



Radicación: 110010326000201600140-00 (57819)
Demandante: Esteban Lagos

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA**

Consejero Ponente: José Roberto Sáchica Méndez

Bogotá, D.C., siete (7) de julio de dos mil veintidós (2022)

Referencia: Nulidad simple
Radicación: 110010326000201600140-00 (57819)
Demandante: Esteban Lagos
Demandado: Nación - Ministerio de Minas y Energía

Tema: Acción de nulidad. Las normas demandadas no violan el principio de precaución, sino que lo desarrollan. Las pruebas documentales y testimoniales practicadas no eran idóneas para demostrar los cargos de la demanda. El dictamen pericial aportado debió rechazarse por violar el artículo 226 del CGP.

Aclaración de voto del magistrado Martín Bermúdez Muñoz

Estoy de acuerdo con la decisión adoptada por la mayoría de la Sala de negar las pretensiones de la demanda en tanto no está probado que las disposiciones acusadas vulneren los artículos 79 y 80 de la Constitución o el principio de precaución ambiental, cargos presentados por el accionante en la demanda de nulidad. Sin embargo, presento mi aclaración de voto frente al alcance de la sentencia sobre dos temas: la facultad de regulación de riesgos a cargo del Ejecutivo y el valor probatorio que la sentencia otorgó a las pruebas documentales, periciales y testimoniales aportadas en el proceso.

1.- Alcance de la facultad de regulación de la Administración

1.1.- La sentencia frente a la cual aclaro mi voto señaló que, para atender de forma más eficiente las realidades del Estado y la sociedad, el Ejecutivo tiene la facultad de regular aspectos de carácter técnico en diversos sectores de la economía. Indicó que, como consecuencia de esa potestad, *“el juez no debe invadir la órbita de la acción regulatoria, sino limitarse a constatar que, en la fase de producción normativa, el órgano competente haya efectuado investigaciones adecuadas que justifiquen razonablemente las medidas adoptadas con la regulación. El juez tampoco debe fijar la política pública respecto de la actividad en cuestión”*.



1.2.- Estoy de acuerdo con la posición adoptada por la sentencia. Pero aclaro mi voto para poner de presente que la norma acusada no sólo respeta la facultad regulatoria del Ejecutivo, sino que la desarrolla adecuadamente en materia de regulación de riesgos de una actividad ambiental.

1.3.- El derecho regulatorio se ha desarrollado en diversos sectores de las economías de los Estados, los cuales han sido históricamente relacionados con la prestación de los servicios públicos, como es el caso del transporte, la energía, las telecomunicaciones, los mercados de valores y los servicios de carácter ambiental¹. No obstante, la regulación de parte de la Administración no solo se desarrolla frente a la forma en que operan estos servicios, sino sobre los riesgos que éstos conllevan.

1.4.- En el ordenamiento jurídico colombiano, el principio de precaución es un desarrollo de la capacidad de regulación de las entidades en materia ambiental. El artículo 1.6 de la Ley 99 de 1993 dispone que las autoridades ambientales y los particulares deberán aplicar el principio de precaución en las políticas y actividades que desarrollen, y adoptarán las medidas necesarias para impedir la materialización de un daño ambiental:

“La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente”.

1.5.- La aplicación del principio de precaución como desarrollo de la facultad de regulación de los riesgos por parte de la Administración debe estar en armonía con los avances técnicos y científicos. Esto implica que los reglamentos o permisos derivados de esta facultad deben modificarse si se obtienen conocimientos técnicos y científicos más actualizados y precisos que refuten las conclusiones inicialmente planteadas o los riesgos proyectados. Ello, además, tiene una razón de ser, si se piensa que la regulación de riesgos está necesariamente relacionada con la incertidumbre que genera una actividad específica, y que esta incertidumbre puede modificarse en la medida en que se adquieran nuevos conocimientos.

