

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

Bogotá D.C.

Doctor

EUGENIO RAFAEL FONSECA OVALLE

Juez 2 Administrativo Oral del Circuito de Barranquilla

Correo Electrónico: adm02bglla@cendoj.ramajudicial.gov.co

Barranquilla – Atlántico

E. S. D.

Ref.: Medio de Control: **REPARACIÓN DIRECTA**
Radicado: 08001-33-33-002-2020-00119-00
Demandantes: Juan Carlos Fontalvo Pizarro y otros.
Demandados: Agencia Nacional de Infraestructura ANI y otros.

Asunto: **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

CAMILO ALBERTO MEDINA PARRA, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, actuando como apoderado especial de la Agencia Nacional de Infraestructura, según poder obrante en el plenario, respetuosamente comparezco ante su Despacho con el fin de contestar oportunamente la demanda promovida a través del medio de control de reparación directa por JUAN CARLOS FONTALVO PIZARRO Y OTROS, cuya notificación fue recibida el día 12 de febrero de 2021, dentro del término que señala el artículo 172 y 199 de la ley 1437 de 2011, de la siguiente forma:

I. 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 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. Manuel Felipe Gutiérrez Torres, quien ha delegado en el Dr. Jimmy Alexander García Urdaneta la representación judicial de la entidad, quien a su vez me ha conferido poder para actuar en el presente asunto.



La movilidad
es de todos

Mintransporte

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

II. 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, al considerar que las mismas carecen de fundamento jurídico, fáctico y probatorio que permita concluir que en el presente caso la entidad que acá ejerce su derecho de defensa y contradicción sea responsable por los perjuicios reclamados en esta instancia judicial. 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 proponen en las líneas que siguen, las cuales enumero sucintamente a continuación:

Excepciones Previas:

(i) Existe falta de legitimación en la causa por pasiva de la Entidad a la que represento, por cuanto las sociedades Autopistas del Sol S.A.S. y Concesión Costera Barranquilla Cartagena S.A.S. son quienes tienen a su cargo, en el marco de sus competencias, los proyectos de infraestructura vial denominados Ruta Caribe, de conformidad con lo establecido en el Contrato de Concesión No. 008 de 2007; y Cartagena Barranquilla Circunvalar de la Prosperidad, conforme al contrato de concesión bajo el esquema APP No. 004 de 2014.

(ii) Existe ineptitud de la demanda, por cuanto no se allegó en los anexos la certificación de agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa.

Excepciones de Mérito:

- (i) Inexistencia de falla del servicio.
- (ii) Carencia de nexo de causalidad.
- (iii) Objeción al Juramento Estimatorio.
- (iv) Excepción genérica.

III. RESPECTO DE LOS HECHOS NARRADOS POR LA PARTE ACTORA

Frente a los hechos expuestos en la demanda, se advierte lo siguiente:



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

- **Respecto al hecho Primero:** Pese a que la parte demandante compiló diferentes situaciones fácticas en un solo hecho, frente a todos ellos me permito manifestar que **NO NOS CONSTA** ninguno de ellos, pues, en primer lugar, varios de ellos refieren a situaciones personales que no guardan relación con las actividades cotidianas de mi representada, por lo cual deberán probarse en la medida que resulten pertinentes en el asunto de marras. En lo referente al accidente narrado, se desconocen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ello hubiese ocurrido, teniendo en cuenta para ello que no existen registros oficiales de su acaecimiento emanados de alguna entidad, como autoridad de tránsito o concesionario, por lo cual ese aspecto deberá analizarse bajo los preceptos que regulan la carga probatoria.

- **Respecto al hecho Segundo: NO ME CONSTA.** Al respecto, es menester tener en cuenta que, en consonancia con la contestación al hecho anterior, se desconocen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que hubiese ocurrido el presunto accidente al que atribuyen los daños acá narrados, por lo cual se trata de un nexo causal que deberá probar la parte interesada.

- **Respecto al hecho Tercero: NO ME CONSTA.** Al respecto, se evidencia que no existen registros de la fecha, hora y lugar en la que se manifestó que la víctima hubiera sido auxiliada por ambulancia, pues de los registros médicos oficiales allegados solamente se hace referencia a la hospitalización en la clínica Campbell, más no de lo que hubiese ocurrido antes de ello, por lo cual corresponderá a la parte demandante probar dicha situación.

- **Respecto al hecho Cuarto:** Pese a que en su contenido se mezclan aspectos fácticos con juicios de valor derivados de la exclusiva percepción de la parte demandante, esta defensa se permite dar respuesta a su contenido en la siguiente forma:

NO ES CIERTO que se hayan presentado accidentes de tránsito causados por ausencia o deficiencia de señalización vial. Además, que ello no es concordante con los registros oficiales de accidentes de tránsito registrados, se evidencia que dicha afirmación parte de supuestos errados y una línea temporal abiertamente imprecisa y abstracta, al indicar que, casualmente, todos los accidentes narrados por la parte actora hubiesen ocurrido casualmente a la misma hora. Al respecto, es necesario poner de presente que, en lo que resulta importante para el presente caso, en la fecha en que dijo la parte demandante que ocurrió el supuesto accidente el lugar donde se estaba construyendo el puente en mención contaba con la señalización temporal de obra exigida por el Manual de Señalización Vial 2015. Ahora, en lo relacionado con la iluminación artificial, dicha obligación no es del resorte de mi representada ni de los contratos de concesión, por cuanto



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

dicha prestación debe ser prestada por el municipio que tenga jurisdicción en el lugar, conforme a la regulación vigente.

- **Respecto al hecho Quinto: NO ES UN HECHO.** Es una apreciación que hace la parte demandante a manera de alegato de conclusión, la cual, además de estar totalmente alejada de la realidad, no es enfática en determinar en forma concreta las disposiciones del Manual de Señalización Vial que, en su sentir, fueron desconocidas, razón por la cual ello será objeto de excepción.
- **Respecto al hecho Sexto: TAMPOCO ES UN HECHO.** Como se hizo mención en la contestación al hecho anterior, se tratan de apreciaciones que, en el entender exclusivo de la parte demandante, entendió como una falla del servicio, lo cual será materia de excepción.
- **Respecto al hecho Séptimo: TAMPOCO ES UN HECHO.** Es una continuación de las apreciaciones insertadas en los “hechos” quinto y sexto, las cuales, se itera, serán controvertidas en la forma que corresponde, es decir, por medio de las excepciones de mérito.
- **Respecto al hecho Octavo: NO ME CONSTA.** Se trata de una situación que deberá ser probada por la parte interesada.
- **Respecto al hecho Noveno: NO ES UN HECHO,** sino una valoración subjetiva de la parte demandante, la cual, además de no ser cierta, es objeto de contradicción, como se expondrá en el acápite de excepciones de mérito.

