



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **CCRAD_S**
CBRAD_S
Fecha: **CCF_RAD_S**

Señor
Juzgado Noveno (9) Administrativo del Circuito de Pasto
E. S. D.
CIUDAD
E. S. D.

Proceso: REPARACION DIRECTA
Radicado: 52001-33-33-009-2024-00023-00
Demandante: SEGUNDO VICTOR PANTOJA JURADO
Demandados: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – CONCESIONARIA VIAL UNION DEL SUR
SACYR CONSTRUCCION COLOMBIA S A S como miembro del Consorcio SH.

ASUNTO: CONTESTACION DEMANDA

ENVER ALBERTO MESTRA TAMAYO, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Bogotá, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, actuando en mi calidad de apoderado de la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-, conforme poder adjunto, por medio del presente escrito, comedidamente me dirijo a su despacho para dar CONTESTACION a la demanda de la referencia, promovida por el señor SEGUNDO VICTOR PANTOJA JURADO, a través del medio de control de REPARACION DIRECTA, en los siguientes términos:

I. DE LA OPORTUNIDAD PARA CONTESTAR

Frente al auto admisorio de la demanda, se tiene que se notificó a la Agencia Nacional de Infraestructura por medio de su buzón judicial con fecha **24 de mayo de 2024**, corriendo término al vencimiento de los dos días hábiles siguientes, esto es, a partir del día **29 de mayo de 2024**.

Así las cosas, el término de 30 días para esta contestación va hasta el día **12 de julio de 2024**. Por lo tanto, esta contestación se encuentra presentada en tiempo.

II. RESPECTO DE LA DEMANDADA QUE CONTESTA

Se trata de la Agencia Nacional de Infraestructura, Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, perteneciente al sector descentralizado de la Rama Ejecutiva

Agencia Nacional de Infraestructura

Dirección: Calle 24A # 59 - 42, Bogotá D.C., Colombia

Conmutador: (+57) 601 484 88 60

Línea Gratuita: (+57) 01 8000 410151



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **CCRAD_S**
CBRAD_S
Fecha: **CCF_RAD_S**

del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte, según reza el Decreto 4165 de 3 de noviembre de 2011, representada legalmente por el Señor Presidente, Dr. Francisco Ospina Ramírez, encontrándose nombrada la Doctora Yesenia Paba Vega como Coordinadora del Grupo Interno de Trabajo de Defensa Judicial, ostentando en razón de ello la representación judicial de la entidad, quien a su vez me ha conferido poder para actuar en el presente asunto.

III. RESPECTO DE LAS PRETENSIONES

Desde ahora señalo que me opongo a la prosperidad de todas y cada una de las peticiones elevadas por la parte actora, toda vez que las mismas carecen de fundamento jurídico, fáctico y probatorio que permita concluir que en el presente caso mi representada sea responsable por los perjuicios reclamados.

Lo anterior, de conformidad con los argumentos que desarrollaré a lo largo del presente contradictorio para establecer la posición de la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI dentro del litigio, y las excepciones que se propondrán en este escrito.

En todo caso, procedo a pronunciarnos expresamente respecto de cada pretensión:

- Respecto de la PRIMERA PRETENSION: Nos oponemos a la declaratoria de responsabilidad respecto de la Agencia Nacional de Infraestructura, toda vez que la gestión predial, en el marco de los contratos de concesión, corresponde única y exclusivamente al concesionario, en este caso, la CONCESIONARIA VIAL UNION DEL SUR, sin perjuicio de las otras excepciones que se sustenten en esta contestación.

- Respecto de la SEGUNDA PRETENSIÓN: Nos oponemos a la declaratoria de responsabilidad respecto de la Agencia Nacional de Infraestructura, toda vez que al no existir responsabilidad que declarar respecto de la Agencia Nacional de Infraestructura tampoco sería viable condenar al pago de eventuales perjuicios, los que relaciona en distintos numerales el demandado, sobre los que también nos pronunciamos:

- Sobre el numeral 1 (de la Segunda Pretensión): Nos oponemos a esta pretensión, ya que al no haber daño atribuible a la Entidad no se le podría condenar a indemnizar eventuales perjuicios tasados vía pericial.



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **CCRAD_S**
CBRAD_S
Fecha: **CCF_RAD_S**

- Sobre el numeral 2 (de la segunda pretensión): Nos oponemos a esta pretensión, ya que al no haber daño atribuible a la Entidad no se le podría condenar a indemnizar eventuales perjuicios tasados vía pericial

- Sobre el numeral 3 (de la segunda pretensión): Nos oponemos a esta pretensión, ya que al no haber daño atribuible a la Entidad no se le podría condenar a indemnizar eventuales perjuicios tasados vía pericial.

- Sobre el numeral 4 (de la segunda pretensión): Nos oponemos a esta pretensión, ya que al no haber daño atribuible a la Entidad no se le podría condenar a indemnizar eventuales perjuicios tasados vía pericial.

- Sobre el numeral 5 (de la segunda pretensión): Nos oponemos a esta pretensión, toda vez que al no existir daño atribuible a la Entidad no se le podría condenar a pagar valor alguno. Sin embargo, la pretensión de condena es solicitada respecto de la Constructora.

IV. RESPECTO DE LOS HECHOS DE LA DEMANDA

EL PRIMERO: Es cierto.

EL SEGUNDO: No nos consta. En todo caso, el Concesionario Vial encargado de la obra ha adelantado las compensaciones económicas que ha requerido el proyecto vial durante la etapa de construcción, siempre bajo la vigilancia que compete a la Agencia Nacional de Infraestructura por conducto de la interventoría. Corresponderá al demandante demostrar este hecho y su relevancia para lo que es su caso concreto.

EL TERCERO: No se trata de un hecho concreto. No hay forma de negarlo o aceptarlo al no encontrarse integrada en debida forma el supuesto que se busca sea aceptado o negado por las demandadas. En todo caso, considerando que se evidencia que este hecho parece apoyarse en el hecho anterior, se reitera lo contestado en aquel, en cuanto a que no nos constan las presuntas afectaciones anunciadas por el demandante.

EL CUARTO: No nos consta. Ciertamente el Concesionario encargado ha atendido los requerimientos del demandante, tal como en ejercicio de sus labores de vigilancia y control pudo constatar la Agencia Nacional de Infraestructura, por



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **CCRAD_S**
CBRAD_S
Fecha: **CCF_RAD_S**

conducto de su interventoría. Sobre este punto se amplía información en el acápite de fundamentos fácticos de la contestación.

EL QUINTO: No nos consta. Lo relacionado con las presuntas afectaciones al predio deberán probarse por el demandante y, en todo caso, exigirse respecto del concesionario Vial Unión del Sur, que ha estado atento a los requerimientos del demandante.

EL SEXTO: No nos consta. Lo relacionado con las presuntas afectaciones al predio deberán probarse por el demandante y, en todo caso, exigirse respecto del concesionario Vial Unión del Sur, que ha estado atento a los requerimientos del demandante.

EL SEPTIMO: No nos consta. Lo relacionado con las presuntas afectaciones al predio deberán probarse por el demandante y, en todo caso, exigirse respecto del concesionario Vial Unión del Sur, que ha estado atento a los requerimientos del demandante, sea que le incumban por sus actuaciones directas o las que hayan ejecutado sus contratistas, con los que la Agencia Nacional de Infraestructura no tiene ningún vínculo.

EL OCTAVO: No nos consta. Lo relacionado con las presuntas afectaciones al predio deberán probarse por el demandante y, en todo caso, exigirse respecto del concesionario Vial Unión del Sur, que ha estado atento a los requerimientos del demandante.

EL NOVENO: No nos consta. Corresponde a un hecho atribuible a un tercero como es la CONCESIONARIA VIAL UNION DEL SUR, respecto de la cual corresponderá afirmar o infirmar lo dicho por el demandante y, en todo caso, salir como garante de la Agencia Nacional de Infraestructura.

EL DECIMO: No nos consta y en todo caso nos atenemos a lo que resulte demostrado dentro del trámite procesal.

EL DECIMO PRIMERO: No es un hecho, pero se da por CIERTO en lo que se refiere al cumplimiento del requisito de procedibilidad indicado.



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **CCRAD_S**
CBRAD_S
Fecha: **CCF_RAD_S**

V. CONTEXTO NORMATIVO PRELIMINAR

Resulta necesario hacer una serie de precisiones preliminares en el *sub exámine*, con el fin de que las conozca el Despacho para que las tenga en cuenta al momento de resolver el asunto. Las cuales paso a exponer en los numerales subsiguientes, así:

1. Respecto de la Agencia Nacional de Infraestructura.

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

(...)

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

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



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **CCRAD_S**
CBRAD_S
Fecha: **CCF_RAD_S**

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



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **CCRAD_S**
CBRAD_S
Fecha: **CCF_RAD_S**

por las entidades encargadas de la planeación del sector transporte y por el Consejo Nacional de Política Económica y Social, (Conpes).

9. Coordinar y gestionar, directa o indirectamente, la obtención de licencias y permisos, la negociación y la adquisición de predios y la realización de las acciones requeridas en el desarrollo de los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público-Privada a su cargo.

10. Adelantar los procesos de expropiación administrativa o instaurar las acciones judiciales para la expropiación, cuando no sea posible la enajenación voluntaria de los inmuebles requeridos para la ejecución de los proyectos a su cargo.

11. Identificar, analizar y valorar los riesgos de los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público-Privada a su cargo e incorporar en todos los contratos de concesión y sus modificaciones las reglas de distribución de riesgos de forma que sea explícita la asunción de riesgos de cada una de las partes.

12. Evaluar y hacer seguimiento a los riesgos contractuales e institucionales y proponer e implementar medidas para su manejo y mitigación.

13. Controlar la evolución de las variables relacionadas con las garantías otorgadas por la Nación durante la vigencia de los contratos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a cargo de la entidad, y calcular y actualizar los pasivos contingentes, si hubiere lugar a ello, para cubrir dichas garantías, de acuerdo con las normas legales vigentes y los lineamientos impartidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

14. Coordinar con el Instituto Nacional de Vías (Invías) y la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil (Aerocivil) la entrega y recibo de las áreas y/o la infraestructura de transporte asociadas a los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a su cargo.

15. Ejercer las potestades y realizar las acciones y actividades necesarias para garantizar la oportuna e idónea ejecución de los contratos a su cargo y para proteger el interés público, de conformidad con la ley.



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **CCRAD_S**
CBRAD_S
Fecha: **CCF_RAD_S**

16. Supervisar, evaluar y controlar el cumplimiento de la normatividad técnica en los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a su cargo, de acuerdo con las condiciones contractuales.

17. Realizar la medición y/o seguimiento de las variables requeridas en cada proyecto para verificar el cumplimiento de los niveles de servicio y demás obligaciones establecidas en los contratos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a su cargo.

18. Asesorar a las entidades descentralizadas, territorialmente o por servicios y a las entidades nacionales, en la estructuración técnica, legal y financiera de proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada, para lo cual se suscribirán los convenios y contratos que sean necesarios.

19. Administrar y operar de forma temporal la infraestructura ferroviaria nacional cuando por razones de optimización del servicio esta haya sido desafectada de un contrato de concesión y hasta tanto se entregue a un nuevo concesionario o se disponga su entrega definitiva al Instituto Nacional de Vías (Invias).

20. Adelantar con organismos internacionales o nacionales, de carácter público o privado, gestiones, acuerdos o contratos para el desarrollo de actividades relacionadas con su objeto, tales como la realización de estudios o la estructuración de proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada o la prestación de servicios de consultoría.

21. Las demás funciones que se le asignen de conformidad con lo establecido en la ley. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De las normas transcritas se advierte que dentro de las funciones de la Agencia Nacional de Infraestructura **no se encuentra** de manera expresa e inequívoca la de realizar la ejecución de obras, como tampoco la gestión predial (**apéndice 7 del contrato de concesión 015 de 2015**), pues aquellas se encuentran a cargo de la sociedad Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S. en virtud del contrato de concesión No. 015 de 2015.



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **CCRAD_S**
CBRAD_S
Fecha: **CCF_RAD_S**

2. Respecto de los contratos de concesión.

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

En este punto vale la pena destacar que, de conformidad con la normativa vigente, el contrato de Concesión goza de ciertas características que lo diferencian ampliamente de otros negocios jurídicos, como podría ser el Contrato de Obra Pública, según está estipulado en la Ley 80 de 1993. El artículo 321 del mismo cuerpo normativo establece que:

“[S]on contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio **por cuenta y riesgo del concesionario** y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”. (Se subraya y resalta).

Esta particularidad tiene connotaciones trascendentales en lo referente a la responsabilidad que puede generarse en desarrollo de este Contrato público y en las obligaciones que se generan con su suscripción, ya que la distribución del riesgo es muy diferente al común de los contratos en virtud a que, por su naturaleza, la concesión tiene autonomía e independencia en su ejecución y operación.

Por otra parte, **los riesgos de ejecución del objeto son en su mayoría asumidos por el concesionario**. Estos comprenden usualmente aspectos técnicos, financieros y de gestión de la obra. Como el concesionario se obliga a soportar la mayor parte de los riesgos, se crean incentivos para que obre de manera eficiente e invierta en innovaciones que le permitan reducir sus costos.



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **CCRAD_S**
CBRAD_S
Fecha: **CCF_RAD_S**

Es importante advertir que el contrato de concesión de obra pública tiene por objeto en términos generales y de conformidad con el artículo 32 numeral 4 de la ley 80:

(i) la construcción de una obra pública destinada al uso público o a la prestación de un servicio público y, (ii) las actividades necesarias para el adecuado funcionamiento de la obra o para hacerla útil, incluido su mantenimiento durante el término de la concesión.

También se caracteriza por que la **remuneración** del concesionario usualmente se obtiene a partir de la **explotación de la obra**, mediante el cobro de peajes y/o contribución por valorización a los usuarios o beneficiarios de la misma. En el caso de los peajes, la autorización de cobro se extiende regularmente hasta que el contratista recupere la inversión y obtenga la remuneración en los términos pactados. Es de acuerdo con este criterio con que se fija entonces el plazo del contrato. En suma, la remuneración del concesionario es regularmente fruto de la explotación de la obra y de los servicios derivados de ella.

Así mismo, la Ley 105 de 1993 “por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones” regula específicamente el contrato de concesión de obra de infraestructura de transporte.

En efecto, el artículo 30 de la Ley 105 de 1993, dispone:

“ARTÍCULO 30. DEL CONTRATO DE CONCESIÓN. La Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada o a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.

Para la recuperación de la inversión, la Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios podrán establecer peajes y/o valorización. El procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de peajes se regula para las normas sobre la materia. La fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes.



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **CCRAD_S**
CBRAD_S
Fecha: **CCF_RAD_S**

La variación de estas reglas sin el consentimiento del concesionario, implicará responsabilidad civil para la Entidad quien a su vez, podrá repetir contra el funcionario responsable.

En los contratos que por concesión celebre el Instituto Nacional de Vías, se podrán incluir los accesos viales que hacen parte de la infraestructura Distrital o Municipal de transporte.

PARÁGRAFO 1o. Los Municipios, los Departamentos, los Distritos y la Nación podrán aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura en los cuales de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado.

PARÁGRAFO 2o. Los contratos a que se refiere el inciso 2o. del artículo 81 de la Ley 80 de 1993, que a partir de la promulgación de esa Ley se celebren, se sujetarán en su formación a lo dispuesto en la misma. Sin embargo, estos no estarán sujetos a lo previsto en el numeral 4o. del artículo 44 y el inciso 2o. del artículo 45 de la citada Ley. En el Pliego de Condiciones se señalarán los criterios de adjudicación.

PARÁGRAFO 3o. Bajo el esquema de Concesión, los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retomo al capital invertido. El Estado recuperará su inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez culminado el período de concesión.”

3. Generaciones de contratos de concesión.

CONTRATO DE CONCESIÓN DE PRIMERA GENERACIÓN - Definición. Garantías de ingreso mínimo / RIESGO CONTRACTUAL - Concesiones de primera generación

En los CONTRATOS DE CONCESIÓN DE PRIMERA GENERACIÓN se otorga a un concesionario la construcción, operación, explotación, conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien. No obstante que



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **CCRAD_S**
CBRAD_S
Fecha: **CCF_RAD_S**

el alcance, comprensión y el objeto no difieren de los contratos de segunda y tercera generación, lo cierto es que en esta etapa la administración estableció garantías de ingreso mínimo para atraer a los inversionistas. Sin embargo la experiencia en este tipo de contratación permitió constatar demoras en el desembolso de las garantías causadas, demoras en la aprobación de las licencias ambientales, cambios en los diseños inicialmente establecidos que originaron inversiones no previstas y mayores cantidades de obra, las cuales se imputaron a cargo de la Nación; cambios en el inventario predial como consecuencia de la variación en los diseños originales y retrasos en la adquisición y entrega de predios; problemas de concertación con las comunidades que provocaron el establecimiento de tarifas diferenciales y por consiguiente un impacto en el nivel de recaudo del concesionario que fue cubierto por la administración. En este tipo de concesiones, **la interventoría resultó muy limitada debido a la autonomía de la concesión** y los proyectos en general tuvieron una distribución de riesgo considerada onerosa para el Estado, en especial lo relacionado con la garantía de tráfico que debió atender la Nación por efecto de las disminuciones en el que se había proyectado, las cuales resultaron muy cuantiosas. Dicha experiencia fue recogida en los documentos Conpes 3107 y 3133 de 2001, los cuales muestran que el gobierno asumió una serie de riesgos que no estaba en condiciones de controlar efectivamente; entre ellos, se mencionó el riesgo constructivo, el cual hizo referencia a la variabilidad entre el monto y la oportunidad de costo de la inversión prevista. En estos casos, el Estado asumió los sobrecostos de mayores cantidades de obra en porcentajes determinados que variaban en cada uno de los contratos. De este modo, el Documento Conpes concluyó que las concesiones de primera generación afectaban de manera importante la capacidad de inversión de la Nación.

CONTRATO DE CONCESIÓN DE SEGUNDA GENERACIÓN - Distribución de riesgos / **DISTRIBUCION DE RIESGOS CONTRACTUALES** - Concesiones viales.

La SEGUNDA GENERACIÓN DE CONCESIONES DE CARRETERAS se concibió desde 1997 como continuación de un programa de mejoramiento vial que en principio estaba dando buenos resultados, el cual buscó solucionar los problemas descritos, corrigiendo las equivocaciones que se identificaron en las concesiones de primera generación y desde luego con la idea de disminuir los aportes de la Nación, mediante una redistribución de los riesgos y una mayor exigencia en los niveles de detalle de los estudios y diseños requeridos para adelantar los proyectos de concesión, puesto que al concesionario se le asignó la responsabilidad total por los diseños complementarios dentro de un esquema de distribución de riesgos más clara y sustentada. En esta generación el INVIAS debía entregar el 90 % de los



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **CCRAD_S**
CBRAD_S
Fecha: **CCF_RAD_S**

predios y la licencia ambiental al concesionario previamente a la construcción. Se cambió el esquema de plazo fijo de la concesión, por un plazo variable donde lo que interesaba era un valor de ingreso acumulado para la Nación.

En efecto, en este sistema se introdujo el concepto de ingreso esperado que es la estimación que hace el concesionario de los ingresos que le puede generar la concesión durante la ejecución del proyecto, con base en los estudios de demanda de tráfico disponibles. Una vez que los ingresos generados son iguales al ingreso esperado por el concesionario se termina el plazo de concesión y la infraestructura se revierte al Estado. Si el nivel de tráfico es más bajo que el esperado, el concesionario tardará más tiempo en recibir el ingreso esperado. El concesionario asume el riesgo comercial del proyecto debido a que el retorno de su inversión es variable y depende del tiempo que tarde en recibir su “ingreso esperado”. El riesgo constructivo y el riesgo comercial fueron trasladados casi en su integridad al concesionario, y el plazo quedó sujeto al momento en que el concesionario obtuviera el nivel de ingreso esperado en el proceso de licitación en reemplazo del plazo fijo. Igualmente se modificó el mecanismo de adjudicación puesto que se puso a competir los aportes de la Nación y las garantías de construcción, tráfico y riesgo cambiario. En la estructuración de los proyectos se contó con la participación de las bancas de inversión que a su vez colaboraron en la promoción de los mismos.

CONTRATO DE CONCESIÓN DE TERCERA GENERACIÓN - Concepto de gradualidad. Distribución de riesgo

Los procesos de CONCESIÓN DE TERCERA GENERACIÓN, están dirigidos a la ejecución de grandes corredores viales que deben conectar los grandes centros productivos, que se encuentran en el centro del país con los puertos, de modo que dicho corredor integre los principales centros de consumo con los centros de producción y éstos a su vez con los puertos. La asignación de riesgos no difiere sustancialmente de los de segunda generación; no obstante, se introdujo el concepto de gradualidad que consiste en ejecutar la inversión de infraestructura de transporte al ritmo que determine la demanda de tráfico. En cuanto a la asignación de los riesgos, el de construcción estará a cargo del concesionario exceptuando el caso de alto riesgo geológico (túneles); las licencias ambientales deberán existir antes de iniciarse la etapa de construcción y los aportes de la Nación serán diferidos en el tiempo, aparte de que estarán debidamente programados como vigencias futuras. El mecanismo de selección de la firma ganadora es más sencillo porque se tendrá en cuenta el menor ingreso esperado. Este sistema de concesiones, que incluye una serie de ajustes y políticas producto de la experiencia, exige que el



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **CCRAD_S**
CBRAD_S
Fecha: **CCF_RAD_S**

INVIAS y el concesionario realicen estudios de demanda y no de tráfico, para lo cual se deberá tener en cuenta el PIB, el ingreso, las condiciones socio económicas, exportaciones y producción petrolífera.

La responsabilidad será tanto del INVIAS como del concesionario. Los demás estudios serán responsabilidad netamente del concesionario. En relación con el plazo, se mantendrá el esquema utilizado en la segunda generación donde se tendrá en cuenta solo ingreso y no tráfico garantizado; los bienes revertirán a la Nación cuando se superen los ingresos calculados, de modo que el plazo será variable sujeto al volumen de ingresos que debe generar el proyecto o ingreso esperado. El plazo variable representa flexibilización de las condiciones del contrato, reducción de posibilidades de renegociación del contrato, reducción de riesgos al concesionario (...)

Con base en ese contexto, el legislador expidió la Ley 1508 de 2012, que regula lo relacionado con los **CONTRATOS de ASOCIACIÓN PÚBLICO – PRIVADA (APP)**, definidos como “todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales decidan hacer uso de los instrumentos establecidos en la presente ley, mediante los cuales encargan a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura”.

Tales contratos se caracterizan por buscar la inclusión del capital privado en el desarrollo total o parcial de obras de infraestructura o en la prestación de servicios públicos, y regular la iniciativa privada para tal fin. Expresamente excluyen de esta modalidad contractual los contratos que comprenden únicamente la construcción de infraestructura, por cuanto al sólo incorporar esta actividad en la práctica son contratos de obra pública y en consecuencia deben regirse por las reglas generales del Estatuto de Contratación.

Sobre la égida de dicha regulación, se cimientan los principios de los contratos de concesión de cuarta generación, que, de conformidad a lo regulado en el artículo 14 ejusdem, se fijan por iniciativa del inversionista privado.

4. Respecto del contrato de concesión bajo modalidad APP 015 de 2016

El contrato de concesión, bajo modalidad APP 015 de 2015 de 2016, celebrado entre la concesionaria VIAL UNION DEL SUR y la AGENCIA NACIONAL DE



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: CCRAD_S
CBRAD_S
Fecha: CCF_RAD_S

INFRAESTRUCTURA, para la financiación, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento y reversión del corredor Rumichaca-Pasto, de acuerdo con el apéndice técnico 1 y demás apéndices del contrato.

Dentro de las obligaciones contraídas por el concesionario, durante la etapa PREOPERATIVA-GESTION PREDIAL, estaban (PARTE GENERAL CONTRATO DE CONCESION):

7.1 Generalidades de la Gestión Predial

(a) La adquisición de los predios requeridos para la ejecución de las intervenciones estará a cargo del concesionario quien desarrollará dicha labor en favor de la ANI (...) atendiendo en un todo la distribución de obligaciones y responsabilidades establecidas en el presente contrato (...)

(b) **La gestión predial es obligación y responsabilidad del concesionario.** (negrilla intencional)

(...)

d) Para iniciar las intervenciones de una unidad funcional, el concesionario debe: (...) iii) en los casos que resulte procedente, el concesionario ha cancelado el valor de las compensaciones socioeconómicas. **Es responsabilidad del concesionario mantener indemne a la ANI** por la existencia de demandas por daños y perjuicios en predios aledaños a la vía con motivo del desarrollo de las intervenciones y la ejecución de las obras.

4.1. Del apéndice técnico correspondiente a las obligaciones del Concesionario dentro del contrato de concesión 015 de 2016.

Conforme lo expuesto, se tiene que en el *sub lite* la Agencia Nacional de Infraestructura no tiene legitimación en la causa, pues, en cuanto a la situación fáctica expuesta por el actor, existe el Contrato de Concesión No. 015 de 2016, suscrito con la sociedad Concesionaria Vía Unión del Sur, que determina obligaciones específicas a cargo de aquel en cuanto a la gestión predial, precisadas en el apéndice 7 del contrato, donde se señala:

“(...)



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **CCRAD_S**
CBRAD_S
Fecha: **CCF_RAD_S**

CAPITULO III Obligaciones Generales de la Gestión Predial

3.1 Obligaciones Generales del Concesionario

De manera general y sin perjuicio de las demás obligaciones que a cargo del concesionario y en materia de gestión predial se detallan en el contrato – tanto en la parte general como en la parte especial – así como en el presente apéndice serán obligaciones del concesionario:

(...)

f) Garantizar que los predios aledaños al corredor vial del proyecto queden con el acceso necesario que les permita su desarrollabilidad y funcionalidad, para lo cual deberá identificar en el diseño, las obras a desarrollar en el derecho de vía para el acceso a los predios aledaños.

(...)

i) Elaborar y entregar a la interventoría la documentación de gestión predial a que se refiere las secciones 4.2 y siguientes de este apéndice.¹

(...)

n) Suscribir por parte del representante legal del concesionario, **los documentos como acuerdos de reconocimiento de compensaciones socioeconómicas**, oficios de oferta formal de compra, promesas y escrituras públicas de compraventa. (negrilla intencional)

o) Adquirir los predios correspondientes al corredor del proyecto, cuando estos no le hubieren sido entregados como parte de la entrega de la infraestructura.

En materia predial, frente a la obligaciones de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, ésta atendió por medio de la INTERVENTORIA del proyecto, lo relacionado a su obligación de ejercer la debida vigilancia, control y seguimiento a la gestión predial a cargo del concesionario, **así como suscribiendo las actas de seguimiento y de revisión de cumplimiento de indicadores, partiendo de la base de que los riesgos de la gestión predial del proyecto concesionado son responsabilidad del concesionario.**

¹ En el apéndice 7 se refiere a obligaciones del concesionario relacionadas con la **Elaboración de la documentación de Gestión Predial.**



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: CCRAD_S
CBRAD_S
Fecha: CCF_RAD_S

VI. EXCEPCIONES DE MERITO

A. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

Siguiendo los lineamientos establecidos por la Doctrina, la legitimación en la causa se refiere a la relación sustancial que se pretende que existe entre las partes del proceso y el interés sustancial del litigio o que es el objeto de la decisión reclamada.

En los procesos contenciosos, la legitimación en la causa consiste, respecto del demandante, en ser la persona que de conformidad con la ley material está legitimada para que, por sentencia de fondo o mérito, se resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica pretendida en la demanda, y respecto del demandado en ser la persona que conforme a lo dispuesto por el legislador está legitimada para discutir u oponerse a dicha pretensión del demandante.

En este sentido, debe advertirse que de los hechos de la demanda no puede avizorarse la forma en la cual la Agencia Nacional de Infraestructura—ANI tenga legitimación en la causa por pasiva, como quiera que:

En relación con la noción de legitimación en la causa, en sentido amplio, la jurisprudencia constitucional se ha referido a ella como la *"calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso"*.

Ahora bien, de igual modo ha sostenido el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado que la legitimación en la causa puede ser **cuando la relación se establece entre las partes por razón de la pretensión procesal**, es decir, **de la atribución de una conducta que el demandante hace al demandado en su demanda**, o material frente a la **participación real de las personas en el hecho origen de la formulación de la demanda**, independientemente de que dichas personas hayan demandado o hayan sido demandadas. Es por ello que la ausencia de esta clase de legitimación no constituye una excepción de fondo, porque no enerva la pretensión procesal en su contenido, sino que es una condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito, sin que el estar legitimado en la causa otorgue el derecho a ganar.



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **CCRAD_S**
CBRAD_S
Fecha: **CCF_RAD_S**

Lo que ocurre aquí es que si la falta recae en el demandante, el demandado tiene derecho a ser absuelto, no porque él haya probado un hecho que enerve el contenido material de las pretensiones, sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo – no el procesal –; si la falta de legitimación en la causa es del demandado **al demandante se le negarán las pretensiones, no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho, sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder, y, por eso, el demandado debe ser absuelto.**

Sobre esa base, se tiene que dicha excepción tiene como fundamento el hecho de que esta entidad no está facultada para proveer los servicios derivados de las vías nacionales, ya que, de conformidad a lo establecido en el artículo 4 del decreto 4165 de 2011, no está entre sus funciones la de realizar actividades de mantenimiento o señalización de las vías, sino que su objeto está circunscrito a “*planear, coordinar, estructurar, contratar, ejecutar, administrar y evaluar proyectos de concesiones y otras formas de Asociación Público Privada (APP), para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública de transporte en todos sus modos y de los servicios conexos o relacionados y el desarrollo de proyectos de asociación público privada para otro tipo de infraestructura pública cuando así lo determine expresamente el Gobierno Nacional respecto de infraestructuras semejantes a las enunciadas en este artículo*” (Artículo 3 ejusdem).

- Con relación a la exclusiva responsabilidad que incumbe a la Concesionaria, en lo que a la Gestión Predial se refiere, se la excepción señalada por cuanto:

Está claro que, conforme cita la interventoría del proyecto:

(...)

Esta Interventoría realizó visita de inspección al predio con matrícula inmobiliaria No 244-93031 - RUPA 2-0090E, con el fin de constatar las condiciones actuales como se puede observar en las siguientes fotografías:

Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **CCRAD_S**
CBRAD_S
Fecha: **CCF_RAD_S**



Foto 1. PK32+600 – Predios RUPA-2-0090-E

A manera adicional es relevante informar que el predio con matrícula inmobiliaria No 244-93031 - RUPA 2-0090E, está dividido en dos partes como se puede observar en el siguiente grafico:

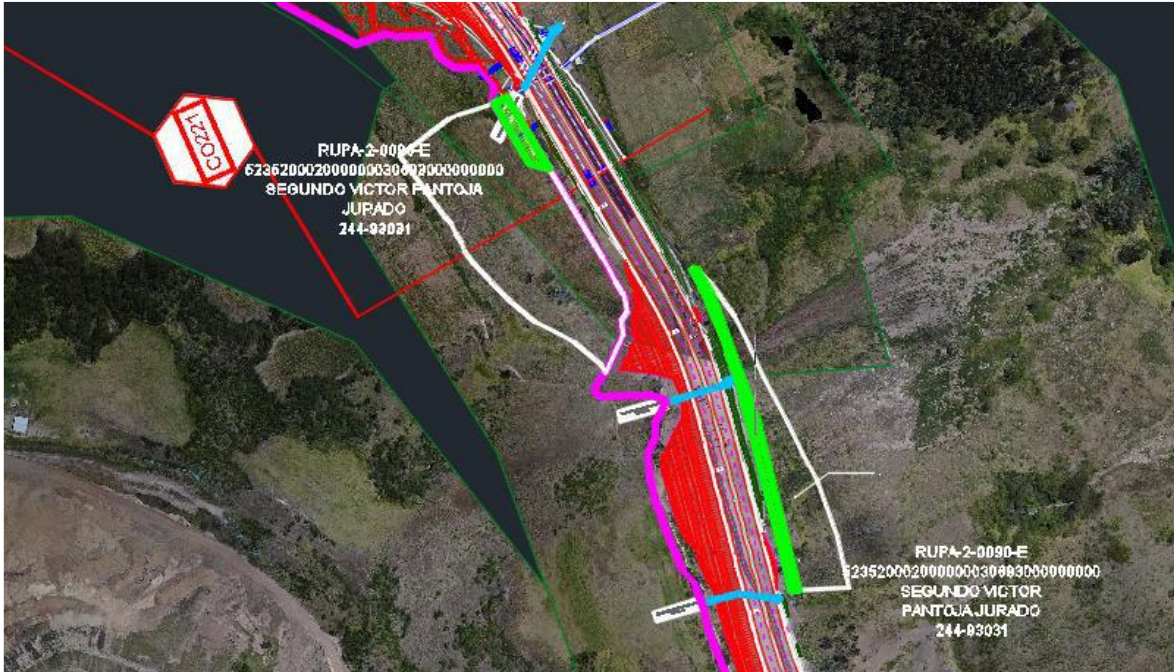


Imagen 3. PK32+600 – Predios RUPA-2-0090-E

El área del predio que el peticionario refiere no contar con acceso correspondería a la ubicada en la Margen derecha de la doble calzada, como puede observar en la Imagen 3. **Al respecto es pertinente que la Concesionaria evalúe las condiciones actuales del predio, teniendo en cuenta que de acuerdo con el Apéndice técnico 7 Gestión Predial, capítulo 3 Obligaciones Generales de la Gestión Predial, numeral 3.1 Obligaciones generales del Concesionario, se debe “Garantizar que los predios aledaños al corredor vial del proyecto queden con el acceso necesario que les permita su desarrollabilidad y funcionalidad, para lo cual deberá identificar en el diseño, las obras a desarrollar en el derecho de vía para el acceso a los predios aledaños”.** (negrilla intencional).

(...)

En relación con compromisos que refiere el peticionario, esta Interventoría no tiene conocimiento sobre la suscripción de la mencionada acta por parte del Concesionario.



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **CCRAD_S**
CBRAD_S
Fecha: **CCF_RAD_S**

Sobre el particular es oportuno que el Concesionario verifique el estado de cumplimiento de dichos compromisos (...)"

Por otra parte, según el recuento doctrinal y legal efectuado en antesala, es importante advertir que el contrato de Concesión goza de ciertas características que lo diferencian ampliamente de otros Negocios Jurídicos, como podría ser el Contrato de Obra Pública, según está estipulado en la Ley 80 de 1993; el artículo 3211 del mismo cuerpo normativo establece que:

"[s]on contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio **por cuenta y riesgo del concesionario** y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden". (Se subraya y resalta).

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

Por tanto, no se puede perder de vista el pacto expreso contractual, que constituye ley para las partes, actualmente vigente, que asigna la responsabilidad obligacional al Concesionario, lo cual se pactó y conllevó a asumir en cabeza de ese sujeto una responsabilidad exclusiva.

En efecto, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha apreciado la particularidad del contrato de Concesión, reseñando que presenta aspectos totalmente distintos al contrato de obra, y la forma como la Entidad Concedente participa en el desarrollo del proyecto vial:

"Por conocido se tiene que el contrato de concesión es aquel que se celebra por las entidades públicas con el objeto de otorgar a una persona llamada



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **CCRAD_S**
CBRAD_S
Fecha: **CCF_RAD_S**

concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden. Es decir, es un contrato fundamentado en el interés general, cuya celebración persigue la eficiente y continua prestación de los servicios y la mayor producción o explotación de los bienes y servicios estatales en beneficio de la comunidad, con la singularidad de que terminado el plazo del contrato opera a favor del Estado la reversión de los bienes y elementos destinados a la concesión, es decir, que serán propiedad de la entidad contratante, sin compensación adicional alguna, toda vez que la retribución percibida es suficiente contraprestación para el concesionario.”

“Esta Corporación se ha ocupado, en multiplicidad de ocasiones, de señalar cuáles son las principales características del contrato de concesión y, en tal sentido, ha indicado que las mismas son: (i) su celebración por parte de una entidad estatal, que actúa con el carácter de concedente y por una persona natural o jurídica que toma el nombre de concesionario **(ii) es el concesionario quien asume los riesgos derivados de la explotación o de la prestación del servicio público, a quien le corresponde participar participar, por ende, en las utilidades y pérdidas a las que hubiere lugar;** (iii) hay siempre lugar a una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras, en favor de quien construye la obra o asume la prestación del servicio público; de forma más esquemática, se ha efectuado la siguiente caracterización del tipo contractual en comento, con base en la definición del mismo contenida en el antes citado artículo 32-4 de la Ley 80. (Se subraya y resalta)”

Para la jurisprudencia del Alto Tribunal Contencioso existen marcadas diferencias entre las responsabilidades y obligaciones del particular concesionario y la Entidad concedente, por lo que en la determinación de la responsabilidad o la garantía de derechos se debe aplicar esta diferenciación y ajustarse su asignación al modelo contractual que presenta la Concesión estatal:



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **CCRAD_S**
CBRAD_S
Fecha: **CCF_RAD_S**

”Lo dicho pone de presente que la concesión, en cualquiera de sus modalidades, **es un contrato que se distingue de otros tipos negociales** con los cuales tiene cierta proximidad en punto a su objeto —obra pública, servicios públicos, etcétera— **por razón del factor consistente en quién asume, entre otras responsabilidades, la de la financiación de la ejecución de la obra, de la asunción de la prestación del servicio o de la explotación del bien del cual se trate**, toda vez que dicha financiación correrá, en la concesión, por cuenta del concesionario, mientras que el repago de la misma es el que habrá de efectuarse por cuenta del usuario o beneficiario de la obra a largo plazo o por la entidad contratante misma, con el consiguiente margen de riesgo empresarial que asume el concesionario, dado que despliega una gestión directa suya y no a nombre de la entidad concedente; precisamente en la concesión la Administración encarga a un particular, quien se hará cargo de la consecución de los recursos, tanto técnicos como financieros, requeridos para su ejecución, asegurándole el repago de la inversión que él realiza mediante la cesión, por parte de la entidad concedente —o autorización de recaudo o pago directo— de “derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual, y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”. (Se subraya)

Bajo este entendido, es del caso afirmar que de las obligaciones contractuales previamente citadas se puede establecer que el Concesionario es el único responsable de las acciones tendientes al cabal cumplimiento del Contrato, todo lo cual realiza en su propio y exclusivo nombre y por su cuenta y riesgo, sin que la Entidad contratante adquiera responsabilidad alguna por dichos actos por daños o perjuicios que causen.

Se evidencia de ese modo que, según el fundamento legal presentado por el actor, si eventualmente se dijera que la prestación deprecada deba entregarse al demandante con cargo al responsable de la vía concesionada, es claro que la única llamada a atender la petición resarcitoria es la demandada CONCESIONARIA VIAL UNION DEL SUR.

En consecuencia, se solicita declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa, por cuanto no existe obligación legal, ni contractual, en cabeza de la



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **CCRAD_S**
CBRAD_S
Fecha: **CCF_RAD_S**

Agencia Nacional de Infraestructura frente a los supuestos perjuicios reclamados por la parte demandante.

B. INEXISTENCIA DE FALLA DEL SERVICIO COMO RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD

De antaño se ha establecido que la declaración de responsabilidad en cabeza del Estado requiere, además de probar la existencia del daño antijurídico, acreditar la imputación. En ese sentido, la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado ha sido reiterativa en la concurrencia de la totalidad de estos elementos, a fin de obtener la consecuencia jurídica buscada, en los siguientes términos:

“De lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, se desprende que esta tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por su acción como por su omisión, ya sea atendiendo a los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional o cualquier otro. En síntesis, la responsabilidad extracontractual del Estado se configura con la demostración del daño antijurídico y de su imputación a la administración.

(...)

La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto.

Finalmente, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede ser concebida simplemente como una herramienta destinada a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada”

En lo que respecta a la falla del servicio como título de imputación, la doctrina ha señalado que “(...) desde el punto de vista psicológico, la culpa civil es absolutamente idéntica a la falla del servicio administrativo (...)”; así como también



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **CCRAD_S**
CBRAD_S
Fecha: **CCF_RAD_S**

indica que “los vocablos falla del servicio, no son otra cosa que culpa del servicio. Solo que por cuestiones de traducción, la doctrina de habla hispana ha traducido del francés el concepto faute du service, como falla del servicio. Es decir, falla del servicio es sinónimo de culpa o falta del servicio. Y esa falla o culpa del servicio unas veces debe probarse, como lo acepta incluso la jurisprudencia actual del Consejo de Estado, mientras que en otras oportunidades se presume” “no existe el más mínimo deslinde entre la falla del servicio y la culpa civil (...) Inclusive la doctrina francesa, que hasta mediados de siglo planteó la diferencia entre las dos figuras, actualmente tiende hacia la unificación de los dos conceptos”, con lo cual se fundamenta la pertinencia de que la parte interesada demuestre que el daño haya sido causado por un actuar omisivo o deficiente de la entidad estatal.

Ahora bien. Aterrizando al caso concreto, siguiendo con lo informado por LA INTERVENTORÍA DEL PROYECTO, se tiene lo siguiente:

“ (...)

Revisada la información documental se pudo constatar que, de acuerdo con los códigos de matrícula inmobiliaria , No. 244-93030 y 244-93031, suministrados en el escrito de memorando de la ANI 20237010175033 y realizado el contraste con la información predial con que cuenta esta Interventoría, **el predio con matrícula inmobiliaria No. 244- 93030, no fue objeto de afectación predial por la construcción de la doble calzada.**

Respecto al predio con matrícula No. 244-93031, este se intercepta con el trazado de la Doble calzada como se observa en la imagen 1 (polígono color verde); por lo cual se realizó gestión predial para adquirir las áreas necesarias para la construcción de la doble calzada; dicha adquisición predial, se adelantó bajo la RUPA -2-0090-E (Imagen 2)



Imagen 1. Ubicación predio RUPA 2 0090 E

RUPA 2 0090 E - UNIDAD FUNCIONAL 2

Localización del predio: Hace parte del corredor vial en el PK 32+600 al PK 33+000
Vereda la Esperanza de la Unidad Funcional 2.

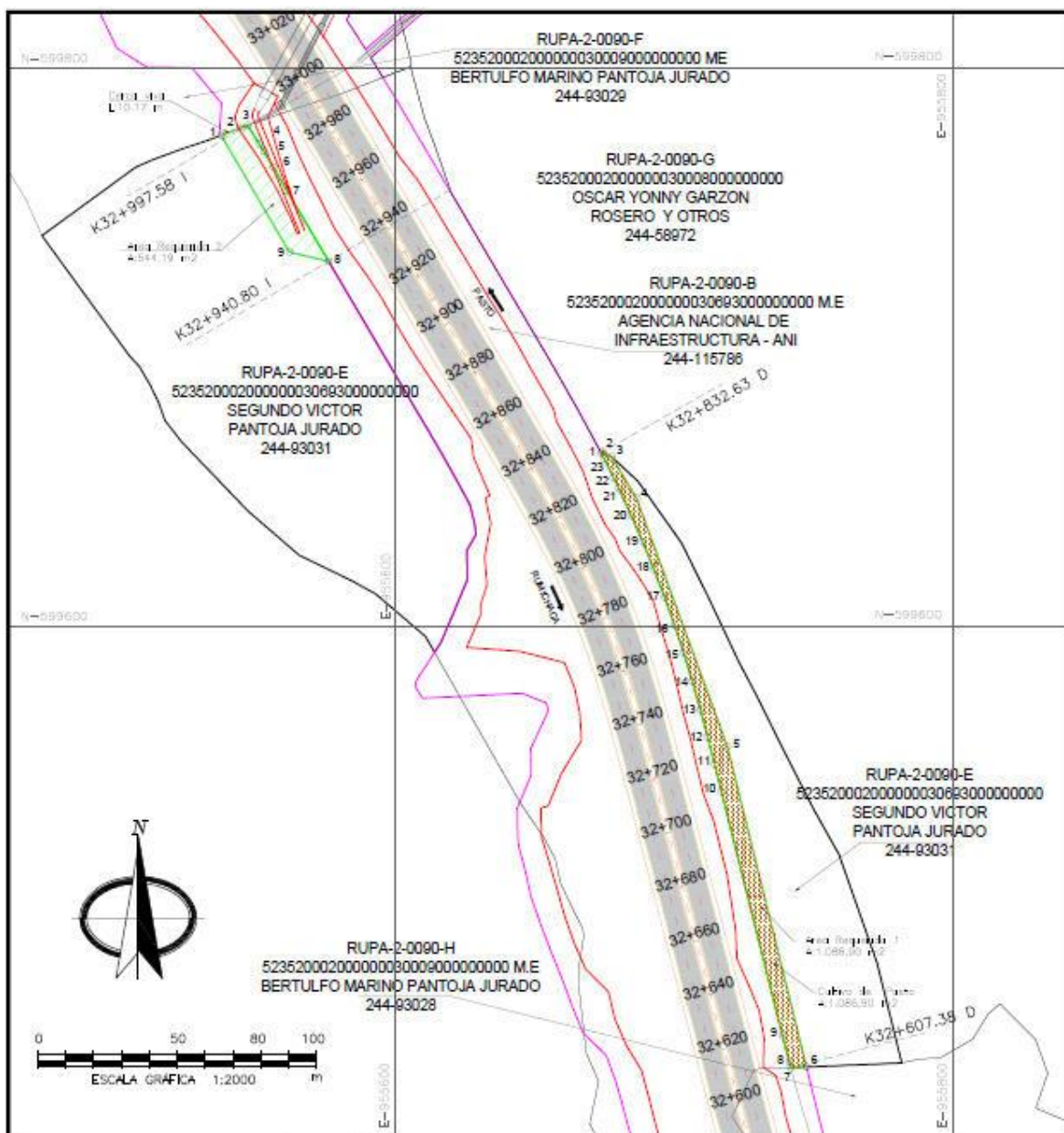


Imagen 2. Información predial RUPA 2 0090 E



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **CCRAD_S**
CBRAD_S
Fecha: **CCF_RAD_S**

(...) Como se indico -sic- (...) la matricula inmobiliaria No. 244- 93030, no se encuentra no fue objeto de afectación predial por la construcción de la doble calzada, por lo cual se desconoce la ubicación exacta de este predio.

Adicionalmente se ratifica que esta Interventoría no participo en la fase de Construcción de la Unidad Funcional 2 y por lo tanto no puede pronunciarse respecto a las afirmaciones relacionadas con las afectaciones que manifiesta el peticionario.

(...)”

C. INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE PARTICULARES Y ENTIDADES PÚBLICAS

En virtud a lo establecido en el inciso final del artículo 140 de la ley 1437 de 2011, donde se dispone que *“En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño”*, se puede deducir que no es factible imponer condena solidaria en los términos del artículo 1571 del Código Civil, ya que esta última disposición faculta al demandante cobrar a todos o a cualquiera de los responsables la totalidad de las eventuales sumas que por concepto de perjuicios se llegare a reconocer, circunstancia que evidentemente es incompatible con la regla especialmente señalada para el caso de las sentencias emitidas dentro del medio de control de reparación directa.

Así las cosas, al no haber incurrido la entidad que represento en una falla del servicio en primer lugar y, como quiera que la responsabilidad debe ponderarse cuando están involucrados particulares y entidades públicas a prorrata de su grado de participación en la causación del daño, es claro que este aspecto deberá analizarse exclusivamente sobre el particular causante del daño antijurídico aludido, a título de incumplimiento de las obligaciones a su cargo.

D. EXCEPCIÓN GENÉRICA

En cualquier caso, solicito al respetable Despacho que con base al *artículo 282* del Código de General del Proceso, sea declarada de oficio la prosperidad de cualquier otra excepción que resulte probada durante el transcurso de las actuaciones.



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **CCRAD_S**
CBRAD_S
Fecha: **CCF_RAD_S**

VII. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

En escrito separado se presenta llamamiento en garantía a la sociedad CONCESIONARIA VIAL UNION DEL SUR. y a la Aseguradora HDI SEGUROS S.A.

VIII. DE LAS PRUEBAS QUE SE PRETENDEN HACER VALER

Solicito señor Juez tenga por tales las siguientes:

A. DOCUMENTALES:

Solicito tenga por tales:

1. Contrato de concesión PARTE GENERAL Y ESPECIAL N° 15 de 11 de septiembre de 2015
2. Apéndices técnicos 1, 2 y 6 a 8 del contrato de concesión.
3. Respuesta con radicado 20231180127871, de fecha 29 de noviembre de 2023, dada por el CONSORCIO INTERVENTOR AIRCC 2022 a la Gerencia y Supervisión del contrato efectuada por la Agencia Nacional de Infraestructura, con anexos. (24 folios)

B. INTERROGATORIO DE PARTE

Solicito señor Juez se sirva citar, en fecha y hora que usted señale, al demandante SEGUNDO VICTOR PANTOJA JURADO, para que absuelva interrogatorio de parte que sobre los hechos de la demanda le formularé en audiencia.

C. TESTIMONIALES

Para que declaren todo cuanto les conste sobre los hechos de la demanda, principalmente sobre las obligaciones de la Agencia Nacional de Infraestructura y del concesionario, con respecto a la Gestión Predial, en el marco del contrato de concesión 015 de 2015; así como respecto de la información que con relación a los predios presuntamente afectados les consta, solicito señor Juez se sirva citar en fecha y hora que usted señale a las siguientes personas:

- DIANA YOLIMA GUTIERREZ REY, quien funge como supervisora del contrato de concesión 015 de 2015.



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **CCRAD_S**
CBRAD_S
Fecha: **CCF_RAD_S**

- JIMMY ALFREDO MONTUFAR RICAURTE, quien se desempeña como director de la interventoría del contrato de concesión 015 de 2015.

IX FUNDAMENTACION FACTICA Y JURIDICA

La fundamentación de la defensa desde el aspecto fáctico gira en torno a tres aspectos fundamentales ya planteados en la proposición de excepciones de mérito:

- 1) No se advierte actuación omitida o indebidamente ejecutada por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura, tanto en lo que le concierne desde el punto de vista legal como lo relacionado a sus obligaciones contractuales derivadas de la celebración del contrato de concesión N 15 de 2015.
- 2) Cualquier actividad eventualmente omitida -lo que no se vislumbra de momento- sobre la ejecución del proyecto de concesión, concretamente en el tramo vial donde se advierte se encuentran los bienes afectados, incumbe directamente a quien tiene a cargo la ejecución del proyecto, esto es, la CONCESIONARIA VIAL UNION DEL SUR, en virtud de las obligaciones adquiridas por el contrato de concesión y sus apéndices técnicos, particularmente las relativas a la gestión predial, sin que se pueda atribuir su responsabilidad como concurrente con alguna omisión o actuación tardía de la Agencia Nacional de Infraestructura.

En cuanto a la fundamentación jurídica, se parte por recordar que la continua y consolidada línea jurisprudencial que sobre la materia se ha elaborado, señala que para efectos de determinar si en el caso que nos ocupa se ha registrado una falla del servicio atribuible a la ANI, debe establecerse la inobservancia de una obligación jurídica, que exigiera de esta entidad un comportamiento tendiente al despliegue de todos los medios y recursos disponibles para evitar la ocurrencia del resultado dañoso, concretado este, según la demanda, en las afectaciones padecidas por los bienes de propiedad del demandante.

Así entonces, no hay lugar a asignar una cuota de la responsabilidad en la causación del daño a la ANI dado que no se acredita de ninguna forma que este haya faltado a sus deberes legales y reglamentarios en torno a las circunstancias que rodearon el hipotético hecho dañino y el eventual daño reparable.

En relación con lo anterior, no sobra recordar que el estudio de la falla del servicio se debe acometer, acorde a la jurisprudencia, bajo un método “relativo”, es decir,



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **CCRAD_S**
CBRAD_S
Fecha: **CCF_RAD_S**

ciñéndose a las condiciones particulares que rodean los eventos juzgados, como lo ha referenciado el H. Consejo de Estado:

“Es que 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”

De este modo, aplicando los criterios tomados en cuenta por la Jurisprudencia y Doctrina, deben considerarse los poderes jurídicos, los recursos financieros y las posibilidades técnicas con las que contaba el servicio para hacerle frente al cumplimiento de las obligaciones a su cargo, y se concluye que, en el caso sub examine, de conformidad con los medios de convicción aportados al proceso y los que se recauden, resultará incuestionable afirmar que la ANI no ha incurrido en ‘falla del servicio’ alguna de cara a los contenidos obligacionales a los cuales se halla sometido, pues es evidente que no existe forma de imputar responsabilidad a esta con ocasión del contrato de concesión 015 de 2015 que las vincula.

En consecuencia, es evidente que en ninguna oportunidad la ANI ha desconocido o incumplido -por acción u omisión- sus deberes, obligaciones y funciones en relación con los hechos descritos en la demanda que pretenden ser imputados por los demandantes al encontrarse su actuar ajustado y en cumplimiento de sus obligaciones legales y reglamentarias.

X ANEXOS

Se remiten adjuntos a este escrito:

- Memorial poder y anexos que acreditan representación legal de quien confiere poder
- Pruebas documentales en poder de la parte demandada
- Escrito separado de llamamiento en garantía a Concesionaria Vial Unión del Sur
- Escrito separado de llamamiento en garantía a Aseguradora HDI SEGUROS S.A



Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **CCRAD_S**
CBRAD_S
Fecha: **CCF_RAD_S**

NOTIFICACIONES

Las notificaciones de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA se pueden surtir por intermedio de mi persona al correo institucional emestra@ani.gov.co y al correo buzonjudicial@ani.gov.co

Las de la parte demandante ya fueron informadas en el escrito de demanda.

Atentamente,

ENVER ALBERTO MESTRA TAMAYO

Experto G3 07 ANI
Apoderado encargado
C.C 15.645.242 de Cereté
T.P N° 147765 del C.S de la J