mamey, achiote, chontaduro, mandarina, caimito, pomarrosa, proveía a la comunidad. También son coincidentes en afirmar que luego de agosto de 2008 el señor Alcides volvió a sembrar y en septiembre de 2009 perdió sus cultivos por una nueva fumigación.

De igual manera destacaron que antes de las fumigaciones el ejército estuvo en el lugar y constataron que en ese sector no había cultivos de coca, que dichos cultivos estaban lejos de las quebradas y lejos del pueblo y que el área que tenía cultivada Alcides Sinisterra no era menos de tres hectáreas.

Estas declaraciones son coincidentes, son coherentes y fueron rendidas de forma espontánea por vecinos del sector que apreciaron de manera directa la fumigación aérea y percibieron la destrucción de los cultivos y la afectación económica del señor Alcides, quien dedicó toda su vida al cultivo de hortalizas, plantas medicinales y árboles frutales. En efecto, los testigos relatan que nacieron y residen en el sector afectado por la fumigación, y son unánimes en afirmar que conocen al señor Alcides de toda la vida:

1. *EUSEBIA MONTAÑO CAMPAZ vive en San José de Guare y manifestó que conoce a Alcides Sinisterra. Al preguntársele “Cuál o cuáles han sido las actividades a que se ha dedicado el señor ALCIDES SINITERRA? CONTESTÓ: Desde que lo conozco ha sido agricultor, siempre ha sido agricultor en la misma finca, tuvo finca de coco también, él solo ha sido agricultor, la de coco a secó el gusano, eso fue una plaga y de ahí se dedicó a sembrar todos los árboles y matas que ya he mencionado. PREGUNTADA. ¿Sabe usted qué tipo de químico se utilizó para esas fumigaciones? CONTESTÓ: No, no puedo decir pero dicen que es glifosato, esa es una cosa que cuando le cae a uno del da hasta rasquiña. PREGUNTADA: ¿Sabe usted si antes de esas fumigaciones tanto personal de la policía como de la armada o ejército pasaron por el poblado en donde usted habita buscando o ubicando cultivos con plantas de coca? CONTESTÓ: Los soldados sí pasaron, policías no, ellos pasaron antes de la fumiga. En una ocasión se le comieron las piñas a don ALCIDES. (...) PREGUNTADO. ¿Tiene algo más por agregar a esta diligencia? CONTESTÓ: Pues que esos señores andaban como locos fumigando, fumigaron hasta el agua del acueducto y a consecuencia de eso nos dio diarrea a toda la gente del pueblo, también nos caía y nos daban o salían manchas en la piel; esa finca queda cerca al pueblo y toda la gente sufrimos las consecuencias de esa fumiga⁴³”*
2. *MARCO TULLIO CAMPAZ MONTAÑO. Este testigo que vive en San José de Guare, afirmó que conoce al demandante desde hace 42*

⁴³ Folios. 35 a 36 cd. de pruebas

años. Lo identificó como el propietario de la finca la Nelicia y de los cultivos de piña, guayaba, limón, borjón, entre otros, que perdió como consecuencia de la fumigación con glifosato. PREGUNTADO: ¿Qué daños produjo el químico con que se fumigó en el predio ya relacionado? CONTESTÓ: Todos los sembradíos que tenía, todo eso lo acabaron, hasta el mimo pueblo le echaron esa cosa, hasta la bocatoma le echaron ese líquido, a él no le quedó absolutamente nada, todos los cultivos que él tenía se los arrasaron, solamente está la tierra. PREGUNTADO: ¿Sabe usted si esos árboles frutales que dice destruyó la fumigación estaban en producción o a penas estaban en desarrollo? CONTESTÓ: Eso estaba en producción porque él era el que proveía al comunidad de esos productos, todo eso estaban (sic) en producción. Había anón, pomarrosa, aguacate, mamey, aciote, chontaduro, mandarina, (...) eso lo acabó la fumigación. Ahora esos productos toca llevarlos de acá de Guapi porque él era el que proveía, cultivaba hortalizas, plantas medicinales (...)»⁴⁴.