IV ASPECTOS PRELIMINARES

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,



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

patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte y su objeto y funciones generales fueron definidas en los siguientes términos:

(...)

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

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

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



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

7. *Identificar y proponer, como resultado del análisis de viabilidad técnica, económica, financiera y legal, las modificaciones requeridas a los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a su cargo, con la finalidad de asegurar condiciones apropiadas para el desarrollo de los mismos.*
8. *Realizar directa o indirectamente la estructuración técnica, legal y financiera de los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a su cargo, con base en los lineamientos y políticas fijadas por las entidades encargadas de la planeación del sector transporte y por el Consejo Nacional de Política Económica y Social, (Conpes).*
9. *Coordinar y gestionar, directa o indirectamente, la obtención de licencias y permisos, la negociación y la adquisición de predios y la realización de las acciones requeridas en el desarrollo de los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a su cargo.*
10. *Adelantar los procesos de expropiación administrativa o instaurar las acciones judiciales para la expropiación, cuando no sea posible la enajenación voluntaria de los inmuebles requeridos para la ejecución de los proyectos a su cargo.*
11. *Identificar, analizar y valorar los riesgos de los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a su cargo e incorporar en todos los contratos de concesión y sus modificaciones las reglas de distribución de riesgos de forma que sea explícita la asunción de riesgos de cada una de las partes.*
12. *Evaluar y hacer seguimiento a los riesgos contractuales e institucionales y proponer e implementar medidas para su manejo y mitigación.*
13. *Controlar la evolución de las variables relacionadas con las garantías otorgadas por la Nación durante la vigencia de los contratos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a cargo de la entidad, y calcular y actualizar los pasivos contingentes, si hubiere lugar a ello, para cubrir dichas garantías, de acuerdo con las normas legales vigentes y los lineamientos impartidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.*
14. *Coordinar con el Instituto Nacional de Vías (Invías) y la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil (Aerocivil) la entrega y recibo de las áreas y/o la infraestructura de transporte asociadas a los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a su cargo.*
15. *Ejercer las potestades y realizar las acciones y actividades necesarias para garantizar la oportuna e idónea ejecución de los contratos a su cargo y para proteger el interés público, de conformidad con la ley.*
16. *Supervisar, evaluar y controlar el cumplimiento de la normatividad técnica en los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada a su cargo, de acuerdo con las condiciones contractuales.*
17. *Realizar la medición y/o seguimiento de las variables requeridas en cada proyecto para verificar el cumplimiento de los niveles de servicio y demás obligaciones*



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

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 (Inviás).

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 la norma transcrita se advierte que dentro de las funciones de la Agencia Nacional de Infraestructura no se encuentra de manera expresa e inequívoca la de ejecutar y adelantar obras de señalización de las vías concesionadas, pues lo cierto es que la ANI se encarga únicamente de la administración de los contratos de concesión mediante los cuales el Concesionario obtiene una remuneración por la materialización de unos proyectos de infraestructura, con sujeción a las estipulaciones contractuales pactadas.

Finalmente, se pone de presente que la instalación de iluminación en la vía no es objeto del contrato de concesión, habida cuenta que, de conformidad a lo establecido en el artículo 4 del decreto 4165 de 2011, no está entre las funciones de la ANI la de realizar actividades de instalación y prestación del servicio de alumbrado público en las vías, sino que aquella está a cargo del municipio que tenga jurisdicción en el lugar, de conformidad a lo enunciado en el artículo 5º de la Resolución 123 del 8 de septiembre de 2011, expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, donde se establece lo siguiente:

“Artículo 5º. Responsabilidad de la Prestación del Servicio de Alumbrado Público. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 2424 de 2006 los municipios o distritos son los responsables de la prestación del Servicio de Alumbrado Público. El municipio o distrito lo podrá prestar directa o indirectamente, a través de empresas de servicios públicos domiciliarios u otros prestadores del Servicio de Alumbrado Público.



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

Parágrafo. Los municipios tienen la obligación de incluir en sus presupuestos los costos de la prestación del Servicio de Alumbrado Público y los ingresos por impuesto de alumbrado público en caso de que se establezca como mecanismo de financiación.”

Por otra parte, se observa que el artículo 2.2.3.6.1.2., sección 2, del Decreto 1073 del 26 de mayo de 2015, establece lo siguiente:

“Los municipios o distritos son los responsables de la prestación del servicio de alumbrado público. El municipio o distrito lo podrá prestar directa o indirectamente, a través de empresas de servicios públicos domiciliarios u otros prestadores del servicio de alumbrado público.

Parágrafo. Los municipios tienen la obligación de incluir en sus presupuestos los costos de la prestación del servicio de alumbrado público y los ingresos por impuesto de alumbrado público en caso de que se establezca como mecanismo de financiación”.

En complemento a lo anterior, vale la pena reseñar que mediante concepto No. 2008024516 del 4 de junio de 2008, emitido por la Jefatura de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Minas y Energía, se estableció que la ANI cumple funciones relacionadas con el sector transporte, por lo que no es viable trasladarle la obligación de instalar o prestar el servicio de alumbrado público, dado que ello le corresponde al municipio o distrito respectivo.

Igualmente, se pone de presente que los contratos de concesión No. 008 de 2007 y 004 de 2014 solo establecieron en su objeto la concesión para la operación y mantenimiento de las vías comprendidas en dicho acto jurídico, sin que ello contemple directa o indirectamente prestaciones relacionadas con la instalación o prestación del servicio de alumbrado público.

2. Respetto 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:

¹ Ley 80 de 1993, Artículo 32 De los Contratos estatales Numeral 4º.



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

*“[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 costos².

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 obra³**, 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

² Ver HART Oliver, SCHLEIFER Andrei and VISHNY Robert. “The Proper Scope of Government: Theory and Application to Prisons”, *Quarterly Journal of Economics*, Vol.112, No 4. (1997).

