

Neiva – Huila, 20 de octubre del 2020

Señores:

JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MOCOA – PUTUMAYO

E. S. D.

REF. **DEMANDANTE:** YEISON FERNANDO YAQUENO MATABAJOY y OTROS.
 DEMANDADO: LA NACIÓN - INVIAS Y OTROS
 RADICADO: 860013340002-2019-00088
 MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
 ASUNTO: CONTESTACIÓN A LAS EXCEPCIONES

DIEGO MAURICIO ORTIZ RUJANA, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Neiva-Huila, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma, obrando en calidad de apoderado de la parte demandante en el proceso de la referencia; dentro de la oportunidad legal, procedo a contestar el traslado de las excepciones propuestas por los demandados y/o de la contestación de la demanda, de la siguiente manera:

En primera medida, me referiré a lo expresado por la demandada INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (en adelante INVIAS) en cuanto a las excepciones propuestas y/o contestación de la demanda. Acto seguido, procederé a realizar lo mismo frente a lo expresado por la demandada AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (en adelante ANI), de igual forma, respecto a la demandada ESGAMO LIMITADA INGENIEROS (en adelante ESGAMO) y por último a la demandada ALIADAS PARA EL PROGRESO S.A.S. (en adelante ALIADAS).

1. EN CUANTO A INVIAS

1.1.FRENTE A LOS HECHOS:

En primer lugar, con relación a la contestación de los hechos efectuados por la parte demandada, se tiene que, de conformidad con lo previsto en el artículo 96 del C.G.P., la parte demandada debe efectuar un pronunciamiento expreso y concreto sobre los mismos, indicando en su contestación los que se admiten, los que se niegan y los que no le constan. Ahora bien, señala la preceptiva en su numeral 2º que: ***“En los dos últimos casos manifestará en forma precisa y unívoca las razones de su respuesta. Si no lo hiciere así, se presumirá cierto el respectivo hecho.”*** Revisada la contestación de la demanda, la parte demandada no expone las razones de la respuesta dada a los siguientes hechos formulados en la demanda 1, 8, y 14 al 35 de la demanda inicial, ergo, solicito de manera respetuosa al despacho, se presuman ciertos los hechos indebidamente contestados por la parte pasiva, amén de lo dispuesto en el artículo 97 ibídem.

1.2.FRENTE A LAS PRETENSIONES:

Frente a la oposición a las pretensiones planteadas por la parte demandada se tiene que, el libelista indica que, a su procurada, no es posible endilgarle responsabilidad alguna por cuanto, *“(…) atendiendo que el fatídico accidente ocurrió en una vía que no se encontraba a cargo del Instituto Nacional de Vías, puesto que fue entregada a la Agencia Nacional de Infraestructura y esta a su vez hizo lo propio concesionándola a Aliadas para el Progreso S.A.S. …”*. Pues bien, al parecer la demandada tiene un error conceptual respecto de las hipótesis por las cuales se puede enrostrar responsabilidad al Estado por la actividad de sus entidades, las cuales implican eventualidades diferentes, empero, para lo interesa a la demanda diremos que el problema jurídico a establecer es, si existe responsabilidad imputable al INVIAS, por Falla en el Servicio de Mantenimiento y señalización en vía pública y, no como lo pretende el libelista, esto es, eximiéndose de responsabilidad, obviando sus funciones de vigilancia y cuidado (art. 14 de la Ley 80/1993), y a su vez conforme a las potestades que radican en cabeza de la administración pública.

Empero, la oposición planteada por el extremo pasivo es genérica e indeterminada, esto teniendo en cuenta que lo planteado en la demanda es la reparación de los daños ocasionados a mis poderdantes por la falla en el servicio, régimen de responsabilidad que ha sido morigerado por parte del Consejo de Estado mediante un amplio estudio en su jurisprudencia.

Por su parte, el libelista sostiene que “...el demandante no aporta prueba alguna del supuesto daño moral sufrido por los demandantes, además se observa que se presentan errores al momento de establecer los rubros a reparar...” Ahora bien, el honorable Consejo de Estado ha establecido que el reconocimiento se hará de acuerdo con la relación afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas¹, debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas de crianza, por lo que en el caso de la de la demandante la Menor Nicol Valeria Yaqueno Ortiz (hija) se encuentra en el nivel No.1 de relación afectiva con la víctima directa, razón por la cual se requiere el registro civil de Nacimiento. Así las cosas, reposa en el expediente copia auténtica del registro civil de nacimiento de la menor con indicativo serial No. 170437, en el cual se señala que su madre es la víctima directa Erika Fernanda Ortiz Ortiz y su padre el señor Yeison Fernando Yaqueno Matabajoy. De igual forma, reposan en el expediente los documentos que demuestran el estado civil de la señora Yanith Ortiz (tía – quien formaba parte de su núcleo familiar, puesto que, era su figura maternal, siendo entonces una relación de crianza) y el señor Yeison Fernando Yaqueno Matabajoy (compañero permanente, conforme a las declaraciones extrajudiciales anexas), los cuales, también se encuentran en el nivel No.1 de relación afectiva con la víctima directa. Adicionalmente, a través de los testimonios que se hagan valer en la etapa de práctica de pruebas, se podrá demostrar que la muerte de su madre, sobrina y compañera permanente fue muy dolorosa y que no se reponen de la pérdida, puesto que, tenemos que el concepto de perjuicio moral se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, y en el caso *sub judice*, existe el presente daño, por la muerte de la señora Erika, y a su vez reposa en las pruebas anexas por la parte activa el registro de defunción de la víctima directa (Q.E.P.D.); motivo por el cual es pertinente reconocer por el perjuicio causado, el equivalente a 100 SMLMV.

Por otro lado, de conformidad con lo establecido en el artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, el cual dispone: “...Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. **Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación...**”, razonamiento que el libelista no realiza, pues se limita a indicar que existe un error en los rubros a reparar, sin efectuar la debida sustentación en el yerro que supone la parte pasiva, conforme a la normatividad referida. Por lo tanto, su señoría, solicito respetuosamente no se tenga en cuenta la objeción a las pretensiones de la demanda en cuanto a este acápite.