3. AGUSTÍN MONTAÑO HERNÁNDEZ vive en San José de Guare, es agricultor y conoce a Alcides Sinisterra hace 42 años. PREGUNTADO. ¿usted tiene conocimiento si por los lados en donde está ubicada la finca ya mencionada, personal de antinarcóticos ha efectuado labores de fumigación? Para que época se han producido las mismas. CONTESTÓ: Si señor, una temporada fue el 28 y 29 de agosto de 2008”. PREGUNTADO. ¿Cuáles eran los fines de la fumigación? CONTESTÓ: Pues no sé porque por ahí por la finca de don ALCIDES no habían cultivos ilícitos. PREGUNTADO: ¿Qué daños produjo el químico con que se fumigó el predio mencionado? CONTESTÓ: Fue que el cultivo se le murió total, allí no quedó nada, a él le echaron dos períodos, la otra fue el 13 de septiembre de 2009 y eso le acabó con todo. PREGUNTADO. ¿Sabe usted si esos árboles frutales que dice destruyó la fumigación estaban en producción o apenas estaban en desarrollo? CONTESTÓ: Estaban produciendo, estaban en producción, de eso él vivía vendiendo frutas. El traía para acá para Guapí y vendía allí en San José, limones y en el Carmelo y también surtía con esa fruta unos hogares comunitarios de Bienestar Familiar. PREGUNTADO: ¿Que otras secuelas dejó la fumigación en la región de San José de Guare? CONTESTÓ: Mucho daño, porque sobre todo para los niños hubo muchas epidemias porque no ve que eso lo echaban al agua también, a los niños les daba diarrea, vómito, dolor de cabeza de daba a uno y como en veces fumigaban y uno estaba andando pues nos hacía daño⁴⁵.”

En similares términos rinden testimonio tres personas más que son residentes del sector y fueron afectados por las fumigaciones.

⁴⁴ Folios 39 a 41 cd. pruebas.

⁴⁵ Folios 42 a 43 cd. pruebas.

Aunado a lo anterior, el Alcalde Municipal de Guapi – Cauca informó al juez de primera instancia mediante oficio D.A.M. No. 127, que:

“como Administración municipal no contamos con el itinerario de las fumigaciones aéreas con glifosato para la erradicación de cultivos de uso ilícitos realizadas por la Policía de antinarcóticos, ya que son ellos los directos responsable de esta actividad, de igual forma quiero manifestarle que ante esta Administración se presentaron quejas de daños y perjuicio causados por dichas fumigaciones en los ríos Guaji, Napi, Guapi y en la comunidad de Quiroga en las épocas de Noviembre de 2008, febrero y abril del año 2009 en donde eventualmente se presentaron aspersiones aéreas con glifosato para la erradicación de cultivos de uso ilícitos.”⁴⁶

Finalmente advierte la Sala que la inspección judicial que fue decretada por la primera instancia, no se pudo llevar a cabo porque no se contó con los medios logísticos suficientes para efectuar el desplazamiento del despacho judicial al sitio objeto de la inspección⁴⁷.

3.4.3. De la queja presentada por el demandante ante la Dirección de Antinarcóticos.

Está demostrado con la prueba documental que se adjuntó a la demanda y con la recaudada en el curso del proceso, que el señor Alcides Sinisterra radicó una queja identificada con el número 8565, y a través de la cual se informaba a la entidad el daño causado con la aspersión aérea realizada el día 28 de agosto de 2008 en la finca la “Nelicia”, y se solicitaba la indemnización correspondiente.