³ FERNÁNDEZ ROMERO, Francisco José y LÓPEZ JIMÉNEZ, Jesús. *El contrato de concesión de obras públicas*. En “Reflexiones sobre el contrato de concesión de obra pública”. Sevilla: Ed. Hispalex, 2005. P. 29.



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

criterio con que se fija entonces el plazo del contrato.⁴ 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.

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.

⁴ En este punto radica la principal diferencia del contrato de concesión de obra pública con el contrato de obra: mientras en el primero usualmente la remuneración es pagada por los usuarios de la obra por medio de peajes o contribución por valorización, en el contrato de obra la entidad contratante paga un precio con cargo a sus propios recursos. Sin embargo, esta no es una diferencia estructural sino de la práctica, pues la ley 80 permite otros tipos de remuneración en el contrato de concesión.

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

PARÁGRAFO 2o. Los contratos a que se refiere en 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.”

De lo anterior se desprende que en el *sub lite* la Agencia Nacional de Infraestructura no tiene legitimación en la causa, en cuanto a la situación fáctica expuesta por el actor, existe el Contrato de Concesión No. 008 de 2007, suscrito con la sociedad Autopistas del Sol S.A.S., que determina obligaciones específicas a cargo de aquel.

Ahora bien, bajo esa premisa y partiendo de la base de que los riesgos de financiación del proyecto son responsabilidad del concesionario, el contrato de concesión ha evolucionado dando lugar a lo que la doctrina ha denominado “*Generaciones de los Contratos de Concesión*”, y que brevemente podemos sintetizar en la forma que pasa a verse:

“(…)

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 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

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

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 o/o de los 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



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

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 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



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

contrato, reducción de posibilidades de renegociación del contrato, reducción de riesgos al concesionario...⁵ (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Adicionalmente a lo expuesto, en virtud de la Ley 1508 de 2012, en la actualidad encontramos 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.

3. Respecto del Contrato No. 008 de 2007.

El 22 de agosto de 2007, el Instituto Nacional de Concesiones –INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura –ANI, y la Sociedad Autopistas del Sol S.A., suscribieron el *Contrato de Concesión No. 008 de 2007*, cuyo alcance y objeto se describe en la cláusula segunda de la siguiente manera:

“CLÁUSULA SEGUNDA. OBJETO DEL CONTRATO

“El objeto del presente CONTRATO, es el otorgamiento al CONCESIONARIO de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el artículo 32, numeral 4, de la Ley 80 de 1993 y en la Ley 105 del mismo año, realice por su cuenta y riesgo, los estudios y diseños definitivos, gestión predial, gestión social, gestión ambiental, financiación, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del proyecto de concesión vial “RUTA CARIBE”.

(...)

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, sentencia de diciembre nueve (9) de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 25000-23-26-000-2002-1216-01(27921), Actor: EPTISA PROYECTOS INTERNACIONALES S.A. Y OTROS, Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS

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

El CONCESIONARIO realizará todas aquellas actividades necesarias para la adecuada y oportuna prestación del servicio y el correcto funcionamiento del Proyecto de Concesión Vial “RUTA CARIBE”, permitiendo la estabilidad de la vía, una adecuada movilidad de los usuarios y la continuidad de la prestación del servicio, manteniendo la seguridad vial, la comodidad y la integración con el entorno, cumpliendo para ello con los requisitos mínimos establecidos en el presente CONTRATO y sus Apéndices y siempre bajo el control y vigilancia del INCO.

En desarrollo del objeto del CONTRATO, el CONCESIONARIO deberá ejecutar –en el plazo establecido en el presente CONTRATO – las Obras de Construcción y Rehabilitación y todas las actividades correspondientes a la operación y mantenimiento del Proyecto, necesarias para mantener todos y cada uno de los Trayectos del Proyecto de conformidad con el Pliego, el CONTRATO, sus Apéndices y los requerimientos ambientales establecidos por la respectiva autoridad. (Lo subrayado y en negrilla fuera de texto).

Aunado a lo anterior, es pertinente destacar en este punto que, según lo previsto en la Cláusula 10 del Contrato de Concesión No. 008 de 2007, el Concesionario está obligado por su cuenta y riesgo a lo siguiente:

“(…)

OBLIGACIONES Y RIESGOS ASUMIDOS POR LAS PARTES

CLAUSULA 10 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO

*El **Concesionario** será responsable de la ejecución completa y oportuna de todas las actividades que componen el Objeto del presente **Contrato**, de conformidad con lo previsto en este documento, en sus anexos, apéndices, los pliegos de **condiciones de licitación** y demás documentos que lo integran. Para tales efectos, el **Concesionario** deberá realizar todas las acciones, a su costa y riesgo, tendientes al cabal cumplimiento de este **Contrato** y en particular tendrá a su cargo incluyendo, pero sin limitarse, las siguientes obligaciones, además de las contenidas en las normas constitucionales, legales o reglamentarias aplicables, en otras cláusulas del presente **Contrato** o en los documentos que lo integran, y las que se desprendan de su naturaleza:*

(…)



La movilidad
es de todos

Mintransporte

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

10.8. Diseñar a nivel de detalle, construir, rehabilitar, mejorar, mantener y operar por su cuenta y riesgo los **Trayectos** que hacen parte del **Proyecto**, en los términos, plazos, calidades y especificaciones previstas en este **Contrato** y sus Apéndices y Anexos y en el **Pliego** y sus anexos.

10.22 Establecer y ejecutar el programa de señalización y desvíos a que se refiere la **CLAUSULA 39** de este **Contrato**.

Por su parte, la mencionada *Cláusula 39* del citado Contrato de Concesión, contiene implícita una cláusula de indemnidad, en la cual dispone lo siguiente:

“(…)

CLAUSULA 39 USO DE VÍAS PÚBLICAS

El concesionario deberá a su costa y riesgo establecer un programa de señalización y desvíos para evitar – o minimizar- las afectaciones que pueden ocasionarse sobre el tránsito en las vías públicas que serán objeto del **Proyecto** o sobre las vías públicas que deba utilizar para acceder a la zona del Proyecto, durante las diferentes etapas del mismo. Este programa de señalización y desvíos deberá cumplir, por lo menos, con lo señalado en las **Especificaciones Técnicas de Operación, Mantenimiento y Servicios al Usuario Especificaciones Técnicas de Operación y Mantenimiento** y en las normas citadas en dicho documento.

Será responsabilidad del **Concesionario** mantener indemne al **INCO** por los daños que se causen al **INCO** o a terceros como consecuencia de una ineficiente e inoportuna señalización pública.

(:..)” (Se subraya)

Conforme lo anterior, debe decirse que la Agencia Nacional de Infraestructura, antes Instituto Nacional de Concesiones, no es la llamada a responder por los daños que se generen con ocasión a la ejecución del contrato del caso con fundamento en las razones expuestas.

Así las cosas, es evidente que la Agencia Nacional de Infraestructura carece de legitimidad en la causa por pasiva, pues sobre ella no recaen las obligaciones y la supuesta responsabilidad que trata de endilgar la parte demandante, tal y como reluce en el presente asunto.



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

El Contrato de Concesión No. 008 de 2007, suscrito entre el INCO y la sociedad Autopistas del Sol S.A., de acuerdo con el documento Conpes 3107 del 01 de abril de 2001, pertenece a aquellos contratos de tercera generación, con los que se pretende “transferir al contratista privado la mayoría de los riesgos asociados a los proyectos correspondientes, que habían sido asumidos tradicionalmente por el sector público.”⁶ En este sentido, con la suscripción del referido contrato, “los riesgos deberán ser asumidos por la parte que esté en mejor disposición de evaluarlos, controlarlos y administrarlos.”⁷

4. Respetto del Contrato No. 004 de 2014.

El 10 de septiembre de 2014, la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI, y la Sociedad Concesión Costera Barranquilla Cartagena S.A.S., suscribieron el *Contrato de Concesión APP No. 004 de 2014*, cuyo alcance y objeto se describe en la cláusula 2.1. de la siguiente manera:

“2.1 OBJETO

“El presente Contrato de concesión bajo un esquema de asociación público privada en los términos de la Ley 1508 de 2012, tiene por objeto el otorgamiento de una concesión para que de conformidad con lo previsto en este Contrato, el Concesionario, por su cuenta y riesgo, lleve a cabo el Proyecto. El alcance físico del Proyecto se describe en la Parte Especial y en el Apéndice Técnico 1”.

Aunado a lo anterior, es pertinente destacar en este punto que, según lo previsto en la *Cláusula 4.5 del Contrato de Concesión No. 004 de 2014*, el Concesionario está obligado por su cuenta y riesgo a lo siguiente:

“(a) Cumplir con todas las obligaciones correspondientes a la Fase de Construcción que se encuentren incluidas en los diferentes Apéndices y Anexos, y en las demás Secciones y Capítulos del Contrato tanto en su Parte General como en la Parte Especial”

Por su parte, el ordinal (i) de la cláusula 4.5 del citado Contrato de Concesión, en su parte general, contiene implícita una cláusula de indemnidad, en la cual dispone lo siguiente:

“Evitar la imposición de multas a la ANI por incumplimiento imputable al Concesionario de las disposiciones ambientales y/o de gestión social y/o cualquier

⁶ CE, S3, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá, D.C. Diciembre (9) de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 25000-23-26-000-2002-1216-01(27921), Actor: Eptisa Proyectos Internacionales S.A. y otros, Demandado: Instituto Nacional de Vías-INVÍAS.

⁷ Ibídem.



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

otra Ley Aplicable al Proyecto, y en caso de presentarse alguna sanción, multa o indemnización a cargo de la ANI como consecuencia del incumplimiento del Concesionario deberá mantener indemne a la ANI por cualquiera de estos conceptos”
(Se subraya)

Sobre esa línea, es menester tener en cuenta que una de las obligaciones del concesionario es la de realizar el mantenimiento de la vía, conforme a lo señalado en el ordinal c) de la cláusula 4.5 del citado instrumento negocial, donde se establece que está a cargo de aquel lo siguiente:

“Efectuar la Operación y Mantenimiento del Proyecto, incluidas las de las Unidades Funcionales respecto de las cuales se haya suscrito el Acta de Terminación de Unidad Funcional o el Acta de Terminación Parcial de Unidad Funcional -según corresponda-, conforme a los requisitos previstos en el Apéndice Técnico 2” (se subraya).

A su turno, el Apéndice Técnico No. 2, relacionado con la ejecución de las labores de mantenimiento, dispone en su cláusula 6, sección 6.1., lo siguiente:

“Las Obras de Mantenimiento deberán adelantarse aún cuando no exista una categoría o procedimiento específico para éstas en este numeral, de manera que los elementos de la(s) vía(s) cumplan con los Indicadores previstos en el Apéndice Técnico 4 y cumplan su función de manera adecuada con la calidad de servicio establecida en el Contrato, en el presente Apéndice Técnico y en los demás documentos del Contrato. Por consiguiente, la descripción de las Obras de Mantenimiento y Operación no debe entenderse como exhaustiva, por lo que se entiende que el Concesionario deberá asumir la obligación de realizar todos los trabajos, obras y actividades necesarios para cumplir con los Indicadores establecidos en el Apéndice Técnico 4 – Indicadores para Disponibilidad, Calidad y Nivel de Servicio”

En cualquier caso, el Concesionario deberá corregir todos los deterioros o deficiencias detectados por la Interventoría o por él directamente en desarrollo de sus actividades de autoevaluación, y en especial aquellos que pudieran afectar a la transitabilidad de la(s) vía(s). Por consiguiente, el Concesionario será responsable de adoptar las medidas preventivas y/o correctivas necesarias para la conservación de la(s) vía(s) en las condiciones establecidas en el Contrato y en el Apéndice Técnico 4 – Indicadores para Disponibilidad, Calidad y Nivel de Servicio, así como en las que exija la Interventoría, siempre que se refieran al cumplimiento de temas obligatorios del Contrato y/o la Ley Aplicable.

Todas las Obras de Mantenimiento se realizarán siguiendo los planes o los procedimientos mencionados en el Manual de Operación y Mantenimiento.



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

Sin limitar la generalidad de lo anterior, antes del inicio de cualquier actividad o acción de conservación el Concesionario deberá instalar un sistema de señalización provisional de obra de acuerdo con un Plan de Manejo de Tráfico (PMT) previamente presentado a la Interventoría, según lo contenido en el manual de señalización expedido por el Ministerio de Transporte e INVIAS, conforme a las normativa de control de tráfico, de modo que se propicie la total seguridad de Usuarios, trabajadores y población colindante”

A su turno, la sección 6.3. de dicho apéndice establece las siguientes actividades a cargo del concesionario:

“6.3.1 Pavimento y Bermas

El Concesionario deberá realizar a su propio riesgo todos los trabajos de conservación, mantenimiento, reparación, rehabilitación y reconstrucción que sean necesarios para el cumplimiento de los Indicadores de Estándares de Calidad en los términos establecidos en el Apéndice Técnico 4: Indicadores para Disponibilidad, Calidad y Nivel de Servicio, en el que se presentan los indicadores, valores mínimos de aceptación, métodos de medida y tiempos máximos de corrección.

(...)

Para cumplir con los Indicadores a que se refiere el Apéndice Técnico 4, el Concesionario deberá ejecutar las siguientes actividades, además de todas aquellas que de acuerdo con la técnica y las necesidades de la infraestructura, sean necesarias para cumplir con los mencionados Indicadores.-

6.3.1.1 Reparación de Baches y Asentamientos

El Concesionario se obliga a mantener, en todo momento, la superficie de rodadura y las bermas libres de baches y deformaciones como ahuellamientos, hundimientos, desplazamientos de borde, afloramientos, etc., para lo cual efectuará las reparaciones de acuerdo con los procedimientos y especificaciones descritos en su Manual de Operación y Mantenimiento y en los plazos indicados en el Apéndice Técnico 4. Para ello deberá disponer de personal calificado que deberá realizar recorridos rutinarios con el propósito de detectar y clasificar los defectos, con la periodicidad mínima indicada en el Apéndice 4. Además, seleccionará y suministrará los materiales y equipos adecuados para cada una de las operaciones necesarias para la reparación de baches en afirmado y parcheo en pavimento en la corona.

(...)



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

6.3.1.2 Sellado de Fisuras

El Concesionario se obliga a mantener la superficie de rodadura y las bermas libres de todo tipo de fallas (entre otras, ojos de pescado, fisuras longitudinales y transversales, agrietamientos, baches, descascamientos, pérdida de la película ligante o de los agregados, ahuellamientos, hundimientos, desplazamientos de borde, afloramientos, etc.), para lo cual efectuará las reparaciones de acuerdo con los procedimientos y especificaciones descritas en las Especificaciones Técnicas y dispondrá del personal calificado que realizará recorridos rutinarios con el propósito de detectar y clasificar las fallas. Igualmente dispondrá del personal para el bacheo, parcheo y sello de fisuras en carreteras pavimentadas, de acuerdo con las especificaciones técnicas del INVIAS.

(...)

6.3.1.3 Reparación de pavimento rígido

El Concesionario se obliga a mantener, en todo momento, la superficie del pavimento rígido y las bermas libres de fisuras, escalonamientos, perdida de sellos, etc., para lo cual efectuará las reparaciones de acuerdo con los procedimientos y especificaciones descritos en su Manual de Operación y Mantenimiento y en los plazos indicados en el Apéndice Técnico 4. Para ello dispondrá de personal calificado que deberá realizar recorridos rutinarios con el propósito de detectar y clasificar los defectos, con la periodicidad mínima indicada en el Apéndice 4. Además, seleccionará y suministrará los materiales y equipos adecuados para cada una de las operaciones necesarias.

(...)

6.3.2 Señalización Vertical y Señalización Horizontal

El Concesionario deberá realizar los trabajos de limpieza periódica, de al menos una vez al mes, conservación, y reparación necesarios para cumplir en todo caso con lo estipulado en esta Sección y, además, asegurar el cumplimiento de lo especificado para los Indicadores, incluidos en el Apéndice Técnico 4:

(...)

El Concesionario deberá asegurar, durante toda la vigencia del Contrato y en todo momento, con los Índices de Estándares de Calidad del Apéndice Técnico 4, tanto de la señalización horizontal como de la señalización vertical, cumpliendo con las normas vigentes, incluyendo sin limitación al Manual de Señalización Vial del Ministerio de Transporte última versión según se modifique o adicione de tiempo en tiempo y con otras normas referidas a materiales utilizados, reflectividad y limpieza.



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

Será obligación del Concesionario incluir en su Manual de Operación, a su cuenta y riesgo, un “Programa de Señalización y Manejo de Tránsito” para evitar -o minimizar, en lo posible- las afectaciones que puedan causarse durante la ejecución de las Obras de Mantenimiento Ordinario, Extraordinario o de Emergencia, sobre el tránsito de la(s) vía(s) o sobre otras vías públicas que deba utilizar para acceder a la(s) vía(s) objeto de las obras. Del mismo modo, el Concesionario debe presentar a la Interventoría un estudio de señalización temporal como parte de los estudios que entregue cada vez que realice Obras de Mantenimiento Ordinario, Extraordinario o de Emergencia que supongan nuevos elementos en la(s) vía(s).

Se considerarán deficiencias para la evaluación del cumplimiento de los Indicadores respectivo entre otras, las siguientes: ausencia de señales, existencia de señales ilegibles, no cumplir con las Especificaciones del Manual de Señalización Vial del Ministerio de Transporte, la resolución 004577 de 2009 y demás disposiciones vigentes, entre ellas las referentes a dimensiones, colores, rotulado, reflectancia y ubicación de las señales (longitudinal, lateral o elevado), etc.”

Conforme lo anterior, debe decirse que la Agencia Nacional de Infraestructura no es la llamada a responder por los daños que se generen con ocasión a la ejecución del contrato del caso con fundamento en las razones expuestas.

Así las cosas, es evidente que la Agencia Nacional de Infraestructura carece de legitimidad en la causa por pasiva, pues sobre ella no recaen las obligaciones y la supuesta responsabilidad que trata de endilgar la parte demandante, tal y como reluce en el presente asunto.

El Contrato de Concesión No. 004 de 2014, suscrito entre la ANI y la sociedad Concesión Costera Barranquilla Cartagena S.A.S., pertenece a aquellos contratos de cuarta generación, con lo que continúa con la línea atinente a que “los riesgos deberán ser asumidos por la parte que esté en mejor disposición de evaluarlos, controlarlos y administrarlos.”⁸, con la adición que ese criterio será fijado según las etapas precontractuales que comprende la constitución del negocio jurídico, por lo que el concesionario asume el riesgo de las actividades que, según su experiencia y conocimiento, así como los que por su capacidad económica y operativa pueda asumir, lo cual plasma en la propuesta de contrato y de esquema de riesgos.

⁸ CE, S3, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá, D.C. Diciembre (9) de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 25000-23-26-000-2002-1216-01(27921), Actor: Eptisa Proyectos Internacionales S.A. y otros, Demandado: Instituto Nacional de Vías-INVÍAS.

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

V. EXCEPCIONES PREVIAS

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.

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, comoquiera 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"*⁹.

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. 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

⁹ Corte Constitucional, sentencia C 965 de 21 de octubre de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

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

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 absuelto¹⁰.

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 ocasión a lo anterior, es claro que la señalización está a cargo de las sociedades concesionarias atrás mencionadas en el marco de sus competencias y el alcance tanto de las vías concesionadas como de las obras a su cargo, según se explicó en detalle respecto a las obligaciones de cada una de ellas en forma precedente.

Es precisamente por la naturaleza del Contrato de Concesión¹¹ que se encuentra en cabeza del Concesionario entre otras obligaciones de la construcción, operación, mantenimiento y señalización de los trayectos que conforman los Proyectos Viales Concesionados denominados “Ruta Caribe” y “Cartagena – Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad”, aspectos sobre los cuales la Agencia Nacional de Infraestructura no tiene incidencia alguna, toda vez que el desarrollo y ejecución de dichas actividades corren por cuenta y riesgo del Concesionario.

¹⁰ Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 11 de noviembre de 2009, radicado 05001-23-26-000-1995-01935-01(18163), actor: Ramiro de Jesús Mora Henao y otros, demandado: Nación-Ministerio de Salud y otros, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹¹ **Artículo 32. De los Contratos Estatales.** Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación.

4o. Contrato de concesión

Son 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.



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

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

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 32¹² 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 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 concesionario la

¹² Ley 80 de 1993, Artículo 32 De los Contratos estatales Numeral 4º

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

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.”¹³

*“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)”¹⁴*

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:

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del nueve (9) de junio de dos mil diez (2010). Radicación número: 50001-23-31-000-1993-04051-01(16496)

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Providencia del dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390)



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"¹⁵. (Se subraya)¹⁶*

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 tales actos.**

Así las cosas, el Juzgado no puede perder de vista el pacto expreso contractual, que constituye ley para las partes actualmente vigente que asigna la responsabilidad obligacional al Concesionario, y que no puede ser obviado en forma alguna por la autoridad judicial, cuando contractualmente se pactó y asumió un compromiso exclusivo.

Se evidencia de ese modo que, según el fundamento legal presentado por el actor, y de que eventualmente se dijera que la prestación reclamada deba entregarse al demandante con cargo al responsable de la vía concesionada, aquella corresponderá al concesionario responsable de adelantar las actuaciones en el marco de sus competencias.

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

¹⁵ Cita original: "Artículo 32, numeral 4º, de la Ley 80 de 1993."

¹⁶ Op. Cit. 4

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

B. INEPTA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES (ART. 100, NUM. 5 C.G.P.)

La anterior excepción se predica en tanto que la parte demandante no acreditó en el libelo el debido agotamiento del requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa, pues, si bien en el escrito de demanda dijo haber adjuntado como anexo “*original de la Constancia de No Conciliación...*”, lo cierto es que no se adjuntó el documento idóneo para acreditar el agotamiento de esta etapa previa, ya que, según el traslado allegado a mi representada, no se allegó la constancia de no acuerdo, como lo dispone el artículo 2 de la ley 640 de 2001 y el numeral 1 del artículo 161 de la ley 1437 de 2011.

En este aspecto, es claro que la demanda fue presentada sin el lleno de los anexos requeridos por la ley procesal, o a mi representada se le presentó documentación incompleta de la demanda, siendo cualquiera de los dos escenarios un vicio formal que debió ser corregido mediante la inadmisión de la demanda para su respectiva subsanación, lo cual no ocurrió en el asunto de marras.

Por tanto, es claro que esta demanda presenta en este momento este vicio formal, sin que se haya corregido oportunamente en las oportunidades suministradas en la ley.

V. EXCEPCIONES DE MÉRITO

A. INEXISTENCIA DE FALLA DEL SERVICIO

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



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

*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”¹⁷

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 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”¹⁸, con lo cual se fundamenta la pertinencia de que la parte interesada demuestre el daño en cabeza de la entidad estatal.

En el asunto de marras, la parte interesada alegó una supuesta omisión administrativa por los siguientes factores: la falta de señalización y la ausencia de iluminación.

Al respecto, se pone de presente que, según el informe de supervisión, para la época de los hechos en la vía se desarrollaba la construcción de la intersección de PIMSA del proyecto Cartagena – Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad, conforme a las siguientes características:

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 5 de julio de 2018. Exp. 05001-23-31-000-2002-01526-01(44131). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I, Ed. Legis. 2015, p. 216-217.



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

“La Concesión mediante correo electrónico del 12 de marzo de 2020 informa que se contaba con señalización temporal de obra según el manual de señalización vial 2015. La Ruta 2516 no cuenta con iluminación artificial.

(...)

“No se encontraron andamios y/o separadores, solo señalización temporal por obra”¹⁹

Por otra parte, no se evidencia la existencia de algún reporte oficial levantado a la fecha en la que se manifestó que ocurrió el accidente, sino que la referencia aludida por la parte demandante corresponde a un informe policial de accidente de tránsito levantado en una fecha diferente, con base en la cual aquella parte de la suposición que desde la fecha del accidente traído a colación en ese informe oficial y la del supuesto accidente en que se vio involucrado el señor Juan Carlos Fontalvo Pizarro la vía permaneció exactamente igual, lo cual difiere de los registros efectuados de las revisiones periódicas del lugar.

A lo anterior vale la pena agregar la vaguedad de la imputación hecha por la parte demandante en ese punto, pues no indica qué señalización o características de la misma son echadas de menos conforme a la regulación técnica que rige la materia, sino que se limitó a atribuir esa causa sin una exposición clara y concreta de las señales que, en su sentir, y de acuerdo a las exigencias técnicas, debían estar.

Por tanto, no hay claridad frente a este aspecto, es decir, el relacionado con la supuesta falta de señalización.

Sin perjuicio de lo anterior, también es importante poner de presente que no puede atribuirse falla del servicio a mi representada por una obligación que no está a su cargo, pues, como se ha anotado en varios apartes de esta contestación, la ANI no está facultada legalmente para ejecutar las actividades inherentes al concesionario, sino que su actividad se circunscribe al control y vigilancia de los contratos de concesión, prestación que no se evidencia reprochada por la parte demandante, ni desobedecida por la entidad, ya que ese conjunto de actuaciones han sido desplegadas desde la supervisión de los proyectos Ruta Caribe y Cartagena Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad, realizado en forma directa por dicho ente, con el apoyo de la interventoría del proyecto.

Finalmente, en lo relacionado con la presunta falta de iluminación, es menester resaltar que las obligaciones de instalar y prestar del servicio de alumbrado público no son del resorte de esta entidad al no estar contempladas en el objeto y funciones consignadas en el Decreto

¹⁹ Informe de supervisión Radicado ANI 2020-312-005013-3 del 19/03/2020.

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

4165 de 2011, y tampoco hace parte del objeto de los contratos de concesión tantas veces citados; y, en segundo término, se trata de una prestación que se encuentra a cargo del ente municipal que ejerza jurisdicción sobre el lugar de los hechos en que se aduce se presentó el siniestro, conforme a la exposición normativa mencionada líneas atrás.

Lo anterior por cuanto la instalación de iluminación en la vía no es objeto del contrato de concesión, habida cuenta que, de conformidad a lo establecido en el artículo 4 del decreto 4165 de 2011, no está entre las funciones de la ANI la de realizar actividades de instalación y prestación del servicio de alumbrado público en las vías, sino que aquella está a cargo del municipio que tenga jurisdicción en el lugar, según lo enunciado en el artículo 5º de la Resolución 123 del 8 de septiembre de 2011, expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, donde se establece lo siguiente:

“Artículo 5º. Responsabilidad de la Prestación del Servicio de Alumbrado Público. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 2424 de 2006 los municipios o distritos son los responsables de la prestación del Servicio de Alumbrado Público. El municipio o distrito lo podrá prestar directa o indirectamente, a través de empresas de servicios públicos domiciliarios u otros prestadores del Servicio de Alumbrado Público.

Parágrafo. Los municipios tienen la obligación de incluir en sus presupuestos los costos de la prestación del Servicio de Alumbrado Público y los ingresos por impuesto de alumbrado público en caso de que se establezca como mecanismo de financiación.”

Por otra parte, se observa que el artículo 2.2.3.6.1.2., sección 2, del Decreto 1073 del 26 de mayo de 2015, dispone lo siguiente:

“Los municipios o distritos son los responsables de la prestación del servicio de alumbrado público. El municipio o distrito lo podrá prestar directa o indirectamente, a través de empresas de servicios públicos domiciliarios u otros prestadores del servicio de alumbrado público.

Parágrafo. Los municipios tienen la obligación de incluir en sus presupuestos los costos de la prestación del servicio de alumbrado público y los ingresos por impuesto de alumbrado público en caso de que se establezca como mecanismo de financiación”.

En complemento a lo anterior, vale la pena reseñar que mediante concepto No. 2008024516 del 4 de junio de 2008, emitido por la Jefatura de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Minas y Energía, se estableció que la ANI cumple funciones relacionadas con el sector transporte, por lo que no es viable trasladarle la obligación de instalar o prestar



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

el servicio de alumbrado público, por corresponderle, se itera, al municipio o distrito respectivo.

La anterior apreciación normativa ha sido acogida por la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado como órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, al establecer, en su Sección Cuarta, con base en el impuesto de alumbrado público, su recaudo a favor de las municipalidades, más no de órganos estatales como el acá representado, y menos aún para entidades privadas como los concesionarios. Igualmente, se extrae la siguiente interpretación suministrada por la Sección Tercera para casos en los que ha tenido que determinar quién es el obligado a asumir tal prestación, así:

“Comoquiera que la prestación del servicio de alumbrado público dentro de su jurisdicción urbana y rural, así como el mantenimiento de postes, redes, transformadores, luminarias y demás elementos afectos al servicio estaba a su cargo, conclusión a la cual llegó el a quo con apoyo en lo preceptuado en la Resolución No. 042 de 1995, proferida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, mismo entendimiento que prohió el Ministerio Público en su concepto de fondo ante esta instancia”²⁰

Por lo tanto, es clara la imposibilidad jurídica de ejecutar una función que está en cabeza de otro organismo público, en virtud al principio de legalidad que rige la actividad estatal.

B. CARENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD

Al respecto, vale la pena memorar que, según la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, *“la demostración del mal estado de la vía no es, por sí sola, suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en caso de producirse un daño, pues esa prueba debe acompañarse de la **acreditación del nexo causal entre éste y la acción u omisión en que pudo haber incurrido la Administración en su deber de mantenimiento de la malla vial**”* (Sección Tercera. Sentencia del 14 de julio de 2016. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicación No. 76001-23-31-000-2008-00179-01(41631)).

Dicho punto tiene especial relevancia si se tiene en cuenta que, según el relato de la parte demandante, el accidente se produjo porque el señor Juan Carlos Fontalvo Pizarro supuestamente sufrió un impacto contra un separador que se encontraba sobre la vía, afirmación que resulta totalmente contradictoria con los informes recibidos por mi representada, donde se indicó que, para la fecha precisada por el extremo activo de la Litis

²⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 19 de noviembre de 2015, número único de radicación 25000-23-26-000-2003-01472-01(32302).C.P.: Hernán Andrade Rincón.

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

no se encontraba este tipo de elemento en el punto donde se estaba realizando la construcción del puente, sino que solamente había señalización temporal de obra, en la forma dispuesta en el Manual de Señalización Vial 2015.

A lo anterior es menester agregar que no existen dentro de los registros de accidentes de tránsito de los concesionarios Autopistas del Sol S.A.S. y Concesión Costera Cartagena Barranquilla S.A.S. el siniestro acá narrado, así como tampoco informe policial de accidente de tránsito ni informe de policía judicial de la Fiscalía General de la Nación que, para el escenario planteado, se suele hacer seguimiento para la investigación del presunto delito de lesiones personales culposas.

Igualmente, es evidente que, si bien la víctima fue presuntamente auxiliada por ambulancia, no hay precisión del momento, hora y lugar en el que ese vehículo lo recogió para llevarlo a la Clínica Campbell, ni son claras las razones por las cuales los funcionarios que prestaron el auxilio hubieran omitido reportar a las autoridades atrás mencionadas el suceso para las investigaciones correspondientes.

Ese conjunto de situaciones deja en evidencia una total incertidumbre de la forma en que se hubiera presentado el accidente en el que se vio involucrado el señor Juan Carlos Fontalvo Pizarro, pues no tiene sentido que un siniestro de la magnitud narrada hubiera sido pasado por alto por todas las autoridades mencionadas, lo que deja en un manto de duda la forma como se hubiera presentado el daño causado a la víctima, lo cual va desde el lugar en que ello tuvo lugar hasta la forma en que ello se presentó.

C. OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO

Lo anterior tiene lugar por dos razones precisas:

La primera, por cuanto la parte demandante realizó estimación de rubros no susceptibles de ser estimados económicamente, pues, a la luz de lo establecido en el artículo 206 del C.G.P., solamente son objeto de estimación los perjuicios de orden material, como se evidencia del contenido de dicha norma:

“Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. 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.



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

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

<Inciso modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. *Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.”*

Dicha restricción expresa tiene una razón lógica, y consiste en que los perjuicios extrapatrimoniales, al comportar una compensación por daños subjetivos solo pueden fijarse bajo estimación del juez según el grado de afectación que aquel evidencie (*arbitrium judicis*), pues será él y solamente él quien, con base en el grado del daño advertido y los criterios jurisprudenciales para su tasación indicará su monto, por lo cual la estimación de los mismos por la parte demandante, además de contravenir abiertamente la norma procesal, está invadiendo valoraciones que son del resorte exclusivo de la autoridad judicial.

La segunda obedece a que los perjuicios materiales estimados por concepto de daño emergente no están soportados en ningún elemento de juicio coherente, pues lo mencionado por gastos médicos, teniendo en cuenta que la víctima estaba vinculada laboralmente como trabajadora, y, por ende, se encontraba afiliado al sistema de seguridad social en salud, implica que dichos gastos médicos debían ser cobijados por dicho Sistema, y sin que se explique de forma precisa los “gastos médicos” ocasionados, y el motivo por el cual no estaban dentro de la cobertura del sistema de seguridad social en salud.

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

Ahora, en lo relacionado con el lucro cesante consolidado y futuro reclamado a favor del señor Juan Carlos Fontalvo Pizarro, existe una contradicción consistente en señalar la falta de ingresos durante su tiempo de vida, sin tener en cuenta que, según el porcentaje de pérdida de capacidad laboral mencionado en los hechos de la demanda (91%) da lugar al reconocimiento de pensión de invalidez, la cual se otorga cuando existe incapacidad laboral permanente superior al 55%, aspecto tal que no fue tenido en cuenta al momento de estimar los perjuicios materiales, pese a la trascendencia de dicho factor para su determinación.

Finalmente, en lo atinente al lucro cesante consolidado y futuro reclamado por los padres y tía del señor Juan Carlos Fontalvo, no tiene como punto de partida el porcentaje de los ingresos de la víctima que eran destinados para ese fin, o, por lo menos, el monto aproximado que se les proveía, lo cual hace que los datos numéricos ahí consignados resulten totalmente inexactos e imprecisos.

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.

VI. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

En escrito separado se presenta llamamiento en garantía a **AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S., CONCESIÓN COSTERA CARTAGENA BARRANQUILLA S.A.S.** y a **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS.**

VII. RESPECTO DE LAS PRUEBAS A CONSIDERAR EN EL SUB EXÁMINE

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

1. Documentales aportadas con la contestación:

- Contrato de Concesión No. 008 de 2007.
- Contrato de Concesión No. 004 de 2014.



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

- Radicado 2020-312-005013-3 del 19 de marzo de 2020, mediante el cual se remite información respecto del caso propuesto en la presente demanda.
- Certificación del Registro Único de Afiliados (RUAFA), Sistema Integrado de Información de la Protección Social del Ministerio de Salud, referente al estado de afiliación al sistema de seguridad social del señor Juan Carlos Fontalvo Pizarro.

Se debe advertir en este aspecto que si bien ha sido reiterativo el criterio de la jurisprudencia contencioso administrativa de que las copias no pueden ser valoradas en los procesos contencioso administrativos, las copias de documentos remitidos por una Entidad pública podrán ser tenidas en cuenta por el juez, en atención a que fueron aportadas por la misma Entidad en donde reposa el original y fue quién las emitió y produjo, así lo ha entendido la Sección Tercera de Consejo de Estado:

“Bajo este entendido, cuando una entidad pública aporta a un proceso copias de determinados actos o documentos proferidos o creados por ella misma, se debe concluir que se trata de copias fieles de su original y que cuentan con las condiciones de autenticidad requeridas legalmente, pues de acuerdo con los postulados del Principio Constitucional de la Buena Fe (Principio General de Derecho), no se esperaría, por parte de la Administración Pública, un comportamiento diferente a la debida aportación de esos actos, como quiera que fue ella misma quien los expidió”²¹.

En el mismo sentido, el artículo 246 del Código General del Proceso establece que *“las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia”*, excepción que no se configura en el caso concreto, dado que las piezas aportadas, desde el punto de vista eminentemente probatorio, pueden ser aportadas en copia, la cual puede ser física o magnética, en cumplimiento al principio de equivalencia funcional establecido en el canon 6º de la ley 527 de 1999²².

2. Interrogatorio de Parte:

Se pide muy comedidamente al Despacho citar a la demandante Iveth Sofía Pizarro Conrado, a fin de absolver interrogatorio que se le hará por el apoderado de esta entidad.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Providencia del cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010). Radicación número: 54001-23-31-000-1994-08313-01(17109).

²² ARTICULO 6o. ESCRITO. Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta. Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito.

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

VIII. RESPECTO DE LOS ANEXOS A ESTE ESCRITO

Comedidamente me permito dejar constancia de la entrega –simultánea a este escrito de contestación de demanda– de los documentos relacionados como pruebas, poder para actuar y escritos de llamamiento en garantía.

IX. RESPECTO DE LAS NOTIFICACIONES

De manera comedida solicito que todas las providencias emitidas en el asunto sean notificadas a la Entidad que represento al buzón judicial buzonjudicial@ani.gov.co y/o camedina@ani.gov.co. De igual forma, y para fines informativos, me permito indicar que la dirección física es Calle 26 N°59-51 Edificio T4, Torre B, Piso 2 de Bogotá D.C.

Cordialmente,



CAMILO ALBERTO MEDINA PARRA
Apoderado Agencia Nacional de Infraestructura
C.C. 1.018.410.077 de Bogotá D.C.
T.P. No. 197.144 del C.S. de la J.