

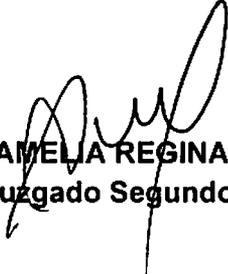


**TRASLADO DE EXEPCIONES
ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011**

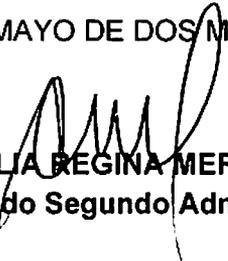
Medio de control	REPARACION DIRECTA
Radicado	13001-33-33-002-2017-001863-00
Demandante/Accionante	TOMAD LAMADRID CARO Y OTROS
Demandado/Accionado	DISTRITO E CARTAGENA- AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA Y OTROS

La Suscrita Secretaria del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, corre traslado a la contraparte de las excepciones propuestas en la contestación de demanda por EL DEMANDADO, por el término de tres (3) días en un lugar visible de la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos del Circuito de Cartagena y en la página web de la Rama Judicial www.ramajudicial.gov.co. Hoy VEINTISIETE (27) de abril de dos mil dieciocho (2018).

EMPIEZA EL TRASLADO: TREINTA (30) DE ABRIL DE DOS MIL DIECIOCHO (2018) A LAS 8:00 A.M.


AMELIA REGINA MERCADO CERA
Secretaria Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena

VENCE TRASLADO: TRES (3) DE MAYO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018) A LAS 5:00 P.M.


AMELIA REGINA MERCADO CERA
Secretaria Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena

Centro Avenida Venezuela, Calle 33 No. 8-25 Edificio Nacional-Primer Piso
E-Mail: stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co
Teléfono: 6642718



GLORIA INES YEPES MADRID
 Abogada
 La Matuna, Plazoleta Benkos Biojó
 Oficina Comodoro oficina 1005
 Mail: gloriainesyepesmadrid@gmail.com
 Celular: 3122951894
 Cartagena de Indias

Cartagena de Indias D.T y C, diciembre de 2016

Señora
Jueza Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena
Ciudad

Referencia.: Proceso Ordinario de Reparación Directa
Demandante: TOMAS LA MADRID Y OTROS
Demandados: DISTRITO TURISTICO Y CULTUDAL DE CARTAGENA Y OTROS
Radicación: 13-001-33-33-001-2015-00285-00

Asunto: Contestación de la demanda y excepciones de fondo

Respetada Señora Jueza:

GLORIA INES YEPES MADRID, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Cartagena de Indias, con oficina en La Matuna, Edificio Comodoro Of. 10-05 de esta ciudad y correo electrónico gloriainesyepes@gmail.com, identificada con la cédula de ciudadanía No. 45.483.493 de Cartagena, abogada con tarjeta profesional No. 67.750 del C.S. de la J., en ejercicio del poder especial otorgado por la doctora MARIA EUGENIA GARCIA MONTES, en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, en cumplimiento de las facultades a ella conferidas por el Decreto Distrital No. 0228 de 2009, calidad y facultades que acredito con los documentos adjuntos, concuro a su Despacho en representación del DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS (en adelante en el presente memorial EL DISTRITO), entidad territorial representada legalmente por el señor alcalde mayor, MANUEL VICENTE DUQUE VASQUEZ, para responder la demanda, lo cual realizo dentro del término establecido para ello, teniendo en cuenta la notificación electrónica de la demanda realizada el 17 de noviembre de 2016, en los siguientes términos:

1. OPORTUNIDAD TEMPORAL DEL ESCRITO

El proceso que nos ocupa fue notificado electrónicamente el día 17 de noviembre de 2016, razón por la cual este memorial de

contestación de la demanda y de interposición de excepciones se presenta dentro de la oportunidad legal correspondiente.

2. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS DECLARACIONES Y CONDENAS

En el escrito de la demanda, la parte demandante solicita que se declare administrativa y patrimonialmente responsable al DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS y a los otros demandados por los daños y perjuicios causados a los demandantes por las muertes de PEDRO LUIS Y CRISTIAN DAVID LAMADRID IZAZIGA, quienes el día 17 de agosto de 2013 fallecieron por ahogamiento en la playas de Marbella-Crespo en la ciudad de Cartagena de Indias.

Que como consecuencia de ello, se condene a los demandados a título o de restablecimiento por daños materiales en la modalidad de lucro cesante, daños morales y daño autónomo de pérdida de la oportunidad a cada uno de los demandantes, superando la Jurisprudencia unificada que establece una graduación más el lucro cesante correspondiente a 100 salario mínimos y sin acreditación de una actividad económica cierta de los causantes.

De conformidad con lo expuesto en la demanda y al cubrimiento noticioso del suceso, la muerte de los señores PEDRO LUIS Y CRISTIAN DAVID LAMADRID IZAZIGA se ocasionó por el ingreso de los mismos al mar en una zona de espolones, lo cual se encuentra prohibido en la totalidad de la plaza, siendo además una zona donde claramente y era un hecho notorio que se estaban adelantando obras públicas de gran envergadura del orden nacional, lo cual configura la causal eximente de responsabilidad del **HECHO DE LA VICTIMA**.

AL DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, no le asiste responsabilidad alguna pues como bien lo manifiesta la demanda, los señores PEDRO LUIS Y CRISTIAN DAVID LAMADRID IZAZIGA ingresaron al mar en una zona prohibida para ello como lo son los espolones, teniendo además que en la inmediatez se realizaban obras civiles de gran envergadura del orden nacional.

3. PRONUNCIAMIENTO A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

A los hechos soportes de las pretensiones planteadas en la demanda, me refiero en los siguientes términos:

Al 3.1. Es cierto que se adelantaba una obra vial del orden nacional en el sector, debiendo sus constructores desplegar todas las medidas de seguridad pertinentes. Se aclara que esta obra no fue ejecutada por el Distrito.

Al 3.1 (BIS). No me consta el relato de los acontecimientos. Se destaca que la demanda indica que los señores estaban en labores de pesca en el sector. El relato de prensa del periódico local de El Universal indica que estaban ubicados en un espolón pescando cuando decidieron lanzarse al mar; esto es que no se estaban nadando o ubicados en la playa sino en una estructura construida para contener el mar cerca de la cual se encuentra prohibido nadar, situación que los demandantes -mayores de edad y vecinos de la ciudad de Cartagena de Indias donde nacieron- les es ampliamente conocido porque configura un hecho notorio la prohibición de acercarse desde el mar a los espolones o tirarse desde ellos a nadar, como en efecto hicieron.

Al 3.2. No es cierto. Como se expuso en la respuesta al hecho anterior, la causa del siniestro fue la culpa exclusiva de las víctimas quienes se lanzaron al mar desde los espolones donde se encontraban ubicados nadando, desconociendo e incumpliendo sus deberes de atención de las medidas de seguridad. Las obras de infraestructura que se realizaban en el sector o su señalización preventiva- la cual existió- no fueron la causa del evento, como pretende sin fundamento estructurarlo la demanda. Ahora bien, es competencia exclusiva de la DIMAR conforme lo determina el Decreto 2324 de 1984 realizar la totalidad de estudios respecto a la seguridad en el mar y solamente con la información procedente de estos estudios se toman decisiones como la adoptada por el Distrito en el año 2014 con el Decreto 1128 de octubre de ese año, el cual se motiva justamente en el estudio de la Dimar.

Al 3.3. No me constan los detalles de las obras viales. Fueron obras viales de carácter nacional adelantadas por un concesionario que no tiene relación con el Distrito, el cual estaba obligado a cumplir medidas de seguridad.

Al 3.4. Es cierto que se expidió el Decreto 1128 de 2014 con base en el estudio realizado por la DIMAR. No me consta las afirmaciones de este hecho respecto a corrientes marinas, profundidades, taludes, etc., que son propias de las competencias y conocimientos de experticia de la DIMAR. Me remito respecto a las causas del accidente a lo dicho en la respuesta a los hechos anteriores.

Al 3.5. No es cierto. El Distrito y el Concesionario de la obra adoptaron medidas de señalización y preventivas, cosa distinta es que los usuarios de las playas del sector desconocieran las mismas. El decreto distrital se expidió luego que la DIMAR expidiera su recomendación pertinente, y en el mismo se indica que pese a la señalización existente muchas personas actuaban de manera imprudente y desconociendo sus prohibiciones.

Al 3.6. No me consta, por ser hechos familiares ajenos al Distrito.

Al 3.7. Es cierto que se realizó un cerramiento de las playas del sector con posterioridad a los eventos que originan esta litis. Lo que no es cierto ni se acepta es que los hechos se originaran en la falta de cerramiento, ya que existían medidas de prevención y señales y además fue la actuación imprudente de los señores la que ocasionó sus consecuencias lamentables, por no cumplir con sus deberes ciudadanos respetando las señales impartidas como era la prohibición de bañarse en el sector así como su conocimiento del hecho notorio de la prohibición general de bañarse en la inmediación de los espolones y actuar en contra de sus deberes de autocuidado asumiendo un comportamiento riesgoso que no puede ser trasladado a los demandados vía imputaciones de responsabilidad administrativa.

Al 3.7. (BIS). No me consta. Pero en el cubrimiento noticioso de los hechos se indica que el señor Cristian Lamadrid no realizaba ninguna labor; y en todo caso se trata de actividades de naturaleza informal que deben probarse.

4. EXCEPCIONES DE FONDO

Con el fin de que las pretensiones de los demandantes sean negadas respecto al DISTRITO, someto a consideración de su señoría las excepciones de: CAUSAL DE EXONERACION POR EL HECHO DE LA VICTIMA-AUSENCIA DE IMPUTACION PARA EL DISTRITO- POR FALTA DEL DEBER DE AUTOCUIDADO fundamentada en las siguientes razones:

4.1. CAUSAL DE EXONERACION POR EL "HECHO DE LA VICTIMA"

El DISTRITO no está llamado a responder por los daños ocasionados a los demandantes por la muerte de los señores PEDRO LUIS Y CRISTIAN DAVID LAMADRID IZAZIGA, toda vez que no existe prueba que permita establecer que la ocurrencia del hecho dañino resulte jurídicamente imputable al DISTRITO, ni al incumplimiento de su contenido obligaciones, en la medida en que no concurre a causarlos y de acuerdo con los dispuesto en el artículo 2344 del Código Civil solo quienes concurren en la producción del daño deben responder por él.

En el presente caso, se impone colegir que al DISTRITO no le es imputable la producción del daño y, por el contrario, lo que se vislumbra en este caso es que la causa del daño, fue la falta de diligencia y cuidado de los accidentados, quienes pese a la existencia de una regla común que es hecho notorio en Cartagena de Indias para sus habitantes -siendo los dos naturales y vecinos de esta ciudad- de no bañarse en la cercanía de los espolones de las playas y a la existencia de señalización preventiva en la zona donde se realizaba una obra vial nacional, procedieron a lanzarse al mar desde el espolón, desafiando la naturaleza, las reglas de

la razón y las instrucciones en sentido contrario existentes en el lugar.

El artículo 2347 del Código Civil establece que "toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado".

En el presente caso, se presenta la causal de exoneración de "culpa exclusiva de la víctima", al haber sido la causa directa de la muerte de los señores, su propias decisiones riesgosas y descuidadas, de lanzarse al mar desde el espolón donde estaban pescando, siendo una zona prohibida. Además, los demandantes asumieron el riesgo al exponerse a ingresar en zona donde existía expresa prohibición de los que adelantaban las obras viales.

Sobre el particular, el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, sentencia del 14 de mayo del 2014, Actor: José Alfredo Carvajal. Exp 30.852, C. Ponente: Enrique Gil Botero, confirmo la sentencia del Tribunal de Antioquia en la cual se estableció que los jóvenes lesionados actuaron de manera imprudente, desatendiendo y violando las normas preventivas, lo que acarreo que el perjuicio padecido por la víctima, se produjo por el hecho de la víctima. Expresa el alto tribunal:

"....factores todos estos, que llevan inequívocamente a colegir que fueron las víctimas quienes tercamente, y a pesar de las advertencias, pusieron su propia vida en riesgo, acción que resulta diáfananamente pasible de un juicio directo de atribubilidad fenomenica en la producción del resultado lesivo, puesto que permite concluir que los jóvenes bajo su cuenta y criterio, realizaron una acción a propio riesgo.

En relación con esta figura, la doctrina tiene por establecido:

"Dentro de este genérico concepto se agrupan todos aquellos casos en que un tercero favorece o crea una situación en la cual el titular del bien jurídico realiza una acción peligrosa para sus propios bienes. El riesgo sólo se concreta por una conducta de intermediación de la propia víctima. El punto de discusión está en determinar si el comportamiento de quien se arriesga a sí mismo convierte la conducta del tercero en un riesgo jurídicamente permitido..

"Bajo el genérico título de 'acción a propio riesgo' podemos agrupar las siguientes constelaciones: A. La participación en una autopuesta en peligro. B. El consentimiento en una autopuesta en peligro realizada por otro. C. Las acciones peligrosas de salvamento. D. La

101

creación de una nueva realización de riesgo por parte de la víctima, al violar sus deberes de autoprotección.”¹

Igualmente, el tratadista Günther Jakobs ha indicado:

“...aquellos otros supuestos de hecho, en los que la víctima da con su propio comportamiento la razón para que la consecuencia lesiva le sea imputada a ella misma. Casos en los que, por lo tanto, no se trata de la modalidad de explicación ‘desgracia’, sino de la modalidad ‘lesión de un deber de autoprotección’ o incluso ‘voluntad propia’; las infracciones de los deberes de autoprotección y la voluntad se agrupan aquí bajo el rótulo ‘acción a propio peligro’...”²

Y el doctrinante Yesid Reyes Alvarado, al respecto señala:

“Tanto la conformidad como los consentimientos excluyentes de tipicidad y de antijuricidad tienen como esencial distintivo la presencia de una voluntad por parte del titular del bien, de manera que recurriendo a un símil podría decirse que la conformidad y el consentimiento suponen una ‘dolosa’ aceptación del daño. En contraposición, existen eventos en los que ese ‘dolo’ no existe, pero debido a un inconsciente y despreocupado trato con algunos bienes se producen daños no queridos; continuando con el símil podríamos decir, entonces, que en estas situaciones el daño es producto no del ‘dolo’ sino de la ‘imprudencia’ del titular del bien. Estas son las hipótesis que suelen denominarse ‘acciones de propio peligro’, las cuales relevan de responsabilidad al causante del daño...

“En las acciones de propio peligro es determinante la competencia que el titular del bien tiene respecto de la evitación de los daños, y no la simple reconocibilidad del peligro...

“De esta manera, quien dentro de su ámbito de competencia se expone a un peligro del cual pueden resultar para sí mismo consecuencias negativas asume íntegramente la responsabilidad por dichos efectos. Esa asunción de responsabilidad no

¹ LÓPEZ, Claudia “Introducción a la imputación objetiva”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, Págs. 141 y 143.

² JAKOBS, Günther “La imputación objetiva en derecho penal”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998. Pág. 39.

desaparece por el sólo hecho de que un tercero que participa en los hechos conozca mejor que el autor los peligros a los cuales se expone...el problema no se resuelve en favor o en contra de quien posea los mejores conocimientos, sino de quien tenga competencia; por eso quien no es competente para evitar un daño no tiene obligación de impedirlo aún cuando disponga de mejores conocimientos o capacidades para hacerlo...

"En las acciones de propio peligro lo determinante no es tampoco una genérica aplicación del principio de autorresponsabilidad o la simple consideración de la capacidad que cada individuo tiene para autodeterminarse, sino la determinación de la competencia, pues en cuando dicha competencia recaiga sobre el titular del bien, solo él será responsable de los daños que como consecuencia de su conducta se produzcan..."³

De lo transcrito se advierte que esta figura permite establecer, cuándo el daño es imputable única y exclusivamente a la propia víctima, quien con su actuación desconoce su deber de autoprotección y permite así la concreción del riesgo.

En el presente caso, al igual que en el planteado, el daño se produce exclusivamente por las víctimas, quienes con su actuación y decisiones desafiantes ante el peligro, desconocieron su deber de autoprotección.

4.2 AUSENCIA DE IMPUTACION PARA EL DISTRITO DE CARTAGENA- POR FALTA DEL DEBER DE AUTOCUIDADO POR PARTE DE LAS VICTIMAS

En el presente caso, los señores Cristian David y Pedro Luis Lamadrid Izaziga actuaron desconociendo su deber de autocuidado al tomar la decisión de ingresar al mar tirándose desde un espolón - lo cual por sí mismo se encuentra prohibido en todas las playas siendo conocido por ellos al ser un hecho notorio- y además de ello en una zona con señales de prevención por las obras viales que se realizaban en su cercanía.

4.3. INNOMINADA O GENERICA

Solicito, igualmente, que en la sentencia se declare cualquiera otra excepción que resulte probada durante el transcurso del

³ REYES ALVARADO, Yesid "Imputación objetiva", Ed. Temis, Bogotá, 1996, Págs. 167 y 168.

presente proceso, de conformidad con las normas procesales sobre la materia.

5. PRUEBAS Y ANEXOS

Solicito que se ordenen, practiquen y se tengan como pruebas las siguientes:

5.1 ANEXOS.

5.1.1 Poder especial otorgado por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del DISTRITO DE CARTAGENA.

5.1.2 Decreto de delegación, decreto de nombramiento y acta de posesión.

5.2 DOCUMENTALES.

5.2.1 Solicitamos se oficie a DISTRISEGURIDAD, para que remita con destino al proceso, el convenio de asociación vigente para la prestación del servicio de salvavidas y cuantos prestaron servicio, durante la fecha de los hechos, agosto de 2013, en la ciudad de Cartagena de Indias.

5.2.2 Solicitamos se oficie a DISTRISEGURIDAD establecimiento del orden distrital para que remita con destinos al proceso certificación en la cual se determine certificación de la señalización existente en el lugar para la fechas del accidente, las documentaciones y soportes de actividades desplegadas con el Consorcio Via al Mar para la seguridad en el sector, así como la documentación que exista sobre el suceso de agosto de 2013.

5.2.3. Solicitamos se oficie al Consorcio Via al Mar para que remita con destino al proceso las constancias de señalización desplegada en el sector de influencia de las obras viales en Crespo-Marbella para la fecha agosto de 2013.

5.2.3 Solicitamos se oficie al diario "EL UNIVERSAL" para que remita con destino al proceso la copia del diario donde se registró la noticia del accidente ocurrido por la muerte de los señores Cristian David y Pedro Luis Lamadrid Izaziga, por ahogamiento en el sector del Hotel Confenalco en Crespo el día 17 de agosto de 2013, o de los cinco (5) días posteriores al hecho.

5.2.4. Solicitamos se oficie al CTI de la Fiscalía General de la Nación, para que remita con destino al proceso copia de las actas de levantamiento de los cadáveres así como todas las declaraciones y pruebas recaudadas con ocasión del deceso de los señores Cristian David y Pedro Luis Lamadrid Izaziga.

104

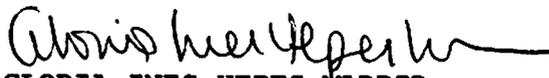
5.2.5. Se aporta Decreto Distrital 1228 de 2014.

6. NOTIFICACIONES

EL DISTRITO y su representante legal recibirán notificaciones en buzón electrónico de la entidad y en la siguiente dirección:
ALCALDIA DEL DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS
OFICINA ASESORA JURIDICA
PLAZA DE LA ADUANA -CARTAGENA DE INDIAS

La suscrita apoderada en la siguiente dirección:
EDIFICIO COMODORO OFICINA 1005, LA MATUNA, PLAZOLETA BENKOS BIOJO
CARTAGENA DE INDIAS
EMAIL: gloriainesyepes@gmail.com

Con el respeto acostumbrado,



GLORIA INES YEPES MADRID
C.C. No. 45.483.493 de Cartagena
T.P. 67.750 del C.S. de la J.

Anexo: Lo anunciado (35 folios en total)

**JULGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO
CARTAGENA DE INDIAS
SECRETARIA**

RECIBIDO HOY 19-12-2016

NUMERO DE FOLIOS 35

FECHA: _____ HORA 10:00am

NOMBRE QUIEN RECIBE Monica la font e.

FIRMA _____



Señor
Juez Primero Administrativo Oral de Cartagena
E. S. D.