La Dirección Antinarcóticos el 13 de enero de 2009 le informa al Alcalde Municipal de Guapi con relación a la queja presentada por el señor Alcides Sinisterra que⁴⁸:

“(…) De acuerdo con la resolución 0008 del 2 de marzo de 2007, la competencia para la recepción de las quejas se encuentra en la Alcaldía Municipal ya que los artículos 8º y 9º, de la resolución 0008/07, señalan de manera expresa que el Alcalde evaluará la conducencia del trámite formal de la reclamación analizando de una parte que se recaude toda la información que menciona el artículo 7º, así mismo que no ocurran las causales de rechazo de plano mencionadas por el artículo 9º, procediendo posteriormente a remitir en un plazo de cinco (05) días la documentación al a Dirección de antinarcóticos de la Policía Nacional, la cual le corresponde decidir sobre la

⁴⁶ Folio 9 cd. pruebas.

⁴⁷ Folios 34 y 54 cd. pruebas.

⁴⁸ Folios 9 a 10 cd. ppal.

procedencia o no de la reparación del daño una vez se encuentre acreditado que los daños reportados se produjeron como consecuencia de las operaciones de aspersión adelantadas en desarrollo del Programa de Erradicación Cultivos Ilícitos con el herbicida glifosato.

*(...) efectuando la revisión de la reclamación presentada por el señor **ALCIDES SINISTERRA ANGULO**, se evidencia que la documentación necesaria para adelantar el trámite de la queja no se encuentra completa (...) se le solicita que por su conducto, se requiera al interesado la información relacionada con el documento que demuestra legitimidad del quejoso para reclamar el presunto daño, se debe allegar copia de la escritura pública, promesa de compraventa, o contrato de arrendamiento debidamente registrados ante la autoridad competente, o en su defecto copia de resolución de INCODER, donde se adjudique a su nombre el terreno baldío con fecha anterior a la supuesta aspersión, actividad económica actual desarrollada en el predio, fecha y hora de la aspersión y la ubicación geográfica exacta del predio (...)"*

En virtud de lo anterior, el hoy demandante remitió el 27 de febrero de 2009 al Secretario de gobierno del municipio de Guapi, los documentos solicitados, esto es, el contrato de comodato y el presupuesto de cultivo de la finca la Nelicia⁴⁹. Con posterioridad, el 15 de octubre de 2009 el señor Alcides Sinisterra solicitó al Coordinador Grupo Atención Quejas por Aspersión, pronunciamiento sobre la queja radicada al número 8565 en dicha entidad⁵⁰.

La Dirección de Antinarcóticos, a través del Jefe Área de Erradicación de Cultivos Ilícitos, en cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal Administrativo del Cauca al dar apertura al período probatorio⁵¹, informa que:

“Con relación a los hechos ocurridos en la finca la Delicia (sic), ubicada en el corregimiento de Olaya Herrera San José de Guare en Guapi – Cauca, hechos ocurridos en el mes de agosto de 2008 y el 13 de septiembre de 2009, es importante mencionar que no se pueden precisar, esto debido a que no se tiene la ubicación geográfica exacta del predio, razón por la cual, mediante Oficio No. 0218 ARECI-GRAQA del 13/01/2009, se solicitó al señor Alcides Sinisterra Angulo, remitir a este Jefatura la ubicación geográfica exacta del predio donde presuntamente ocurrieron los hechos, es decir, indicar el punto donde (sic) se causó el presunto daño reportado (coordenadas geográficas o planas).

⁴⁹ Folio 11 cd. ppal.

⁵⁰ Folio 19 a 24 cd. pruebas

⁵¹ Folio 79 cd. ppal.

