

Señor

**JUEZ CINCUENTA Y NUEVE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C. – SECCIÓN TERCERA**

E.

S.

D.

Ref. **ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA**  
**No. 2019- 00319**

De. **SOLEYS & CÍA Y OTROS**

Vs. **CONCESIÓN ALTO MAGDALENA S.A.S. Y OTRA**

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**MARIA CRISTINA ALONSO GÓMEZ**, actuando como apoderada judicial de la Sociedad llamada en garantía **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**, con el debido respeto me dirijo a Usted señor Juez, para presentar dentro de la oportunidad legal, los ***alegatos de conclusión*** correspondientes a esta instancia, a fin de que sean tenidos en cuenta al momento de proferir el fallo respectivo, los cuales efectuare en los siguientes términos:

### **DEMANDA**

En el escrito contentivo de la demanda, la parte actora solicita que se declare a las entidades demandadas solidariamente responsables de los daños y perjuicios causados en los predios ALMA – 5- 0091 (Gibraltar I) y ALMA – 5 – 0092 (Gibraltar II), ocasionados con la ejecución del contrato de concesión APP 003 de 2014, en virtud del cual se pretendía adelantar el proyecto vial Honda – Puerto Salgar – Girardot.

En consecuencia de lo anterior, se condene solidariamente a las demandadas a pagar a los demandantes por los daños materiales en la modalidad de ***daño emergente y lucro cesante***, causados por las inundaciones en los predios de los demandantes por la intervención de la obra en mención.

### **ANÁLISIS PROBATORIO**

De conformidad con los medios de prueba solicitados y aportados por los extremos en el presente proceso, en la audiencia inicial desarrollada el día 2 de marzo de 2023 se decretaron las pruebas documentales, el interrogatorio a la parte demandante y al representante legal de la demandada **CONCESIÓN ALTO MAGDALENA S.A.S.**, declaraciones de terceros y pruebas periciales, por lo que practicados los anteriores medios probatorios y surtido el correspondiente debate en audiencias que se llevaron a cabo los días 11 de octubre, 1 de diciembre de 2023 y 1 de marzo de 2024, se extraen las siguientes conclusiones relevantes para desatar el recurso de alzada:

#### **I. INTERROGATORIOS DE PARTE:**

-Señora **SILVIA LEYVA DURÁN**

*PREGUNTADO: ¿Indíqueme al despacho, en qué época ustedes hacen el sembrado del pasto en el predio?*

*CONTESTÓ: “Yo no sé mucho de eso ni de ganadería...”*

*“A nosotros nos daban lo que producía, y listo”*

*“De ganadería no me atrevo a decir nada, no tengo ni idea”*

*“Mi hermano Alberto era el que manejaba todo”*

-Señora **MARIA LINETTE BEATRIZ JUANA DE MONTOZON LEYVA**, considerando de suma importancia las siguientes manifestaciones:

*“PREGUNTADO: ¿Conoce usted el giro ordinario del negocio que dio lugar a la presentación de la demanda de SOLEYS, de su parte y otras personas en contra de la ANI y la CONCESIÓN ALTO MAGDALENA?”*

*CONTESTÓ: “No señor”*

De las manifestaciones efectuadas por las señoras **SILVIA LEYVA DURÁN** y **MARIA LINETTE BEATRIZ** y **JUANA DE MONTOZON LEYVA**, podemos evidenciar que no tienen ningún conocimiento relativo a la magnitud de los supuestos daños que se irrogan en el escrito de la demanda, pues mostraron no conocer el giro ordinario de los negocios desplegados en los terrenos denominados GIBRALTAR I y GIBRALTAR II, siendo su declaración bastante ambigua y superflua, restandole credibilidad y valor probatorio..

-Señor **JAIME LIZANDRO LEYVA ESPINOSA**, representante legal de la sociedad **SOLEYS & CÍA S CA**, considerando de suma importancia la siguiente manifestación:

*“PREGUNTADO: ¿Sigue usted a cargo de ese negocio de la hacienda?”*

*CONTESTÓ: “No señor, la maneja desde el año 2012, mi hermano ALBERTO LEYVA ESPINOSA”*

De las manifestaciones efectuadas por el señor **LEYVA ESPINOSA**, no se hizo palpable desde ningún punto de vista, tanto la existencia del daño que se alega, como el nexo de causalidad entre aquel y las acciones u omisiones desplegadas en el desarrollo de la construcción por parte de la **CONCESIÓN ALTO MAGDALENA S.A.S.** y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, limitándose a mencionar lo relativo al escaso conocimiento que tenía del negocio desarrollado en los predios GIBRALTAR I y GIBRALTAR II, pero haciendo ahínco en que quien manejaba los negocios de la familia, era el señor **ALBERTO LEYVA ESPINOSA**, quien fue citado como *tercero* a la diligencia de práctica de pruebas, y quien por demás, fue tachado de *imparcial*, habida cuenta del estrecho vínculo que tiene con quienes conforman el extremo actor.

## **II. DECLARACIÓN DE TERCEROS**

a) Testigos traídos al proceso por la parte Demandante.