**RAD.: 2015-285-00. REPARACIÓN DIRECTA DE TOMÁS LAMADRID CARO Y OTROS
CONTRA CONSULTORES DEL DESARROLLO S.A., EDGARDO NAVARRO VIVES Y
OTROS.**

José Gilberto Cabal Pérez, mayor de edad y vecino de la ciudad de Barranquilla, abogado en ejercicio, identificado con la cedula de ciudadanía número 8.746.028 de Barranquilla y portador de la T.P. 40.598 del C. S. de la J., actuando en mi condición de apoderado especial de EDGARDO NAVARRO VIVES Y CONSULTORES DEL DESARROLLO S.A., de acuerdo con poder adjunto, por medio del presente escrito doy contestación a la Demanda de Reparación Directa que ha instaurado en su Despacho Tomás Lamadrid y Otros a través de apoderado judicial, según notificación efectuada el pasado 17 de noviembre de 2016 del auto admisorio de la demanda de marzo 14 de 2016, a lo cual procedo en los siguientes términos:

SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Solicito al Despacho desestimar todas las pretensiones de la demanda como quiera que no existe ninguna relación de causalidad entre mis clientes, los hechos y el daño. Los perjuicios aparentemente sufridos por la parte demandante no son consecuencia de acción u omisión de mis representados, sino a hechos atribuibles a la culpa exclusiva de las víctimas, quienes ignoraron todas las señales de prevención instaladas en el lugar donde ocurrieron los hechos, lanzándose al mar cerca de uno de los espolones, siendo arrastrados por las corrientes marinas que allí se forman.

SOBRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA

1. Es cierto. Para la época de los hechos en los cuales perdieron la vida Pedro Luis y Cristian David Lamadrid Izaziga, el Consorcio Vía al Mar, integrado por mis representados, se encontraba adelantando las obras conocidas como Anillo Vial Túnel de Crespo, en jurisdicción del Distrito de Cartagena.
2. No es cierto. Las áreas donde se realizaban las obras se encontraban debidamente cerradas y delimitadas, contando con la respectiva señalización de prevención y con el acompañamiento permanente de guardias ambientales contratados por el Consorcio Vía al Mar para orientación de las personas que transitaran por el sitio de influencia de las obras.
3. Si bien es cierto las playas no estaban cerradas el día de los hechos (situación que es del resorte exclusivo de la Alcaldía de Cartagena), reitero que éstas contaban con las debidas señales de prevención, dada la magnitud de las obras que se estaban ejecutando.

107
2

4. Es cierto las obras de dragado.
5. Es cierto. A través del Decreto 1228 de 2014 se restringió por parte del Distrito de Cartagena el ingreso a las playas de Marbella con ocasión de las obras que se adelantaban, por el riesgo que podría representar para los turistas y bañistas de la zona. Pero la decisión, oportuna o tardía, nada tuvo que ver con mis representados, quienes no tenían incidencia alguna en la toma de dicha decisión, la cual recaía exclusivamente en cabeza de la Administración Distrital de la época.
6. No es cierto. El consorcio integrado por mis representados, dada su condición de concesionario y de responsable de las obras conocidas como el "Túnel de Crespo" obró con absoluta diligencia, al instalar toda la señalización que alertara sobre la existencia de las obras y los peligros de ingresar al mar, así como de tener el personal disponible a lo largo de las playas, precisamente para alertar sobre los riesgos de ingresar a éstas.
7. No me constan los vínculos familiares de los fallecidos, me atengo a lo que se pruebe.
8. Es cierto, pero dicho cierre nada tiene que ver con mis representados, al no ser de su competencia la adopción de dicha decisión. Su responsabilidad consistía en contar con todas las medidas de seguridad, como la señalización de prevención y personal especializado, lo cual se hizo adecuadamente.
9. No me consta tal actividad laboral de los fallecidos, me atengo a lo que se pruebe.

EXCEPCIONES DE MÉRITO

AUSENCIA TOTAL DE RESPONSABILIDAD POR PARTE DE EDGARDO NAVARRO VIVES Y CONSULTORES DEL DESARROLLO S.A.

De los hechos de la demanda se desprende que estamos en presencia de un asunto de responsabilidad civil extracontractual: el apoderado de los demandantes manifiesta que los jóvenes Pedro Luis y Cristian David Lamadrid Izaziga perdieron la vida al ingresar a las playas de Marbella en la ciudad de Cartagena; lugar que no contaba, según su relato, con paramédicos, salvavidas, ambulancias, ni señales de prevención "que anunciaran algún tipo de peligro o advertencia a la comunidad".

Si bien este es un proceso de reparación directa, en el cual se achaca "falla en el servicio" de todas las entidades demandadas, frente a mi representadas, una sociedad de derecho comercial y una persona natural, integrantes del Consorcio Consultores del Desarrollo S.A.-Edgardo Navarro Vives, comercialmente conocido como "Consorcio Vía al Mar" contratista de la Agencia Nacional de Infraestructura a través del contrato de concesión No. 503 de 1994, debe darse aplicación a lo establecido en el artículo 2341 del código civil:

"Art. 2341. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

Artículo este que la jurisprudencia lo interpreta de la siguiente manera:

"Para que a tenor de este artículo resulte comprometida la responsabilidad de una persona -natural o jurídica- se requiere, como bien es sabido, que haya cometido una culpa (lato sensu) y que de ésta sobrevengan perjuicios al reclamante. O sea, la concurrencia de los tres elementos que la doctrina predominante ha sistematizado bajo los rubros de culpa, daño y relación de causalidad entre aquélla y éste..." (CSJ, Sala de Negocios Generales, sentencia de junio 10/63).

Pues bien, a lo largo de la demanda y dentro de todas las pruebas documentales aportadas no aparece un solo indicio, y mucho menos, una sola prueba, que permita colegir que la causa del fallecimiento de los señores Lamadrid Izaziga fue producto de acción u omisión de mis representados. Y es que no puede haber prueba alguna por la sencilla razón que la zona de influencia de las obras sí contaba con la adecuada señalización, información de prevención y presencia de personal en el lugar cercano a donde ocurrieron los hechos, lo cual se evidencia con los Informes de Control de Obras elaborados por la DIMAR, con destino al INCO-hoy ANI.

El Consorcio Vía al Mar como concesionario de la vía Cartagena-Barranquilla, tuvo a su cargo la construcción de las obras del conocido "Anillo Vial Malecón de Crespo", actividades que incluían la construcción siete (7) espolones y el dragado de 980.000 m² de material del fondo del mar para ser utilizado como relleno hidráulico dentro del mismo proyecto.

Para la época del lamentable accidente en el cual perdieron la vida Pedro Luis y Cristian David Lamadrid Izaziga, se reitera, y así se prueba con los respectivos informes de control de obras, el cual incluye registro fotográfico de las obras, las playas y demás zonas del área de influencia del proyecto contaban con toda la señalización y demarcación correspondiente.

Por ejemplo, en el Informe de Control de Obras No. 40, elaborado en el periodo agosto de 2013 (el accidente fue el 17 de agosto de 2013), en el Acápite 3 "Señalización" (visible en la pág. 17) se consigna:

"Las áreas de Playas, donde se realizan las obras del relleno hidráulico del Anillo vial de Crespo y construcción del Deprimido, cuentan con una buena señalización, se han instalado más avisos de información y cerramientos de seguridad, con el fin de mejorar y aumentar niveles de seguridad en la prevención de accidentes. (Sic).

El área donde se realizan las obras de construcción del Deprimido, se encuentra delimitada y cerrada, con polisombra, aumentando los niveles de seguridad y evitar posibles riesgos de accidentes con el personal que transita por estas zonas litorales.

De igual manera esta señalización de prevención está acompañada de la brigada de guardianes ambientales, los cuales están ubicados estratégicamente en sitios del proyecto, con el fin de orientar y prevenir a las personas que transiten por estas áreas de operación.

Actualmente el área del proyecto, cuenta con una buena señalización e información de seguridad”.

Las conclusiones en materia de seguridad, señalización e información adecuada son acreditadas con el respectivo material fotográfico incluido en dicho informe de control de obras (fotografías 17, 18 y 19), lo que efectivamente demuestra la debida diligencia de mis representados, y en consecuencia, la inexistencia de omisión alguna imputable a ellos.

Los reproches efectuados por el apoderado de los demandantes respecto al cierre ordenado por el Distrito de Cartagena mediante el decreto 1228 de 2014, obedece a las funciones constitucionales del Alcalde Distrital y para nada hacen parte del control u órbita de funciones de un particular como lo es un contratista estatal.

Así, tenemos en el presente caso que mientras la DIMAR autorizó y supervisó las labores de dragado de las playas y construcción de los espolones, en virtud de lo señalado en el decreto 2384 de 1984, la decisión definitiva de cerrar las playas al público por motivos de seguridad, es de competencia exclusiva del Alcalde Distrital, tal como lo señala el artículo 315 de la Constitución Política que dice:

“ARTICULO 315. Son atribuciones del alcalde:

...
2. Conservar el orden público en el municipio, de conformidad con la ley y las instrucciones y órdenes que reciba del Presidente de la República y del respectivo gobernador. **El alcalde es la primera autoridad de policía del municipio.** La Policía Nacional cumplirá con prontitud y diligencia las órdenes que le imparta el alcalde por conducto del respectivo comandante”. (Negritas nuestras).

Por su parte, la ley 136 de 1994, conocida como Régimen Municipal y Departamental y en concordancia con la norma constitucional, señala como funciones de los Alcaldes en su artículo 91, las siguientes:

“Artículo 91. Los alcaldes ejercerán las funciones que les asigna la Constitución, la ley, las ordenanzas, los acuerdos y las que le fueren delegadas por el Presidente de la República o gobernador respectivo.

Además de las funciones anteriores, los alcaldes tendrán las siguientes:

- ...
B) En relación con el orden público:
2. Dictar para el mantenimiento del orden público o su restablecimiento de conformidad con la ley, si fuera del caso, medidas tales como:
a) **Restringir y vigilar la circulación de las personas por vías y lugares públicos**”. (Negritas nuestras).

Incluso, la DIMAR, en comunicación 12/8/2014 dirigida al entonces Alcalde Distrital Dr. Dionisio Vélez, le recomienda a la administración de turno el cierre de playas, no obstante “que se han instalado por parte del Consorcio Vía al Mar, avisos preventivos de no transitar ni utilizar las playas en el sector del Anillo Vial de Crespo, visitantes y

transeúntes utilizan esa zona para actividades de esparcimiento y natación, lo cual atenta contra la seguridad misma de ellos y la de las personas involucradas...”.

Dicha recomendación fue la que motivó a la expedición del Decreto 1228 de 2014 por parte de la Alcaldía de Cartagena, en cuya parte considerativa se reitera que muy a pesar de los esfuerzos del Consorcio Vía al Mar en la instalación de señalización e información preventiva, se hace necesaria la suspensión temporal del uso de las playas, a fin de garantizar la seguridad del público en general; decisión que obedece a la discrecionalidad del Alcalde como máxima autoridad.

Por lo tanto, es más que evidente que mis representados cumplieron a cabalidad con sus obligaciones de señalización, prevención, información de los riesgos y cierre con polisombra en las playas incluidas en el área del proyecto a su cargo, bajo la supervisión permanente de la DIMAR como consta en los Informes de Control de Obras y que cualquier discusión referente al cierre definitivo de las mismas, obedecía al resorte exclusivo de la Alcaldía de Cartagena.

CULPA EXCLUSIVA DE LAS VÍCTIMAS

Sea lo primero expresar que lamentamos profundamente el accidente que terminó cobrando la vida de las víctimas y sin pretender cuestionar o emitir un juicio de valor sobre la conducta de éstas, es necesario precisar que, teniendo claridad sobre el actuar diligente del Consorcio Vía al Mar como contratista a cargo de las obras ya mencionadas y existiendo certeza absoluta respecto a la presencia de señalización en las áreas aledañas al proyecto, específicamente en el lugar de los hechos y de personal de orientación, como se señaló en la excepción anterior, queda claro que el accidente fue producto de la imprudencia de las víctimas, quienes a pesar del cerramiento con polisombra y de toda la señalización e información presente en las playas, decidieron ingresar a uno de los espolones (cuyo acceso estaba prohibido según la señalización instalada en ellos) a pescar, ocurriendo el lamentable accidente que acabó con sus vidas, pero que insisto, no puede ser atribuido a mis representados.

Es claro entonces que las víctimas omitieron todas las medidas de protección instaladas en las playas y la señalización que avisaba al público en general de la ejecución de la obra mencionada, decidiendo como lo afirma el demandante “en compañía de unos amigos ir a pescar en las playas mencionadas”, repito, específicamente en uno de los espolones que hacían parte de las obras a cargo de mis representados y desde el cual, ambos se lanzaron; el primero a nadar y el segundo, a auxiliar a su hermano, ante su solicitud de ayuda, al verse atrapado por las corrientes submarinas que son propias de generarse cerca a este tipo de estructuras. De allí, las señales de prohibición instaladas en los espolones para informar al público del riesgo de acceder a ellos.

La imprudencia de las víctimas fue registrada por las notas de prensa de El Periódico El Universal de Cartagena, con dos (2) artículos donde se narran los hechos, visibles en las siguientes páginas web:

<http://www.eluniversal.com.co/sucesos/buscan-dos-hombres-que-se-habrian-ahogado-en-las-playas-de-crespo-131587> (Artículo de prensa del 17 de agosto de 2013).

<http://www.eluniversal.com.co/sucesos/encuentran-el-ultimo-cuerpo-de-los-jovenes-ahogados-en-crespo-131670> (Artículo de prensa del 18 de agosto de 2013).

Sobre la culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad, El Consejo de Estado ha manifestado, a través de su jurisprudencia lo siguiente:

*"Cabe recordar que la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño. Así, la Sala en pronunciamientos anteriores ha señalado: ... Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta **provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta...**"* (Negrillas nuestras). (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de julio 9 de 2014. Rad. 38438).

De igual forma, se ha dicho la misma Corporación "... para que la culpa de la víctima releve de responsabilidad a la administración, aquella debe cumplir con los siguientes requisitos:

- *Una relación de causalidad entre el hecho de la víctima y el daño. **Si el hecho del afectado es la causa única, exclusiva o determinante del daño, la exoneración es total.** Por el contrario, si ese hecho no tuvo incidencia en la producción del daño, debe declararse la responsabilidad estatal. Ahora bien, si la actuación de la víctima concurre con otra causa para la producción del daño, se producirá una liberación parcial, por aplicación del principio de concausalidad y de reducción en la apreciación del daño, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2357 del Código Civil. (Negrillas nuestras).*
- *El hecho de la víctima no debe ser imputable al ofensor, toda vez que si el comportamiento de aquella fue propiciado o impulsado por el ofensor, de manera tal que no le sea ajeno a éste, no podrá exonerarse de responsabilidad a la administración...". Por otra parte, a efectos de que opere el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad, resulta necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder - se repite, activo u omisivo- de aquélla tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño". (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de octubre 18 de 2000. Rad. 11981).*

Es claro, con base en el material probatorio aportado con la presente contestación que el origen del accidente que provocó la muerte de las víctimas obedeció única y exclusivamente a la imprudencia de éstas, al inobservar las señales de prevención instaladas en las áreas del proyecto, ingresando a los espolones y lanzándose al mar, sin que por lo anterior pueda hablarse en ningún momento de omisión o falla del servicio imputable a mis representados, quienes reitero, actuaron diligentemente tal y como quedó plasmado en los respectivos informes de control de obras elaborados por la Interventoría de la DIMAR, específicamente en el No 40, que recoge las actividades desarrolladas

durante el mes de agosto de 2013, del cual me permito nuevamente transcribir la parte pertinente en materia de señalización y prevención:

"El área donde se realizan las obras de construcción del Deprimido, se encuentra delimitada y cerrada, con polisombra, aumentando los niveles de seguridad y evitar posibles riesgos de accidentes con el personal que transita por estas zonas litorales.

De igual manera esta señalización de prevención está acompañada de la brigada de guardianes ambientales, los cuales están ubicados estratégicamente en sitios del proyecto, con el fin de orientar y prevenir a las personas que transiten por estas áreas de operación".

EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

Analizando la demanda y las pruebas obrantes en el expediente, encontramos con total claridad que se ha configurado la excepción de caducidad de la acción a favor de mis representados.

El artículo 164 del CPACA claramente determina el término para presentar los distintos medios de control según el tipo de acción a ser presentada. Así, específicamente para las acciones de reparación directa establece lo siguiente:

"Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)

i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia". (Negritas nuestras).

El cómputo no resiste mayores cálculos, tomando como fecha a partir de la cual se podía presentar cualquier acción judicial el 18 de agosto de 2013, día siguiente a la ocurrencia del accidente donde perdieron la vida los señores Lamadrid Izaziga.

La solicitud de conciliación prejudicial fue radicada por los demandantes únicamente hasta el 18 de agosto de 2015, último día hábil para presentar la presente demanda de reparación, fecha a partir de la cual se suspendieron los términos de caducidad, según lo previsto en el artículo tercero del decreto 1716 de 2009; suspensión que operó hasta el día 20 de octubre de 2015, momento en el cual se expidió la respectiva constancia de no conciliación, reiniciándose así el cómputo de dos (2) años, debiendo haber sido presentada la demanda, el mismo 20 de octubre de 2015, pues era el último día hábil y no el 21 de octubre como lo hizo el demandante, por fuera del periodo de previsto en la ley.

#153

PRUEBAS Y ANEXOS:

1. Poderes para actuar.
2. Certificado y existencia de representación legal de Consultores del Desarrollo S.A.
Documentales:

Solicito se tengan como pruebas los siguientes documentos, todos aportados en copia simple:

1. Copia de los Informes de Control de Obras del Proyecto: "Obras de Construcción Anillo Vial Malecón del Barrio Crespo", de los números 32 a 43, elaborados por los Peritos Oceanográficos Serguei Lonin y Fredy Cervantes Baena dirigido a la DIMAR y solicitados por el entonces Instituto Nacional de Concesiones INCO-hoy ANI.
2. Copia simple de la comunicación de fecha 12/8/2014 de la DIMAR, dirigida al Alcalde Distrital de Cartagena.
3. Impresión desde la página web de los artículos prensa publicados por el Diario El Universal los días 17 y 18 de agosto de 2013, donde registraron los hechos que ocasionaron la muerte de Pedro Luis y Cristian David Lamadrid Izaziga.

Para efectos de los arts 244 a 246 del CGP, declaro que los originales de los documentos 1° y 2° que aporto en fotocopia simple, reposan en los archivos de la Dirección General Marítima-DIMAR.

Oficios:

Solicito se oficie a la Dirección General Marítima-DIMAR, Capitanía de Puerto de Cartagena, a fin que certifique la autenticidad de los informes aportados y de la comunicación enviada a la Alcaldía de Cartagena ya señalada, relacionados en los numerales 1 y 2 anteriores, y/o remita copia auténtica de los mismos. Solicito que con la notificación de esta prueba a Dimar para su respuesta, se le anexen copias simples a mi costa de dichos documentos. La entidad recibe notificaciones en Edificio B.C. H.- La Matuna, de la ciudad de Cartagena.

Solicito se oficie al Cuerpo de Bomberos, Estación Bocagrande, a fin que se sirva indicar si atendió la emergencia ocurrida el 17 de agosto de 2013 en las playas de Crespo, cuáles fueron los hechos que originaron el ahogamiento de Pedro Luis y Cristian David Lamadrid Izaziga y que aporte al proceso los registros que tenga sobre los hechos. La entidad puede ser notificada en la Av. Blas de Lezo Carrera 2 No. 15-42 Sector El Limbo.

Igualmente solicito se oficie al Cuerpo de Guardacostas de Cartagena, a fin que se sirva indicar si atendió la emergencia ocurrida el 17 de agosto de 2013 en las playas de Crespo, cuáles fueron los hechos que originaron el ahogamiento de Pedro Luis y Cristian David Lamadrid Izaziga y que aporte al proceso los registros que tenga sobre los hechos. La entidad puede ser notificada en Bocagrande Av. San Martín Base Naval A. R. C.

García Ramos Abogados

Carrera 24 # 1A-24 Of. 1001 ~ Tel. 3854992- 3854994

E-mail: rugero@ramosabogados.com.co

Puerto Colombia, Atlántico

9/154

NOTIFICACIONES

El suscrito puede ser notificado en la secretaría de su despacho o en mi oficina de abogado ubicada en la Carrera 24 No. 1A-24, oficina 1001 del municipio de Puerto Colombia, Atlántico.

Atentamente,



José Gilberto Cabal Pérez

**JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO
CARTAGENA DE INDIAS
SECRETARIA**

RECIBIDO HOY 24-01-2017

NUMERO DE FOLIOS 320

FECHA: _____ HORA 9:12am

NOMBRE QUIEN RECIBE Monica Lafante

FIRMA _____

Bogotá D.C.,

Señores:

JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Centro, Av Daniel Lemaitre Calle 32 No.10-129, Tercer piso
Cartagena, Bolivar

REFERENCIA: **Proceso:** Reparación directa
Radicación: 13-001-33-33-001-2015-00285-00
Demandante: TOMAS LAMADRID CARO Y OTROS
Demandado: Agencia Nacional de Infraestructura y otros

Asunto: **Contestación demanda y excepciones**

ANGÉLICA MARÍA RODRÍGUEZ VALERO, identificada como aparece al pie de mi firma, obrando como apoderada de la Agencia Nacional de Infraestructura (en adelante ANI), según poder que anexo, respetuosamente comparezco ante su Despacho con el fin de contestar dentro de la oportunidad, a la demanda promovida en ejercicio del medio de control de reparación directa por Tomas Lamadrid Caro y otros.