Una vez revisada la base de datos con la que cuenta el Grupo de Atención a Quejas por Aspersión por parte del señor SI. Alexander Medina García (...) se encontró que el señor **ALCIDES SINISTERRA ANGULO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 2.589.950, interpuso queja derivada de las operaciones de aspersión, siendo radicada bajo **No. 8565 –DIRAN** y dentro de la cual se le (sic) realizaron las siguientes actuaciones administrativas:

- En el Área de Erradicación de Cultivos Ilícitos de la Dirección de Antinarcóticos se recibió el 12/12/2008, la presentación de la queja con los respectivos anexos, donde se dan a conocer los hechos ocurridos el día 31 de octubre de 2007 en el predio denominado “Primavera” ubicado en la vereda Palmeiras del municipio de San José de la Fragua – Caquetá. La que fue interpuesta el día 23 de noviembre de 2007 en la Personería Municipal de San José de Fragua – Caquetá.
- (...)
- Mediante oficio circular No. 077 de fecha 27/02/2009, suscrito por el señor Florentino Obregón Cuero, alcalde Municipal de Guapi – Cauca, remiten la información solicitada anexando el contrato de comodato y el presupuesto de cultivo finca La Delicia (sic).
- Mediante Auto No. 7509 ARECO-GRAQA-44 del 24/11/2009, se ordenó el rechazo de la queja. La decisión se fundamentó en que como quiera que no se suministró la información necesaria para continuar con el trámite de la reclamación se dispuso rechazar y ordenar el correspondiente archivo (...).
- Mediante oficio No. 2416 ARECI-GRAQA-29 del 20/03/2010 se le dio respuesta al escrito de fecha 25/01/2010, suscrito por el reclamante⁵².

El anterior documento demuestra que el hoy demandante puso en conocimiento de la autoridad competente la pérdida de sus cultivos. Así mismo, que la entidad al darle el trámite pertinente decide rechazar la queja, lo cual no le impide al interesado acudir al proceso ordinario en procura de que se le repare el daño causado.

Aunado a lo anterior, es evidente que la respuesta de la entidad es incongruente pues en algunos apartes de la misma se hace referencia a la finca la Primavera y a hechos ocurridos en octubre de 2007, cuando la reclamación tiene por objeto otro predio afectado en una fecha diferente. Este trámite administrativo, contrario a lo afirmado por la entidad recurrente, fue valorado por el juez de primera instancia como una prueba más de la existencia del daño.

Del conjunto probatorio que se acaba de relacionar y que la Sala valora en su integridad, se responde de manera positiva el primer problema planteado, pues se

⁵² Folio 10 cd. pruebas.

tiene certeza que al señor Alcides Sinisterra se le causó un daño que se concretó en la pérdida total de los cultivos de pan coger y árboles frutales que tenía sembrados en la finca la “Nelicia” que usufructuaba en su condición de comodatario, con las fumigaciones aéreas que la Dirección de Antinarcóticos efectuó en el sector en los años 2008 y 2009.

3.5. Solución al segundo problema. Imputación del daño

Para la Sala, el estudio de la responsabilidad se hará bajo el régimen objetivo de responsabilidad, bajo el título de imputación de riesgo excepcional en la medida en que a la demandada le es atribuible el daño antijurídico que sufrió el demandante como consecuencia de la ejecución de una operación aérea de aspersión con glifosato. Actividad lícita que generó un riesgo para la salud humana y para la vegetación (cultivos de pan coger y árboles frutales), y causó un daño que aunque, la entidad no acepta expresamente y cuestiona por la ausencia de prueba técnica, si se encuentra demostrado con otros medios de prueba.

En efecto, el Alcalde municipal informó al proceso que recibió varias quejas de afectación tanto a los cultivos como a la salud humana, con la fumigación aérea que la Policía Nacional – Dirección de Antinarcóticos realizó en la zona en los años 2008 y 2009⁵³.

Además la prueba testimonial ya referida, da cuenta de la conducta de la entidad que tiene a cargo la actividad de fumigación, y los resultados que la misma produjo no solo a la finca del hoy demandante, sino a la salud de los moradores del sector y al acueducto municipal, entre otros. Estos testimonios son coincidentes y demuestran que el hecho dañino fue ejecutado por la demandada quien deberá responder por los perjuicios causados a los cultivos del señor Alcides Sinisterra Angulo.