1.3. EXCEPCIONES DE MÉRITO

1.3.1. A LA EXCEPCION DENOMINADA “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”

La primera exceptiva planteada por el demandado no está llamada a prosperar, teniendo en cuenta que, está fincada en un concepto erróneo de desprendimiento total por parte de INVIAS del control y vigilancia de la actividad contractual y, además como propietaria de la infraestructura concesionada. Pretender que por la mera expedición de la Resolución N.º 1992 del 07 de abril de 2015 “*Por la cual se autoriza la entrega de una infraestructura vías a la ANI, para el desarrollo del proyecto de concesión vial denominado Santana-Mocoa-Neiva*”, quedan aniquiladas las obligaciones

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia 1997-23315 DE 27 de febrero de 2013, M.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

constitucionales y legales de vigilancia y control de la infraestructura concesionada y de la actividad contractual por parte de INVIAS es equivocado según se entra a demostrar.

La concesión está regulada en el numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 como un criterio genérico, como institución contractual, se aplica a las diferentes modalidades de concesión traslaticia de derechos. En efecto, puede advertirse que la norma agrupa en la definición las diferentes modalidades básicas de concesión, a saber: a) Concesión de servicios públicos para su prestación, operación, explotación, organización y gestión, total o parcial; b) Concesión de obra o de bien destinados al servicio o uso público, para su construcción, explotación o conservación total o parcial, y c) Concesión de bienes estatales.

Entendida, por consiguiente, la concesión como contrato, supone su sometimiento a las reglas y principios de los contratos estatales (transparencia, economía, responsabilidad, libertad de concurrencia, igualdad de oportunidades, carácter conmutativo del contrato, mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, etc.).

Adicionalmente, el contrato de concesión es de aquellos contratos en los que el grado de intensidad del derecho público es significativo, pues en ellos es de obligatoria inclusión las cláusulas exorbitantes o excepcionales de terminación.

Consecuente con lo anterior, la ley establece que el concesionario está sujeto al control y vigilancia del ente concedente, lo cual se traduce en facultades de ordenación, instrucción y reglamentación en relación con la forma como se construye la obra, se explota o se conserva, o sobre la forma en que se explota el bien o se presta el servicio.

De otro lado, la ley 1508 de 2012, contentiva del régimen de las asociaciones publico privadas (APP) bajo la cual se concesionó la infraestructura vial, estableció en su artículo 2º que las asociaciones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de asociación público privadas.

Las anteriores consideraciones tienen como propósito indicarle al despacho que contrario a la exceptiva propuesta por la parte demandada y, tal como lo indica el inciso 3º del artículo 3 de la ley 1508 de 2012 el cual enseña: *“Los procesos de selección y las reglas para la celebración y ejecución de los contratos que incluyan esquemas de Asociación Público Privada se regirán por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en la presente ley.”*, el concedente en la lógica del contrato, mantiene su obligación de vigilancia y control de la ejecución del contrato de concesión, amén de los principios del Estatuto General de la Contratación Administrativa -EGCA-.

Como se viene indicando, en la lógica que se comprende el contrato de concesión, el principio de responsabilidad adquiere particular importancia para ligar a la Litis a la parte demandada; así las cosas, el principio de responsabilidad estatuido en el numeral 5º del artículo 26 de la ley 1150 de 2007 indica: *“La responsabilidad de **la dirección y manejo de la actividad contractual** y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal, quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.”* (Negritas y cursivas nuestras)

Bajo este derrotero la parte demandante si tiene la facultad de formularle la demanda, pues la demandada legalmente está obligada a ejercer el control y vigilancia del concesionario en la ejecución del contrato y, por ende, de reclamarle los daños irrogados por dicha actividad.

1.3.2. A LA EXCEPCIÓN DENOMINADA “HECHO DE LA VÍCTIMA”

- Comportamiento de la conductora

En cuanto a la exceptiva presentada por la parte demandada, en la cual indica que la causa del daño se produjo debido a la omisión del cumplimiento del Código de Tránsito Terrestre, que exige para el ejercicio de la actividad de conducción contar con una licencia de conducción y siempre usar el casco de protección respectivo, argumento que no cuenta con el sustento probatorio, por tanto, el libelista se basa en suposiciones, puesto que no allega ni siquiera prueba sumaria de lo antedicho.

Por su parte, el libelista arguye que para el caso *sub examine* procede la causal eximente de responsabilidad “*hecho de la víctima*” sin tener en cuenta que, para ello, es necesario la configuración de tres elementos, los cuales han sido objeto de estudio por parte del Honorable Consejo de Estado, en la Sentencia 1997-23315 de 27 de febrero de 2013, a saber:

“...tres son los elementos cuya concurrencia tradicionalmente se ha señalado como necesaria para que sea procedente admitir su configuración: **(i) su irresistibilidad; (ii) su imprevisibilidad; y (iii) su exterioridad respecto del demandado**, extremos en relación con los cuales la jurisprudencia de esta Sección ha sostenido lo siguiente:

En cuanto tiene que ver con (i) la irresistibilidad como elemento de la causa extraña, la misma consiste en la imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo —pues el demandado podría, en determinadas circunstancias, llegar a evitar o impedir los efectos dañinos del fenómeno, aunque este sea, en sí mismo, irresistible, caso de un terremoto o de un huracán (C.C., art. 64) algunos de cuyos efectos nocivos, en ciertos supuestos o bajo determinadas condiciones, podrían ser evitados.

(...)

Este elemento no es procedente para el caso en estudio, pues es un hecho que es resistible para la parte demandada, pues conoce las condiciones en las que se encuentra la vía (conforme a lo establecido en el Informe técnico de Interventoría adjunto por la ANI, en el cual se relaciona las comunicaciones que fueron remitidas entre las entidades demandadas). La obligación de la instalación, manejo y ubicación de la señalización de tránsito en las vías radica en cabeza de la administración pública y tiene como finalidad atender a la prevención de los accidentes, peligros y obstáculos que puedan existir en la vía pública, bien sea como consecuencia de una obra pública, o de cualquier otra actividad (incluida la ocurrencia de fenómenos naturales) que representen riesgo o amenaza inminente.

La omisión y falta de diligencia y cuidado, manifiesta y evidente, en que incurrió la parte demandada, por la inobservancia de las obligaciones legales que le competen referidas a la correcta, oportuna y adecuada señalización que ha debido adoptarse en el lugar donde se presentó el accidente, lo que lleva a considerar la demostración de una falla del servicio que determinó la producción del daño antijurídico en la víctima que se accidentó y penosamente falleció.

La inadecuada y deficiente señalización en el lugar y tiempo de la ocurrencia de los hechos compromete directamente la responsabilidad de la administración al no cumplir con lo dispuesto en las normas vigentes en materia de tránsito y circulación de vehículos sobre la señalización y alumbrado que debe presentarse ante la existencia de obstáculos (huecos) sobre la vía².

Teniendo en cuenta la misma sentencia el elemento de la *imprevisibilidad*, también puede ser entendido como la condición de “imprevisto” esto es, de acontecimiento súbito o repentino, tal y como lo expresan tanto el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, como el artículo 64 del Código Civil y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la cual imprevisible será cuando se trate de un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional, de rara ocurrencia.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia 1997-23315 DE 27 de febrero de 2013, M.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

El hecho ocurrido, es previsible para la parte demandada, pues al encontrarse las vías en estado de deterioro requirieron su rehabilitación, misma que venía siendo ejecutada por la Unión Temporal quien incumplió el objeto contractual y luego la concesionaria quienes omitieron la debida señalización y medidas de seguridad para las obras en la vía, pudiéndose prever con anticipación la ocurrencia de accidentes y en especial, el acaecido por la víctima, situación que pudo presentarse a cualquier persona, no siendo este un evento de rara ocurrencia y, por tanto, es un hecho notorio que genera una falla en el servicio debido a la falta de diligencia por parte de la entidad demandada.

En el mismo sentido, en lo relacionado con *la exterioridad* de la causa extraña, el Consejo de Estado ha establecido que, ***la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada*** (negritas fuera del texto).

Al respecto, de tiempo atrás la jurisprudencia del Consejo de Estado ha puntualizado que es posible imputar a las entidades estatales el daño causado por el hecho de sus contratistas, puesto que se tiene suficientemente establecido y jurisprudencialmente averiguado que cuando la Administración contrata a un tercero para la ejecución de una obra a través de la cual va a prestar un servicio público, es tanto como si la referida entidad la ejecutara directamente.

En este sentido, la Sala ha manifestado:

“De tiempo atrás la jurisprudencia de la Sala ha venido reiterando la posibilidad de imputar a las entidades estatales el daño causado por el hecho de sus contratistas, en el entendido de que la actividad realizada por éstos en ejecución de convenio celebrado con una entidad pública, debe ser analizada como si hubiere sido desplegada directamente por ésta a efectos de establecer si debe deducirse responsabilidad extracontractual al Estado³...”

Con base en lo anterior, se puede concluir que la parte demandada no puede ser ajena al hecho ocurrido, pues es una obligación de la administración pública, a través de sus entidades, el mantenimiento de las vías y a su vez la señalización pertinente, conforme a su deber de seguimiento de las actividades desplegadas por los terceros intervinientes en la actividad pública desarrollada para tal fin, amén de lo establecido en el artículo 5 de la Resolución 2400 de 1979, la Resolución 0001885 de 2015 y el capítulo 4 del Manual de Señalización vial de 2015, Dispositivos uniformes para la regulación del tránsito en calles, carreteras y ciclorrutas de Colombia⁴, el cual dispone en su parte introductoria lo siguiente:

“Es competencia de la entidad contratante pública o privada establecer la responsabilidad de instalar los dispositivos para la regulación del tránsito, los cuales deben ubicarse con anterioridad a la iniciación de cada actividad, permanecer durante la ejecución de la misma y ser retirados una vez cesen las condiciones que dieron origen a su instalación. Cuando las operaciones se realicen por etapas, deben permanecer en el lugar solamente las señales y dispositivos que sean aplicables a las condiciones existentes y ser removidos o cubiertos los que no sean requeridos, incluyendo cualquier señalización permanente.”

De igual forma, en el Manual de Señalización vial de 2015, en el sub numeral 4.2, inciso 4.2.1 “Zona de Prevención”, el cual establece que en esta área se debe advertir a los usuarios la situación que la vía presenta más adelante, ***proporcionando suficiente tiempo a los conductores para modificar su patrón de conducción*** (velocidad, atención, maniobras, etc.,) antes de entrar a la zona de transición. Igualmente, las señales y dispositivos de seguridad deben ser visibles en cualquier

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013).

⁴ Ver en el siguiente link: <https://www.invias.gov.co/index.php/archivo-y-documentos/documentos-tecnicos/3825-manual-de-senalizacion-vial-2015>

período del día y bajo toda condición climática, conforme a las características básicas que deben contener las señales en la zona de obras, como lo son Mensaje, Forma, color, dimensiones, retroflexión, debida ubicación, sistema de soporte y retiro en el momento oportuno (Capítulo 4, Subnumeral 4.4, inciso 4.4.1 al 4.4.6), Lineamientos que no se cumplen con respecto de la señalización que debía ser instalada en todos aquellos tramos donde se estuvieran ejecutando las obras en la vía Nacional Mocoa – Santa Ana.

Por su parte, para que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, es necesario que la conducta desplegada por la víctima sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, no siendo así, pues debido al mal estado de la vía y a que la zona del accidente no contaba con señalización alguna que advirtiera la existencia del hueco, situación que imposibilitó a la víctima cerciorarse de su existencia y, por tanto, evitar el peligro que significaba, por lo que, perdió el control del vehículo automotor, propiciando el accidente que ocasionó su fallecimiento. Sobre la forma como ocurrió el accidente obra la declaración del siguiente testigo así:

*“...Ella ingresó al **hueco**, culebrea en una buena parte, iba con la moto de lado a lado, cuando termina de perder el control y se cae hacia el lado izquierdo al carril contrario en sentido Villaflores hacia puerto Caicedo.”*

Cuando a este testigo se le pregunta si había obstáculos sobre la vía, responde que sí había un hueco sobre la carretera y no había nada de señalización. En efecto, la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada en la producción del daño está demostrada mediante la prueba trasladada, especialmente el Informe Policial de Accidentes de Tránsito levantado en el lugar de los hechos, las declaraciones de los testigos y elementos de juicio que dan cuenta de la falla en el servicio, por falta de la señalización en la zona vial, conforme a lo establecido en el capítulo 4 del Manual de Señalización vial de 2015, habida cuenta que, la vía pública donde se estaba desarrollando la obra no contaba con las Señales Preventivas, las cuales tienen como propósito advertir a los usuarios de las vías la existencia y naturaleza de riesgos y/o situaciones imprevistas presentes en la zona de obras. **Estas señales, requieren que los conductores tomen las precauciones del caso, ya sea reduciendo la velocidad o realizando maniobras necesarias para su propia seguridad, la del resto de los vehículos y la de los peatones.**

En ese orden de ideas, la Sección Tercera del Consejo de Estado, Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio, Exp 18108, ha considerado que el Estado debe responder por los accidentes que se causen por el mal cuidado y mantenimiento de las vías públicas, así como también por su falta de señalización. Así lo explicó la Sala en esa oportunidad:

*“El hecho es imputable a la demandada, por cuanto a esa entidad **le correspondía el mantenimiento de la vía incluido el puente, y cualquier accidente que se produjera en esa vía, por daños en la misma, le era imputable** a menos que demostrara que se produjo por fuerza mayor, el hecho exclusivo de un tercero, o la culpa de la propia víctima. A pesar de que el informe del accidente de tránsito concibió como causa probable del accidente la imprudencia de los conductores de las tractomulas, esa afirmación carece de respaldo probatorio, **por cuanto ella debía estar unida a la demostración de la existencia de señales preventivas que indicaran a los conductores el peso que soportaba el puente, y la existencia de tales señales no se demostró.** En el caso en concreto **debe descartarse la configuración de la culpa exclusiva de la víctima, dado que el actuar del señor Serafin González Cuadros no fue la causa eficiente del daño, sino que lo fue la omisión por parte de la administración quien debió tomar las medidas necesarias para evitar la ocurrencia del accidente a través de avisos que previnieran a los conductores que transitaban por la vía sobre el peso máximo que el puente resistía**”. (Negrillas fuera del texto).*

Con todo, la configuración del hecho exclusivo de la víctima como eximente de responsabilidad no se edifica única y exclusivamente o por sí sola, en el incumplimiento de normas jurídicas por más

reproche que esto merezca, puesto que, para que ello sea así, el Honorable Consejo de Estado ha reiterado, que se requiere probar que la conducta de la víctima sea tanto la causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir que se trate de la causa adecuada, al tiempo que se impone acreditar su irresistibilidad, su imprevisibilidad y su exterioridad respecto del demandado, fundamentos que el libelista no acredita en la contestación de la demanda. Por lo tanto, esta excepción no está llamada a prosperar de conformidad con las consideraciones precedentes.

1.3.3. A LA EXCEPCIÓN DENOMINADA “INEXISTENCIA DEL NEXO DE CAUSALIDAD”

En cuanto a la presente exceptiva relacionada en la contestación efectuada por la parte demandada, se tiene que, de conformidad con lo previsto en el artículo 96 del C.G.P., la parte demandada puede presentar “...Las excepciones de mérito que se quieran proponer contra las pretensiones del demandante, con expresión de su fundamento fáctico, el juramento estimatorio y la alegación del derecho de retención, si fuere el caso...”, revisada la contestación de la demanda, la parte demandada no expone las razones de la excepción de mérito “Inexistencia del Nexo de Causalidad”, puesto que, se limita a mencionarla en el acápite de “**EXCEPCIONES**” sin expresar los hechos en que ella se funda, ergo, solicito de manera respetuosa al despacho, no tener en cuenta la exceptiva indebidamente propuesta por la parte pasiva.

1.4 DE LA CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS

En cuanto a la contestación de la parte pasiva, a la cuantificación de los daños dispuestos por la parte demandante, se reitera lo dispuesto por el honorable Consejo de Estado, el cual ha establecido que el reconocimiento se hará de acuerdo con la relación afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas, debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas de crianza, por lo que en el caso de la demandante la Menor Nicol Valeria Yaqueno Ortiz (hija) se encuentra en el nivel No.1 de relación afectiva con la víctima directa, razón por la cual se requiere El registro civil de Nacimiento. Así las cosas, reposa en el expediente copia auténtica del registro civil de nacimiento de la menor con indicativo serial No. 170437, en el cual se señala que su madre es la víctima directa Erika Fernández Ortiz y su padre el señor Yeison Fernando Yaqueno Matabajoy. De igual forma, reposan en el expediente los documentos que demuestran el estado civil de la señora Yanith Ortiz (tía – quien formaba parte de su núcleo familiar, puesto que, era su figura maternal, siendo entonces una relación de crianza) y el señor Yeison Fernando Yaqueno Matabajoy (compañero permanente, conforme a las declaraciones extrajudiciales anexas) los cuales, también se encuentran en el nivel No.1 de relación afectiva con la víctima directa. Adicionalmente, a través de los testimonios que se hagan valer en la etapa de prácticas de pruebas, se podrá demostrar que la muerte de su madre, hija de crianza y compañera permanente fue muy dolorosa y que no se reponen de la pérdida, puesto que, tenemos que el concepto de perjuicio moral se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, y en el caso *sub judice*, existe el presente daño, por la muerte de la señora Erika y a su vez reposa en las pruebas anexas por la parte activa el registro de defunción de la víctima directa (Q.E.P.D.); motivo por el cual es pertinente reconocer por el perjuicio causado, el equivalente a 100 SMLMV.

Respecto de lo enunciado por la parte pasiva, el cual indica que la tasación de perjuicios por pérdida de oportunidad, debe ser calculado con base en el salario mínimo legal mensual vigente, debido a que el certificado anexo, no puede rendir mérito suficiente para acreditar el salario promedio de una profesional, técnico o tecnólogo, se le pone de presente al demandado, que en el caso en concreto, se cumple con lo establecido por el Consejo de Estado de conformidad con la sentencia del 5 de abril de 2017, EXP 25706, habida cuenta que, la víctima directa era una adolescente madre de 17 años, con una hija de tres años de edad al momento de su muerte. Que además, adelantaba estudios en el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- Regional Putumayo, en el programa TÉCNICO EN INSTALACIONES ELÉCTRICAS RESIDENCIALES en el Centro Agroforestal y

Acuícola Arapiama - Sena Regional Putumayo, en el municipio de Puerto Caicedo, lo que permite establecer claramente el cumplimiento con un alto grado de probabilidad de todas y cada uno de los requisitos que demanda la jurisprudencia para el reconocimiento de esta tipología de daño, máxime, cuando no solo se pierde la oportunidad de la víctima de forma directa, sino al de su menor hija de proveerle la ayuda económica futura a partir de su crecimiento personal y profesional, ya en la etapa final para al consecución de su grado como tecnóloga, lo que implicaría devengar mejores ingresos.

Corolario, los certificados expedidos por las entidades correspondientes, deber ser valorados probatoriamente por el despacho, como quiera, que las instituciones son las idóneas para emitir dichos documentos y los cuales fueron admitidos con la demanda, así pues, deben ser controvertidos y/o tachados de falsos por la parte pasiva⁵, circunstancia que no ocurrió en el presente asunto, por lo tanto, esta exceptiva no esta llamada a prosperar.

Así las cosas, su señoría, me ajusto a su *arbitrio iuris* en razón a la tasación de los perjuicios morales y materiales para un mejor proveer.

2. EN CUANTO A LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI)

2.1.FRENTE A LAS PRETENSIONES:

Frente a la oposición que realiza la parte demanda ante las pretensiones expuestas en la demanda, en la cual, simplemente enuncia su inconformidad y expone las excepciones que más adelante desarrollará, sin tener en cuenta los lineamientos establecidos en el artículo 96 del Código General del Proceso, el cual dispone que se debe efectuar un pronunciamiento expreso y concreto sobre las pretensiones.

2.2.FRENTE A LOS HECHOS:

Con relación a la contestación de los hechos efectuados por la parte demandada, se tiene que, de conformidad con lo previsto en el artículo 96 del C.G.P., la parte demandada debe efectuar un pronunciamiento expreso y concreto sobre los mismos, indicando en su contestación los que se admiten, los que se niegan y los que no le constan. Ahora bien, señala la preceptiva en su numeral 2º que: ***“En los dos últimos casos manifestará en forma precisa y unívoca las razones de su respuesta. Si no lo hiciere así, se presumirá cierto el respectivo hecho.”*** Revisada la contestación de la demanda, la parte demandada no expone las razones de la respuesta dada a los siguientes hechos formulados en la demanda 5, 6, 7, 10, 11, 13 al 24, 28, 29, 30, 32, 33 y 34 de la demanda inicial, ergo, solicito de manera respetuosa al despacho, se presuman ciertos los hechos indebidamente contestados por la parte pasiva, amén de lo dispuesto en el artículo 97 ibidem.

2.3.FRENTE A LAS EXCEPCIONES PREVIAS:

2.3.1. DE LA EXCEPCIÓN DENOMINADA “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”

La primera exceptiva planteada por el demandado no está llamada a prosperar, teniendo en cuenta que, esta fincada en un concepto erróneo de desprendimiento total por parte de la ANI del control y vigilancia de la actividad contractual y, además como encargada de la infraestructura concesionada, conforme a la expedición de la Resolución N.º 1992 del 07 de abril de 2015 *“Por la cual se autoriza la entrega de una infraestructura vías a la ANI, para el desarrollo del proyecto de concesión vial denominado Santana-Mocoa-Neiva”*, por lo que, le asisten las obligaciones constitucionales y legales de vigilancia y control de la infraestructura concesionada.

⁵ Consejo de Estado, Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2013, rad. 05001-23-31-000-1996-00659-01, EXP. 25022

La concesión está regulada en el numeral 4° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 como un criterio genérico, como institución contractual, se aplica a las diferentes modalidades de concesión traslativa de derechos. En efecto, puede advertirse que la norma agrupa en la definición las diferentes modalidades básicas de concesión, a saber: a) Concesión de servicios públicos para su prestación, operación, explotación, organización y gestión, total o parcial; b) Concesión de obra o de bien destinados al servicio o uso público, para su construcción, explotación o conservación total o parcial, y c) Concesión de bienes estatales.

Entendida, por consiguiente, la concesión como contrato, supone su sometimiento a las reglas y principios de los contratos estatales (transparencia, economía, responsabilidad, libertad de concurrencia, igualdad de oportunidades, carácter conmutativo del contrato, mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, etc.).

Adicionalmente, el contrato de concesión es de aquellos contratos en los que el grado de intensidad del derecho público es significativo, pues en ellos es de obligatoria inclusión las cláusulas exorbitantes o excepcionales de terminación.

Consecuente con lo anterior, la ley establece que el concesionario está sujeto al **control y vigilancia del ente concedente**, lo cual se traduce en facultades de ordenación, instrucción y reglamentación en relación con la forma como se construye la obra, se explota o se conserva, o sobre la forma en que se explota el bien o se presta el servicio.

De otro lado, la ley 1508 de 2012, contentiva del régimen de las asociaciones publico privadas (APP) bajo la cual se concesionó la infraestructura vial, estableció en su artículo 2° que las asociaciones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de asociación público privadas.

Las anteriores consideraciones tienen como propósito indicarle al despacho que contrario a la exceptiva propuesta por la parte demandada y, tal como lo indica el inciso 3° del artículo 3 de la ley 1508 de 2012 el cual enseña: *“Los procesos de selección y las reglas para la celebración y ejecución de los contratos que incluyan esquemas de Asociación Público Privada se regirán por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en la presente ley.”*, el concedente en la lógica del contrato, mantiene su obligación de vigilancia y control de la ejecución del contrato de concesión, amén de los principios del Estatuto General de la Contratación Administrativa -EGCA-.

Como se viene indicando, en la lógica que se comprende el contrato de concesión, el principio de responsabilidad adquiere particular importancia para ligar a la Litis a la parte demandada; así las cosas, el principio de responsabilidad estatuido en el numeral 5° del artículo 26 de la ley 1150 de 2007 indica: *“La responsabilidad de **la dirección y manejo de la actividad contractual** y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal, quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.”* (Negrillas y cursivas nuestras)

Por su parte, cabe recordar a la demandada, que conforme a lo establecido en el artículo 4 del Decreto 4165 de 2011, el cual manifiesta las funciones generales de la ANI, entre otras, encontramos las siguientes:

“... 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...”

Bajo este derrotero la parte demandante si tiene la facultad de formularle la demanda, pues legalmente está obligada a ejercer el control y vigilancia del concesionario en la ejecución del contrato y, por ende, de reclamarle los daños irrogados por dicha actividad.

2.4 FRENTE A LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO:

2.4.1. DE LA EXCEPCIÓN DENOMINADA “INEXISTENCIA DE FALLA DEL SERVICIO EN CABEZA DE LA ANI”

En consideración de la presente exceptiva, es loable manifestar que según el Consejo de Estado, La falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual. Así, las obligaciones que están a cargo del Estado -y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión-, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo.

Obsecuente a lo anterior, es menester resaltar, que, si bien la ANI manifiesta una supuesta ejecución de comunicaciones dirigidas a INVIAS, empero, debió realizarlo con su concesionario, habida cuenta, que de conformidad con el informe técnico de Interventoría anexo por la demandada, no se constata que el mismo haya realizado las respectivas labores de vigilancia y control sobre el Contrato de Concesión No. 12 de 2015, en virtud, que en el mismo informe se concluye que el concesionario, recibió la vía conforme a entrega realizada por la ANI desde el 23 de septiembre de 2015, por lo que, incumplió con sus obligaciones constitucionales y legales, acorde con las funciones contenidas en el artículo 4 del Decreto 4165 de 2011. En suma, es imputable a la ANI, la responsabilidad de falla del servicio por las consideraciones descritas en este acápite.

2.4.2. DE LA EXCEPCIÓN DENOMINADA “INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS Y PRIVADAS

La exceptiva presentada se encuentra fincada en un error de interpretación por parte de la demandada, debido a que la Corte Constitucional concluyó en Sentencia C-055/16, luego de emplear los criterios de interpretación histórico y literal, definió que el inciso 4º del artículo 140 del CPACA *no implica la exclusión o eliminación de la responsabilidad solidaria del Estado en caso de concurrencia con un particular en la causación del daño derivado de la responsabilidad extracontractual*. De allí que el juez en su sentencia pueda dar aplicación a la solidaridad que establece el artículo 2344 del Código Civil en los casos que valore necesarios, siguiendo las reglas fijadas en la doctrina judicial del derecho viviente.

Además, dicho inciso no define la forma cómo la obligación de reparar se hace exigible frente a la víctima; simplemente establece al juez el deber de realizar en su sentencia el juicio de proporción teniendo en cuenta la influencia causal en el hecho o la omisión en la ocurrencia del daño, es decir, analizando los elementos fácticos, probatorios y jurídicos necesarios para definir la responsabilidad extracontractual y la consecuente obligación de reparar. Tal juicio lo que regula es la división de la condena entre los codeudores llamados a resarcir el daño ocasionado.

En ese sentido, queda a disposición del Honorable Juez el razonamiento conforme a las reglas previstas líneas arriba, sobre la responsabilidad solidaria de las demandadas en el libelo, y no como lo manifiesta la parte demandada en el desarrollo de la presente exceptiva.

2.4.3. DE LA EXCEPCIÓN DENOMINADA “CULPA EXCLUSIVA Y DETERMINANTE DE LA VÍCTIMA”

En cuanto a la presente exceptiva formulada por la parte demanda, se recuerda al libelista que, para la configuración de la causal eximente de responsabilidad, es necesario la configuración de tres elementos a saber, **irresistibilidad, imprevisibilidad y exterioridad respecto del demandado**. El honorable Consejo de Estado, ha sido claro en establecer que la causal de exoneración, no se edifica única y exclusivamente o por sí sola, en el incumplimiento de normas jurídicas por más reproche que esto merezca, para que ello sea así, se requiere probar que la conducta de la víctima sea tanto la causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir que se trate de la causa adecuada, al tiempo que se impone acreditar los elementos referidos líneas arriba.

Obsecuente a lo anterior, se observa que la parte pasiva no demuestra los requisitos establecidos para la procedencia de la causal invocada, refiriéndose únicamente a que el actuar de la víctima es la causa material del daño, presumiendo que aquella debe soportar el hecho ocurrido y anexando una copia de una búsqueda en web sin mayor rigurosidad.

3. EN CUANTO A ESGAMO:

3.1.FRENTE A LAS DECLARACIONES Y CONDENAS:

Frente a la oposición a cada una de las declaraciones y condenas presentadas por la parte activa, se tiene que, el demandado en la manifestación de oposición a las pretensiones simplemente enuncia su inconformidad y expone que no es posible endilgarles responsabilidad a las entidades demandas, sin tener en cuenta los lineamientos establecidos en el artículo 96 del Código General del Proceso, el cual dispone que se debe efectuar un pronunciamiento expreso y concreto sobre las pretensiones.

Por otro lado, manifiesta que los rubros solicitados, no pueden ser objeto de indemnización por parte de su prohijada a los demandantes, habida cuenta que, la única consecuencia del resultado dañoso de la muerte de la menor Erika Fernanda Ortiz Ortiz, lo fue debido a su negligencia e imprudencia, obviando lo que se ha demostrado en la totalidad de las pruebas anexas, donde se exhibe la falta de señalización y mantenimiento de la obra pública, en la vía donde ocurrió el accidente, así que, en el fondo de su oposición invoca la causal de culpa exclusiva de la víctima, pero para ello, es indispensable demostrar los requisitos que el Honorable consejo de Estado ha establecido para tal fin.

Así mismo, manifiesta que las facturas de venta y certificados adjuntos por el demandante como prueba no cumplen con las exigencias determinadas en la normatividad, sin tener en cuenta, que los mismos deben ser valorados probatoriamente por el despacho, como quiera, que las instituciones son las idóneas para emitir dichos documentos y su contenido es veraz, los cuales fueron admitidos con la demanda, y no fueron objeto de tacha o desconocimiento por la parte pasiva, circunstancia que no ocurrió en el presente asunto, por tanto, solicito respetuosamente no se tenga en cuenta la oposición planteada por el demandado a las pretensiones de la demanda en cuanto a este acápite

3.2.FRENTE A LOS HECHOS:

Con relación a la contestación de los hechos efectuados por la parte demandada, se tiene que, de conformidad con lo previsto en el artículo 96 del C.G.P., la parte demandada debe efectuar un

pronunciamiento expreso y concreto sobre los mismos, indicando en su contestación los que se admiten, los que se niegan y los que no le constan. Ahora bien, señala la preceptiva en su numeral 2º que: ***“En los dos últimos casos manifestará en forma precisa y unívoca las razones de su respuesta. Si no lo hiciere así, se presumirá cierto el respectivo hecho.”*** Revisada la contestación de la demanda, la parte demandada no expone las razones de la respuesta dada a los siguientes hechos formulados en la demanda 9 al 24 y 29 al 35 de la demanda inicial, ergo, solicito de manera respetuosa al despacho, se presuman ciertos los hechos indebidamente contestados por la parte pasiva, amén de lo dispuesto en el artículo 97 ibídem.

3.3.FRENTE A LAS EXCEPCIONES PERENTORIAS O DE FONDO:

3.3.1. DE LA EXCEPCIÓN DENOMINADA “CADUCIDAD DE LA ACCIÓN”

En cuanto a la primer exceptiva presentada por la parte demandada, la misma no está llamada a prosperar, habida cuenta que el libelista de manera errónea interpreta lo establecido en el inciso i) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, pues pretende elevar su petición con fundamento en la fecha del auto admisorio de la demanda, sin tener de presente que el legislador manifiesta que ***“...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...”***, por lo que en el caso *sub lite*, el día siguiente de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, es decir, el 26 de octubre del 2016, contados a partir de entonces los dos años establecidos por la precitada norma, teniendo en cuenta que el término se suspendió con la solicitud de conciliación extrajudicial el día 18 de octubre de 2018, quedando agotado el requisito de procedibilidad el 19 de diciembre de 2018, mismo día en que la parte actora presentó en debida forma la demanda respectiva conforme al Acta Individual de reparto, por lo cual resulta imperioso concluir que lo fue dentro del bienio previsto en la ley para ese efecto.

3.3.2. DE LA EXCEPCIÓN DENOMINADA “CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA”

Esta exceptiva es reiterativa por parte de las entidades demandadas, por lo que se recuerda al libelista que, para la configuración de la causal eximente de responsabilidad, es necesario la configuración de tres elementos a saber, ***irresistibilidad, imprevisibilidad y exterioridad respecto del demandado***. El honorable Consejo de Estado, ha sido claro en establecer que la causal de exoneración, no se edifica única y exclusivamente o por sí sola, en el incumplimiento de normas jurídicas por más reproche que esto merezca, para que ello sea así, se requiere probar que la conducta de la víctima sea tanto la causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir que se trate de la causa adecuada, al tiempo que se impone acreditar los elementos referidos líneas arriba.

Se agrega, además, que contrario a lo expuesto por la demandada, en cuanto argumenta que la víctima conocía el peligro que ya existía en la zona del accidente, porque transitaba frecuentemente por la vía, comoquiera que fue de tal entidad y prolongación el descuido de la entidad demandada en relación con adopción de las medidas necesarias, adecuadas y eficientes de precaución y seguridad de los obstáculos en la vía, que hay lugar a concluir que la comunidad afectada se acostumbró de tal forma a esas condiciones, que desafortunadamente el deterioro en la vía se tornó en un “paisaje” normal y natural del entorno físico de la zona para sus transeúntes.

Con respecto a lo anterior, el Consejo de estado, en providencia de fecha 24 de julio de 2013, ha manifestado lo siguiente:

“sin duda alguna, determinó que la comunidad se acostumbrara y asumiera en su cotidianidad los peligros inherentes a la obra en cuestión, a tal punto que el diario vivir, entre

eso, el juego de los niños, la entrada y salida de las personas de sus viviendas, el tránsito por las calles, tuvo que ajustarse al peligro cierto e inminente generado por el desarrollo de la construcción en comento”

En ese sentido, no se puede exigir a la víctima directa una conducta diferente, dada las condiciones en las que se vio obligada a transitar de conformidad con el panorama impuesto por la obra materia de la presente discusión y de acuerdo a las mismas costumbres que permitieron que no solo la occisa, sino también la comunidad en general, se habituara a las condiciones de la vía pública.

Así las cosas, la circunstancia de que la víctima “conociera” los peligros que representaba la vía, de manera alguna puede considerarse como una situación que pudiere dar lugar a reducir el monto de la indemnización a favor de los demandantes, comoquiera que un argumento en ese sentido implicaría el traslado de las consecuencias negativas de la materialización de un riesgo a una persona que en principio no contribuyó a la producción de ese peligro, sino que por el contrario, se predica de un actuar negligente y por completo ajeno a los ahora demandantes.

Por lo anterior, se tiene que, el libelista indica que, la víctima no contaba con los elementos de seguridad, como el casco, que no contaba con la licencia de conducción y que además conocía la existencia del peligro por el obstáculo (hueco) presente en la vía, afirmaciones que no son soportadas probatoriamente por la parte demandada, y no pueden ser cotejadas por el demandado pues no presenció los hechos objeto de litigio, a lo que se suma, la falta de acreditación de los elementos descritos por la Jurisprudencia del Consejo de Estado y a su vez, ignorando sus obligaciones contractuales.

Así las cosas, su señoría, la misma entidad reconoce que la vía se encontraba en mal estado, pues supone que una persona que cuente con licencia de conducción y casco de igual forma se puede accidentar, empero, la mención a la inexistencia de los elementos de seguridad (casco) para transitar en cabeza de la occisa son suposiciones de la parte pasiva, por lo que es ambiguo al querer contrarrestar su actuación con la de la víctima, pues supone que es un hecho soportable por ésta, el evento de la falta mantenimiento y señalización de la vía pública donde ocurrió el suceso.

Por otra parte, el libelista arguye que, en la zona del accidente, se evidencia conforme a las fotografías aportadas al plenario, la existencia de las balizas puestas a lo largo del trayecto en el cual se desarrollaba los trabajos de parcheo, cabe recordar a la demandada que, de conformidad con el Acta de Inspección a lugares –FPJ- 9, suscita por funcionarios de Policía Judicial, de fecha 25 de octubre de 2020, se describe en las imágenes del Acápita de Señalización y Controles, lo siguiente:

“...Se observa que el tramo de vía donde ocurrió el siniestro, está en relación y este no presenta ninguna clase de señalización que advierta a los usuarios de la misma, sobre el estado actual de la superficie de rodadura o de los trabajos que se llevan a cabo...”

En virtud de lo anterior, la mentada señalización a la que hace alusión la parte pasiva, no corresponde con la normatividad⁶ dispuesta para la correcta señalización que se debe instalar en las obras que se adelanten en vía pública.

De igual forma, por segunda vez, en el Acta de Inspección a lugares –FPJ- 9, de fecha 26 de octubre de 2020, se constata en las imágenes número 1 y 3, la carencia de señalización para advertir a los usuarios sobre los trabajos que se adelantan de reparación sobre la vía pública.

En definitiva, la intervención y reglamentación, es uno de los deberes de las autoridades para la seguridad y comodidad de los habitantes de las vías públicas, así lo estableció la ley 769 de 2002.

⁶ Capítulo 4 del Manual de Señalización vial de 2015.

3.3.3. DE LA EXCEPCIÓN DENOMINADA “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”

Esta exceptiva se encuentra muy ligada a la anterior, señalando básicamente que el resultado fue consecuencia única y exclusivamente de la conducción de un vehículo automotor por parte de una menor de edad, y sin contar la misma, con la autorización legal para dicha operación y sin el porte mínimo de los elementos de seguridad, afirmaciones que no son sustentadas probatoriamente, pues el libelista no allega prueba del comportamiento vial de la Víctima, debido a que no se puede verificar por la parte demanda, al no haber presenciado los hechos materia del litigio.

Además es de agregar, que para que concurra la causal de culpa exclusiva de la víctima, que es lo que quiere dar a entender el libelista con la presente exceptiva, ésta no se edifica única y exclusivamente o por sí sola, en el incumplimiento de normas jurídicas por más reproche que esto merezca, puesto que, para que ello sea así, el Honorable Consejo de Estado ha reiterado, que se requiere probar que la conducta de la víctima sea tanto la causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir que se trate de la causa adecuada, al tiempo que se impone acreditar su irresistibilidad, su imprevisibilidad y su exterioridad respecto del demandado, fundamentos que el libelista no acredita en la contestación de la demanda. Por lo tanto, esta excepción no está llamada a prosperar de conformidad con las consideraciones precedentes.

3.3.4. DE LA EXCEPCIÓN DENOMINADA “COBRO DE LO NO DEBIDO”

En cuanto a la presente exceptiva relacionada en la contestación efectuada por la parte demandada, se tiene que, de conformidad con lo previsto en el artículo 96 del C.G.P., la parte demandada puede presentar “...Las excepciones de mérito que se quieran proponer contra las pretensiones del demandante, con expresión de su fundamento fáctico, el juramento estimatorio y la alegación del derecho de retención, si fuere el caso...”, revisada la contestación de la demanda, la parte demandada no expone las razones de la excepción de mérito “Cobro de lo no debido”, puesto que, se limita a mencionarla en el acápite de “**EXCEPCIONES**” sin expresar los hechos en que ella se funda, ergo, solicito de manera respetuosa al despacho, no tener en cuenta la exceptiva indebidamente propuesta por la parte pasiva.

3.3.5. DE LA EXCEPCIÓN DENOMINADA “BUENA FE”

La presente exceptiva invocada por la demandada, hace referencia a la presunción de buena fe, la cual se desprende específicamente del artículo 83 de la Constitución Política, al establecer que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

Ahora bien, el libelista pretende ampararse en un Principio que no es absoluto, sin tener de presente que el particular debe cumplir con el deber de cuidado y elementos de seguridad en el trabajo y señalización⁷, máxime cuando se trata de una vía pública. Así lo ha manifestado la Corte constitucional en sentencia C-1194/08, a saber:

*“Recapitulando, es claro para la Corte que si bien el ordenamiento jurídico por regla general presume la buena fe de los particulares en sus relaciones, y en las actuaciones que adelanten ante las autoridades públicas, **este es un principio que no es por esencia absoluto**, de tal manera que en situaciones concretas admite prueba en contrario, y en este sentido es viable que el legislador excepcionalmente, establezca presunciones de mala fe, señalando las circunstancias ante las cuales ella procede”*

Aunado a lo anterior, se agrega, que el Honorable Consejo de Estado, en Sentencia del 19 de noviembre de 2012, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, estableció que de lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del

⁷ Art. 5 de la Resolución 2400 de 1979.

Aunado a lo anterior, se agrega, que el Honorable Consejo de Estado, en Sentencia del 19 de noviembre de 2012, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, estableció que de lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el iter contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe, el artículo 863 de esa misma codificación ordena que *"las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen"*, precepto este que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado (la buena fe contractual) estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato, se trata aquí de una **buena fe objetiva** y "por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho" o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido.

En conclusión, el libelista invoca una exceptiva que se queda sin piso jurídico y fáctico, pues no desarrolla un actuar que se ajuste a los postulados del principio de la buena fe (objetiva), de conformidad con lo dispuesto por el tribunal supremo de la jurisdicción contencioso administrativa.

4. EN CUANTO A ALIADAS:

En cuanto a la presente demandada, se tiene que, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del C.G.P., el cual dispone que *"La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto"*, por tanto, no se evidencia que se la misma haya realizado el traslado de la contestación respectiva frente a lo planteado por la parte activa en la demanda, ergo, solicito de manera respetuosa al despacho, presumir ciertos los hechos contenidos en la demanda, conforme a lo norma descrita.

Del (a) señor (a) juez con todo respeto.

DIEGO MAURICIO ORTIZ RUJANA
C. C. No. 7.721.987 de Neiva.
TP. No. 191.563 del C. S. de la J.