RESPECTO DE LOS ANTECEDENTES DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI

Previo a cualquier análisis, es preciso que el Despacho conozca los antecedentes de esta Agencia:

Mediante el **Decreto 1800 del 26 de junio de 2003**, se creó el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, Establecimiento Público del Orden Nacional, adscrito al Ministerio de Transporte, con el objeto de planear, estructurar, contratar, ejecutar, y administrar los negocios de infraestructura de transporte que se desarrollen con participación del capital privado y en especial las Concesiones, en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario.

Posteriormente, mediante **Decreto 4165 de 2011** se modificó la naturaleza jurídica y la denominación del Instituto Nacional de Concesiones – INCO por la de AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA; Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del Sector Descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional y adscrita al Ministerio de Transporte, la cual, de conformidad con el mencionado Decreto cuenta con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, representada legalmente por su Presidente, Dr. Luis Fernando Andrade Moreno.

RESPECTO DE LAS PRETENSIONES

Me opongo a la prosperidad de todas y cada una de las peticiones elevadas, dado que carecen de fundamento jurídico, fáctico y probatorio que permitan concluir que en el presente caso mi representada ha causado algún perjuicio de los alegados, como quiera que su actuación se ha realizado de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución Política y la Ley.

Lo anterior, de conformidad con los argumentos y las excepciones que se proponen en las líneas que siguen.

RESPECTO DE LOS HECHOS NARRADOS POR LA PARTE ACTORA

Hecho 3.1: No me consta la ocurrencia de los hechos que se señalan en la demanda, me atengo a lo que se pruebe dentro del proceso; en cuanto a la ejecución de la obra en las "playas de crespo", éstas hacen parte del proyecto "Anillo Vía malecón del Barrio Crespo", consistente en la construcción de siete (7) Espolones, y construcción de un corredor vial de 2.350 metros lineales, en la jurisdicción de la capitania de Puerto de Cartagena, el cual para el año 2013 se encontraba en proceso de construcción.

Hecho 3.1 (sic): No me consta la ocurrencia de los hechos, me atengo a lo que se pruebe dentro del proceso. En la fecha del supuesto suceso la playa no se encontraba en servicio a la comunidad.

No es cierto que el lugar se encontraba sin señalización, según lo indicó la interventoría¹, la zona se encontraba debidamente señalizada, tal como lo certificaron los peritos de la DIMAR en sus informes de seguimiento mensual, los cuales se aportaron a la presente demanda.

En este punto es importante señalar que:

El Instituto Nacional de Vías, subrogó al Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy Agencia Nacional de Infraestructura – ANI) el contrato de concesión 503 de 1994 suscrito con el Consorcio integrado por Consultores del Desarrollo S.A. y el señor Edgardo Navarro Vives, cuyo objeto es "REALIZAR POR EL SISTEMA DE CONCESIÓN LOS ESTUDIOS, DISEÑOS DEFINITIVOS, OBRAS NECESARIAS PARA LA REHABILITACIÓN DE LAS CALZADAS EXISTENTES Y EL MANTENIMIENTO Y LA OPERACIÓN DEL TRAMO DE CARRETERA LOMITA ARENA – PUERTO COLOMBIA – BARRANQUILLA DE LA RUTA 90 A Y DELO EMPALME RUTA 90 (LA CORDIALIDAD) – LOMITA ARENA Y EL MANTENIMIENTO Y LA OPERACIÓN DEL TRAMO CARTAGENA – LOMITA ARENA EN LOS DEPARTAMENTOS DE BOLÍVAR Y ATLÁNTICO."

En virtud de dicho contrato, la Dirección General Marítima en uso de las facultades conferidas en los numerales 21 y 22 del artículo 5 de la Ley 2324 de 1984 y numerales 1 y 2 del artículo 2 del Decreto 5057 de 2009, mediante la resolución No. 0021 del 28 de enero de 2010, autorizó al Instituto Nacional de Concesiones INCO, la construcción de unas obras dentro del proyecto "Anillo Vial Malecón Barrio Crespo" correspondiente al dragado de aproximadamente 980.000 m3 del material del fondo del mar para ser utilizado como relleno hidráulico dentro del proyecto.

Posteriormente mediante la resolución No. 0186 del 18 de mayo de 2010, autorizó al Instituto Nacional de Concesiones INCO, la construcción de unas obras dentro del proyecto "Anillo Vial Malecón Barrio Crespo" que corresponden a: 1. La construcción de siete (7) espolones. 2. Relleno hidráulico de aproximadamente 405.088.70 metros cuadrados. 3. La construcción de siete (7) proyectores marginales con una extensión de 1.748.37 metros cuadrados. 4. La construcción de un corredor vial de 2.350 metros.

Esta última resolución señala en el artículo 6, literal b, que el beneficiario de tal autorización (INCO hoy ANI) aceptará la designación de inspectores nombrados por el Director General Marítimo o por la Capitania del Puerto de Cartagena, con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones asignadas.

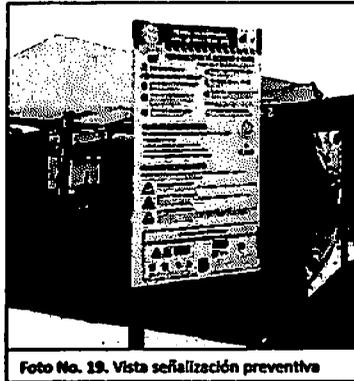
En tal sentido, mediante los Informes de Control de Obras No. 39 de fecha 12 de agosto de 2013 (anterior a la fecha de los hechos objeto de estudio), e Informe de Control de Obras No. 40 de fecha 2 de septiembre de 2013 (posterior a la fecha de los hechos), los peritos designados por la Capitania de Puerto de Cartagena mediante oficio No. 15201002467 MD-DIMAR-CP05-Litorales – 625 de fecha 15 de junio de 2010, para el seguimiento y control de obras del proyecto, en cuanto a la señalización y seguridad de la obra señalaron: (pág. 18 y 19)

¹ INSEVIAL - CONTRATO N° SEA - 070 DE 2012

3. SEÑALIZACION DE LAS AREAS DEL PROYECTO.

SECTOR LITORAL.

Las áreas de Playas, donde se realizan las obras de relleno hidráulico del Anillo vial de Crespo y construcción del Deprimido, cuentan con una buena señalización, se han instalado más avisos de información y cerramientos de seguridad, con el fin de mejorar y aumentar los niveles de seguridad en la prevención de accidentes.



El área donde se realizan las obras de construcción del Deprimido, se encuentra delimitada y cerrada, con polisombra, aumentando los niveles de seguridad y evitar posibles riesgos de accidentes con el personal que transita por estas zonas litorales.

De igual manera esta señalización de prevención está acompañada de la brigada de guardias ambientales, los cuales están ubicados estratégicamente en sitios del proyecto, con el fin de orientar y prevenir a las personas que transiten por estas áreas de operación.

Foto No. 19. Vista señalización preventiva



Foto No. 20 y 21. Vista señalización en zonas de playas

Actualmente el área litoral del proyecto, cuenta con una buena señalización e información de seguridad.

SECTOR MARITIMO.

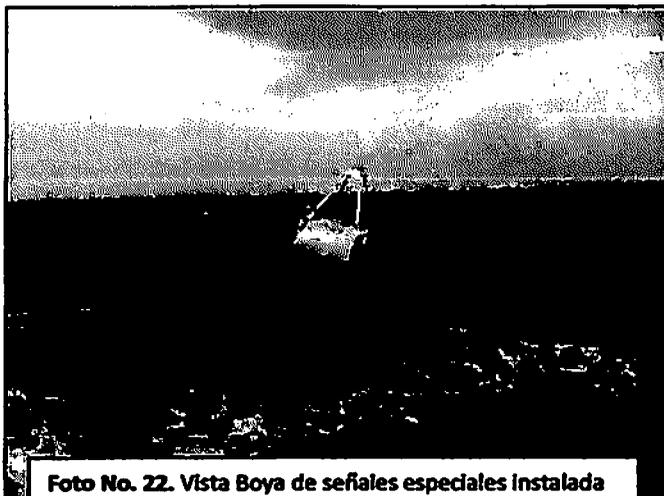


Foto No. 22. Vista Boya de señales especiales instalada

Durante las operaciones de dragado del mes de Julio, se constató la buena disposición y atención al tema de la señalización marítima. Se construyeron Boyas de señales especiales con sus respectivas luces y boyarines para señalización de la tubería de descarga.

En inspecciones del mes, se pudo observar que el equipo de Dragado MAR & TER-1, cuenta con sus respectivas luces de navegación. Se encuentran instaladas Boyas en la Popa y Proa del equipo de dragado. En cuanto a la señalización de la tubería de descarga, esta cuenta con la instalación de cuatro boyas de señalización, mostrando la ubicación de la tubería de descarga. Sin embargo esta tubería se encuentra sumergida, el último tramo que llega a la playa cuenta con la instalación de dos Boyas de señales especiales con sus respectivas luces.



Foto No. 23. Vista Boya de señales especiales instalada

En las actividades del mes, no se presentaron derrames de material contaminante a los cuerpos de aguas. Se observó una buena disposición del personal y se tomaron las medidas de seguridad necesarias en cada una de las labores realizadas. No se presentaron novedades de personal.



Foto No. 24. Vista Boya señales especiales

Hecho 3.2: No es cierto, si bien las obras del túnel (playas) se encontraban en construcción, contaban con la señalización y seguridad correspondiente indicando que no debían ser usadas, ello se corrobora con los informes de los peritos de la DIMAR, adjuntos al presente escrito.

Pese a lo anterior, los usuarios hacen caso omiso a las prevenciones, en relación con el decreto 1228 de 2014 es pertinente precisar que las consideraciones en él expuestas obedecen, a que la fecha de expedición las playas no se encontraban terminadas y la señalización instalada por el concesionario no estaba siendo respetada por los usuarios.

"ya que ocasión de las obras realizadas en el anillo vial de crespo y a pesar de los avisos restrictivos ubicados por parte del Consorcio Anillo Vial Via al Mar, no se ha atendido la problemática de manera preventiva; visitantes y transeúntes utilizan esa zona para actividades de esparcimiento y natación, lo cual atenta con su seguridad y la de las personas involucradas en las actividades de construcción de las obras y movimiento de las maquinarias." (Negritas fuera de texto).

Hecho 3.3: Es cierto que se haya realizado un dragado al lecho marino, el cual fue autorizado por la DIMAR dentro del polígono señalado, a una distancia aproximada de 2 km de costa.

Hecho 3.4: No es cierto, el Decreto debe ser leído integralmente, en contexto, al parecer la conclusión es una apreciación subjetiva del actor.

Se recalca que la primera consideración para el cierre de las playas indicada en el Decreto 1228 es que los avisos restrictivos que ubicó el Concesionario no estaban siendo atendidos por los usuarios.

Hecho 3.5: No es un hecho, es una apreciación subjetiva del actor.

Hecho 3.6: No me consta, la conformación del núcleo familiar debe probarse en el plenario.

Hecho 3.7: No me consta la actividad mediante la cual los PEDRO LUIS LAMADRID IZAZIGA, y CIRSTIAN DAVID LAMDRID IZAZAGA obtenían sus recursos económicos, me atengo a lo que se pruebe dentro del proceso.

RESPECTO DE LOS ANTECEDENTES FÁCTICOS Y JURÍDICOS

Resulta necesario hacer una serie de precisiones preliminares en el *sub exámine*, con el fin de que las conozca el Despacho para que las tenga en cuenta al momento de resolver el asunto.

Respecto de la Agencia Nacional de Infraestructura

De conformidad con lo establecido en el Decreto 4165 de 2011, por medio del cual el Gobierno Nacional cambió la naturaleza jurídica, cambió de denominación y fijó otras disposiciones del Instituto Nacional de Concesiones –INCO, la Agencia Nacional de Infraestructura es una Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte y su objeto y funciones generales fueron definidas en los siguientes términos:

***ARTÍCULO 3o. OBJETO.** Como consecuencia del cambio de naturaleza, la Agencia Nacional de Infraestructura, tendrá por objeto planear, coordinar, estructurar, contratar, ejecutar, administrar y evaluar proyectos de concesiones y otras formas de Asociación Público Privada (APP), para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública de transporte en todos sus modos y de los servicios conexos o relacionados y el desarrollo de proyectos de asociación público privada para otro tipo de infraestructura pública cuando así lo determine expresamente el Gobierno Nacional respecto de infraestructuras semejantes a las enunciadas en este artículo, dentro del respeto a las normas que regulan la distribución de funciones y competencias y su asignación.

ARTÍCULO 4o. FUNCIONES GENERALES. Como consecuencia del cambio de naturaleza, son funciones generales de la Agencia Nacional de Infraestructura:

1. Identificar, evaluar la viabilidad y proponer iniciativas de concesión u otras formas de Asociación Público Privada para el desarrollo de la infraestructura de transporte y de los servicios conexos o relacionados.
2. Planear y elaborar la estructuración, contratación y ejecución de los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública y de los servicios conexos o relacionados, que hayan sido previamente identificados por el Ministerio de Transporte o asignados por el Gobierno Nacional.
3. Crear y administrar un banco de proyectos de infraestructura de transporte que sean susceptibles de desarrollarse mediante concesión u otras formas de Asociación Público Privada.
4. Definir metodologías y procedimientos en las etapas de planeación, preadjudicación, adjudicación, postadjudicación y evaluación de proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a su cargo.
5. Elaborar los estudios para definir los peajes, tasas, tarifas, contribución de valorización y otras modalidades de retribución por el diseño, construcción, operación, explotación, mantenimiento o rehabilitación de la infraestructura relacionada con los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a su cargo.
6. Elaborar los estudios y adelantar las acciones necesarias para recopilar la información de carácter predial, ambiental y social requerida para una efectiva estructuración y gestión de los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a su cargo.
7. Identificar y proponer, como resultado del análisis de viabilidad técnica, económica, financiera y legal, las modificaciones requeridas a los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a su cargo, con la finalidad de asegurar condiciones apropiadas para el desarrollo de los mismos.
8. Realizar directa o indirectamente la estructuración técnica, legal y financiera de los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a su cargo, con base en los lineamientos y políticas fijadas por las entidades encargadas de la planeación del sector transporte y por el Consejo Nacional de Política Económica y Social, (Conpes).
9. Coordinar y gestionar, directa o indirectamente, la obtención de licencias y permisos, la negociación y la adquisición de predios y la realización de las acciones requeridas en el desarrollo de los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a su cargo.

10. Adelantar los procesos de expropiación administrativa o instaurar las acciones judiciales para la expropiación, cuando no sea posible la enajenación voluntaria de los inmuebles requeridos para la ejecución de los proyectos a su cargo.
11. Identificar, analizar y valorar los riesgos de los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a su cargo e incorporar en todos los contratos de concesión y sus modificaciones las reglas de distribución de riesgos de forma que sea explícita la asunción de riesgos de cada una de las partes.
12. Evaluar y hacer seguimiento a los riesgos contractuales e institucionales y proponer e implementar medidas para su manejo y mitigación.
13. Controlar la evolución de las variables relacionadas con las garantías otorgadas por la Nación durante la vigencia de los contratos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a cargo de la entidad, y calcular y actualizar los pasivos contingentes, si hubiere lugar a ello, para cubrir dichas garantías, de acuerdo con las normas legales vigentes y los lineamientos impartidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
14. Coordinar con el Instituto Nacional de Vías (Invías) y la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil (Aerocivil) la entrega y recibo de las áreas y/o la infraestructura de transporte asociadas a los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a su cargo.
15. Ejercer las potestades y realizar las acciones y actividades necesarias para garantizar la oportuna e idónea ejecución de los contratos a su cargo y para proteger el interés público, de conformidad con la ley.
16. Supervisar, evaluar y controlar el cumplimiento de la normatividad técnica en los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a su cargo, de acuerdo con las condiciones contractuales.
17. Realizar la medición y/o seguimiento de las variables requeridas en cada proyecto para verificar el cumplimiento de los niveles de servicio y demás obligaciones establecidas en los contratos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a su cargo.
18. Asesorar a las entidades descentralizadas, territorialmente o por servicios y a las entidades nacionales, en la estructuración técnica, legal y financiera de proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada, para lo cual se suscribirán los convenios y contratos que sean necesarios.
19. Administrar y operar de forma temporal la infraestructura ferroviaria nacional cuando por razones de optimización del servicio esta haya sido desafectada de un contrato de concesión y hasta tanto se entregue a un nuevo concesionario o se disponga su entrega definitiva al Instituto Nacional de Vías (Invías).
20. Adelantar con organismos internacionales o nacionales, de carácter público o privado, gestiones, acuerdos o contratos para el desarrollo de actividades relacionadas con su objeto, tales como la realización de estudios o la estructuración de proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada o la prestación de servicios de consultoría.
21. Las demás funciones que se le asignen de conformidad con lo establecido en la ley. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Como se podrá observar, dentro de las funciones de la Agencia Nacional de Infraestructura no se encuentra de manera expresa e inequívoca la de ejecutar los proyectos viales, como tampoco la señalización y seguridad de los tramos dados en concesión, pues lo cierto es que la Agencia Nacional de Infraestructura se encarga de la administración de los contratos de concesión mediante los cuales el Concesionario obtiene una remuneración por la materialización de unos proyectos de infraestructura, siendo este último el ejecutor directo de tales proyectos viales.

Así las cosas, las labores que desarrolla la Agencia frente a cada corredor vial se determinan específicamente con las funciones asignadas normativamente, así como lo establecido en el Contrato de Concesión, que constituye ley para las partes y genera obligaciones exclusivas a cargo del particular contratista.

- **Respecto del Contrato Estatal de Concesión**

En términos económicos, una concesión es el otorgamiento temporal del derecho de explotación de unos bienes y servicios por parte de una empresa a otra, con el fin de sufragar los costos de una obra o servicio que el concesionario presta al concedente.

De acuerdo con el numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos de concesión, son "los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede constituirse en derechos, tarifas, tasas,

valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contratación que las partes acuerden”.

Esta particularidad tiene connotaciones trascendentales en lo referente a la responsabilidad que puede generarse en desarrollo de este contrato público y en las obligaciones que se generan con su suscripción, ya que la distribución del riesgo, es muy diferente al común de los contratos, en virtud de que por su naturaleza, la concesión tiene plena autonomía en su ejecución y operación, por lo que en el presente caso se debe evaluar en debida forma el contrato de concesión y la asunción de riesgos y responsabilidades que atañen a este negocio estatal y que no puede ser evaluado como los demás contratos para tratar de asignar indiscriminadamente la responsabilidad de la administración. Lo anterior, a la luz de la ponderación que debiera hacer el Honorable Despacho al momento de proferir fallo en la presente acción.