De esta manera desestima la Sala los argumentos del recurrente en cuanto, si bien no existe prueba técnica sobre el tipo de cultivo y el estado actual de la tierra como consecuencia de la aspersión, ello no es suficiente para negar las pretensiones dado que existen otros medios de prueba –testimoniales y documentales- que analizadas en conjunto y bajo el criterio de la sana crítica y recapitulando, permiten inferir lo siguiente:

- El señor Alcides Sinisterra Angulo recibió en comodato la finca la Nelicia ubicada en la Quebrada el Charco – Corregimiento Olaya herrera (San José de Guare) municipio de Guapi – Cauca, en el mes de marzo de 2008.

⁵³ Folio 9 cd. pruebas

- En los terrenos de la finca la Nelicia el demandante realizó actividades agrícolas –cultivos de pan coger y árboles frutales- en una extensión no menor de tres hectáreas.

- La Policía Nacional – Dirección de Antinarcóticos realizó fumigaciones aéreas con glifosato a finales de los años 2008 y 2009 para la erradicación de cultivos ilícitos, que ocasionaron quejas por daños y perjuicios generados a la comunidad en sus cultivos y en su salud.

- Como consecuencia de las fumigaciones el señor Alcides Sinisterra perdió la totalidad de lo sembrado.

- En los terrenos que el comodatario usufructuaba ni en sus alrededores más cercanos existían cultivos ilícitos.

La Sala a manera de conclusión puede afirmar que el demandante no tenía la obligación jurídica de soportar el daño antijurídico causado por la entidad demandada por lo que a ésta le asiste el deber de repararlo integralmente. Quien crea un riesgo con la ejecución de una actividad lícita, debe reparar los daños antijurídicos que cause sin que sea necesario acreditar que incumplió con los deberes de cuidado que le eran exigibles.

3.6. Solución al tercer problema. Perjuicios

El demandante solicitó en la demanda el reconocimiento y pago de perjuicios morales en cuantía equivalente a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes⁵⁴, que fueron negados por el tribunal al no encontrarlos demostrados.

Este es uno de los aspectos que el demandante pide que se revise por esta instancia, pues considera que está plenamente acreditado el padecimiento moral experimentado por la pérdida de sus cultivos de pan coger, árboles frutales, hortalizas y plantas medicinales. Afirma textualmente:

“El señor ALCIDES SINISTERRA con la pérdida de sus cultivos ilícitos de Pan coger (sic), arboles (sic) frutales, Hortalizas y plantas medicinales (sic), sufrió no solo un desbalance económico, sino también un desequilibrio emocional; persona esta quien por espacio de más de 5 años está padeciendo daño en su salud y sin poder darse la calidad de vida que antes

⁵⁴ Folio 37 cd. ppal.

ostentaba, lo desesperó y estuvo al borde del suicidio, por el padecimiento de tantas necesidades, sin solución pronta.”⁵⁵

3.6.1. Tal y como la primera instancia lo señaló, la jurisprudencia del Consejo de Estado permite que sea posible el reconocimiento del perjuicio moral⁵⁶ generado por la pérdida de bienes materiales, siempre y cuando los mismos aparezcan demostrados en el proceso⁵⁷.

Para el caso, el demandante pretende demostrar la cuantía del perjuicio, con el registro fotográfico aportado y en el que dice, se ve al actor antes de la pérdida de sus cultivos, “sonriente” y después de la pérdida con “muchísima tristeza y decaído”. Sobre este argumento debe decir la Sala que tal y como se precisó en el capítulo de la prueba del daño, el registro fotográfico no sirve para demostrar un hecho en cuanto no informan sobre su origen, época, lugar, condiciones, autor y demás circunstancias de las cuales se pueda inferir con claridad la situación particular que se quiere demostrar.