-Señor **ALBERTO LEYVA ESPINOSA**, quien fue tachado por falta de imparcialidad por el apoderado de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, así como de

la **CONCESIÓN ALTO MAGDALENA S.A.S., ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA – CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. Y LA PREVISORA S.A.**, habida cuenta de la relación de consanguinidad y afinidad con quienes componen el extremo actor considerando de suma importancia las siguientes manifestaciones:

*“PREGUNTADO: ¿Cuánto espacio de la finca se mantiene empozado o inundado?”*

*CONTESTÓ: “La finca no mantiene el agua tanto tiempo como para estar empozada”.*

*“...El agua por evaporación, desaparece y pues ahí es donde se demuestra que eso no es una zona inundada. ...ni era un lago ni era una represa, nada. El agua, llueve, se mantiene ahí, bajaba rápido y listo.”*

*“El mantenimiento hay que quitarle es la maleza”*

*“Es un mantenimiento que toca hacer anualmente”*

*“Nosotros no le hemos hecho mantenimiento a eso, porque para qué...”*

*“PREGUNTADO: ¿Qué tipo de actividades hacían sobre ellas?”*

*CONTESTÓ: “No, no siempre, pero siempre ese sembrar pasto.”*

De lo mencionado por el señor **ALBERTO LEYVA ESPINOSA**, se hizo a todas luces evidente la parcialidad en su declaración, pues ostenta aún para la fecha en que esta es rendida en audiencia, vínculo de afinidad con la representante legal de la sociedad **SOLEYS & CIA S CA**, además de hacer evidente su interés en las resultas del presente litigio, conclusión a la que se arriba luego de escuchar la parte final de la declaración rendida.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que desde la fecha en que se materializó el siniestro por el cual se reclama, no se ha hecho mantenimiento a la porción del terreno que aparentemente se vio afectada, lo que a todas luces configura una agravación del daño, puesto que al ser incierto el hecho consistente en que a razón de la inundación que da génesis a la presente acción judicial, los pastos quedaron inutilizables, el hecho de no hacer el mantenimiento al terreno, agrava la situación del mismo, tal y como será expuesto al referirme a la contradicción al dictamen pericial realizada.

Se resalta que, el apoderado de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** desistió de los testimonios de los señores **ALIRIO FÉLIX RODRÍGUEZ** y **GERMÁN DANIEL CASTILLO CASTILLO**.

### **III. DICTAMEN PERICIAL**

Al proceso se allega informe pericial efectuado por el Ingeniero Civil **IVÁN JAVIER PUENTES RODRIGUEZ**, del cual se destacan las siguientes manifestaciones frente a los cuestionamientos que le fueron planteados:

*A LA PREGUNTA: Indíqueme al despacho si usted verificó el costo o los valores que la empresa de los demandantes, para la época de los hechos, invertían en ésta finca, o en estas fincas*

*RESPUESTA: “Yo le solicité a los demandantes, que si había algún contrato, que me lo facilitaran, pero el señor **ALBERTO LEIVA** que fue el que me recibió la visita, me dijo: “si, eso existe”, pero no lo tengo en mi poder”*

A LA PREGUNTA: *¿Usted tuvo acceso a los libros de contabilidad de los demandantes o a las empresas de los demandantes?*

RESPUESTA: *“No, no señor”.*

A LA PREGUNTA: *¿Cómo corroboró usted que ese ganado si existía en la finca?*

RESPUESTA: *“Cuando estuve en la visita de campo...pregunté cuánto ganado existía, y esa fue la información que ellos me dieron....”*

A LA PREGUNTA: *¿Usted no corroboró con los libros contables o con otros documentos, la existencia de ese número de reses, para la fecha en la que se presentaron los hechos de esta demanda?*

RESPUESTA: *“Si lo solicité, pero no me lo facilitaron...”*

A LA PREGUNTA: *Yo quiero que nos indique qué herramientas técnicas o químicas, permiten identificar que esas tierras son improductivas.*

RESPUESTA: *“Utilicé fue la visión y el recorrido que hice en esas treinta hectáreas...”.*

A LA PREGUNTA: *¿Tiene usted conocimientos de pastaje y ganadería?.*

RESPUESTA: *“No señora, mi profesión es ingeniero...” “Soy neófito en esto de ganadería...”*

A LA PREGUNTA: *¿Puede usted indicarle a esta audiencia, cuál es el costo de la recuperación de los pastos que usted indica en el peritaje?.*

RESPUESTA: *“Yo investigué los pastos, la recuperación de esos pastos, las adecuaciones de esas fincas, inclusive si hubiera tomado eso en lo que investigué, están entre cinco y diez millones de pesos solo por la adecuación. Entonces lo que hice fue tomar el valor de las fincas productivas y el valor de las fincas improductivas... Consideré que el daño era producción – improducción, pero se hubiera podido hacer por separado, pero consideré que se podía ir ni para un lado ni para el otro.”*

A LA PREGUNTA: *¿Usted consultó facturas, declaraciones de renta o algún otro tipo de documento del año inmediatamente anterior a la causación del daño que se alega en la demanda?.*

RESPUESTA: *“Si, solicité Doctor Jiménez, pero el señor **ALBERTO** no las tenía en ese momento. No me las hicieron llegar.”*

A LA PREGUNTA: *¿Por qué no existe ficha técnica de las entrevistas?*

RESPUESTA: *“Por la premura...”*

A LA PREGUNTA: *¿Dada su experiencia técnica y profesional que data de hace 20 años como lo mencionó usted, la falta de mantenimiento puede agravar el daño que se alega en el escrito de la demanda?*

RESPUESTA: *“Yo considero que si”*

Respecto a las manifestaciones realizadas por el ingeniero Civil **IVÁN JAVIER PUENTES RODRÍGUEZ** en respuesta a los cuestionamientos que le fueron efectuados,

es absolutamente clara su inexperiencia y falta de conocimiento especializado sobre el tema,, no aportó ninguna documentación que soportara desde el punto de vista técnico sus conclusiones, no hay evidencias que den cuenta de la “improductividad” de terrenos, y mucho menos se acredita desatención, acción u omisión alguna por parte de las sociedades que componen el extremo actor, no existió verificación de facturas, soportes contables, declaraciones de renta, contratos o algún elemento que permitiera corroborar el perjuicio alegado, siendo el dictamen aportado un simple informe basado en especulaciones, carentes de toda prueba fehaciente frente al daño alegado.

## ANÁLISIS JURÍDICO

Se debe manifestar inicialmente, que las pretensiones incoadas por la parte actora son improcedentes, toda vez que éstas se dirigen a la imposición de una condena de carácter pecuniario a cargo de las demandadas, sin que exista o se haya podido demostrar en el proceso la responsabilidad de la pasiva en el hecho que se predica en la demanda, como a continuación analizaremos.

En primera medida, se enfatiza el hecho irrefutable del rompimiento del nexo causal, situación que de manera evidente permite concluir que la demandada **CONCESIÓN ALTO MAGDALENA S.A.S.** no fue quien causó el daño y por ello no deberá ser llamada a repararlo.

Se hace entonces procedente, indicar lo expuesto por el Honorable Consejo de Estado<sup>1</sup> al hacer referencia al nexo causal, en donde sostuvo:

*“(...) por el contrario, es en razón de dicha naturaleza que, acreditados el daño sufrido por la víctima y la relación de causalidad con la actuación de la entidad, pueda ésta demostrar que cumplió adecuadamente con su obligación, esto es, que obró diligentemente, poniendo los medios a su alcance para la curación del paciente<sup>82</sup>. Finalmente, es oportuno citar dada su importancia dos fallos, el primero de fecha 7 de octubre de 1999<sup>83</sup> y el segundo del 14 de junio de 2001<sup>84</sup>. En el primero de ellos el Consejo de Estado expresa “(...) aceptada la dificultad que suele presentarse en la demostración directa de la causalidad en materia médica, puede probarse indirectamente – indiciariamente (...)”.*

También se hace procedente, remitirnos a lo también expresado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, en providencia T-555 de 1999, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo:

*“[La vía de hecho puede] consistir, entre otros factores, en el desconocimiento absoluto del material probatorio, en la vulneración del debido proceso dentro del incidente, en la falta de conexidad entre lo probado y lo deducido por el juez, o en el desconocimiento del derecho de cualquiera de las partes a la prueba, tanto en el plano de su práctica como de su evaluación, y en el de las inferencias que haga el fallador”.*

Uno de los principios fundamentales de toda la actividad jurisdiccional del Estado de derecho lo constituye la racionalidad de las decisiones, la cual se relaciona con la conexidad lógica, con la coherencia interna, es decir, es un fenómeno estructural,

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 1995. Exp. 9848

expresa el ejercicio de la razón como regla y medida de los actos humanos; es, simplemente, producto de la esencia racional del ser humano. Por ello, se erige como un elemento esencial de la jurisdicción sin la cual se desnaturaliza el acto jurisdiccional y aparece la llamada vía de hecho o el acto material.

En materia de la valoración probatoria la racionalidad supone necesariamente la adopción de criterios objetivos, racionales, responsables y serios.

*“[Por ello,] no se adecua a este desiderátum, la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración o sin razón valedera alguna no da por probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente”.*

Así, las partes no sólo tienen el derecho subjetivo a que el Juez valore la prueba, sino que también lo haga en forma racional; vale decir, que las inferencias que realice con base en las pruebas sí sean posibles desde un punto de vista epistemológico, por lo que debe existir conexión entre lo probado y lo decidido por el juez.

De esta manera, el derecho a la prueba implica una posibilidad de exigencia de la parte hacia el Juez de un determinado contenido en la valoración. Al fin y al cabo, si la parte en su pretensión o en su defensa le exige al juez el reconocimiento de un derecho o de algún interés material en concreto, igualmente le exige que le reconozca un determinado contenido de verdad que le sea favorable para acceder a aquél; las partes buscan que el juez declare como verdad en el proceso los presupuestos fácticos del interés material perseguido. Por tanto, la valoración consiste en la evaluación que realiza el juez para determinar si las afirmaciones introducidas en el proceso a través de los medios de prueba pueden aceptarse como verdaderas.

La irracionalidad en la valoración de la prueba atenta contra el debido proceso y el derecho de defensa. La racionalidad de la actividad jurisdiccional emerge del axioma constitucional del imperio de la ley (artículo 230 de la Constitución Política) que da sentido a la independencia de la función de la justicia frente a los demás órganos de poder del Estado y de las manifestaciones sociales de poder (cfr. artículo 228, ibíd.). Así, el derecho al acceso a la justicia (véase artículo 229, ibíd.) contiene la garantía de que la decisión judicial se basa en el mandato del legislador y no en el arbitrio del juzgador, ni a las influencias externas (políticas, morales, etc.)

Y es que deberá hacerse una exhaustiva valoración probatoria, a efectos de determinar si las actuaciones u omisiones de quienes componen el extremo pasivo en el presente litigio, son las generadoras del daño que se irroga, pues si bien se aportó un dictamen pericial el cual fue controvertido en diligencia practicada el 1 de marzo de 2024, se demostró inconducencia de la experticia y falta de conocimiento técnico y de causa por parte del perito, quien se limitó a escuchar a la parte demandante y asentar su dicho sin más, pues en ningún momento analizó documentación alguna, pruebas filmicas y/o fotográficas que permitieran inferir tan siquiera un mínimo grado de certeza de la participación de las demandadas en el siniestro que se reclama.

Antes de adentrarme en un estudio más profundo del dictamen pericial aportado por el extremo actor, debo mencionar que, según dispone el artículo 226 del Código General del Proceso, *“la prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y **requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos**”*, de lo que adolece a todas luces el informe presentado.

Entre otros, resaltando de lo que adolece el citado informe, requiere de la presentación de:

“...3. La profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración. **Deberán anexarse los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística.**

4. **La lista de publicaciones, relacionadas con la materia del peritaje,** que el perito haya realizado en los últimos diez (10) años, si las tuviere.

5. **La lista de casos en los que haya sido designado como perito o en los que haya participado en la elaboración de un dictamen pericial en los últimos cuatro (4) años.** Dicha lista deberá incluir el juzgado o despacho en donde se presentó, el nombre de las partes, de los apoderados de las partes y la materia sobre la cual versó el dictamen.

6. **Si ha sido designado en procesos anteriores o en curso por la misma parte o por el mismo apoderado de la parte,** indicando el objeto del dictamen.

7. **Si se encuentra incurso en las causales contenidas en el artículo 50, en lo pertinente.**

8. **Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de los que ha utilizado en peritajes rendidos en anteriores procesos que versen sobre las mismas materias.** En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.

9. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de aquellos que utiliza en el ejercicio regular de su profesión u oficio. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.

10. **Relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen.** (Se resalta y subraya de mi parte)

Así las cosas, y ante la inexistencia del aporte documental requerido inexorablemente por la norma citada en precedencia, es claro que no deberá dársele valor alguno al citado dictamen y en consecuencia, desestimar de tajo las pretensiones elevadas en el libelo genitor, puesto que no fueron aportadas más pruebas al plenario, no solo que permitan inferir la existencia de nexo causal con acciones u omisiones de las demandadas, sino que, nada respecto a la cuantificación del daño irrogado fue aportado.

Ahora bien, tampoco fueron aportados documentos que acrediten la idoneidad del perito, quien se limitó a mencionar que por “la premura”, y la “falta de tiempo” no aportó la documentación a la que hace mención el citado artículo, por lo que, a pesar de que el despacho permitió que fuera aportada la documental relativa a la “lista de casos en los que haya sido designado como perito o en los que haya participado en la elaboración de un dictamen pericial en los últimos cuatro (4) años” de manera

extemporánea, esto no lo hace idóneo y oportuno de manera inmediata, debiéndolo desestimar el señor Juez, dejando sin más prueba que el propio dicho de los accionantes, el cual estuvo ausente de manifestación alguna, pues ni siquiera conocen la actividad que supuestamente es desarrollada en los predios GIBRALTAR I y GIBRALTAR II.

Al hacer mención a la contradicción surtida respecto al dictamen aportado por la parte actora, y que fuera elaborado por el Ingeniero Civil **IVAN JAVIER PUENTES RODRIGUEZ**, en donde el único argumento utilizado fueron unas entrevistas, sin que se haya evidenciado estudio topográfico, geológico y/o georreferenciado de su “análisis”, llegando a tal punto de catalogar terrenos como “improductivos”, con base en el dicho de quien lo atiende en su visita al predio, pero sin que se ahonde en un estudio técnico que le permita al Juez concluir la veracidad de lo que se afirma.

Adicionalmente, situación que fue también constatada por el testigo **ALBERTO LEYVA ESPINOSA**, quien por demás fue tachado por imparcialidad por las demandadas y llamadas en garantía, por su evidente interés y parcialidad en su declaración, se logra constatar que de manera negligente se genera una agravación del daño irrogado, por cuanto no se realizó ningún tipo de mantenimiento a la zona que se alega fue inundada, lo que evidentemente la degeneró considerablemente, situación que de hecho afirmó el perito en su contradicción, lo que hace que sean los propietarios del inmueble objeto de litigio, quienes a pesar de no existir un estudio técnico que argumentara la improductividad del terreno, quienes decidieron malograrlo con la ausencia de mantenimiento y cortes de maleza, lo que da al traste con la inequívoca causación de un daño, sin que esto implique la existencia de nexo de causalidad alguno respecto de acciones u omisiones desplegadas por la demandada **CONCESIÓN ALTO MAGDALENA S.A.S.**

Mencionó la sentencia proferida por el Honorable Consejo de estado<sup>2</sup>

*“[...] Por tanto puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción.*

*Lo anterior permite concluir que si bien se probó la falla del servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad; con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandado porque aunque la conducta anómala de la Administración fue causa material o física del daño sufrido por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor Mauro Restrepo Giraldo, quien con su conducta culposa de desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño”*

Ahora bien, hay que hacer especial relevancia en que el decreto de esta prueba pericial era calcular “el daño emergente y el lucro cesante teniendo en cuenta, entre otros aspectos; I) El costo de la recuperación, de los pastos de acuerdo con el proceso técnico necesario; y II) el costo del lucro generado por la imposibilidad de explorar dichos inmuebles en la actividad de la ganadería con los valores del mercado y la extensión del terreno.”, lo que a todas dista del dictamen rendido por el perito, Ingeniero Civil **IVAN**

<sup>2</sup> Sección Tercera, sentencia de 25 de julio de 2002, expediente 13744. La Sub-sección C tuvo en cuenta esta argumentación en: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 30 de marzo de 2011, expediente 19565

**JAVIER PUENTES RODRIGUEZ**, quien se basó en meras especulaciones y apreciaciones personales.

Es así que queda sin valor probatorio la experticia.. Nótese entonces señor Juez, que el perito limita la valoración realizada, a las hectáreas de tierra que empíricamente considera improductivas, en razón a las siguientes consideraciones.

Respecto al daño emergente, se limita a definir su significado, sin que haga precisión alguna respecto a su cuantificación, pues se limita, si se quiere empíricamente, a multiplicar la cantidad de terreno para él “improductivo” por el valor de referencia tomado de internet, sin que, y se insiste, se haya hecho una valoración técnica respecto a la supuesta improductividad de las 30 hectáreas que toma como referencia para valorar dicho daño.

Y es que en relación con la carga de la prueba, ha dicho el Honorable Consejo de Estado:

**“Concepto y contenido de la carga de la prueba.**

*La carga de la prueba es “una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos”.*

Sobre este tema se ha expresado la Corporación<sup>3</sup> en estos términos:

*“La noción de carga ha sido definida como “una especie menor del deber consistente en la necesidad de observar una cierta diligencia para la satisfacción de un interés individual escogido dentro de los varios que excitaban al sujeto”<sup>4</sup>. La carga, entonces, a diferencia de la obligación, no impone al deudor la necesidad de cumplir √incluso pudiendo ser compelido a ello coercitivamente√ con la prestación respecto de la cual se ha comprometido con el acreedor, sino que simplemente faculta √la aludida carga√, a aquél en quien recae, para realizar una conducta como consecuencia de cuyo despliegue puede obtener una ventaja o un resultado favorable, mientras que si no la lleva a cabo, asume la responsabilidad de aceptar las consecuencias desventajosas, desfavorables o nocivas que tal omisión le acarree.*

*“Trayendo este concepto al ámbito del proceso y de la actividad probatoria dentro del mismo, la noción de carga se traduce en que a pesar de que la igualdad de oportunidades que, en materia de pruebas, gobierna las relaciones entre las partes procesales, dicho punto de partida no obsta para que corra por cuenta de cada una de ellas la responsabilidad de allegar o procurar la aportación, al expediente, de la prueba de ciertos hechos, bien sea porque los invoca en su favor, bien en atención a que de ellos se deduce lo que pide o a lo que se opone, ora teniendo en cuenta que el hecho opuesto*

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de diciembre 11 de 2007, Radicado 110010315000200601308 00.

<sup>4</sup> Cita original del Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de diciembre 11 de 2007. Radicado 110010315000200601308 00: “Fernando Hiestrosa, Derecho Civil Obligaciones, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 1969, p. 180.”

*está exento de prueba √verbigracia, por venir presumido por la ley o por gozar de notoriedad o por tratarse de una proposición (afirmación o negación) indefinida√.”*

*Así pues, la carga de la prueba expresa las ideas de libertad, de autorresponsabilidad, de diligencia y de cuidado sumo en la ejecución de una determinada conducta procesal a cargo de cualquiera de las partes<sup>5</sup>.*

El tratadista Dr. Devis Echandia define la expresión carga de la siguiente manera:

*“[...] podemos definir la carga como un poder o facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables<sup>6</sup>.”*

*En ese orden de ideas, el contenido material que comporta la carga de la prueba está determinado por la posibilidad que tienen las partes de obrar libremente para conseguir el resultado jurídico (constitutivo, declarativo o de condena) esperado de un proceso, aparte de indicarle al juez cómo debe fallar frente a la ausencia de pruebas que le confieran certeza respecto de los asuntos sometidos a su conocimiento.*

En consecuencia, en vista de la insuficiencia de material probatorio para acreditar la cuantificación de los daños que se incoan, solicito de manera respetuosa al señor Juez, la revisión de la pretensión que se incoa, pues ningún sustento tiene.

Adicional a lo anteriormente mencionado, se comete el mismo yerro, siendo que el perito se basa en información entregada por la persona que lo atendió al realizar la visita al predio, sin que haya logrado constatar documentación relativa a inversiones, contabilidades, contratos, declaraciones de renta, facturas, recibos de caja, o al menos un solo documento que permitiera dar cuenta del valor de los contratos que supuestamente allí se tenían, no teniendo otro camino el señor Juez, que desestimar el daño que se alega, puesto que nunca se logró acreditar tan siquiera de manera sumaria, poniendo en duda las aseveraciones realizadas por el extremo actor, en punto de los contratos con terceras personas, pues ni siquiera el señor **ALBERTO LEYVA**

<sup>5</sup> Citado por el H. Consejo de Estado en la sentencia ibidem,” La carga es un imperativo del propio interés y no del interés ajeno.

Es decir, que quien cumple con el imperativo (comparecer, contestar demanda, probar, alegar) favorece su interés y no el de cualquiera otro, como en cambio sí ocurre con quien cumple una obligación o un deber. Precisamente, por ello no existe una sanción coactiva que conmine al individuo a cumplir, sino que se producirá para el sujeto, como consecuencia de su incumplimiento, una desventaja sin que su omisión se refleje en la esfera de un tercero. En la carga se está en pleno campo de la libertad. El sujeto tiene la opción entre cumplir o no cumplir su carga. Si no lo hace no tiene sanción, porque lo que se busca es facilitar la situación del sujeto ya que el fin perseguido es justamente un interés propio. Cuando se notifica el auto que abre el proceso, porque se acepta la pretensión, nace la carga para el opositor de comparecer y defenderse, contradecir, excepcionar. El opositor puede optar por hacerlo o no. Si no lo hace es él quien se perjudica. CARNELÚTTI dice que la carga es un acto necesario y la obligación un acto debido. Es indudable que en el proceso más que obligaciones, abundan las cargas.” (Beatriz Quintero y Eugenio Prieto. Teoría general del proceso. Bogotá: Editorial Temis. 2000. pág. 460.) Con el objeto de entender mejor la expresión carga, ver, Gian Antonio Micheli. La carga de la Prueba. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1961., pág. 60. Al respecto afirma: ‘La noción sobre la cual se ha hecho girar toda la teoría de la carga de la prueba, es precisamente la de la carga entendida como entidad jurídica distinta de la obligación, en el sentido de que en determinados casos la norma jurídica fija la conducta que es necesario observar, cuando un sujeto quiera conseguir un resultado jurídico relevante. En tales hipótesis, un determinado comportamiento del sujeto es necesario para que un fin jurídico sea alcanzado, pero, de otro lado, el sujeto mismo es libre de organizar la propia conducta como mejor le parezca, y, por consiguiente, también eventualmente en sentido contrario al previsto por la norma’. En consonancia con lo dicho advierte el tratadista Giuseppe Chiovenda: ‘Aunque no se puede hablar de un deber de probar, sino sólo de una necesidad o carga, puesto que la falta de prueba da lugar a una situación jurídica análoga a la producida por el incumplimiento de un deber, ya que la parte a que corresponda la carga de probar soporta las consecuencias de la falta de prueba., Giuseppe Chiovenda. Curso de derecho Procesal Civil. México. Editorial Harla. 1997. pág. 395.’

<sup>6</sup> Devis Echandia. Op. Cit., pág. 401. El autor citado elabora una excelente presentación sobre las distintas posiciones teóricas sobre el contenido de la noción carga. Las mismas se pueden encontrar en: Ibid., págs. 378- 401.

**ESPINOSA** se atrevió a mencionar más de un nombre, del cual tampoco se acreditó nada, y mal haría su Señoría, en otorgar un daño en razón de un(os) contrato(s) inexistente(s), de los que se desconoce su objeto, forma, duración y sobre todo, valor.

Lo anterior, pone de presente la ausencia investigativa en su “dictamen”, pues al preguntarle sobre la inspección al lugar de los hechos, fue contradictorio y demasiado ambiguo, como también lo fue respecto a la consulta que sobre estados financieros debía realizar para efectuar la tasación de los daños, lo que complementa su poca experiencia en el tema, y su falta de argumentos para sustentar el petitum enervado por la parte actora.

Finalmente, a la pregunta “¿investigó las normas aplicables para la construcción de los desagües?”, manifestó “no ser relevante para el caso”, haciendo de su dicho contradictorio a todas luces, pues se atrevió a tasar unos daños sin soporte alguno, endilgando responsabilidad a las demandadas **CONCESIÓN ALTO MAGDALENA S.A.S.** y **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, pero *sin saber* si dieron cumplimiento o no a la normatividad aplicable en la materia, lo que hace inoficioso, vulgar y poco certero el dictamen presentado.

Por otra parte, y respecto al llamamiento en garantía efectuado en contra de mi poderdante **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**, se hace necesario hacer especial énfasis en las cláusulas pactadas por las partes en el contrato de seguro, teniendo en cuenta lo mencionado en nuestro ordenamiento civil, aplicable por analogía a la presente acción, así:

**<LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES>**. *Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*. Así mismo, el artículo 1063 cita; **<EJECUCIÓN DE BUENA FE>**. *Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella*”.

Y es que se hace claro que las aseguradoras llamadas en garantía, deberán responder frente al **límite del valor asegurado y con los respectivos descuentos de ley**, siendo que contractual, legal y jurisprudencialmente, se ha establecido que el monto del deducible deberá estar a cargo del asegurado.

Menciona el artículo 1103 del código de comercio:

*“Las cláusulas según las cuales el asegurado deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño, implican, salvo estipulación en contrario, la prohibición para el asegurado de protegerse respecto de tales cuotas, mediante la contratación de un seguro adicional. La infracción de esta norma producirá la terminación del contrato original”.*

Al respecto el tratadista Juan Manuel Díaz Granados en su obra el Seguro de Responsabilidad, Pagina 134, expresa que:

*“... Se combinan con **deducibles** o franquicias **que imponen al asegurado soportar una cuota del riesgo o la primera parte del daño...**”*

Dice además el tratadista Díaz-Granados, J. en su libro *El Seguro de Responsabilidad*,

Bogotá, Editorial Universidad del Rosario (2012) que:

*“...Una de tales modalidades, la denominada deducible, se traduce en la suma que el asegurador descuenta indefectiblemente del importe de la indemnización, **de tal suerte que en el evento de ocurrencia del siniestro no indemniza el valor asegurado sino a partir de un determinado monto o de una proporción de la suma asegurada, con el objeto de dejar una parte del valor del siniestro a cargo del asegurado.** El deducible, que puede consistir en una suma fija, en un porcentaje o en una combinación de ambos, se estipula con el propósito de concientizar al asegurado de la vigilancia y buen manejo del bien o riesgo asegurado...”* (Subraya y negrilla mías).

Continúa diciendo:

*“...Así las cosas, correspondiendo el deducible pactado a una carga que debe soportar el asegurado, la aplicación previa del mismo sobre el monto de la indemnización que debe cancelar el asegurador con ocasión de los siniestros ocurridos durante la vigencia del seguro, es una consecuencia de la ejecución del contrato...”*

*...Una de las regulaciones especiales que trae el artículo 1103 es fundamental: especifica que si se llega a infringir algún aspecto correspondiente al deducible, se podrá dar por terminado el contrato original”. Cita el precitado artículo que “Las cláusulas según las cuales el asegurado deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño, implican, salvo estipulación en contrario, la prohibición para el asegurado de protegerse respecto de tales cuotas, mediante la contratación de un seguro adicional. La infracción de esta norma producirá la terminación del contrato original”*

En consecuencia, no puede desconocerse la estipulación contractual respecto al deducible pactado en la **PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL PARA ENTIDADES ESTATALES No RE001201**, toda vez que el mismo contrato es el que obliga a su estricto cumplimiento.

Es así, que dentro de la **PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL PARA ENTIDADES ESTATALES No RE001201**, en el acápite de las condiciones particulares se estipula la existencia de un deducible el cual debe entenderse como la cuota del riesgo o de la pérdida que está a cargo del asegurado y que, en caso de siniestro se deduce invariablemente de la indemnización, de conformidad con los clausulados particulares y generales que rigen el contrato de seguro, en el cual se pactó la existencia de un **DEDUCIBLE** así:

- Para el amparo de “PROPIEDADES ADYACENTES DE TERCEROS 10% del valor de la pérdida mínimo 20 SMMLV.”
- Para el amparo de “PREDIOS LABORES Y OPERACIONES, el 10% del valor de la pérdida, mínimo 15 SMMLV.”

Adicionalmente, la **PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL PARA ENTIDADES ESTATALES No RE001201**, fue expedida en virtud de un coaseguro, es decir una distribución del seguro, teniendo la sociedad **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS CONFIANZA S.A.**, como compañía administradora de

la póliza una participación del 50%, y **ACE SEGUROS S.A.** hoy **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**, el porcentaje restante del 50%; con la finalidad de amparar los perjuicios que se dieran con ocasión de la ejecución del contrato de concesión No 003 del 09 de septiembre de 2014.

En atención al **COASEGURO ACEPTADO** por **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.** al cual se hace referencia, debe tenerse en cuenta que la **PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL PARA ENTIDADES ESTATALES No RE001201**, fue expedida, cediendo el 50% de participación en cuanto al recibo de primas y obligaciones indemnizatorias a mi representada, por lo que en caso de proferirse una condena en contra de la sociedad asegurada en el mentado contrato de seguro, siendo esta la **CONCESIÓN ALTO MAGDALENA S.A.S.**, el porcentaje límite de la eventual responsabilidad que deba asumir mi cliente, es únicamente del 50% del valor de la condena, luego de restar el deducible mencionado con anterioridad.

De otro lado, encontramos que en la **PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL PARA ENTIDADES ESTATALES No RE001201** se pactó una garantía frente al amparo de **PROPIEDADES ADYACENTES DE TERCEROS**, en la cual se consigna:

*“Garantía para la validez del anexo de estructuras y/o propiedades adyacentes:*

*En los términos del artículo 1061 del código de comercio, el asegurado se compromete a cumplir con la siguiente garantía, so pena de anularse el presente anexo y quedar sin la cobertura correspondiente.*

*El asegurado se compromete, antes de iniciar los trabajos de excavación, a levantar un acta de vecindad de cada una de las propiedades que busca cubrir con el presente anexo, cuya copia deberá ser entregada a la aseguradora en caso de reclamo o siniestro cuanto estas sean requeridas por parte de la compañía aseguradora.*

**CLÁUSULA DE ASENTAMIENTOS Y/O HUNDIMIENTOS Y/O PROPIEDADES ADYACENTES**

*El presente seguro se extiende a amparar la responsabilidad que se deriva de daños a causa de vibración, eliminación o debilitamiento de elementos portantes, Hundimiento de terreno, derrumbes y/o deslizamiento de tierra, asentamiento, inundaciones, desbordamiento y anegaciones por aguas represadas, siempre que hayan sido causadas por el asegurado y se cumplan las siguientes condiciones:*

*(...)*

*A Solicitud de la aseguradora, antes de comenzar las obras civiles el asegurado elaborará por su propia cuenta un Informe sobre el estado en que se encuentra la propiedad, los terrenos o los edificios que posiblemente se vean amenazados. Es necesario contar con actas de vecindades, elaboradas antes de iniciarse las obras, en las que conste el estado de las propiedades vecinas.*

Ahora bien, el proceso tiene como eje central la responsabilidad que supone un daño por supuestas inundaciones en los predios de los demandantes, los cuales al parecer se encontraban en el predio adyacente a la obra ejecutada por la **CONCESIÓN ALTO MAGDALENA S.A.S.**

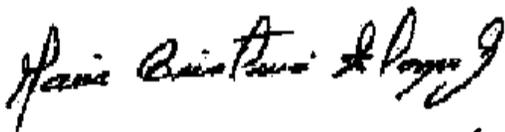
Así entonces, solicito a su señoría considerar dentro del prudente estudio del litigio, que de no tenerse por probada la existencia de las actas de vecindad en las que debe estar incluida la propiedad de los demandantes, cual se encuentra estipulada como una garantía dentro de la **PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL No RE001201** y la cual se comprometió a cumplir el asegurado, se estudie la declaratoria de nulidad del amparo de **PROPIEDADES ADYACENTES DE TERCEROS** y por ende se decrete la inexistencia de cobertura frente a este siniestro.

Siendo así las cosas y en el hipotético evento en que exista un fallo condenatorio, mi prohijada **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.** como llamada en garantía, no se encuentra en la obligación legal de efectuar pago alguno, siendo que, de llegar a demostrarse el incumplimiento de la garantía pactada, la póliza contratada no brindaría cobertura respecto al amparo de **PROPIEDADES ADYACENTES DE TERCEROS.**

Finalmente, debo hacer hincapié en la conclusión a la que fácilmente se llega, la cual consiste en que, derivado de los elementos de prueba aportados al proceso, se acredita que históricamente siempre ha existido una zona alta en el predio, la cual permite que los que son aledaños, se aneguen con facilidad, debido a que el sentido del drenaje está orientado desde el río Magdalena hacia el eje de la vía proyectada, es decir, hacia la parte alta. Por tal motivo, al desarrollar la obra por parte de las demandadas, dicha característica topográfica fue aprovechada por el diseño geométrico de la vía, implantando sobre la zona alta el terraplén de la vía con el fin de facilitar el bombeo de la vía.

Tal situación, fue amplia y técnicamente argumentada en el escrito de contestación a la demanda realizada por la **CONCESIÓN ALTO MAGDALENA S.A.S.**, situación que hace evidente la ausencia de nexo causal y consecuente obligación indemnizatoria respecto a la **CONCESIÓN ALTO MAGDALENA S.A.S.** y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, razón más que suficiente para solicitarle muy respetuosamente al Señor Juez, desestime en su totalidad las pretensiones enervadas por el extremo actor, absolviendo de contera a las sociedades demandadas, así como a la llamada en garantía **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.** y su coaseguradora líder la **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA**

Del Señor Juez, Atentamente.



**MARIA CRISTINA ALONSO GÓMEZ**

C. C. No. 41.769.845 de Bogotá

T. P. No. 45.020 del C. S. de la J.

HFJS  
KPTH  
JGP