- **Respecto del Contrato de Concesión 503 de 1994**

El Instituto Nacional de Vías, subrogó al Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy Agencia Nacional de Infraestructura – ANI) el contrato de concesión 503 de 1994 suscrito con el Consorcio integrado por Consultores del Desarrollo S.A. y el señor Edgardo Navarro Vives, cuyo objeto es **“REALIZAR POR EL SISTEMA DE CONCESIÓN LOS ESTUDIOS, DISEÑOS DEFINITIVOS, OBRAS NECESARIAS PARA LA REHABILITACIÓN DE LAS CALZADAS EXISTENTES Y EL MANTENIMIENTO Y LA OPERACIÓN DEL TRAMO DE CARRETERA LOMITA ARENA – PUERTO COLOMBIA – BARRANQUILLA DE LA RUTA 90 A Y DE LO EMPALME RUTA 90 (LA CORDIALIDAD) – LOMITA ARENA Y EL MANTENIMIENTO Y LA OPERACIÓN DEL TRAMO CARTAGENA – LOMITA ARENA EN LOS DEPARTAMENTOS DE BOLÍVAR Y ATLÁNTICO.”**

Dentro del clausurado de este contrato, cláusula vigésima quinta. **Conservación y mantenimiento del proyecto** se señaló que al concesionario le corresponde la conservación y cuidado del proyecto, señalando además que es responsable de la señalización y mantenimiento del tránsito a lo largo del proyecto, quien responderá por los perjuicios que se causen a terceros por falta de señalización o por deficiencia de ella, en los siguientes términos:

“CLAUSULA VIGESIMA QUINTA. CONSERVACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL PROYECTO. Desde la suscripción del “Acta de iniciación de la construcción”, hasta la entrega final del proyecto; al término del contrato el CONCESIONARIO asume entera responsabilidad por su cuidado. En caso que se produzca daño, pérdida o desperfecto de algún elemento constitutivo del proyecto, por cualquier causa que sea, con salvedad y excepción de los hechos debatidos a fuerza mayor o caso fortuito, el CONCESIONARIO deberá repararlas y reponerlas a su propia costa de manera que a su entrega al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS las obras estén en buenas condiciones y en buen estado y de conformidad en todos los aspectos con los requisitos de este contrato y con las instrucciones del interventor. Dentro del mismo término, la señalización y el mantenimiento del tránsito a todo lo largo del proyecto son obligaciones a cargo del CONCESIONARIO quien será responsable por los perjuicios ocasionados a terceros o al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS por falta de señalización, o por deficiencia en ella, por su negligencia o culpa grave debidamente comprobados. La señalización temporal durante la etapa de construcción para la prevención de riesgos de los usuarios y personal que trabaja en las obras y la señalización informativa y preventiva del proyecto durante la etapa de operación, debe cumplir con las estipulaciones y especificaciones del Manual sobre Dispositivos para el Control del Tránsito en Calles y Carreteras, y de las resoluciones vigentes sobre la materia expedidas por el Ministerio de Transporte.” (se resalta)

De otra parte, en el mismo Contrato de Concesión 503 de 1994, se determinó que, en caso de lesiones o muerte a terceros en accidente, el contratista debe garantizar su responsabilidad, por lo tanto, debía constituir una póliza o amparo de responsabilidad civil extracontractual. Lo anterior, de conformidad con lo estipulado en la cláusula vigésima segunda, punto 4, del referido contrato que prescribe:

"4. – DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. EI CONCESIONARIO, como requisito previo a la suscripción del "Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción", debe garantizar su responsabilidad por lesiones o muerte de una o varias personas en un solo accidente y daños a terceros o a propiedades del Ministerio de Transporte, o el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS con un monto de Cincuenta millones de pesos colombianos (\$50.000.000.00) por evento y vigente por el término de la duración de las etapas de Construcción y operación y seis (6) meses más. El monto máximo por concepto de esta garantía, debe ser ajustado anualmente de acuerdo con el aumento del Índice de Precios al Consumidor, establecido por el Departamento nacional de Estadística – DANE-"

Por la naturaleza del contrato de concesión, es evidente que se encuentra en cabeza del concesionario, entre otras obligaciones, la **operación y mantenimiento del proyecto vial**, aspectos sobre los cuales la entidad estatal concedente no tiene incidencia alguna, en primer lugar en virtud de su objeto y en segundo lugar al alcance del contrato.

En este sentido, es importante tener en cuenta al momento de proferir sentencia que los alcances que tiene la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA en calidad de entidad concedente, son de carácter netamente negocial, es decir, está atada a lo que se encuentra pactado en el acuerdo.

RESPECTO DE LAS EXCEPCIONES PREVIAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, sobre la contestación de la demanda y el artículo 180 del mismo estatuto, sobre primera audiencia, formulo las siguientes excepciones previas.

Falta de legitimación en la causa por pasiva – Agencia Nacional de Infraestructura ANI

Respecto de la falta de legitimación en la causa por pasiva para concurrir al proceso ha dicho el Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera- subsección A, C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, en fallo de 28 de julio de 2011:

"...De ahí que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio, evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados por los actores..."

Ahora, siguiendo los lineamientos establecidos por la Doctrina, la legitimación en la causa se "refiere a la relación sustancial que se pretende que existe entre las partes del proceso y el interés sustancial del litigio o que es el objeto de la decisión reclamada. En los procesos contenciosos, la legitimación en la causa consiste, respecto del demandante, en ser la persona que de conformidad con la ley sustancial está legitimada para que por sentencia de fondo o mérito se resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda, y respecto del demandado en ser la persona que conforme a la ley sustancial está legitimada para discutir u oponerse a dicha pretensión del demandante.²

² DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso.

Bajo este concepto, la legitimación en la causa por pasiva, como presupuesto para solicitar el amparo de un derecho sustancial, debe ser probada claramente por la parte que solicita la protección y decisión judicial, es decir, que la carga probatoria de quien acciona inicia con la demostración del derecho que le asiste para poder accionar a una contraparte, esto es, de la calidad sustancial de la parte accionada. Por lo anterior, le corresponde al actor determinar de manera clara el sujeto jurídico que virtualmente deberá responder por sus solicitudes indemnizatorias.

En este orden de ideas, es evidente que la Agencia Nacional de Infraestructura no ha ocasionado los perjuicios que alega la parte actora por acción u omisión de su parte, por cuanto si bien en la demanda se convoca a la Agencia Nacional de Infraestructura como extremo pasivo del asunto, como eventual Entidad pública demandada, en la relación fáctica o de hecho en que se fundamenta el demandante, no aparece imputación o hecho concreto imputable a la Agencia, pues la parte actora se limita a hacer afirmaciones de carácter general, sin sustento probatorio alguno, correspondiendo a dicha parte la carga de la prueba.

Es necesario poner en conocimiento que la **Agencia Nacional de Infraestructura** se encarga únicamente de la administración de los contratos de concesión mediante los cuales un Concesionario obtiene una remuneración por la materialización de unos proyectos de infraestructura vial, por ello, se encuentra demostrada la falta de legitimación en la causa por pasiva, pues en el caso en comento, la encargada de realizar la señalización y mantenimiento del tránsito en todo el trayecto, es Consorcio integrado por Consultores del Desarrollo S.A. y el señor Edgardo Navarro Vives, de acuerdo con el Contrato de Concesión No 503 de 1994.

Esta excepción se sustenta precisamente con el contrato de concesión 503, suscrito el 24 de agosto de 1994, entre el Instituto Nacional de Vías y el Consorcio integrado por Consultores del Desarrollo S.A. y el señor Edgardo Navarro Vives, el cual tiene por objeto "REALIZAR POR EL SISTEMA DE CONCESIÓN LOS ESTUDIOS, DISEÑOS DEFINITIVOS, OBRAS NECESARIAS PARA LA REHABILITACIÓN DE LAS CALZADAS EXISTENTES Y EL MANTENIMIENTO Y LA OPERACIÓN DEL TRAMO DE CARRETERA LOMITA ARENA – PUERTO COLOMBIA – BARRANQUILLA DE LA RUTA 90 A Y DELO EMPALME RUTA 90 (LA CORDIALIDAD) – LOMITA ARENA Y EL MANTENIMIENTO Y LA OPERACIÓN DEL TRAMO CARTAGENA – LOMITA ARENA EN LOS DEPARTAMENTOS DE BOLÍVAR Y ATLÁNTICO.", en donde claramente se determina que la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, no es el ente encargado de la ejecución de las obras, ni mucho menos la encargada de la señalización y mantenimiento del proyecto.

Dentro del clausurado de este contrato, cláusula vigésima quinta. **Conservación y mantenimiento del proyecto** se señaló que al concesionario le corresponde la conservación y cuidado del proyecto, señalando además que es responsable de la señalización y mantenimiento del tránsito a lo largo del proyecto, quien responderá por los perjuicios que se causen a terceros por falta de señalización o por deficiencia de ella, en los siguientes términos:

"CLAUSULA VIGESIMA QUINTA. CONSERVACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL PROYECTO. Desde la suscripción del "Acta de iniciación de la construcción", hasta la entrega final del proyecto; al término del contrato el CONCESIONARIO asume entera responsabilidad por su cuidado. En caso que se produzca daño, pérdida o desperfecto de algún elemento constitutivo del proyecto, por cualquier causa que sea, con salvedad y excepción de los hechos debatidos a fuerza mayor o caso fortuito, el CONCESIONARIO deberá repararlas y reponerlas a su propia costa de manera que a su entrega al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS las obras estén en buenas condiciones y en buen estado y de conformidad en todos los aspectos con los requisitos de este contrato y con las instrucciones del interventor. Dentro del mismo término, la señalización y el mantenimiento del tránsito a todo lo largo del proyecto son obligaciones a cargo del CONCESIONARIO quien será responsable por los perjuicios ocasionados a terceros o al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS por falta de señalización, o por deficiencia en ella, por su negligencia o culpa grave debidamente comprobados. La señalización temporal durante la etapa

de construcción para la prevención de riesgos de los usuarios y personal que trabaja en las obras y la señalización informativa y preventiva del proyecto durante la etapa de operación, debe cumplir con las estipulaciones y especificaciones del Manual sobre Dispositivos para el Control del Tránsito en Calles y Carreteras, y de las resoluciones vigentes sobre la materia expedidas por el Ministerio de Transporte. (se resalta)

Igualmente se determinó que, en caso de lesiones o muerte a terceros en accidente, el contratista debe garantizar su responsabilidad, por lo tanto, debía constituir una póliza o amparo de responsabilidad civil extracontractual. Lo anterior, de conformidad con lo estipulado en la cláusula vigésima segunda, punto 4, del referido contrato que prescribe:

“4. – DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL. El CONCESIONARIO, como requisito previo a la suscripción del “Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción”, debe garantizar su responsabilidad por lesiones o muerte de una o varias personas en un solo accidente y daños a terceros o a propiedades del Ministerio de Transporte, o el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS con un monto de Cincuenta millones de pesos colombianos (\$50.000.000.00) por evento y vigente por el término de la duración de las etapas de Construcción y operación y seis (6) meses más. El monto máximo por concepto de esta garantía, debe ser ajustado anualmente de acuerdo con el aumento del Índice de Precios al Consumidor, establecido por el Departamento nacional de Estadística – DANE-”

Por la naturaleza del contrato de concesión, es evidente que se encuentra en cabeza del concesionario, entre otras obligaciones, la **operación y mantenimiento del proyecto vial**, aspectos sobre los cuales la entidad estatal concedente no tiene incidencia alguna, en primer lugar, en virtud de su objeto y en segundo lugar al alcance del contrato.

En este punto es pertinente puntualizar, teniendo en cuenta lo señalado en la demanda, que la imputación general efectuada fue **“la omisión y negligencia de los demandados de ponerles en conocimiento los posibles riesgos de la playa del sector manzanillo del Mar”, vale precisar, la falta de señalización y medidas de seguridad, pues se reitera** que no existe una imputación directa de la acción y/o omisión a cargo de la Agencia que represento causante del daño alegado.

Queda centrado entonces el presente estudio a las actividades adelantadas con ocasión al mantenimiento y señalización del tramo concesionado, acciones que como se observa del clausurado contractual, se encuentran en cabeza del consorcio contratista Consultores del Desarrollo S.A. y el señor Edgardo Navarro Vives en virtud del Contrato de Concesión 503 de 1994, pues si en el hipotético caso se llegare a demostrar, lo cual no se evidencia, que con ocasión a dichas obras se produjo algún tipo de daño a la parte demandante, la responsabilidad es exclusiva del contratista ejecutor.

Es importante enfatizar que el contrato de Concesión, goza de ciertas características que lo diferencian ampliamente de otros Negocios Jurídicos especialmente los celebrados con Entidades Estatales, los cuales están gobernadas por la Ley 80 de 1993, el artículo 32³ del mismo cuerpo normativo establece que: **“[s]on contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.** (Se subraya)

³ Ley 80 de 1993, Artículo 32 De los Contratos estatales Numeral 4º

Como se observa, en su definición se materializa una característica especial consistente en que el concesionario realiza la ejecución del contrato "a cuenta y riesgo de una serie de actividades incluyendo las obras de construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento de los trayectos".

En esta medida, los presuntos daños que se puedan generar en desarrollo de la ejecución del contrato de Concesión están asignados contractualmente al contratista concesionario, pues se prevé que el desarrollo del proyecto vial responde a la actividad exclusiva material del particular contratista. La Entidad pública concedente no participa activamente en la construcción y operación del proyecto, por lo que materialmente no realiza las labores de obra, señalización y mantenimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, y para reforzar la defensa de la Entidad, si el Juzgado considera que podría existir legitimación de la Entidad que represento por una presunta falla en las obligaciones de vigilancia del Contrato de concesión, conforme lo pactado expresamente en el contrato, debo advertir que igualmente existe falta de legitimación de hecho de la ANI, en atención a que la parte demandante no formuló imputaciones específicas y expresas de actuaciones u omisiones de la Agencia como Entidad contratante y que tengan relación directa con las obligaciones asumidas en el Contrato de Concesión atrás referido.

En lo que respecta a este deber de vigilancia y supervisión, ello se refiere a la supervisión que el concedente debe ejercer sobre el concesionario, en los aspectos, material, técnico, financiero y jurídico, por lo que no puede pensarse que la ANI pueda y tenga que entrar a ejecutar también las obras, pues se perdería el objeto mismo del contrato de concesión. Sobre la materia, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto de fecha 9 de febrero de 2006 estableció:

"La supervisión del objeto tiene cuatro aspectos: el material, esto es, la realización física de la obra; el técnico, es decir, que se cumplen las especificaciones según el diseño; el financiero, o sea, saber en qué se invierten los dineros presupuestados; y el jurídico, esto es, que se desarrolla según la ley."

De lo todo lo anterior, se infiere claramente que no existe ninguna relación de tipo legal y/o contractual frente a lo planteado por el actor en sus hechos en relación con esta Agencia, vale reiterar, respecto de la imputación general por lo que se configura – se insiste - la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva que ruego a su señoría declarar.

Por último, debe tenerse en cuenta, que la entidad encargada de supervisar las obras que se realicen en las aguas, terrenos de bajamar, playas y demás es la DIMAR según lo establecido en el Decreto 2324 de 1984 en el cual se establecen sus funciones: **Numeral 21 "Regular, autorizar y controlar las concesiones y permisos en las aguas, terrenos de bajamar, playas y demás bienes de uso público de las áreas de su jurisdicción."**

Falta de legitimación en la causa por activa

Teniendo en cuenta que la legitimación en la causa, puede definirse como la capacidad que tiene una persona para formular pretensiones y/o contradecirlas, con fundamento en la existencia de una relación sustancial de la cual deriva su derecho de acción o de excepción, en el presente asunto se evidencia una **falta legitimación en la causa por activa**, comoquiera que los demandantes, **YASMIRA NARVAEZ GONZALEZ**, no acreditaron su calidad de compañera permanente, **ELOINA HERRERA**, su calidad de abuela, **YORWIS DEL PILAR RAMOS**, su calidad de hermano y los menores Tomas y Sebastián su calidad de sobrinos de las víctimas Pedro Luis y Cristian David Lamadrid qepd.

EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

Culpa exclusiva de la víctima

El artículo 70 de la Ley 270 de 1996, estableció claramente el concepto de culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad por parte del Estado, en estos términos:

“Artículo 70. CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA, El daño se entenderá como culpa exclusiva de la víctima cuando esta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonera de responsabilidad al Estado”.

En la sentencia C-037 DE 1996, La H. Corte Constitucional adujo las siguientes consideraciones al establecer la constitucionalidad del anterior artículo:

“...Por lo demás, la norma bajo examen es un corolario del principio general del derecho, según el cual “nadie puede sacar provecho de su propia culpa...”.

De otro lado, el Código Civil determina el concepto de culpa en los siguientes términos:

“Artículo 63. CULPA Y DOLO. La ley tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materia civil equivale al dolo.”

Así las cosas, señor Juez, el nexo de causalidad en el sub lite no se configura, por cuanto además de no demostrarse la causa de la muerte de las víctimas, si se demuestra la culpa exclusiva de las mismas, como quiera que las investigaciones con motivo del accidente están determinadas al actuar indebido de los jóvenes quienes ejercían la pesca sin el debido permiso de la autoridad competente, o al intentar bañarse en una zona indebida, aunado al hecho que según reportes de prensa los jóvenes no sabían nadar, siendo esta la causa fatal del supuesto siniestro.

Eliminar la exigencia de la irresistibilidad e imprevisibilidad del hecho de la víctima como condición de exoneración del responsable, significa concluir que así el la víctima esté en condiciones de prever y de evitar la ocurrencia del daño, no debe responder la entidad, porque la víctima obró de manera inadecuada y su comportamiento fue decisivo y determinante en la causación del daño.

En la mayoría de los accidentes está presente, como antecedente del daño, un hecho de la víctima: el daño no habría ocurrido si los jóvenes tuvieran el conocimiento y precauciones necesarias para ejercer la pesca, además de no haberse bañado en una zona prohibida, menos aún al no contar con las destrezas suficientes para nadar en el mar.

Así mismo los jóvenes PEDRO LUIS y CRISTIAN DAVID LAMADRID IZAZIGA no tuvieron en cuenta las señalizaciones existentes en la Playa dispuestos por la DIMAR, como bien se indicó en el Informe de la Interventoría de 10 de enero de 2017 CISC- 17-007:

“Con respecto a la señalización, se aclara que en la zona de obra se encontraba debidamente señalizada, tal como lo certificaron los peritos de la DIMAR, en sus informes de seguimiento mensual. Se adjuntan los informes de agosto, septiembre y octubre de 2013, en los cuales, en el numeral 3.- Señalización de las áreas del proyecto, se indica:

508

"Las áreas de Playas, donde se realizan las obras de relleno hidráulico del Anillo Vial de Crespo y Construcción de Deprimido, cuentan con buena señalización, se han instalado más avisos de información y cerramientos de seguridad, con el fin de mejorar y aumentar los niveles de seguridad en la prevención de accidentes"

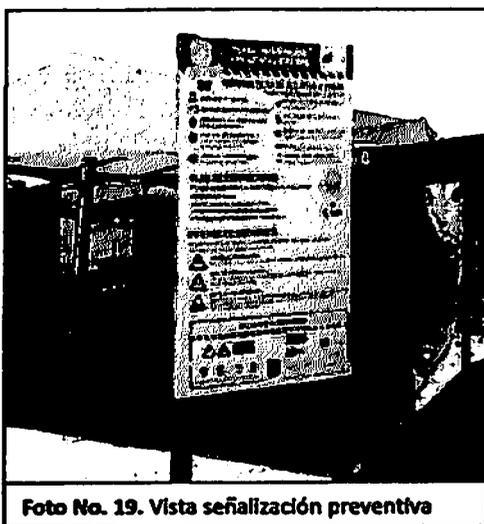


Foto No. 19. Vista señalización preventiva

Fuente: Informe Control de Obras No.39 Peritos Sergui Lonin/Frefy Cervantes Baena



Foto No. 20 y 21. Vista señalización en zonas de playas

Fuente: Informe Control de Obras No.39 Peritos Sergui Lonin/Frefy Cervantes Baena

Como se observa en las fotos anteriores, se tenían dispuestas señales que indicaban que estaba prohibido nadar y transitar en la zona; quedando claro que los jóvenes LAMADRID IZAZIGA actuaron de manera imprudente al no acatar la señalización existente.

De otra parte, tampoco se acreditó en el plenario que los jóvenes ejercieran la actividad de la pesca con el debido permiso o autorización expedido por la Dirección General Marítima y Portuaria (Dimar), de conformidad con el artículo 10 del Decreto 1681 de 1978, lo cual se hace necesario.

En este caso, debe advertirse que realizar actividades de pesca sin permiso constituye una prohibición legal, tal como lo dispone el artículo 176 *ibidem*, a cuyo tenor:

"Artículo 176. También se prohíbe:

1. Realizar actividades de pesca o actividades relacionadas con la pesca sin el permiso correspondiente.
2. Realizar actividades de pesca o relacionadas con la pesca en contravención a las especificaciones o previsiones de la resolución otorgatoria del permiso, especialmente aquellas relativas al área, tiempo, modalidades de aparejos, cantidades y tallas permitidas."

Claro lo anterior, no puede pretenderse que el Estado, en este caso, la Agencia Nacional de Infraestructura, responda por la totalidad de los accidentes presentados en las zonas marinas concesionadas, si los mismos usuarios no acatan las medidas de precaución y señalización, y además realizan sus actividades sin el cumplimiento de la normatividad.

Así las cosas, no puede responsabilizarse a la Administración por las conductas imprudentes, abusivas y peligrosas asumidas por los mismos administrados, quienes hicieron caso omiso a las diferentes señales instaladas a lo largo de la playa, ejerciendo la pesca sin permiso, asumiendo los riesgos a motu proprio.

Debe señalarse, además, que no existe claridad en la demanda respecto de la actividad en que se encontraban los jóvenes en el momento del accidente, si era la actividad de pesca (sin permiso), lo cual se señala que se ejercía frecuentemente, o bañándose en el mar, lo cual era prohibido, y lo que es más grave sin saber nadar⁴, esta contradicción se observa en los hechos 3.1 y 3.5.

Respecto de la culpa exclusiva de la víctima, como eximente de responsabilidad el Consejo de Estado, en fallo de 7 de junio de 2007, C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, radicado: 76001-23-31-000-1995-02796-01 (16089) fue claro al establecer:

"...la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonera de responsabilidad a la Administración...". (Negrillas fuera de texto).

Otro pronunciamiento del H. Consejo de Estado, del 22 de noviembre de 2012 - Expediente: 23080 - Radicación: 180012331000199900262-01. – M. P. Danilo Rojas Betancourt estableció lo siguiente:

"(...)

"28. Para efectos de establecer el criterio de imputación aplicable en relación con los daños que se deriven del ejercicio de una actividad peligrosa, la Sala ha diferenciado la situación de las víctimas que ejercen la actividad, de aquellas que son ajenas a la misma, para concluir que frente a las primeras, para efectos de determinar la imputación del daño al Estado deberá tener en cuenta que quien se vincula a ese tipo de actividades participa en la creación del riesgo que la misma entraña y, por lo tanto, tiene la obligación de extremar las medidas de seguridad, para evitar la causación de daños a otros y a sí mismos.

"(...)

"Quien maneja un arma, conduce un vehículo, etc., no podrá invocar después el ejercicio de la actividad peligrosa para reclamar del Estado la indemnización por el daño que sufra como consecuencia del uso del arma, de la conducción del automotor, etc., en tanto es él mismo, precisamente, quien está llamado a actuar de manera prudente y diligente en el ejercicio de la actividad peligrosa que se le recomienda. (Negrillas y en subrayas fuera texto).

Por lo anterior, se encuentra configurada el eximente de responsabilidad denominada culpa exclusiva de la víctima, situación que exonera de cualquier tipo de responsabilidad a la Administración.

⁴ Así se señaló diferentes fuentes periodísticas que cubrieron el siniestro (El Universal, rcn radio)

ARGUMENTOS DE DEFENSA DE FONDO

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido consistente en reclamar para la prosperidad de las acciones de reparación directa los siguientes elementos:

1. Daño.
2. Hecho dañino de la Administración- título de imputación.
3. Nexo causal.

Todo lo atinente a los hechos, en especial la comprobación de la existencia de los tres elementos de responsabilidad referidos le corresponde probarlo al actor, tal como lo ha reconocido el Consejo de Estado al establecer en Sentencia No. 85001-23-31-000-1993-00074-01(14170) de Sección 3ª, de 24 de febrero de 2005, M.P. Dr. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA:

“falla del servicio, dentro del cual la responsabilidad surge a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales: el daño antijurídico sufrido por el interesado, el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente, una relación de causalidad entre este último y el primero, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio...por lo cual quien alegaba haber sufrido un daño producido por una actuación u omisión imputable a determinada entidad..., soportaba la carga de probar los tres extremos mencionados”

Falta de demostración de la causa del Daño Alegado

Ha sido criterio reiterado del Consejo de Estado⁵, que el daño, para su reparación, además de antijurídico debe ser cierto, sin que haya lugar a reparar aquellos que constituyan una mera hipótesis o sean eventuales, y en todo caso, los que no pudieren llegarse a comprobar fehacientemente en el proceso respectivo.

En este sentido, la doctrina nacional igualmente ha esbozado su criterio según el cual, el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización, y que la eventualidad y certeza se convierten en términos opuestos desde un punto de vista lógico, pues el perjuicio es calificado de eventual –sin dar derecho a indemnización-, o de cierto –con lo cual surge entonces la posibilidad de derecho a indemnización-, pero jamás puede recibir las dos calificaciones⁶.

En este punto se resalta que con la demanda no se aportó material probatorio alguno que permita siquiera inferir que el deceso de los jóvenes Lamadrid Izaziga, hubiese sido con ocasión al ejercicio de la actividad de la pesca y/o por ahogamiento en la playa de Marbella – Crespo, se señala de manera escueta la ocurrencia de un accidente, sin precisión de los hechos, ni circunstancias de modo, tiempo y lugar.

En consecuencia, es evidente que esa situación es contraria a la certeza que debe predicarse respecto del daño y su ocurrencia, lo cual da lugar a negar las pretensiones.

Se debe reiterar al Despacho de conocimiento, que la vía concesionada, es decir la playa donde supuestamente ocurrió el accidente de los jóvenes LAMADRID IZAZIGA, se encontraba debidamente señalizada con prohibiciones de nadar y usar la playa como se ha dicho en acápites anteriores, de igual forma se muestra el control del proyecto en la zona donde durante los meses de agosto, septiembre y octubre de 2013, como bien se señala en el informe de 10 de enero de 2017 CISC- 17-007 elaborado por la interventoría del proyecto:

⁵ Ver sentencias de 17 de febrero de 1994, expediente 6783 y de 09 de mayo de 1995, expediente 8581. M.P. Dr. Julio César Uribe Acosta

⁶ Puede consultarse en este sentido la obra “El Daño” de Juan Carlos Henao, Uniexternado, 1998.

“Se remite copia de los informes de control de obra realizados por los Peritos de la DIMAR en los meses de agosto, septiembre y octubre de 2013, en los cuales se verificó la existencia de señalización apropiada y suficiente”

En conclusión, la inexistencia de elementos probatorios deslegitima la certeza que debe predicarse respecto del daño, y a pesar de que comprueba el mismo (muerte de los jóvenes), no se demuestra el motivo del fallecimiento, vale decir, la causa, las condiciones de su ocurrencia, que haya sido consecuencia de un ahogamiento, y que éste realmente haya sido en la playa de Marbella – Crespo; por lo cual esta Agencia considera que las pretensiones no están llamadas a prosperar, ya que es necesario acreditar en este tipo de procesos la certeza del **daño antijurídico**.

Inexistencia de nexo causal respecto del daño y la actuación por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura.

Tratándose de responsabilidad estatal, es fundamental acreditar el nexo causal entre el daño alegado y la actuación y/u omisión de la entidad estatal llamada a juicio.

El problema en la relación de causalidad, surge a partir de la premisa lógica de que no está llamado a resarcir un daño aquel que no ha contribuido a su realización, de manera que siempre debe existir un ligamen entre el daño causado y el hecho que se atribuye a quien debe responder, en este caso, a la Agencia Nacional de infraestructura. Esa relación necesaria se ha denominado nexo causal y se ubica como un elemento imprescindible que debe ser acreditado en todos los casos para efectos de estructurar la responsabilidad, bien sea objetiva o subjetiva.

En este sentido, en el presente caso no se comprueba acción y/u omisión de mi representada que haya sido causa fehaciente del daño alegado, debe decirse que la obligación de esta Agencia en la ejecución del Proyecto Anillo Vial de Crespo, se limita a ejercer la dirección, control y vigilancia del contrato de concesión, actividades que no fueron objeto de estudio, ni imputación alguna por parte del demandante.

En conclusión, no se demuestra, ni siquiera enuncia la forma en la cual una actuación y/u omisión de la Agencia influyó directa o siquiera indirectamente en la causación del daño, pues a lo largo del escrito de demanda lo único que hace el demandante es efectuar una imputación general sin sustentar fáctica, técnica ni jurídicamente sus vagas apreciaciones.

En lo que respecta al deber de vigilancia y supervisión, ello se ha cumplido, teniendo en cuenta que este deber se refiere es a los aspectos, **material, técnico, financiero y jurídico**, por lo que no puede pensarse que la ANI pueda y tenga que entrar a ejecutar también el contrato.

Esta Agencia ha ejercido a través de la interventoría del contrato las acciones de vigilancia y control, mediante los informes, con temas relacionados con argumentos de la presente Litis como bien se indicó por parte de la supervisión del contrato en memorando No.2015-300-010426-3 de 09 de septiembre de 2015:

“De acuerdo con los informes presentados por el concesionario, desde el inicio de la ejecución del proyecto Anillo Vial de Crespo, los distintos frentes de obra han sido debidamente señalizados y el Consorcio Vía al Mar ha vinculado personal destinado para orientar a los particulares ajenos a las obras respecto de la necesidad de no transitar o tomar baños en las zonas del mismo”

En este sentido, se hace evidente que se han cumplido a cabalidad las obligaciones legales y contractuales como es ejercer dirección, **control y vigilancia sobre la actividad del Consorcio Consultores del Desarrollo S.A. y Edgardo Navarro Vives**, ejercida dicha labor a través de la Interventoría.

En este sentido, como la parte demandante fue incapaz de demostrar el supuesto nexo causal entre el daño y las supuestas actuaciones y/o omisiones de la Agencia Nacional de Infraestructura no señaladas en la demanda; se concluye que las pretensiones no tienen vocación de prosperar.

Incumplimiento del principio procesal de *onus probandi incumbit actori*

El actor debe probar ante el juez las obligaciones que atribuye al demandado y que a su vez constituyen un derecho a favor de aquél, es decir, no se trata de probar precisamente las obligaciones, sino los hechos en virtud de los cuales alega el derecho, en atención al principio *ius ex facto oritur*, el derecho alegado debe nacer de los hechos.

En este sentido, el Código Civil en su artículo 1757, recoge exactamente lo anterior, en los siguientes términos "Artículo 1757. Persona con la carga de la prueba. Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta".

Igualmente, el Código General del Proceso Civil prevé con el mismo propósito: "**Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen**".

Frente a la carga de la prueba en casos de posibles fallas en el servicio, debe decirse que luego de una no corta polisemia en torno a su denominación y alcance, actualmente se refiere, específicamente, a la denominada falla probada del servicio; es decir, contrario a como sucedía en antaño, ésta no debe entrar presumirse, en consideración a que la falla presunta del servicio como título de imputación no tiene aplicabilidad alguna actualmente, máxime cuando la carga de la prueba se encuentra regulada por el citado artículo 167 idem, y no existe presunción legal al respecto. En relación con lo dispuesto cuya naturaleza se conserva en el CGP, el Consejo de Estado señalado:

"La referida norma legal que desarrolla el tradicional aforismo de acuerdo con el cual quien afirma un hecho debe probarlo: "incumbit probatio qui dicit non qui negat". Ello se traduce, en los procesos que cursan ante el juez de lo Contencioso Administrativo, en que quien pretende determinado efecto jurídico debe acreditar los supuestos de hecho de las normas en que se ampara, luego, en general, corresponde la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones, en principio, al demandante, al paso que concierne al demandado demostrar los sucesos fácticos en los cuales basa sus excepciones o su estrategia de defensa. Si aquel no cumple con el onus probandi, la consecuencia que habrá de asumir será la desestimación, en la sentencia, de su causa petendi, si es éste, en cambio, quien no satisface la exigencia probatoria en punto de los supuestos fácticos de las normas cuya aplicación conduciría a la estimación de sus excepciones o de los argumentos de su defensa, deberá asumir, consiguientemente, un fallo adverso a sus intereses.

Los planteamientos expuestos son, entonces, los que han de ilustrar el proceder del Juez ante la falta o la insuficiencia de los elementos demostrativos de los hechos que constituyen el thema probandum del proceso -es decir, aquellos respecto de los cuales se predica la necesidad de su demostración-, pues la autoridad judicial, en cualquier caso, no puede declinar su responsabilidad de resolver el fondo del asunto, de suerte que las anotadas reglas de la carga de la prueba indicarán si procede despachar favorablemente las pretensiones del actor o, por el contrario, si lo que se impone es acceder a la oposición formulada por la parte demandante⁷.

En conclusión, al plenario no se aportaron las pruebas pertinentes, conducentes y útiles que permitan inferir que los hechos narrados fueron ciertos.

⁷Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 4 de febrero de 2010, 7000112331000199505072-01(17720), actor: Ulises Manuel Julio Franco y otros, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Inexistencia de solidaridad frente a las conductas de los particulares

Debe advertirse en este punto que la Ley 1437 de 2011, CPACA, en su artículo 140 que define el medio de control de reparación directa, presenta una regulación particular frente a la responsabilidad Estatal, cuando concurre un sujeto particular o privado, como podría ser en este caso del consorcio Consultores del Desarrollo S.A. y el señor Edgardo Navarro Vives.

En efecto, en el inciso final de la normatividad invocada se indica expresamente lo siguiente:

"En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño." (Se subraya y resalta).

Conforme la normatividad anterior, en el evento en que el daño es causado por un particular y concurre también una Entidad estatal, es indispensable que el juez administrativo diferencie la proporción de condena, con base en la incidencia o causación del daño dependiendo de la actividad u omisión del particular y de la administración, **sin que pueda pensarse que el Estado deba asumir solidariamente la responsabilidad del particular.**

Las que resulten probadas en el curso del proceso:

En virtud de lo dispuesto en el artículo 282 del C. G. P., solicito señor Juez, que decrete a favor de la Agencia cualquier otra excepción distinta a las propuestas que resulte probada en el curso del proceso.

PETICIONES

De acuerdo a la narración de los anteriores hechos, comedidamente solicito al señor Juez, que previo el trámite legal correspondiente al proceso referenciado, efectué las siguientes o similares declaraciones:

1. Declarar probadas las excepciones propuestas.
2. Declarar probado el eximente de responsabilidad formulado.
3. Denegar las pretensiones de la demanda.
4. Condenar en costas a la parte demandante.

LLAMAMIENTOS EN GARANTÍA

En escrito separado presentare los llamamientos en garantía correspondientes:

A la aseguradora QBE Seguros S.A.
Al consorcio Consultores del Desarrollo S.A. y el señor Edgardo Navarro Vives.

RESPECTO DE LAS PRUEBAS A CONSIDERAR EN EL SUB EXÁMINE

Respetuosamente solicito que sean decretadas, practicadas y tenidas como pruebas las siguientes:

De las pruebas aportadas con la contestación

1. C. D. Contentivo de:
 - Copia Contrato de Concesión 503 de 1994.
 - Resoluciones 0021 y 0186 de 2010 , emitidas por la DIMAR

- Informes Control de Obras No. 39 de fecha 12 de agosto de 2013, 40 y 41 efectuado por los peritos designados por la Capitanía de Puerto de Cartagena mediante oficio No. 15201002467 MD-DIMAR-CP05-Litorales – 625 de fecha 15 de junio de 2010, para el seguimiento y control de obras.
 - Oficio CISV-17 de fecha 10 de enero de 2017 Interventoría remite informe de accidente.
2. Informes Control de Obras No. 39 de fecha 12 de agosto de 2013, 40 y 41 efectuado por los peritos designados por la Capitanía de Puerto de Cartagena mediante oficio No. 15201002467 MD-DIMAR-CP05-Litorales – 625 de fecha 15 de junio de 2010, para el seguimiento y control de obras.
 3. Copia de memorando No. 2015-300-10-426-3 del 09 de septiembre de 2015.

Testimonios

- Cítese a los señores Fredy Cervantes Baena y Serguei Lonin, peritos hidrógrafo y oceánico, respectivamente, nombrados por la Capitanía de Puerto de Cartagena mediante oficio No. 15201002467 MD-DIMAR-CP05-Litorales – 625 de fecha 15 de junio de 2010, para el seguimiento y control de obras del proyecto, quienes emitieron los informes sobre el avance del proyecto para la época de los hechos de la demanda, para que depongan sobre el estado de las obras, señalización y seguridad de la zona.

Quienes reciben notificación en la Capitanía de Puerto de Cartagena - Centro de Cartagena B.C.H. Edificio - La Matuna y/o en las instalaciones de la Dirección General Marítima DIMAR ubicada en la carrera 54 No. 26-50 CAN de la ciudad de Bogotá

Oficios

- Librese oficio al Periódico El Universal de Cartagena, para que remita con destino al presente proceso el informe periodístico que se emitió con ocasión al siniestro donde perdieron la vida los hermanos Lamadrid Izaziga, en hechos ocurridos el día 17 de agosto de 2013. También puede observarse en los siguientes links.

<http://www.eluniversal.com.co/sucesos/encuentran-el-ultimo-cuerpo-de-los-juvenes-ahogados-en-crespo-131670>

<http://www.eluniversal.com.co/sucesos/hallan-cuerpo-de-uno-de-los-juvenes-ahogados-en-las-playas-de-crespo-131644#sthash.VEUVDh.dpuf>

<http://www.eluniversal.com.co/sucesos/buscan-dos-hombres-que-se-habrian-ahogado-en-las-playas-de-crespo-131587#sthash.6q5lqz.dpuf>

- Librese oficio a RCN radio Cartagena, para que remita con destino al presente proceso el informe periodístico que se emitió con ocasión al siniestro donde perdieron la vida los hermanos Lamadrid Izaziga, en hechos ocurridos el día 17 de agosto de 2013. También puede observarse en los siguientes links.

<http://www.rcnradio.com.co/noticias/dos-hermanos-se-ahogaron-en-playas-de-Cartagena-842723>

- Librese oficio a Capitanía de Puerto de Cartagena, para que remitan copia del oficio No. 15201002467 MD-DIMAR-CP05-Litorales – 625 de fecha 15 de junio de 2010, por medio del cual se nombró como inspectores del proyecto Anillo vial de Crespo, a los peritos Fredy Cervantes Baena y Serguei Lonin.

719

Señores:
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DE CARTAGENA
E. S. D.

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: TOMÁS LAMADRID CARO Y OTROS.
DEMANDADO: DISTRITO DE CARTAGENA; CONSORCIO VÍA
AL MAR; CONSULTORES DEL DESARROLLO S.A;
EDGARDO NAVARRO VIVES Y ANI. LLAMADO EN
GARANTÍA: SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.
RADICADO: 2015-0186

ACTUACION: CONTESTACION DE DEMANDA.

GILMA NATALIA LUJAN JARAMILLO, Abogada identificada con la cédula de ciudadanía No.43.587.573 de Medellín y con Tarjeta Profesional No.79.749 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de Apoderada Judicial Especial de **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.** tal y como consta en el poder que se anexa con el presente escrito por medio del presente escrito y dentro de la oportunidad legal establecida procedo a contestar demanda y llamamiento en garantía de la referencia, contestación que hago con el propósito de que sea exonerada mi representada de las consecuencias económicas con motivo de la demanda, promovida por la parte demandante.

OPORTUNIDAD PROCESAL

Me permito manifestar que conocemos el contenido del auto por el cual se admitió el llamamiento en garantía a **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.** y es por ello que nos damos por notificados y procedemos a presentar escrito de contestación a la Demanda y al Llamamiento en Garantía, dentro del proceso de la referencia, en los siguientes términos:

I. A LOS HECHOS DE LA DEMANDA:

AL HECHO 3.1: NO NOS CONSTA, lo descrito en este hecho obedece a afirmaciones desconocidas para mi representada pues no tiene conocimiento directo

de los hechos, por tanto, lo alegado en este hecho deberá ser probado por la parte demandante.

AL HECHO 3.2 (por error 3.1): NO NOS CONSTA, las circunstancias de modo, tiempo y lugar no son del resorte de mi representada pues no tiene conocimiento directo de los hechos; sin embargo solicitamos al Despacho se le otorguen los efectos del artículo 191 del C.G.P, toda vez que los demandantes confiesan conscientemente que las víctimas tenían como costumbre la actividad de pesca en las playas del sector de Marbella, lo que permite inferir que los fallecidos tenían pleno conocimiento de los trabajos que las entidades demandadas estaban realizando en el sector, más aun cuando afirman que era costumbre de ellos pescar en dicha zona. De igual forma lo alegado en este hecho deberá ser probado por la parte demandante.

AL HECHO 3.3: NO NOS CONSTA, las circunstancias de modo, tiempo y lugar no son del resorte de mi representada pues no tiene conocimiento directo de los hechos; sin embargo, solicitamos al Despacho se le otorguen los efectos del artículo 191 del C.G.P, toda vez que los demandantes reconocen que las obras en la zona de los hechos se habían iniciado antes del insuceso, circunstancia que produce a nuestro juicio dos efectos, uno el de confesión por parte de los demandantes y un hecho notorio de cara a las víctimas fallecidas, pues como bien reconocen en el hecho segundo, al ser de su costumbre o rutina de los señores Pedro y Cristian Lamadrid la pesca en la zona de las playas de Marbella, era de su pleno conocimiento como miembros de la comunidad que se estaban realizando obras de infraestructura vial que también eran de conocimiento de los extremos procesales.

AL HECHO 3.4: NO NOS CONSTA, lo descrito en este hecho obedece a afirmaciones desconocidas para mi representada pues no tiene conocimiento directo de los hechos, por tanto, lo alegado en este hecho deberá ser probado por la parte demandante.

AL HECHO 3.5: NO NOS CONSTA, lo descrito en este hecho obedece a afirmaciones desconocidas para mi representada pues no tiene conocimiento directo de los hechos, por tanto, lo alegado en este hecho deberá ser probado por la parte demandante.

Sin embargo resaltamos que la parte demandante en el hecho 3.3 (pero según el orden 3.4) adjuntan imágenes tomadas de diario de amplia circulación que data igualmente del años 2011 es decir tiempo antes del fallecimientos de los señores Lamadrid lo cual constata que si existió información sobre las obras en la zona de Marbella.

AL HECHO 3.6: NO NOS CONSTA, lo alegado en este hecho deberá ser probado por la parte demandante.

AL HECHO 3.7: NO NOS CONSTA, NO NOS CONSTA, lo descrito en este hecho obedece a afirmaciones desconocidas para mi representada pues no tiene conocimiento directo de los hechos, por tanto, lo alegado en este hecho deberá ser probado por la parte demandante.

AL HECHO 3.8 (por error 3.7): NO NOS CONSTA, lo descrito en este hecho obedece a afirmaciones desconocidas para mi representada pues no tiene conocimiento directo de los hechos, por tanto, lo alegado en este hecho deberá ser probado por la parte demandante.

II. A LAS DECLARACIONES Y CONDENAS DE LA DEMANDA:

Mi representada, **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A**, se opone a todas las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

PRIMERA PRETENSION: Nos oponemos por cuanto será probado en el proceso que no existe prueba que permita acreditar grado de responsabilidad a mi representada pues no es la legitimada para responder.

SEGUNDA PRETENSIÓN: Nos oponemos a la solicitud de pago de perjuicios, pues tal y como se demostrará en el curso del proceso, a la compañía que represento, no le cabe el reproche de responsabilidad que la parte accionante pretende, pues los hechos ocurrieron por circunstancias ajenas a mis representadas y estando en vigencia una póliza de la que mi representada no le es correspondida.

DE LOS PERJUICIOS MATERIALES y MORALES: Así mismo nos oponemos a las sumas de dinero solicitadas, pues no pueden pretender los demandantes el reconocimiento de sendos perjuicios, cuando no aportó prueba cierta e idónea que pudiera justificar la merma en los ingresos y/o dependencia económica que hipotéticamente reclaman.

Por las razones expuestas a continuación, solicito al Honorable Despacho, desestimar las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la parte demandante:

III. RAZONES DE DEFENSA – EXCEPCIONES DE FONDO FRENTE A LA DEMANDA:

1. FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA.

Esta excepción se sustenta en el hecho de que no existe ninguna prueba que permita predicar que mi representada o las entidades demandadas, ejercieron algún tipo de actividad o incurrieron en alguna omisión que determinara el accidente ocurrido el día 17 de agosto de 2013 y como consecuencia de ello fallecieron los señores Pedro y Cristian Lamadrid, por el contrario de los reconocimientos que los demandantes hacen en el acápite de hechos es preciso concluir que el accidente ocurrió por culpa exclusiva de las víctimas.

Al respecto, es pertinente destacar que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 16 de diciembre de 2010, manifestó:

"En el campo de la responsabilidad civil -contractual y extracontractual- la doctrina contemporánea destaca la importancia, cada vez mayor, que adquiere el que la víctima con su conducta procure mitigar o reducir el daño que enfrenta o que se encuentra padeciendo (...) En tal orden de ideas, resulta palmario que ante la ocurrencia de un daño, quien lo padece, (...) debe procurar, de serle posible, esto es, sin colocarse en una situación que implique para sí nuevos riesgos o afectaciones, o sacrificios desproporcionados, desplegar las conductas que, siendo razonables, tiendan a que la intensidad del daño no se incremente o, incluso, a minimizar sus efectos perjudiciales, pues sólo de esta manera su comportamiento (...) le daría legitimación para reclamar la totalidad de la reparación del daño que haya padecido.

Por último y con respecto al tema de la falta de legitimación en la causa como asunto de derecho sustancial dentro del juicio, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil en sentencia de fecha Abril 6 de 1976 señaló:

" Lo concerniente a la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del derecho procesal, razón por la cual su ausencia no constituye impedimento para desatar en el fondo el litigio, sino motivo para decidirlo de forma adversa al actor. Si el demandante no es el titular del derecho que reclama o el demandado no es la persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la pretensión de aquél; como acontece cuando reivindica quien no es el dueño o cuando éste demanda a quien no es el poseedor." (Subrayas por fuera del texto original)

Es por ello que no se configura uno de los presupuestos procesales de la acción, conduciendo necesariamente al fallador a una decisión que desestime las pretensiones de la demanda. Adicionalmente, al respecto me permito transcribir algunos apartes de la jurisprudencia del Consejo de Estado:

*"Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Tercera. - Bogotá, D.E., catorce (14) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).
Consejero Ponente: Dr. Carlos Ramírez Arcila.
Referencia: Expediente No. 6058. Actor: Ignacio Palacio Uriana y otros.*

"De la legitimación en la causa puede decirse que es una relación, a la vez material y procesal, entre los sujetos de la pretensión (por activa o por

pasiva) con el objeto que se pretende. Cuando se habla de presupuesto procesal debe entenderse que es algo que debe darse antes del proceso. Para que éste se inicie se requiere que se presente una demanda con el lleno de ciertos requisitos, la cual supone la existencia de unas partes y que se presente ante un juez competente.

En el sub - lite la omisión está en los poderes pero no en la demanda misma, lo que nada tiene que ver con la forma sino con sus anexos. Se trata es de un presupuesto de admisibilidad de la demanda y que al faltar ésta no podía admitirse; pero si el defecto sólo se observa al momento de fallar, la sentencia debe ser inhibitoria."

2. INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO – JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO:

De acuerdo a la Jurisprudencia del CONSEJO DE ESTADO, son dos los elementos que configuran la responsabilidad del estado por falla del servicio: fallo 19707 del 7 de julio de 2011, en el que el Honorable Tribunal, expresó:

".....El régimen jurídico aplicable.

La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, en casos como el que es objeto de estudio en el presente asunto, el título de imputación aplicable es el de la falla del servicio.

La responsabilidad patrimonial de la Administración es una institución jurídica que goza en nuestros días de rango constitucional. Es evidente que la responsabilidad del Estado a partir de la Carta Política de 1991 se fundamenta en el artículo 90 del estatuto superior, el cual como lo ha venido sosteniendo en forma reiterada esta Sala, estableció sólo dos elementos de la responsabilidad, los cuales son: i) El daño antijurídico y, ii) la imputación del mismo a una autoridad en sentido lato o genérico....." (subrayas propias).

Es decir, para que pueda predicarse que existe algún tipo de responsabilidad por parte de las entidades demandadas deberá acreditarse la concurrencia de los dos elementos mencionados.

Al respecto y sobre los elementos que estructuran la Responsabilidad del Estado por Falla del Servicio, el Consejo de Estado determinó en el fallo 19707 del 7 de julio de 2011, lo siguiente:

"....Procede identificar cuáles serán los problemas jurídicos a abordar con el fin de desatar la impugnación presentada.

2.1. Lo que se debate.

Teniendo en cuenta el panorama que se ha dejado expuesto, considera la Sala que para resolver el asunto que se somete a su estudio por razón del recurso interpuesto contra la

decisión del Tribunal Administrativo de Descongestión en el presente, resulta necesario despejar los siguientes problemas jurídicos:

(i) Precisar cuál es el régimen de responsabilidad aplicable a las circunstancias del caso concreto, habida cuenta de que se trata de las lesiones causadas y posterior fallecimiento del señor Jorge Eduardo Acero Rincón, por la caída de un elemento contundente (tronco o rama) cuando transitaba por las instalaciones del parque arqueológico "Las Piedras de Tunja", ubicado en la ciudad de Facatativá.

(ii) Una vez clarificado el anterior extremo, establecer si, en el sub lite, concurren los presupuestos necesarios para declarar la responsabilidad del Estado por falla del servicio de adecuado desarrollo de prácticas silviculturales en ejemplares arbóreos que amenazan caída, con grave riesgo para los individuos que permanecen en o circulan por la zona respectiva.

2.2. Sobre la responsabilidad del Estado por los daños causados a particulares como consecuencia de la omisión de las autoridades públicas en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

2.2.1. El régimen jurídico aplicable.

La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, en casos como el que es objeto de estudio en el presente asunto, el título de imputación aplicable es el de la falla del servicio.

La responsabilidad patrimonial de la Administración es una institución jurídica que goza en nuestros días de rango constitucional. Es evidente que la responsabilidad del Estado a partir de la Carta Política de 1991 se fundamenta en el artículo 90 del estatuto superior, el cual como lo ha venido sosteniendo en forma reiterada esta Sala, estableció sólo dos elementos de la responsabilidad, los cuales son: i) El daño antijurídico y, ii) la imputación del mismo a una autoridad en sentido lato o genérico.

El inciso primero del texto constitucional antes señalado, es del siguiente tenor literal:

"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

"(...)" (negritas fuera del texto original).

La jurisprudencia de esta Corporación así lo ha entendido, cuando ha dicho:

"porque a términos del art. 90 de la constitución política vigente, es más adecuado que el Juez aborde, en primer lugar, el examen del daño antijurídico, para, en un momento posterior explorar la imputación del mismo al Estado o a una persona jurídica de derecho público.

"La objetivización del daño indemnizable que surge de este precepto constitucional, como lo ha repetido en diversas oportunidades la Sala, sugiere que, en lógica estricta, el Juez se ocupe inicialmente de establecer la existencia del daño indemnizable que hoy es objetivamente comprobable y cuya inexistencia determina el fracaso ineluctable de la pretensión"¹⁰

"Por consiguiente, el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa es lo relativo a la existencia del daño, por cuanto si en el proceso no se logra establecer la ocurrencia de éste, se torna inútil cualquier otro análisis y juzgamiento.

"Como lo ha señalado la Sala en ocasiones anteriores¹¹, el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa, es la existencia del daño puesto que si no es posible establecer la ocurrencia del mismo, se torna inútil cualquier otro juzgamiento que pueda hacerse en estos procesos.

"En efecto, en sentencia proferidas dentro de los procesos acumulados 10948 y 11643 y número 11883, se ha señalado tal circunstancia precisándose en ésta última, que "... es indispensable, en primer término determinar la existencia del daño y, una vez establecida la realidad del mismo, deducir sobre su naturaleza, estos es, si el mismo puede, o no calificarse como antijurídico, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado...", y, por tanto, releva al juzgador de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado"¹² (Cursivas fuera de texto)

La anterior posición, según la cual el principal elemento configurativo de la responsabilidad del Estado corresponde al daño antijurídico, se ve igualmente reflejado en los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente, en donde en la ponencia para segundo debate (de la disposición que fuera a convertirse en el actual artículo 90 de la Carta Política), se precisó:

"(...) La noción de daño en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo.

"La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la administración causante material del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares.

"Esta figura tal y como está consagrada en la norma propuesta, comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial o riesgo..."¹³

Una vez expuestas las anteriores piezas jurisprudenciales es menester desglosar basándonos en los hechos objeto de la demanda si existe o no daño y si cabe el concepto de imputabilidad del daño de cara a las entidades demandadas.

*(...) "Bajo esta perspectiva para la Sala es claro que en este caso la víctima directa no podía asumir frente a sus cargas sociales un comportamiento negligente e imprudente y después pretender trasladar su propia culpa a las entidades demandadas, máxime si se tiene en cuenta que, si hubiera observado prudencia en la conducción de su motocicleta seguramente hubiera evitado o al menos minimizado el perjuicio que hoy los demandantes intentan trasladar a las entidades demandadas." **Sentencia del 14 de Julio de 2016, Radicado No. 23001-23-31-000-2003-00602-01, Subsección A- Sección Tercera, Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo.***

Así las cosas, solicitamos al Despacho declarar probada la presente excepción.

3. RUPTURA DEL NEXO CAUSAL, CONFIGURACIÓN DE CAUSAL EXONERATIVA -CULPA EXCLUSIVA DE LAS VÍCTIMAS.

Su señoría, se ha convertido en un común denominador la vinculación en procesos de responsabilidad a entidades como las demandadas y mi representada cuya actividad o explotación comercial no interfiere en las condiciones de rigor en cuanto a seguridad y debida diligencia deben tener los conductores en las vías.

También corresponde aseverar que el daño se configuró por una falta atribuible los fallecidos, puesto que no mantuvieron el riesgo que consigo acarrea la actividad peligrosa de inmersión en el mar (específicamente para pescar), más aun cuando los demandantes confiesan conscientemente que las víctimas tenían como costumbre la actividad de pesca en las playas del sector de Marbella, lo que permite inferir que los fallecidos tenían pleno conocimiento de los trabajos que las entidades demandadas estaban realizando en el sector, más aun cuando afirman que era costumbre de ellos pescar en dicha zona y reconocen que las obras en la zona de los hechos se habían iniciado antes del insuceso, circunstancia que produce a nuestro juicio dos efectos, uno el de **confesión** por parte de los demandantes y un **hecho notorio** de cara a las víctimas fallecidas, pues como bien reconocen en el hecho segundo, al ser de su costumbre o rutina de los señores Pedro y Cristian Lamadrid la pesca en la zona de las playas de Marbella, era de su pleno conocimiento como miembros de la comunidad que se estaban realizando obras de infraestructura vial que también eran de conocimiento de los extremos procesales.

Sobre el hecho notorio, el cual no requiere un elemento de prueba para que sea analizado por el Juez ha dicho el Honorable Consejo de Estado: *En cuanto tiene que ver con el concepto de "hecho notorio", la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que "el hecho notorio además de ser cierto, es público, y sabido del juez y del común de las personas que tienen una cultura media. Y según las voces del artículo 177 del C. de P.C. el hecho notorio no requiere prueba; basta que se conozca que un hecho tiene determinadas dimensiones y repercusiones suficientemente conocidas por gran parte del común de las personas que tiene una mediana cultura, para que sea notorio". Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 27 de noviembre de 1995, Exp. 8045, C.P. Diego Younes Moreno. En idéntica dirección, el profesor HERNANDO DEVIS ECHANDÍA existe notoriedad de un determinado hecho y por lo tanto se debe eximir de prueba a aquél hecho "cuando en un medio social donde existe o tuvo ocurrencia y en el momento de su apreciación*

por el juez, sea conocido generalmente por las personas de cultura media en la rama del ser humano a que corresponda, siempre que el juez pueda conocer esa general o especial divulgación de la certeza del hecho, en forma de que no le deje dudas sobre su existencia presente o pasada” En **HERNANDO DEVIS ECHANDÍA**, **"Teoría General de la Prueba Judicial"**,

Al respecto la Honorable Sala de lo Contencioso Administrativo del **Consejo de Estado en sentencia del 14 de Julio de 2016, Radicado No. 23001-23-31-000-2003-00602-01** explique con justa razón lo siguiente: *"La corporación ha dicho que, a efectos de que opere el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad, es necesario establecer, en cada caso concreto, si el proceder por acción o por omisión de aquella tuvo no injerencia y en qué medida en la producción del daño. Así, para ello es necesario que la conducta u omisión de la víctima y/o del tercero sea la causa del daño.*

En principio quien ejerce la actividad peligrosa con la que se materializa el daño, se presume guardián de la misma y participa en la creación del riesgo que la misma actividad implica y, por lo tanto, tiene la obligación de adoptar las medidas adecuadas necesarias y pertinentes para evitar, mitigar o revocar la fuente de riesgo que puede producir daños.

4. PERJUICIOS NO INDEMNIZABLES- LOS PERJUICIOS HIPOTETICOS O EVENTUALES NO SON INDEMNIZABLES- INEXISTENCIA DE LUCRO CESANTE- AUSENCIA DE COBERTURA.

Si bien la parte demandante hace referencia a unos perjuicios materiales causados con ocasión del siniestro, no aporta pruebas que permitan la tasación de los mismos, por la obligación de ser ciertos y directos.

"no basta con indicar el daño y cuantificar los perjuicios al solicitar una indemnización pecuniaria fruto de la responsabilidad civil derivada del daño causado con el delito, sino que se debe acreditar y sustentar la valoración económica que la víctima ha adjudicado a aquellos, es decir, demostrar la real existencia de la afectación y la proporcionalidad que debe existir en la reparación económica." **sentencia Corte Suprema de Justicia Expediente 6632017 (49402), enero 2 de 2017**

Por su parte, el Código General del Proceso en su artículo 167 sobre la Carga de la Prueba dispone que: *incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (...)* y como aquí los

demandantes acreditan bajo un imaginario que los señores Pedro y Cristian Lamadrid devengaban ingresos mensuales aproximados de un salario mínimo, tal afirmación se objeta pues no aportan los demandantes Certificado Laboral, cuenta de cobro, recibo de caja menor o cualquier otra documental que sustente considerarse como un medio de prueba, solo se acreditará tal perjuicio con pruebas testimoniales, cuya manifestación es de contenido dubitable para efectos de controvertir dicha prueba que desde ya pedimos al Despacho no darle el valor probatorio correspondiente. Tal yerro conduce a lo que se conoce en la lógica jurídica como **Da mihi factum, dabo tibi ius (dame la prueba y te daré el derecho)** en virtud de lo anterior mi defendida no estaría llamada a soportar un eventual resarcimiento de este perjuicio.

5. VIOLACIÓN AL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO POR PARTE DE LA VÍCTIMA.

La honorable Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 29 de Mayo de 2014, ha explicado la funcionalidad de tal principio de la siguiente manera:

(...) Tratándose del ejercicio de actividades peligrosas, en la sentencia de 26 de agosto 2010, se dejó sentado que se arrojan bajo el "alero de la llamada presunción de culpabilidad (...), circunstancia que se explica de la...carga que la sociedad le impone a la persona que se beneficia o se lucra de ella y no por el riesgo que se crea con su empleo. El ofendido únicamente tiene el deber de acreditar la configuración o existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y la conducta del autor, pudiéndose exonerar [el demandado] solamente con la demostración de la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o la intervención de un tercero".

CONTESTACION AL LLAMAMIENTO EN GARANTIA

1. EN RELACION A LOS HECHOS Y PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA:

RESPECTO A LA PÓLIZA No. 300003147, la misma corresponde y va dirigida exclusivamente a la compañía SEGUROS CONDOR S.A. en LIQUIDACIÓN FORZOZA ADMINISTRATIVA.

RESPECTO A LA PÓLIZA No. 279279, la póliza en mención solo inició cobertura desde el 26 de enero de 2014 hasta el 26 de enero de 2018, fechas que son posteriores a la de los hechos (17 de agosto de 2013), por lo que mi representada SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., NO es la llamada a responder por los hechos de marras y no habría fundamento para vincular a la compañía bajo las disposiciones del artículo 64 y 65 del Código General del Proceso.

2. EXCEPCIONES FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA:

1. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN A INDEMNIZAR -AUSENCIA DE COBERTURA:

La póliza en mención solo entró en vigencia desde el 26 de enero de 2014, fecha posterior a la de los hechos (17 de agosto de 2013), es decir que para la época del siniestro no existía la póliza por la cual nos vinculan y solo empezó la cobertura de riesgos pactados a partir del 26 de enero de 2014 lo cual demostramos con la póliza que se aporta como prueba; por lo que mi representada SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., NO es la llamada a responder por los hechos de marras y no habría fundamento para vincular a la compañía bajo las disposiciones del artículo 64 y 65 del Código General del Proceso.

Al respecto la Superintendencia Financiera, órgano de control con función Jurisdiccional explica en Concepto No. Concepto N° 96037644-2 Noviembre 21 de 1996 lo siguiente: "*En este sentido, se precisa que el seguro es un contrato solemne que se perfecciona desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza (C.Co., art. 1036). En ese momento nace el seguro, por ministerio de la ley, como fuente de derechos y obligaciones para las partes a él vinculadas. La formación del contrato supone un acuerdo previo de voluntades respecto de sus elementos esenciales. Solemnizado este acuerdo, el contrato tiene una vigencia formal y de él deriva para el tomador la obligación de pagar la prima y para el asegurador la de asumir el riesgo.*

V. PRUEBAS

1. DOCUMENTALES:

Solicito al Despacho tener como documentos de prueba los siguientes:

-Carátula y condicionado de la póliza de seguro No. 279279.

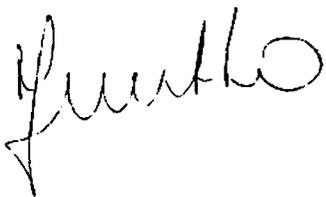
VI. ANEXOS:

Adjunto poder y certificado de existencia y representación de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A

VII. NOTIFICACIONES

La suscrita las recibirá en la Carrera 5 No. 33-15, Calle cochera del Gobernador, Edificio Colseguros oficina 709 Centro Histórico. Correo electrónico lujan.lrabogados@gmail.com

Señor Juez,



GILMA NATALIA LUJAN JARAMILLO
C.C. 43.587.573 de Medellín
T.P. 79.749 del Consejo Superior de la Judicatura



Señores

JUZGADO SEGUNDO (2º) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA.

E. S. D.

0 5 DIC. 2017

Ref. Proceso : Reparación directa
Demandante : TOMÁS LAMADRID CARO Y OTROS.
Demandados : Distrito de Cartagena, Consorcio Via al mar, Agencia Nacional de Infraestructura –ANI.
Radicación : 2017-00186

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

DULFAY MONSALVE MUÑOZ, identificada como aparece al pie de mi firma, abogada en ejercicio y portadora de la Tarjeta Profesional N° T.P. N° 248.043 Del C. S. de la J, actuando en calidad de apoderado judicial sustituta de QBE SEGUROS S.A., sociedad llamada en garantía dentro del proceso de la referencia, acudo a su despacho con el fin de manifestarle que, por medio del presente escrito, procedo a la CONTESTACIÓN DEL LLAMAMIENTO EN GARANTIA formulado por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCRURA.

I. IDENTIFICACIÓN Y UBICACIÓN DE LA SEGURADORA.

La sociedad demandada **QBE SEGUROS S.A.** identificada con el NIT # 860.002.534-0 con domicilio principal en Bogotá Carrera 7 No. 76-35 Pisos 7, 8 y 9 Representada legalmente por el Dr. MARCO ALEJANDRO ARENAS PRADA.

II. IDENTIFICACION Y UBICACION DEL APODERADO.

Actúa en calidad de apoderado de QBE SEGUROS S.A, **ALEX FONTALVO VELASQUEZ** identificado con la C.C No 84.069.623 y portador de la tarjeta profesional N° 65.746 Del C.C de la Judicatura, domiciliado en Cartagena, y con oficina en el Centro, Plaza De La Aduana, Edificio Andian Oficina 405.

III. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

PRIMERO. Es cierto parcialmente, en el entendido que la póliza n°000701581286 por la cual la ANI llama en garantía a la compañía que represento, fue expedida el 2012/03/13. Las demás circunstancias narradas en este numeral respecto a la cobertura de la póliza son ciertas, y de estas deviene, precisamente, la inoperancia de la mencionada póliza de responsabilidad Civil Extracontractual expedida por Q.B.E. SEGUROS S.A.

SEGUNDO. No se trata de un hecho sino de una pretensión, a la cual nos oponemos de conformidad con los argumentos que se expondrán como excepciones.

TERCERO. No se trata de un hecho sino de una pretensión, a la cual nos oponemos de conformidad con los argumentos que se expondrán como excepciones.

IV. PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL "ALCANCE Y EXTENSIÓN DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA".

Nos oponemos expresamente a la solicitud realizada por la ANI (AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA) en el sentido de reintegrar lo que a esta entidad le corresponda cancelar ante una eventual condena, de conformidad con los argumentos que serán expuestos como excepciones.

V. EXCEPCIONES.

- **EXCEPCIONES PRINCIPALES.**

1. FALTA DE COBERTURA DE LA POLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXPEDIDA POR QBE SEGUROS S.A.

En el presente asunto, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI) pretende la vinculación de QBE SEGUROS S.A con base en la póliza de responsabilidad civil extracontractual N° 000701581286, cuyo tomador y asegurado es la misma entidad.

Sobre el particular, es necesario precisar que, NO es esta la póliza que de acuerdo con la reglamentación legal debe entrar a cubrir las pretensiones de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, como a continuación se ilustra:

La vinculación de la ANI al presente proceso deviene de la suscripción del contrato de CONCESIÓN N° 503 de 1994 con el consorcio integrado por CONSULTORES DEL DESARROLLO S.A. y EDGARDO NAVARRO VIVES, en el cual se estableció claramente en el numeral cuarto de la cláusula vigésimo segunda lo siguiente:

operación. **4.- DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL** El CONCESIONARIO, como requisito previo a la suscripción del "Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción", debe garantizar su responsabilidad por lesiones o muerte de una o varias personas en un solo accidente y daños a terceros o a propiedades del Ministerio de Transporte, o el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS con un monto de Cincuenta Millones de pesos colombianos (\$50,000,000.00) por evento y vigente por el término de la duración de las etapas de Construcción y Operación y seis (6) meses más. El monto máximo por concepto de esta garantía, debe ser ajustado anualmente de acuerdo con el aumento en el Índice de Precios al Consumidor, establecido por el Departamento Nacional de Estadística - DANE. **CLAUSULA**

Obsérvese que conforme al tenor literal de la cláusula transcrita, el concesionario debió prestar una póliza que garantizara, entre otras cosas, el pago de perjuicios a terceros causados por un hecho dañino que le fuere atribuible jurídicamente a dicho contratista; hecho dañino que se produce con ocasión de la ejecución del contrato.

Conforme a lo anterior, se puede observar que la cláusula transcrita no es producto de una decisión motu proprio de las partes del contrato, sino que es la consagración de una **OBLIGACION LEGAL** impuesta en la LEY 80 DE 1993 y posteriormente en la ley 1150 de 2007 que en su artículo 7º dispone:

"Artículo 7º. De las garantías en la contratación. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales".

La ley 1150 de 2007 fue reglamentada en su momento por los siguientes decretos y respecto al seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual en los contratos que por su naturaleza sea necesario se indica:

“ARTÍCULO 5º DECRETO 4828 DE 2008. Cubrimiento de otros riesgos. En adición a las coberturas de los eventos mencionados en el artículo anterior, la entidad pública deberá exigir en los contratos de obra y en aquellos en que por su objeto o naturaleza lo considere necesario, el otorgamiento de pólizas de seguros que la protejan de las eventuales reclamaciones de terceros derivadas de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir de las actuaciones, hechos u omisiones de su contratista.

Cuando en algunos de los contratos de que trata el párrafo anterior la entidad contratante autorice previamente la subcontratación, se exigirá al contratista que en la póliza de responsabilidad extracontractual se cubran igualmente los perjuicios derivados de los daños que sus subcontratistas puedan causar a terceros con ocasión de la ejecución de los contratos, o en su defecto, que acredite que el subcontratista cuenta con un seguro de responsabilidad civil extracontractual propio para el mismo objeto...”. (Negritas fuera del texto original).

“ARTÍCULO 5.1.5 DECRETO 734 DE 2012. CUBRIMIENTO DE OTROS RIESGOS. En adición a las coberturas de los eventos mencionados en el artículo anterior, la entidad pública deberá exigir en los contratos de obra y en aquellos en que por su objeto o naturaleza lo considere necesario, el otorgamiento de pólizas de seguros que la protejan de las eventuales reclamaciones de terceros derivadas de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir de las actuaciones, hechos u omisiones de su contratista.

Cuando en algunos de los contratos de que trata el párrafo anterior la entidad contratante autorice previamente la subcontratación, se exigirá al contratista que en la póliza de responsabilidad extracontractual se cubran igualmente los perjuicios derivados de los daños que sus subcontratistas puedan causar a terceros con ocasión de la ejecución de los contratos, o en su defecto, que acredite que el subcontratista cuenta con un seguro de responsabilidad civil extracontractual propio para el mismo objeto...”. (Negritas fuera del texto original).

Fijese como, en los contratos de entidades estatales, el **LEGISLADOR** ha previsto una **REGLAMENTACIÓN ESPECIAL**, en la que se señala que se debe tomar una póliza que proteja las eventuales reclamaciones de terceros derivadas de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir de las actuaciones, hechos u omisiones de su contratista.

En consecuencia, la póliza N° 000701581286 expedida por QBE SEGUROS S.A. no es la póliza que debe afectarse en el presente asunto, pues no corresponde a la que debió tomar el CONSORCIO VIA AL MAR como parte de sus deberes contractuales, para proteger, entre otras cosas, el patrimonio de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA frente a eventuales reclamaciones de terceros derivadas de la RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL que pudiese surgir en la ejecución del contrato N° 503 DE 1994.

- **EXCEPCIONES SUBSIDIARIAS.**

Las excepciones que a continuación se exponen se plantean de manera SUBSIDIARIA, para el evento improbable y remoto en que el señor Juez considere que si es procedente la vinculación al proceso de QBE SEGUROS S.A con ocasión a la póliza N°000701581286.

Así pues, si el juzgador considera viable entrar a estudiar a fondo las condiciones y cláusulas de la póliza N°000701581286 expedida por QBE SEGUROS S.A encontrará de igual forma que, no es posible su afectación y/o efectividad para la presente Litis por las excepciones que a continuación se exponen:

- 1. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD A CARGO DE LA ANI, PRESUPUESTO NECESARIO PARA LA AFECTACION DE LA PÓLIZA NO. 000701581286 EXPEDIDA POR QBE SEGUROS S.A.**

Sustenta el demandante sus pretensiones, en la ocurrencia del daño consistente en el fallecimiento de los hermanos PEDRO LUIS Y CRISTIAN DAVID LAMADRID IZAZIGA, quienes al parecer fallecieron ahogados. En relación a ello resulta necesario remitirnos a las obligaciones que en virtud del Decreto 4165 de 2011 son propias de la ANI.

Revisado el decreto en mención advierte que LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA no tiene como parte de sus funciones la administración y organización de las playas, situación principal que aqueja al demandante y que atribuye al Distrito de Cartagena.

Además, no se observa en la demanda ningún título de imputación de responsabilidad respecto de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI. La parte demandante concentra todos sus esfuerzos en la responsabilidad del Distrito.

En ese sentido, al no poder imputarse la responsabilidad a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA la póliza no puede verse afectada toda vez que un presupuesto necesario para su afectación es la declaratoria de responsabilidad a cargo de la ANI.

- 2. OPERANCIA EN EXCESO DE LA PÓLIZA No. 000701581286 EXPEDIDA POR QBE SEGUROS S.A.**

En caso de que el Juzgador estime viable afectar la póliza No. 000701581286 expedida por QBE SEGUROS S.A., es menester destacar que tal posibilidad se encuentra supeditada al cumplimiento de algunas exigencias de orden contractual, que en nuestro caso no se satisfacen. Veamos:

La póliza contiene un amparo denominado RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRATISTAS Y SUBCONTRATISTAS, el cual, en principio, resultaría aplicable al caso que nos ocupa si se tiene en cuenta que nos hallamos ante un contrato celebrado ente la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA con el consorcio integrado por CONSULTORES DEL DESARROLLO S.A. y EDGARDO NAVARRO VIVES para la realización de una obra.

Pero fijese que, en la descripción de las coberturas básicas de la póliza al hacerse referencia a este amparo se indica textualmente:

CONTRATISTAS Y SUBCONTRATISTAS INDEPENDIENTES, EN EXCESO DE LAS GARANTÍAS EXIGIDAS POR LA LEY 80 DE 1993. SUBLÍMITE EVENTO DE \$150.000.000/VIGENCIA \$250.000.000

De lo anterior, se deduce claramente que el amparo de RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRATISTAS Y SUBCONTRATISTAS indicado en la póliza No. 000701581286 expedida por QBE SEGUROS S.A., solo opera en el evento en que se demuestre que la garantía de Responsabilidad Civil Extracontractual, otorgada de manera concreta por el consorcio a favor de la entidad contratante en cumplimiento de la ley 80/93, y de las obligaciones surgidas con ocasión del contrato de concesión suscrito, fue utilizada y agotada en su totalidad.

Dicho en otras palabras, la cláusula en mención exige, para su operación, que se demuestre que la póliza que por disposición legal debió otorgar el contratista a favor del contratante con ocasión de la celebración del contrato de concesión, fue afectada y pagada en la totalidad del valor asegurado con ocasión de perjuicios causados a terceros. Solo en tales condiciones es viable acudir a la cobertura de la póliza N° 000701581286 expedida por QBE SEGUROS S.A.

En efecto, el amparo de RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRATISTAS Y SUBCONTRATISTAS indicado en la póliza No. 000701581286 expedida por QBE SEGUROS S.A., solo opera en **EXCESO** de la GARANTIA expedida con fundamento en la ley 80 de 1993, entiéndase por exceso, de acuerdo al DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA "Parte que excede y pasa más allá de la medida o regla".

Ahora bien, de otra parte debe tenerse en cuenta que, de acuerdo al aparte transcrito, el amparo de RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRATISTAS Y SUBCONTRATISTAS indicado en la póliza N° 000701581286 expedida por QBE SEGUROS S.A tiene pactado un SUBLÍMITE por EVENTO, equivalente a \$ 150.000.000.

Por último, la existencia de esta cláusula refuerza el planteamiento esbozado al desarrollar la EXCEPCION PRINCIPAL, toda vez que, a la entidad llamante en garantía, esto es la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, al pactar esta condición en el contrato de seguros, le queda claro que, son las garantías expedidas con fundamento en la ley 80 de 1993 las que deben entrar a operar o afectarse en el evento de reclamaciones de terceros derivadas de la ejecución de un contrato estatal.

Conforme a los planteamientos anteriores, es improcedente pretender la afectación de la póliza No. 000701581286 expedida por QBE SEGUROS S.A., si no se ha demostrado la afectación y agotamiento del total del valor asegurado de la póliza otorgada por el contratista del contrato de concesión que ampara la Responsabilidad Civil Extracontractual de dicho contratista y de la entidad contratante.

3. LIMITES DE RESPONSABILIDAD DE LA COMPAÑÍA DE SEGUROS.

La obligación de la compañía de seguros, QBE SEGUROS S.A, derivada de la expedición de la póliza NO. 000701581286, se encuentra LIMITADA LEGALMENTE Y CONTRACTUALMENTE de la siguiente forma:

- **Artículo 1079 del Código de Comercio.** Este artículo señala:

"Responsabilidad Del Asegurador. El asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074".

Luego entonces, la responsabilidad de la aseguradora tiene un limite cuantitativo que debe respetarse, determinado por la suma asegurada.

En consecuencia, en caso de que el señor Juez estime viable condenar a la aseguradora, es necesario que tenga como limite máximo de su responsabilidad el equivalente a \$250.000.000 tal como lo indica la póliza en el amparo de responsabilidad Civil contratistas y subcontratistas, \$150.000.000 por evento y \$250.000.000 por vigencia

CONTRATISTAS Y SUBCONTRATISTAS INDEPENDIENTES, EN EXCESO DE LAS GARANTÍAS EXIGIDAS POR LA LEY 80 DE 1993. SUBLIMITE EVENTO DE \$150.000.000 VIGENCIA \$250.000.000

En consecuencia, la orden de vinculación de la aseguradora a una sentencia condenatoria no puede superar la suma de \$ 150.000.000 por el evento reclamado.

= Clausula Decima Séptima De Las Condiciones Generales (Reducción Del Valor Asegurado).

Ahora bien, respecto al valor asegurado en la póliza cabe traer a colación la clausula DECIMA SEPTIMA de las condiciones generales que establece:

CLAUSULA DECIMA SEPTIMA REDUCCION DEL LIMITE SEGURO.

El límite asegurado por la presente Póliza se entenderá reducido, desde el momento del siniestro, en el importe de la indemnización pagada por la Compañía. Por lo tanto, la responsabilidad de la Compañía por uno o más siniestros ocurridos durante el periodo de vigencia del seguro, no excederá en total el límite asegurado.

De igual manera se aplicará el mismo concepto cuando se trate de sublímites.

El límite asegurado podrá ser reestablecido sólo bajo aceptación expresa de la Compañía y mediante el pago de una prima adicional previamente convenida.

Lo anterior, permite colegir que, al margen del valor asegurado global aplicable para la póliza en mención, QBE SEGUROS S.A, sólo responderá hasta este límite por todos los eventos que hayan ocurrido durante la vigencia de esta póliza. Ello implica que en la medida en que mi representada concorra al pago de alguna suma de dinero con cargo a la mencionada póliza, el valor asegurado irá disminuyendo en la proporción cancelada.

Lo anterior, es preciso ponerlo de presente si se tiene en cuenta que, actualmente, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURAS puede enfrentar otras demandas y reclamaciones en donde se pretende la afectación de la póliza y en consecuencia la aseguradora que apodero ha sido llamada en garantía para responder por el pago de los perjuicios, pudiéndose disminuir el valor asegurado.

= PRINCIPIO INDEMNIZATORIO.

De otra parte, la obligación condicional a cargo de la aseguradora se encuentra delimitada igualmente por el monto de los perjuicios efectivamente padecidos por la demandante de forma que la indemnización a cargo de aquella no puede superar este valor. Lo anterior no es más que la aplicación del principio indemnizatorio que impera en el contrato de seguros y que se encuentra consagrado en el artículo 1088 del Código de Comercio que es del siguiente tenor literal:

"ART. 1088.—Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización

podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso." (Subrayas fuera del texto).

En consecuencia, la obligación que se reconozca a cargo de la aseguradora no puede ir más allá del monto de los perjuicios efectivamente causados y demostrados dentro del expediente.

VI. PRUEBAS.

Documentales aportadas.

- Copia de póliza de responsabilidad Civil Extracontractual No. 000701581286 expedida por Q.B.E. SEGUROS S.A.
- Condicionado aplicable a la póliza de responsabilidad Civil Extracontractual No. 000701581286 expedida por Q.B.E. SEGUROS S.A.

VII. DIRECCION PARA NOTIFICACIONES

Para efectos de la notificación de las decisiones que se adopten en el curso de este proceso, informamos como dirección procesal la correspondiente a nuestra oficina ubicada en el centro plaza de la aduana, edificio Andian oficina 405. Teléfonos: 6602307-6641017. Correo electrónico notificaciones@juridicaribe.com

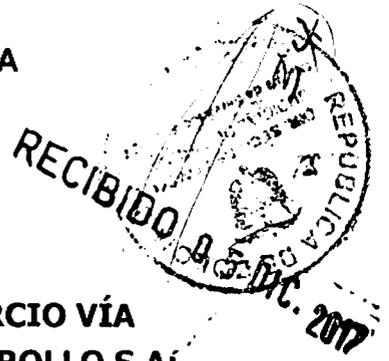
Atentamente,



DULFAY MONSALVE MUÑOZ
C.C. 1.047.442.081. CARTAGENA
T.P. 248.043 C. S. de la J.

Señores:
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DE CARTAGENA
E. S. D.

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: TOMÁS LAMADRID CARO Y OTROS.
DEMANDADO: DISTRITO DE CARTAGENA; CONSORCIO VÍA
AL MAR; CONSULTORES DEL DESARROLLO S.A;
EDGARDO NAVARRO VIVES Y ANI. LLAMADO EN GARANTÍA:
SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.
RADICADO: 2015-0186 285.



ACTUACION: CONTESTACION DE DEMANDA.

GILMA NATALIA LUJAN JARAMILLO, Abogada identificada con la cédula de ciudadanía No.43.587.573 de Medellín y con Tarjeta Profesional No.79.749 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de Apoderada Judicial Especial de **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.** tal y como consta en el poder que se anexa con el presente escrito por medio del presente escrito y dentro de la oportunidad legal establecida procedo a contestar demanda y llamamiento en garantía de la referencia, contestación que hago con el propósito de que sea exonerada mi representada de las consecuencias económicas con motivo de la demanda, promovida por la parte demandante.

OPORTUNIDAD PROCESAL

Me permito manifestar que conocemos el contenido del auto por el cual se admitió el llamamiento en garantía a **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.** y es por ello que nos damos por notificados y procedemos a presentar escrito de contestación a la Demanda y al Llamamiento en Garantía, dentro del proceso de la referencia, en los siguientes términos:

I. A LOS HECHOS DE LA DEMANDA:

AL HECHO 3.1: NO NOS CONSTA, lo descrito en este hecho obedece a afirmaciones desconocidas para mi representada pues no tiene conocimiento directo

de los hechos, por tanto, lo alegado en este hecho deberá ser probado por la parte demandante.

AL HECHO 3.2 (por error 3.1): NO NOS CONSTA, las circunstancias de modo, tiempo y lugar no son del resorte de mi representada pues no tiene conocimiento directo de los hechos; sin embargo solicitamos al Despacho se le otorguen los efectos del artículo 191 del C.G.P, toda vez que los demandantes confiesan conscientemente que las víctimas tenían como costumbre la actividad de pesca en las playas del sector de Marbella, lo que permite inferir que los fallecidos tenían pleno conocimiento de los trabajos que las entidades demandadas estaban realizando en el sector, más aun cuando afirman que era costumbre de ellos pescar en dicha zona. De igual forma lo alegado en este hecho deberá ser probado por la parte demandante.

AL HECHO 3.3: NO NOS CONSTA, las circunstancias de modo, tiempo y lugar no son del resorte de mi representada pues no tiene conocimiento directo de los hechos; sin embargo, solicitamos al Despacho se le otorguen los efectos del artículo 191 del C.G.P, toda vez que los demandantes reconocen que las obras en la zona de los hechos se habían iniciado antes del insuceso, circunstancia que produce a nuestro juicio dos efectos, uno el de confesión por parte de los demandantes y un hecho notorio de cara a las víctimas fallecidas, pues como bien reconocen en el hecho segundo, al ser de su costumbre o rutina de los señores Pedro y Cristian Lamadrid la pesca en la zona de las playas de Marbella, era de su pleno conocimiento como miembros de la comunidad que se estaban realizando obras de infraestructura vial que también eran de conocimiento de los extremos procesales.

AL HECHO 3.4: NO NOS CONSTA, lo descrito en este hecho obedece a afirmaciones desconocidas para mi representada pues no tiene conocimiento directo de los hechos, por tanto, lo alegado en este hecho deberá ser probado por la parte demandante.

AL HECHO 3.5: NO NOS CONSTA, lo descrito en este hecho obedece a afirmaciones desconocidas para mi representada pues no tiene conocimiento directo de los hechos, por tanto, lo alegado en este hecho deberá ser probado por la parte demandante.

Sin embargo resaltamos que la parte demandante en el hecho 3.3 (pero según el orden 3.4) adjuntan imágenes tomadas de diario de amplia circulación que data igualmente del años 2011 es decir tiempo antes del fallecimientos de los señores Lamadrid lo cual constata que si existió información sobre las obras en la zona de Marbella.

AL HECHO 3.6: NO NOS CONSTA, lo alegado en este hecho deberá ser probado por la parte demandante.

AL HECHO 3.7: NO NOS CONSTA, NO NOS CONSTA, lo descrito en este hecho obedece a afirmaciones desconocidas para mi representada pues no tiene conocimiento directo de los hechos, por tanto, lo alegado en este hecho deberá ser probado por la parte demandante.

AL HECHO 3.8 (por error 3.7): NO NOS CONSTA, lo descrito en este hecho obedece a afirmaciones desconocidas para mi representada pues no tiene conocimiento directo de los hechos, por tanto, lo alegado en este hecho deberá ser probado por la parte demandante.

286
286

II. A LAS DECLARACIONES Y CONDENAS DE LA DEMANDA:

Mi representada, **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A**, se opone a todas las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

PRIMERA PRETENSION: Nos oponemos por cuanto será probado en el proceso que no existe prueba que permita acreditar grado de responsabilidad a mi representada pues no es la legitimada para responder.

SEGUNDA PRETENSIÓN: Nos oponemos a la solicitud de pago de perjuicios, pues tal y como se demostrará en el curso del proceso, a la compañía que represento, no le cabe el reproche de responsabilidad que la parte accionante pretende, pues los hechos ocurrieron por circunstancias ajenas a mis representadas y estando en vigencia una póliza de la que mi representada no le es correspondida.

DE LOS PERJUICIOS MATERIALES y MORALES: Así mismo nos oponemos a las sumas de dinero solicitadas, pues no pueden pretender los demandantes el reconocimiento de sendos perjuicios, cuando no aportó prueba cierta e idónea que pudiera justificar la merma en los ingresos y/o dependencia económica que hipotéticamente reclaman.

Por las razones expuestas a continuación, solicito al Honorable Despacho, desestimar las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la parte demandante:

III. RAZONES DE DEFENSA – EXCEPCIONES DE FONDO FRENTE A LA DEMANDA:

1. FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA.

Esta excepción se sustenta en el hecho de que no existe ninguna prueba que permita predicar que mi representada o las entidades demandadas, ejercieron algún tipo de actividad o incurrieron en alguna omisión que determinara el accidente ocurrido el día 17 de agosto de 2013 y como consecuencia de ello fallecieron los señores Pedro y Cristian Lamadrid, por el contrario de los reconocimientos que los demandantes hacen en el acápite de hechos es preciso concluir que el accidente ocurrió por culpa exclusiva de las víctimas.

Al respecto, es pertinente destacar que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 16 de diciembre de 2010, manifestó:

"En el campo de la responsabilidad civil -contractual y extracontractual- la doctrina contemporánea destaca la importancia, cada vez mayor, que adquiere el que la víctima con su conducta procure mitigar o reducir el daño que enfrenta o que se encuentra padeciendo (...) En tal orden de ideas, resulta palmario que ante la ocurrencia de un daño, quien lo padece, (...) debe procurar, de serle posible, esto es, sin colocarse en una situación que implique para sí nuevos riesgos o afectaciones, o sacrificios desproporcionados, desplegar las conductas que, siendo razonables, tiendan a que la intensidad del daño no se incremente o, incluso, a minimizar sus efectos perjudiciales, pues sólo de esta manera su comportamiento (...) le daría legitimación para reclamar la totalidad de la reparación del daño que haya padecido.

Por último y con respecto al tema de la falta de legitimación en la causa como asunto de derecho sustancial dentro del juicio, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil en sentencia de fecha Abril 6 de 1976 señaló:

" Lo concerniente a la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del derecho procesal, razón por la cual su ausencia no constituye impedimento para desatar en el fondo el litigio, sino motivo para decidirlo de forma adversa al actor. Si el demandante no es el titular del derecho que reclama o el demandado no es la persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la pretensión de aquél; como acontece cuando reivindica quien no es el dueño o cuando éste demanda a quien no es el poseedor." (Subrayas por fuera del texto original)

Es por ello que no se configura uno de los presupuestos procesales de la acción, conduciendo necesariamente al fallador a una decisión que desestime las pretensiones de la demanda. Adicionalmente, al respecto me permito transcribir algunos apartes de la jurisprudencia del Consejo de Estado:

"Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Tercera. - Bogotá, D.E., catorce (14) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: Dr. Carlos Ramírez Arcila.

Referencia: Expediente No. 6058. Actor: Ignacio Palacio Uriana y otros.

"De la legitimación en la causa puede decirse que es una relación, a la vez material y procesal, entre los sujetos de la pretensión (por activa o por

227
788

pasiva) con el objeto que se pretende. Cuando se habla de presupuesto procesal debe entenderse que es algo que debe darse antes del proceso. Para que éste se inicie se requiere que se presente una demanda con el lleno de ciertos requisitos, la cual supone la existencia de unas partes y que se presente ante un juez competente.

En el sub - lite la omisión está en los poderes pero no en la demanda misma, lo que nada tiene que ver con la forma sino con sus anexos. Se trata es de un presupuesto de admisibilidad de la demanda y que al faltar ésta no podía admitirse; pero si el defecto sólo se observa al momento de fallar, la sentencia debe ser inhibitoria."

2. INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO – JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO:

De acuerdo a la Jurisprudencia del CONSEJO DE ESTADO, son dos los elementos que configuran la responsabilidad del estado por falla del servicio: fallo 19707 del 7 de julio de 2011, en el que el Honorable Tribunal, expresó:

".....El régimen jurídico aplicable.

La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, en casos como el que es objeto de estudio en el presente asunto, el título de imputación aplicable es el de la falla del servicio.

La responsabilidad patrimonial de la Administración es una institución jurídica que goza en nuestros días de rango constitucional. Es evidente que la responsabilidad del Estado a partir de la Carta Política de 1991 se fundamenta en el artículo 90 del estatuto superior, el cual como lo ha venido sosteniendo en forma reiterada esta Sala, estableció sólo dos elementos de la responsabilidad, los cuales son: i) El daño antijurídico y, ii) la imputación del mismo a una autoridad en sentido lato o genérico....." (subrayas propias).

Es decir, para que pueda predicarse que existe algún tipo de responsabilidad por parte de las entidades demandadas deberá acreditarse la concurrencia de los dos elementos mencionados.

Al respecto y sobre los elementos que estructuran la Responsabilidad del Estado por Falla del Servicio, el Consejo de Estado determinó en el fallo 19707 del 7 de julio de 2011, lo siguiente:

"...Procede identificar cuáles serán los problemas jurídicos a abordar con el fin de desatar la impugnación presentada.

2.1. Lo que se debate.

Teniendo en cuenta el panorama que se ha dejado expuesto, considera la Sala que para resolver el asunto que se somete a su estudio por razón del recurso interpuesto contra la

decisión del Tribunal Administrativo de Descongestión en el presente, resulta necesario despejar los siguientes problemas jurídicos:

(i) Precisar cuál es el régimen de responsabilidad aplicable a las circunstancias del caso concreto, habida cuenta de que se trata de las lesiones causadas y posterior fallecimiento del señor Jorge Eduardo Acero Rincón, por la caída de un elemento contundente (tronco o rama) cuando transitaba por las instalaciones del parque arqueológico "Las Piedras de Tunja", ubicado en la ciudad de Facatativá.

(ii) Una vez clarificado el anterior extremo, establecer si, en el sub lite, concurren los presupuestos necesarios para declarar la responsabilidad del Estado por falla del servicio de adecuado desarrollo de prácticas silviculturales en ejemplares arbóreos que amenazan caída, con grave riesgo para los individuos que permanecen en o circulan por la zona respectiva.

2.2. Sobre la responsabilidad del Estado por los daños causados a particulares como consecuencia de la omisión de las autoridades públicas en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

2.2.1. El régimen jurídico aplicable.

La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, en casos como el que es objeto de estudio en el presente asunto, el título de imputación aplicable es el de la falla del servicio.

La responsabilidad patrimonial de la Administración es una institución jurídica que goza en nuestros días de rango constitucional. Es evidente que la responsabilidad del Estado a partir de la Carta Política de 1991 se fundamenta en el artículo 90 del estatuto superior, el cual como lo ha venido sosteniendo en forma reiterada esta Sala, estableció sólo dos elementos de la responsabilidad, los cuales son: i) El daño antijurídico y, ii) la imputación del mismo a una autoridad en sentido lato o genérico.

El inciso primero del texto constitucional antes señalado, es del siguiente tenor literal:

"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

"(...)" (negritas fuera del texto original).

La jurisprudencia de esta Corporación así lo ha entendido, cuando ha dicho:

"porque a términos del art. 90 de la constitución política vigente, es más adecuado que el Juez aborde, en primer lugar, el examen del daño antijurídico, para, en un momento posterior explorar la imputación del mismo al Estado o a una persona jurídica de derecho público.

"La objetivización del daño indemnizable que surge de este precepto constitucional, como lo ha repetido en diversas oportunidades la Sala, sugiere que, en lógica estricta, el Juez se ocupe inicialmente de establecer la existencia del daño indemnizable que hoy es objetivamente comprobable y cuya inexistencia determina el fracaso ineluctable de la pretensión"¹⁰

"Por consiguiente, el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa es lo relativo a la existencia del daño, por cuanto si en el proceso no se logra establecer la ocurrencia de éste, se torna inútil cualquier otro análisis y juzgamiento.

"Como lo ha señalado la Sala en ocasiones anteriores¹¹, el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa, es la existencia del daño puesto que si no es posible establecer la ocurrencia del mismo, se torna inútil cualquier otro juzgamiento que pueda hacerse en estos procesos.

"En efecto, en sentencia proferidas dentro de los procesos acumulados 10948 y 11643 y número 11883, se ha señalado tal circunstancia precisándose en ésta última, que "... es indispensable, en primer término determinar la existencia del daño y, una vez establecida la realidad del mismo, deducir sobre su naturaleza, estos es, si el mismo puede, o no calificarse como antijurídico, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado...", y, por tanto, releva al juzgador de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado"¹² (Cursivas fuera de texto)

La anterior posición, según la cual el principal elemento configurativo de la responsabilidad del Estado corresponde al daño antijurídico, se ve igualmente reflejado en los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente, en donde en la ponencia para segundo debate (de la disposición que fuera a convertirse en el actual artículo 90 de la Carta Política), se precisó:

"(...) La noción de daño en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo.

"La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la administración causante material del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares.

"Esta figura tal y como está consagrada en la norma propuesta, comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial o riesgo..."¹³

Una vez expuestas las anteriores piezas jurisprudenciales es menester desglosar basándonos en los hechos objeto de la demanda si existe o no daño y si cabe el concepto de imputabilidad del daño de cara a las entidades demandadas.

*(...) "Bajo esta perspectiva para la Sala es claro que en este caso la víctima directa no podía asumir frente a sus cargas sociales un comportamiento negligente e imprudente y después pretender trasladar su propia culpa a las entidades demandadas, máxime si se tiene en cuenta que, si hubiera observado prudencia en la conducción de su motocicleta seguramente hubiera evitado o al menos minimizado el perjuicio que hoy los demandantes intentan trasladar a las entidades demandadas." **Sentencia del 14 de Julio de 2016, Radicado No. 23001-23-31-000-2003-00602-01, Subsección A- Sección Tercera, Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo.***

Así las cosas, solicitamos al Despacho declarar probada la presente excepción.

3. RUPTURA DEL NEXO CAUSAL, CONFIGURACIÓN DE CAUSAL EXONERATIVA -CULPA EXCLUSIVA DE LAS VÍCTIMAS.

Su señoría, se ha convertido en un común denominador la vinculación en procesos de responsabilidad a entidades como las demandadas y mi representada cuya actividad o explotación comercial no interfiere en las condiciones de rigor en cuanto a seguridad y debida diligencia deben tener los conductores en las vías.

También corresponde aseverar que el daño se configuró por una falta atribuible los fallecidos, puesto que no mantuvieron el riesgo que consigo acarrea la actividad peligrosa de inmersión en el mar (específicamente para pescar), más aun cuando los demandantes confiesan conscientemente que las víctimas tenían como costumbre la actividad de pesca en las playas del sector de Marbella, lo que permite inferir que los fallecidos tenían pleno conocimiento de los trabajos que las entidades demandadas estaban realizando en el sector, más aun cuando afirman que era costumbre de ellos pescar en dicha zona y reconocen que las obras en la zona de los hechos se habían iniciado antes del insuceso, circunstancia que produce a nuestro juicio dos efectos, uno el de **confesión** por parte de los demandantes y un **hecho notorio** de cara a las víctimas fallecidas, pues como bien reconocen en el hecho segundo, al ser de su costumbre o rutina de los señores Pedro y Cristian Lamadrid la pesca en la zona de las playas de Marbella, era de su pleno conocimiento como miembros de la comunidad que se estaban realizando obras de infraestructura vial que también eran de conocimiento de los extremos procesales.

Sobre el hecho notorio, el cual no requiere un elemento de prueba para que sea analizado por el Juez ha dicho el Honorable Consejo de Estado: *En cuanto tiene que ver con el concepto de "hecho notorio", la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que "el hecho notorio además de ser cierto, es público, y sabido del juez y del común de las personas que tienen una cultura media. Y según las voces del artículo 177 del C. de P.C. el hecho notorio no requiere prueba; basta que se conozca que un hecho tiene determinadas dimensiones y repercusiones suficientemente conocidas por gran parte del común de las personas que tiene una mediana cultura, para que sea notorio". Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 27 de noviembre de 1995, Exp. 8045, C.P. Diego Younes Moreno. En idéntica dirección, el profesor HERNANDO DEVIS ECHANDÍA existe notoriedad de un determinado hecho y por lo tanto se debe eximir de prueba a aquél hecho "cuando en un medio social donde existe o tuvo ocurrencia y en el momento de su apreciación*

*por el juez, sea conocido generalmente por las personas de cultura media en la rama del ser humano a que corresponda, siempre que el juez pueda conocer esa general o especial divulgación de la certeza del hecho, en forma de que no le deje dudas sobre su existencia presente o pasada” En **HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, "Teoría General de la Prueba Judicial",***

Al respecto la Honorable Sala de lo Contencioso Administrativo del **Consejo de Estado en sentencia del 14 de Julio de 2016, Radicado No. 23001-23-31-000-2003-00602-01** explique con justa razón lo siguiente: *“La corporación ha dicho que, a efectos de que opere el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad, es necesario establecer, en cada caso concreto, si el proceder por acción o por omisión de aquella tuvo no injerencia y en qué medida en la producción del daño. Así, para ello es necesario que la conducta u omisión de la víctima y/o del tercero sea la causa del daño.*

En principio quien ejerce la actividad peligrosa con la que se materializa el daño, se presume guardián de la misma y participa en la creación del riesgo que la misma actividad implica y, por lo tanto, tiene la obligación de adoptar las medidas adecuadas necesarias y pertinentes para evitar, mitigar o revocar la fuente de riesgo que puede producir daños.

4. PERJUICIOS NO INDEMNIZABLES- LOS PERJUICIOS HIPOTETICOS O EVENTUALES NO SON INDEMNIZABLES- INEXISTENCIA DE LUCRO CESANTE- AUSENCIA DE COBERTURA.

Si bien la parte demandante hace referencia a unos perjuicios materiales causados con ocasión del siniestro, no aporta pruebas que permitan la tasación de los mismos, por la obligación de ser ciertos y directos.

*“no basta con indicar el daño y cuantificar los perjuicios al solicitar una indemnización pecuniaria fruto de la responsabilidad civil derivada del daño causado con el delito, sino que se debe acreditar y sustentar la valoración económica que la víctima ha adjudicado a aquellos, es decir, demostrar la real existencia de la afectación y la proporcionalidad que debe existir en la reparación económica.” **sentencia Corte Suprema de Justicia Expediente 6632017 (49402), enero 2 de 2017***

Por su parte, el Código General del Proceso en su artículo 167 sobre la Carga de la Prueba dispone que: *incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (...)* y como aquí los

demandantes acreditan bajo un imaginario que los señores Pedro y Cristian Lamadrid devengaban ingresos mensuales aproximados de un salario mínimo, tal afirmación se objeta pues no aportan los demandantes Certificado Laboral, cuenta de cobro, recibo de caja menor o cualquier otra documental que sustente considerarse como un medio de prueba, solo se acreditará tal perjuicio con pruebas testimoniales, cuya manifestación es de contenido dubitable para efectos de controvertir dicha prueba que desde ya pedimos al Despacho no darle el valor probatorio correspondiente. Tal yerro conduce a lo que se conoce en la lógica jurídica como **Da mihi factum, dabo tibi ius (dame la prueba y te daré el derecho)** en virtud de lo anterior mi defendida no estaría llamada a soportar un eventual resarcimiento de este perjuicio.

5. VIOLACIÓN AL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO POR PARTE DE LA VÍCTIMA.

La honorable Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 29 de Mayo de 2014, ha explicado la funcionalidad de tal principio de la siguiente manera:

(...) Tratándose del ejercicio de actividades peligrosas, en la sentencia de 26 de agosto 2010, se dejó sentado que se arropan bajo el "alero de la llamada presunción de culpabilidad (...), circunstancia que se explica de la...carga que la sociedad le impone a la persona que se beneficia o se lucra de ella y no por el riesgo que se crea con su empleo. El ofendido únicamente tiene el deber de acreditar la configuración o existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y la conducta del autor, pudiéndose exonerar [el demandado] solamente con la demostración de la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o la intervención de un tercero".

CONTESTACION AL LLAMAMIENTO EN GARANTIA

1. EN RELACION A LOS HECHOS Y PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA:

RESPECTO A LA PÓLIZA No. 300003147, la misma corresponde y va dirigida exclusivamente a la compañía SEGUROS CONDOR S.A. en LIQUIDACIÓN FORZOZA ADMINISTRATIVA.

RESPECTO A LA PÓLIZA No. 279279, la póliza en mención solo inició cobertura desde el 26 de enero de 2014 hasta el 26 de enero de 2018, fechas que son posteriores a la de los hechos (17 de agosto de 2013), por lo que mi representada SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., NO es la llamada a responder por los hechos de marras y no habría fundamento para vincular a la compañía bajo las disposiciones del artículo 64 y 65 del Código General del Proceso.

2. EXCEPCIONES FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA:

1. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN A INDEMNIZAR -AUSENCIA DE COBERTURA:

La póliza en mención solo entró en vigencia desde el 26 de enero de 2014, fecha posterior a la de los hechos (17 de agosto de 2013), es decir que para la época del siniestro no existía la póliza por la cual nos vinculan y solo empezó la cobertura de riesgos pactados a partir del 26 de enero de 2014 lo cual demostramos con la póliza que se aporta como prueba; por lo que mi representada SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., NO es la llamada a responder por los hechos de marras y no habría fundamento para vincular a la compañía bajo las disposiciones del artículo 64 y 65 del Código General del Proceso.

Al respecto la Superintendencia Financiera, órgano de control con función Jurisdiccional explica en Concepto No. Concepto Nº 96037644-2 Noviembre 21 de 1996 lo siguiente: "*En este sentido, se precisa que el seguro es un contrato **solemne que se perfecciona desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza (C.Co., art. 1036). En ese momento nace el seguro, por ministerio de la ley, como fuente de derechos y obligaciones para las partes a él vinculadas.** La formación del contrato supone un acuerdo previo de voluntades respecto de sus elementos esenciales. Solemnizado este acuerdo, el contrato tiene una vigencia formal y de él deriva para el tomador la obligación de pagar la prima y para el asegurador la de asumir el riesgo.*

V. PRUEBAS

1. DOCUMENTALES:

Solicito al Despacho tener como documentos de prueba los siguientes:

-Carátula y condicionado de la póliza de seguro No. 279279.

99A

VI. ANEXOS:

Adjunto poder y certificado de existencia y representación de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A

VII. NOTIFICACIONES

La suscrita las recibirá en la Carrera 5 No. 33-15, Calle cochera del Gobernador, Edificio Colseguros oficina 709 Centro Histórico. Correo electrónico lujan.lrabogados@gmail.com

JUFGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO
 CALI
 SECRETARIA

RECIBIDO HOY 06-12-2017
 NUMERO DE FOLIOS 39
 FECHA NOVA 10:30am
 NOMBRE QUIEN RECIBE Monica laforat
 FIRMA _____

Señor Juez,



GILMA NATALIA LUJAN JARAMILLO
C.C. 43.587.573 de Medellín
T.P. 79.749 del Consejo Superior de la Judicatura