De igual manera la prueba testimonial recaudada a pesar de su coherencia, espontaneidad, coincidencia, uniformidad no es suficiente para tener por demostrado este tipo de perjuicio, pues las manifestaciones de los testigos aluden a la pérdida, como consecuencia de la fumigación que se realizó los días 28 y 29 de agosto de 2008 por personal antinarcóticos, de las hortalizas, plantas medicinales, plátano, yuca, etc., que cultivó Alcides Sinisterra en la finca Nelicia⁵⁸ y el perjuicio económico que esta pérdida le representó, al punto que dicen los testigos que Alcides Sinisterra *“...quedo fue en la jarra, él solo vivía de su agricultura, está ayudado es por la hija, él no tiene nadie que le de comer. El ahorita no tiene recursos para volver a cultivar, y eso cuesta dinero...”⁵⁹*.

En efecto la prueba testimonial se rindió por vecinos de la comunidad afectada con la aspersión y que percibieron de manera directa el suceso dañoso y sus

⁵⁵ Folio 136 cd. 3.

⁵⁶ En sentencia del 22 de abril de 2009 proferida dentro del expediente con número interno 17000, definió el perjuicio moral como: “el perjuicio inmaterial que comprende el aspecto interno del individuo, la afección directa a los sentimientos del ser humano, como la congoja, la tristeza, etc., y para que haya lugar a su indemnización, es necesario que la afectación sea intensa, pues no cualquier contratiempo o contrariedad puede ser moralmente compensado (...)”.

⁵⁷ “En cuanto a la prueba de ese daño moral, ha recalcado 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.” De manera que frente al caso concreto, teniendo en cuenta que el dinero es un bien mueble de carácter fungible y que ante la inminencia de su pérdida el demandante dijo haber resultado moralmente afectado, es necesario recurrir a las pruebas obrantes en el expediente, con el fin de establecer si las mismas otorgan a la Sala certeza sobre la existencia y justificación de tal perjuicio. (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de noviembre de 2009, exp. 17119, C.P. Mauricio Fajardo Gómez).

⁵⁸ F. 35 a 53 cd. de pruebas

⁵⁹ F. 36 cd. de pruebas.

consecuencias, sin que se evidencie contradicción en lo afirmado, por el contrario leídas las actas que contienen las declaraciones, se evidencia espontaneidad y claridad en las afirmaciones basadas en el conocimiento que cada uno de los declarantes tuvo de los hechos antes y después de la fumigación aérea. Bajo estas condiciones la Sala le otorga pleno valor al dicho de cada uno de los declarantes, pero destaca que no prestan mérito para demostrar el perjuicio moral que se reclamó por el demandante quien se limitó a afirmar en la demandada y en el escrito contentivo del recurso, que Alcides Sinisterra sufrió afectación moral sin preocuparse por aportar el medio probatorio del cual inferir su existencia. Olvidó el demandante que no basta una afirmación sino que es necesario probar ese supuesto de hecho del cual se pretende derivar la consecuencia la jurídica.

Insiste la Sala que sin perjuicio de la veracidad de los testimonios que apreció y valoró en el capítulo correspondiente al daño, en cuanto reúnen los elementos intrínsecos, esto es, credibilidad, verosimilitud en lo declarado, causa del conocimiento, claridad en el relato de los hechos, y extrínsecos como la ausencia de contradicción; los mismos no le otorgan la convicción sobre la existencia y veracidad del perjuicio moral entendido como la afectación directa de los sentimientos del ser humano que denota tristeza, congoja, angustia, etc., dado que ninguno de los deponentes refiere sobre estos aspectos. A lo sumo con esta prueba testimonial se demuestra el daño y la afectación patrimonial padecida.

Así las cosas, se impone confirmar la decisión que se abstuvo de reconocer y compensar el perjuicio moral que reclamó el actor como consecuencia de la pérdida de sus cultivos por la aspersión aérea llevada a cabo por el área de erradicación de cultivos ilícitos de la Dirección de Antinarcóticos.