1.6.- En consecuencia, el hecho de que una agencia del Ejecutivo regule los riesgos de una determinada actividad en un momento dado y que adopte un

¹ ESTEVE Pardo, José. Principios de derecho regulatorio: servicios económicos de interés general y regulación de riesgos. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2021, p. 25.



reglamento técnico, no implica que éste sea invariable². Todo lo contrario, la decisión adoptada por la agencia, y especialmente, aquella relacionada con la gestión de los riesgos de la materia que regula estará sujeta a modificaciones futuras, de acuerdo con los avances de la ciencia.

1.6.1.- En desarrollo de esta tesis, la doctrina ha puesto de presente que las agencias estatales pueden revocar las licencias para la comercialización de herbicidas o prohibir el desarrollo de la actividad que éstas autorizan si los conocimientos científicos posteriores al otorgamiento del permiso demuestran la existencia de riesgos que no fueron previstos inicialmente:

“Las medidas regulatorias que se adoptan sobre un herbicida se modulan en función del conocimiento científico que se tenga sobre sus riesgos. Tal vez en un primer momento pudo autorizarse, como riesgo permitido, con los conocimientos de los que se disponía en el procedimiento en la fase de decisión sobre su aceptación o rechazo. Pero luego, en la fase de gestión del riesgo, durante la utilización controlada del herbicida, se amplía el conocimiento advirtiendo claramente un nivel de riesgo superior al que se conocía cuando se autorizó. No se habría aceptado como riesgo permitido de haberse conocido los riesgos reales que ahora se han hecho visibles en la fase de gestión. La medida regulatoria que entonces procede es la retirada del herbicida o la fijación de un régimen de utilización confinada con determinadas cautelas. Son medidas adoptadas en función del conocimiento y no en ejecución de determinaciones legales que no pueden producirse con esa concreción y mutabilidad. Es más, el conocimiento científico cierto se impone en estos casos sobre una eventual determinación legal o administrativa: el conocimiento de la toxicidad de un producto que se autorizó por considerarlo inocuo requiere la inmediata prohibición del mismo, aun cuando esa prohibición pudiera contravenir los términos de la autorización y eventualmente de una norma jurídica que le diera cobertura”³.

1.6.2.- En forma similar, las licencias que otorgan las agencias para la comercialización de fármacos están sujetas a los nuevos conocimientos que se producen con respecto a los efectos de éstos. De esta forma, si el regulador advierte que existen efectos negativos no previstos al momento de la expedición de la licencia, el permiso puede revocarse para evitar su comercialización, sin que se requiera una manifestación legal al respecto:

“2) En ambos frentes la actividad de regulación, que ha de desenvolverse por supuesto en el marco legal, se atiende también a referencias extralegales; extrajurídicas, podría también decirse. En la regulación de

² Ibid. P. 27.

³ Ibid. p.44.



servicios de interés general, son las referencias económicas que ofrece el mercado del sector de que se trate. En la regulación de riesgos, las referencias, en constante evolución, son las que ofrece el conocimiento científico y técnico.

Un fármaco se sujeta a un régimen de uso más estricto (por ejemplo, con receta médica que inicialmente no se exigía), o simplemente se prohíbe, cuando nuevos conocimientos sobre el mismo alertan sobre efectos negativos que no llegaron a conocerse cuando el fármaco se autorizó. Es evidente que esa importante decisión de retirar un medicamento del uso público no viene dada por la aplicación de la ley, sino por el nuevo conocimiento científico del que se dispone. No sería admisible esperar a un pronunciamiento legal que diese cobertura a esa decisión: para la regulación de riesgos la referencia es el conocimiento científico, que ciertamente puede evolucionar y con él las medidas que pueden adoptarse".

1.7.- Así, la regulación es más útil para la protección de los derechos involucrados que la legislación, en tanto la primera se encuentra en armonía con el avance del conocimiento científico. La doctrina ha señalado que la obtención de conocimientos nuevos y actualizados permite modificar la regulación de una forma más eficiente que la producción de una nueva ley.

1.8.- En consecuencia, si bien la regulación es un desarrollo de la ley, no es simplemente una ejecución de esta. El regulador tiene la facultad de utilizar criterios extrajurídicos (como es el caso de conocimiento científico) para ajustar los reglamentos técnicos y, por ende, la distribución y mitigación de los riesgos derivados de una actividad. Al respecto, la doctrina ha señalado:

"Por supuesto que, en un Estado de Derecho, la regulación pública queda sujeta a la ley. Pero no es mera ejecución de ella, porque las referencias económicas y científicas que la regulación toma en consideración no proceden de la ley, que tampoco sería capaz de ofrecerlas "por sus continuas mutaciones que el legislador no puede seguir, ni conocer cabalmente por el conocimiento experto que se requiere"⁴.

1.9.- El hecho de que el regulador haya expedido una normativa frente a los riesgos asociados al *fracking* no implica que ésta sea inmutable, o que no permita modificar, adaptar, condicionar o suspender la ejecución de la actividad.

1.10.- La norma demandada desarrolla esta característica de la regulación en varios de sus acápites, pues indica que ciertas actividades deberán suspenderse

⁴ Ibid, p. 28.



en dado caso que ocurran situaciones que excedan los riesgos previstos en la normativa.

1.10.1.- En el caso de las actividades de estimulación hidráulica, el artículo 12 señala que éstas deberán suspenderse “*en caso de que las presiones indiquen que hay comunicación entre el fluido de estimulación hidráulica y el anular del revestimiento*” y el 14 cuando “*se presente un evento sísmico de magnitud mayor o igual a cuatro (4) en la escala de Richter*”.

1.10.2.- Por su parte, el artículo 16 dispone que las actividades de inyección deben suspenderse en estos casos:

“1. Cuando se presenten fallas durante las pruebas de integridad se debe realizar un cierre inmediato del pozo, suspender las de operaciones de inyección en dicho pozo hasta tanto se implementen las acciones correctivas correspondientes y notificar dentro de las siguientes veinticuatro (24) horas al Ministerio de Minas y Energía o a quien haga sus veces en materia de fiscalización de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos. Una vez las acciones correctivas hayan sido implementadas se podrán reanudar las operaciones de inyección en el pozo.

2. En pozos inyectoros, si las presiones del anular igualan el 20% del promedio de la presión de inyección el operador debe suspender las operaciones de inyección y notificar dentro de las siguientes veinticuatro (24) horas al Ministerio de Minas y Energía o a quien haga sus veces en materia de fiscalización de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos.

3. Si se presenta un evento sísmico de magnitud mayor o igual a cuatro (4) en la escala de Richter, cuyo epicentro esté ubicado dentro del área cuyo radio en torno al pozo de inyección sea de dos (2) veces la profundidad del pozo y a una profundidad hipocentral menor de dieciséis (16) km de acuerdo con la información oficial del Servicio Geológico Colombiano”.

1.11.- Lo anterior demuestra que, contrario a lo expuesto por el demandante, las disposiciones acusadas desarrollan la facultad regulatoria de la Administración en materia de gestión de los riesgos y el principio de precaución. Contrario a lo planteado por el demandante, la resolución acusada permite que las actividades sean suspendidas cuando se configuren riesgos o estos excedan a los inicialmente previstos por las agencias. Y, en todo caso, la vigencia de las licencias que permiten el desarrollo de las actividades de *fracking* están sujetas



a las nuevas conclusiones derivadas del desarrollo técnico y científico sobre la materia.

2.- Las pruebas documentales, y testimoniales aportadas no tenían un carácter técnico

2.1.- La sentencia analizó documentos y testimonios que no constituían una prueba técnica idónea para desvirtuar la legalidad de las normas acusadas. Como la demanda versaba sobre un tema especializado, era necesario que las alegaciones técnicas del demandante fueran estudiadas a la luz de la opinión de un experto que interviniera en calidad de perito, que fundamentara las razones de sus conclusiones, que explicara la metodología por medio de la cual había llegado a su posición y cuyo informe pudiera ser controvertido por las partes en el proceso.

2.1.1.- Al expediente se aportaron diversos documentos, a saber, informes presentados por la Contraloría, los talleres realizados por la ANH y el Ministerio de Minas, el informe de la Comisión de Expertos y diversas publicaciones de académicos en artículos de revistas y libros. Estos documentos brindan informaciones generales frente a los posibles riesgos de la técnica en diferentes escenarios, incluyendo diferentes países y del debate que actualmente existe frente a la conveniencia o no de la práctica del *fracking*. Sin embargo, estos documentos, por sí mismos, no pueden valorarse como opiniones técnicas. Hacerlo implica desconocer que el dictamen pericial tiene una forma de contradicción específica que se desconoce si el juez es el que termina emitiendo opiniones <<fundadas>> en documentos técnicos que en realidad solo puede valorar en todo su alcance un experto.

2.1.2.- En la sentencia se puso de presente que los informes y estudios aportados sólo daban cuenta de la inconveniencia de la práctica del *fracking*, pero que no probaban la falta de idoneidad de la regulación. También se les dio poco valor probatorio en la medida en que varios de los documentos aportados no incluían los estudios científicos en los que se basaban. No obstante, como indiqué, considero que dichos documentos no eran idóneos para la evaluación de los cargos presentados por el demandante, debido a que no fueron avalados por un perito.

2.2.- De otro lado, en la sentencia se consideró que los testigos que declararon el proceso tenían la calidad de “testigos técnicos”, así:

“218. Respecto de las pruebas testimoniales practicadas, atendiendo a que fueron decretadas en la audiencia inicial como testimonios técnicos, deberán ser apreciadas sin perder de vista el carácter eminentemente científico del asunto objeto de prueba, pues aunque en la generalidad de



los casos el testigo debe rendir una declaración representativa sin emisión de conceptos que no sean estrictamente necesarios para precisar o aclarar sus percepciones, en casos como éste, donde los testigos comparecieron como personas especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos o científicos sobre la materia, se impone una remisión a la normativa rectora del testimonio técnico, del que se ha dicho, es aquel que requiere de especiales conocimientos sobre la materia de la persona que lo rinde, con base en los cuales expone principalmente conceptos personales, basados en deducciones sobre lo percibido (...)

Esta particularidad del testigo técnico permite dispensarle un tratamiento jurídico diferenciado de aquel aplicable al testigo común, de modo que mientras a este último le está vedado exponer apreciaciones o impresiones personales en el curso de su deposición, al testigo experto le está permitido, siempre que aquéllas, formadas como consecuencia de sus condiciones profesionales o académicas, se relacionen con los hechos objeto del testimonio y contribuyan a mejorar la ilustración y comprensión de los hechos objeto del proceso.

En consecuencia, al momento de valorar la mencionada prueba técnica, la Sala tendrá en cuenta los conceptos, opiniones e inferencias realizadas por los testigos con fundamento en los criterios propios de su ciencia, técnica o arte, en concordancia con su experiencia e idoneidad sobre la materia objeto de debate, así como en conjunción con su claridad y precisión al emitir sus respuestas, incluido el nivel de aceptación de las nociones sobre las cuales emite sus opiniones y realiza sus inferencias, a partir de las reglas de la sana crítica”.

2.3.- Nuestra legislación en realidad no contempla la categoría del <<testigo técnico>>, con condiciones similares a las del perito. Por el contrario, lo que hace nuestra normativa es *prohibir* que pro la vía del testimonio intentes introducirse al proceso conceptos que deben ser emitidos y controvertidos conforme con las reglas del dictamen pericial. El *testigo* cuando rinda su declaración, sobre hechos que le constan, puede referirse a un concepto técnico, caso en el cual juez podrá indagarlo sobre el mismo para aclarar su sentido. Y podrá hacer esa indagación precisamente por las condiciones del testigo.

2.3.1.- La regulación de este punto se encuentra en el artículo 220 del CGP, norma que dispone:

<<Artículo 220. Formalidades del interrogatorio.

(...)



Presente e identificado el testigo con documento idóneo a juicio del juez, este le exigirá juramento de decir lo que conozca o le conste sobre los hechos que se le pregunten y de que tenga conocimiento, previniéndole sobre la responsabilidad penal por el falso testimonio. A los menores de edad no se les recibirá juramento, pero el juez los exhortará a decir la verdad.

*El juez rechazará las preguntas inconducentes, las manifiestamente impertinentes y las superfluas por ser repetición de una ya respondida, a menos que sean útiles para precisar la razón del conocimiento del testigo sobre el hecho. **Rechazará también las preguntas que tiendan a provocar conceptos del declarante que no sean necesarios para precisar o aclarar sus percepciones, excepto cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia**>>*

3.- Los dos dictámenes periciales aportados no debieron ser valorados por contrariar el artículo 226 del CGP

3.1.- La mayoría de la Sala consideró que el hecho de que se hubiesen presentado dos informes no contrariaba lo dispuesto en el artículo 226 del CGP debido a que (i) la prueba fue desarrollada por un grupo de especialistas y falta de unanimidad no deslegitima las conclusiones; y (ii) no era procedente exigir una unanimidad de imposible cumplimiento en una comisión interdisciplinaria.

3.2- No comparto la posición de la mayoría de la Sala. Por regla general, un sujeto procesal no puede aportar varios dictámenes periciales sobre un mismo punto, lo que implica que, incluso si la prueba se ha solicitado a una entidad oficial, ésta no pueda presentar opiniones contrarias. Al respecto, el artículo 233 del CPC dispone:

<<Sobre un mismo punto no se podrá decretar en el curso del proceso, sino un dictamen pericial, salvo en el incidente de objeciones al mismo, en el que podrá decretarse otro. Tampoco se decretará el dictamen cuando exista uno que verse sobre los mismos puntos, practicado fuera del proceso con audiencia de las partes. Con todo, cuando el tribunal o el juez considere que el dictamen no es suficiente, ordenará de oficio la práctica de otro con distintos peritos, si se trata de una prueba necesaria para su decisión.>>

3.3.- Y, en similar sentido, el artículo 234 del CPC dispone que la prueba debe ser practicada por un perito, así:



<<ARTÍCULO 234. NÚMERO DE PERITOS. Sin importar la cuantía o naturaleza del proceso, todo dictamen se practicará por un (1) solo perito.>>

3.4.- Estas reglas también fueron adoptadas por el artículo 226 del CGP, norma que dispone:

<<Sobre un mismo hecho o materia cada sujeto procesal solo podrá presentar un dictamen pericial. Todo dictamen se rendirá por un perito.>>

3.5.- Ahora bien, es cierto que, como lo indicó la sentencia, el perito puede estar formado por un grupo plural de personas, en este caso, por diferentes profesores. No obstante, la norma es clara cuando señala que el perito es “uno solo”, independientemente de cuántos profesionales lo conformen. En el caso estudiado, el perito era la Universidad Nacional, y la institución estaba obligada a rendir un solo concepto frente a las preguntas que se le plantearon. Al respecto, el artículo 234 del CGP regula lo atinente a las peritaciones de entidades oficiales, así:

<<Artículo 234. Peritaciones de entidades y dependencias oficiales. Los jueces podrán solicitar, de oficio o a petición de parte los servicios de entidades y dependencias oficiales para peritaciones que versen sobre materias propias de la actividad de aquellas. Con tal fin las decretará y ordenará librar el oficio respectivo para que el director de las mismas designe el funcionario o los funcionarios que deben rendir el dictamen.>>

3.6.- Contrario a lo que indica la sentencia, el artículo 226 del CGP establece que sólo podrá presentarse un dictamen pericial frente a un mismo hecho o materia, Esto implica que es improcedente que existan diversos dictámenes rendidos por diferentes peritos obre un mismo punto o que un perito rinda diferentes opiniones sobre el mismo aspecto.

3.7.- Así, no era admisible que la Universidad Nacional presentara dos dictámenes con opiniones contradictorias, porque dicha situación supone (i) que el dictamen fue presentado por diferentes peritos, o (ii) que se decretaron varios dictámenes sobre un mismo punto.

Fecha *ut supra*,

Firmado electrónicamente
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado



Radicación: 110010326000201600140-00 (57819)
Demandante: Esteban Lagos