3.6.2. Perjuicio material

Sin duda alguna, esta clase de perjuicio aparece demostrada en cuanto es evidente la afectación de los cultivos como consecuencia de la aspersión aérea con glifosato, le causó al demandante una pérdida económica, porque tuvo que invertir en la compra de semilla, en la preparación del terreno, en el riego, cuidado y venta del producto final. Pero lo que si no se aprecia en el expediente es la prueba del valor de la inversión y de las utilidades que le hubiera generado la cosecha.

Lo anterior porque a pesar de que se trajo un documento que tiene por título “presupuesto finca la Nelicia”, el mismo tal y como se concluyó no tiene el valor suficiente para establecer el monto del perjuicio, en cuanto no se conoce su autor y tampoco fue ratificado en el curso del proceso. Y el segundo documento tampoco es suficiente por las mismas razones y porque adicionalmente se refiere

a una fecha distinta a la de la fumigación, sin aclarar si fue la fecha en que se sembró y si lo allí relacionado es el costo de dicha siembra.

Para efectos de una condena en concreto no es suficiente con la estimación económica que haga el demandante sino que es necesario que las sumas pedidas estén acreditadas y soportadas con elementos de prueba contundentes y que no dejen duda alguna en el juzgador de su existencia y monto, lo cual no ocurrió en este evento.

Así las cosas, la condena *in genere* será confirmada para que a través del trámite incidental el actor demuestre con suficiencia y claridad la cuantía de los perjuicios materiales que reclama y que pretende le sean pagados por la entidad demandada, para lo cual se deben tener en cuenta los parámetros fijados en la sentencia de primera instancia y los siguientes aspectos:

1. La información contenida en los documentos que remitió el demandante a la Junta de Acción Comunal y la certificación que el presidente de dicha junta suscribió.
2. Prueba pericial que con base en los anteriores documentos, las declaraciones recibidas en el curso del proceso y la información que suministre el demandante, aunado a los reportes que existan sobre la fumigación y sus consecuencias en los archivos de las autoridades municipales de San José de Guare, determine el valor de la inversión que incluya costo de las semillas, preparación de la tierra, cuidado de los cultivos, insumos, y la utilidad que pudo haber recibido con la venta de estos productos en caso de que la aspersion aérea no se hubiera realizado.
3. Los valores se deben reajustar de conformidad con lo establecido en el artículo 178 del C.C.A., si a ello hubiere lugar.

En todo caso, la Sala le otorga a la parte interesada el término de tres (3) meses para presentar la liquidación, so pena de que se tenga por no demostrado el perjuicio reclamado.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad el fallo apelado proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca el 12 de marzo de 2015 dentro del proceso adelantado por Alcides Sinisterra Angulo contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía

Nacional- Dirección de Antinarcóticos Área de Erradicación de Cultivos Ilícitos.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por no aparecer causadas.

TERCERO: Ejecutoriada la presente sentencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de Primera Instancia para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Salvamento de Voto

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Radicación número: 19001-23-31-000-2010-00350-01(54756)

Actor: ALCIDES SINISTERRA ANGULO

Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

DAÑO- No es atribuible a la entidad demandada por falta de prueba. COPIAS SIMPLES-Valor probatorio, reiteración aclaración de voto 26.984/2015.

SALVAMENTO DE VOTO

Me aparto de la decisión que se adoptó en la providencia del 17 de septiembre de 2018, que accedió a las pretensiones de la demanda.

1. A mi juicio, la prueba testimonial no da cuenta del daño que se le atribuyó a la entidad demandada. Aún más, la condena en abstracto que determinó la mayoría, pues los perjuicios reclamados no se demostraron, confirma que no había lugar a declarar responsabilidad alguna por falta de elementos probatorios que así lo sustentaran.

2. En relación con el valor probatorio de las copas simples, me remito a la aclaración de voto 26.984/15.

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE