



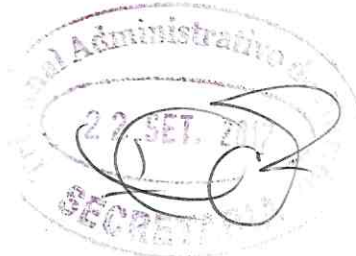
CONCESIÓN
Rumichaca
Pasto



GG 304-17

San Juan de Pasto, 07 de septiembre de 2017.

HONORABLES MAGISTRADOS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO
Atn. Dr. Paulo León España Pantoja
MAGISTRADO PONENTE
E. S. D.



Asunto: Contestación de demanda por parte de la Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S.
Acción: Popular
Actor: HAROLD DELGADO GUERRERO Y OTROS
Accionado: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI Y OTROS.
Radicado: 52-001-23-33-000-2017 - 00393-00

GERMAN DE LA TORRE LOZANO, mayor de edad y vecino de la ciudad de Pasto, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.326.611 de Bogotá D.C., obrando en mi calidad de Representante Legal de la Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S., identificada con NIT No. 900.880.846-3 (en adelante la "Concesionaria" o "Unión del Sur") y adjudicataria del Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No.015 de 2015 (en adelante el "Contrato" o el "Contrato de Concesión"), habiendo sido notificados de la Acción de Popular de la referencia mediante Auto 2017-848-SPO, encontrándome dentro del término procesal para hacerlo, respetuosamente procedo a darle contestación, en los siguientes términos:

1. FRENTE A LAS PRETENSIONES

Sin perjuicio de la sustentación que la Concesionaria impetrará a lo largo del presente escrito, delantadamente manifestamos nuestra oposición a la totalidad de las pretensiones formuladas por la parte accionante, y por el contrario solicitamos se despachen de manera favorable las excepciones y mecanismos de defensa aquí propuestos.

2. FRENTE A LOS HECHOS DE LA DEMANDA:

FRENTE AL PRIMERO: Es falso. La comunidad de Ipiales, actuando por intermedio de los señores Franco Braulio Fajardo Bedoya, Pablo Ramiro Cuayal Jaramillo, Luis Hernando Ramírez Bastidas y Rosa Elena Andrade Narváez interpusieron en el año 2015 acción constitucional de amparo contra la Agencia Nacional de Infraestructura ("Autoridad Competente"), Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, Gobernación de Nariño, Plan de Aguas Departamental, Consejo Departamental de Gestión de Riesgos y Atención de



www.uniondelsur.co

facebook.com/viauniondelsur

viauniondelsur

Calle 97 No. 23-60 Edificio Proksol piso 8 - Bogotá D.C.
Carrera 30 A # 12A-24 - Barrio San Ignacio
Tel: (+57) 2 736 4584 - San Juan de Pasto

Página 1



NIT 900.880.846-3

CONCESIÓN
Rumichaca y
Pasto



GG 304-17

Desastres, Alcaldía de Ipiales, Empresa Sanitaria de Obras Públicas EMPOOBANDO, Consejos Locales de Gestión de Riesgos y Desastres de Ipiales, Empresa de Desarrollo Vial de Nariño DEVINAR S.A., Ministerio de Transporte, Instituto Nacional de Vías INVIAS, Ministerio de Vivienda y Programa Aguas para la Prosperidad, solicitando la protección de derechos fundamentales a la vida, integridad física y salud de la comunidad accionante, y en consecuencia, se ordenara la construcción de un Colector de lluvias y Box Culvert a cargo de la ANI, entre otros pedimentos. La acción fue radicada bajo el No. 2015-00054 ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto.

Producto de dicha acción, se ordenó mediante sentencia proferida el día 5 de febrero de 2015, la protección de derechos fundamentales a la vida, integridad física y salud de la comunidad accionante. La sentencia en comento fue impugnada a través de la interposición de recurso de apelación, que, siendo de conocimiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia, fuera confirmada.

La decisión judicial de carácter constitucional en comento dispuso, además, ordenar a la Agencia Nacional de Infraestructura que llevara a cabo la construcción de un Box Culvert en la Calle 17 con Carrera 23 del Municipio de Ipiales, con el fin de solucionar los problemas de insalubridad alegados dentro del trámite de la acción tutelar.

Ahora bien, por otro lado, la Autoridad Competente atendiendo a la normatividad vigente en materia de contratación pública, dio apertura del proceso de Licitación No. VJ-VE-IP-LP-014-2013 con el fin de *"Seleccionar la oferta más favorable para la adjudicación de un (1) Contrato de Concesión bajo el esquema de APP, para que el Concesionario realice, a su cuenta y riesgo los estudios y diseños definitivos, financiación, gestión ambiental, predial y social, construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación, mantenimiento y reversión de la doble calzada entre Rumichaca y Pasto, de acuerdo con el Apéndice Técnico 1 y de la minuta del Contrato"*.

Producto de dicho proceso licitatorio, se culminó con la adjudicación de Contrato de Concesión bajo el esquema de Asociación Público Privado No. 015 de 2015 a favor de la Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S., suscribiéndose el correspondiente Contrato de Concesión el día 11 de septiembre de 2015, mismo que dio inicio a su ejecución mediante la suscripción de Acta de Inicio el día 27 de octubre del mismo año.

Dentro del contrato en comento, según da cuenta la sección 3.3 (a) "División del Proyecto" de la Parte Especial del Contrato de Concesión,



www.uniondelsur.co

facebook.com/viauniondelsur

viauniondelsur

UNIÓN DEL SUR

Calle 97 No. 23-60 Edificio Proksol piso 8 - Bogotá D.C.
Carrera 30 A # 12A-24 - Barrio San Ignacio
Tel: (+57) 2 736 4584 - San Juan de Pasto

Página 2



NIT 900.880.846-3

CONCESIÓN
Rumichaca -
Pasto



GG 304-17

el Proyecto Vial se encuentra dividido en cinco (5) Unidades Funcionales ("UF"), así:

UF	SECTOR	INTERVENCIÓN PREVISTA	LONGITUD APROXIMADA ORIGEN DESTINO (KM)
UF 1	Rumichaca – Ipiales (PR 0+000 - PR 0+900)	Operación y mantenimiento. Incluye la operación y mantenimiento de los enlaces de conexión al CEBAF.	0.90 Km
	Ipiales – La Josefina – PR25.6 (PR 0+900 PR 25+600)	Mejoramiento de la calzada existente y construcción de la 2ª calzada. Mantenimiento y Operación	24.7 Km
UF 2	PR 25.6 – PR 31.9 (PR 25+600- PR 31+900)	Mejoramiento de la calzada existente y construcción de la 2ª calzada. Mantenimiento y Operación	6.30 Km
UF 3	PR 31.9 – Pedregal (PR 31+900- PR 41+709)	Mejoramiento de la calzada existente y construcción de la 2ª calzada. Mantenimiento y Operación	9.81 Km
UF 4	Pedregal – Tangua (PR 0+000-PR 15+760)	Mejoramiento de la calzada existente y construcción de la 2ª calzada. Mantenimiento y Operación	15.76 Km
UF 5	Tangua –Pasto (PR 15+760 – PR 37+959)	Mejoramiento de la calzada existente y construcción de la 2ª calzada. Mantenimiento y Operación	22.20 Km



www.uniondelsur.co

facebook.com/viauniondelsur

viauniondelsur

Unión del Sur

Calle 97 No. 23-60 Edificio Proksol piso 8 - Bogotá D.C.
Carrera 30 A # 12A-24 - Barrio San Ignacio
Tel: (+57) 2 736 4584 - San Juan de Pasto

Página 3



NIT 900.880.846-3

CONCESIÓN
Rumichaca y
Pasto



GG 304-17

Como se puede evidenciar de lo expuesto hasta el momento, el Proyecto Vial de cuarta generación no involucra dentro de su alcance la construcción de la obra solicitada mediante la acción popular objeto de esta contestación.

De igual modo, es de la mayor importancia señalar que el Contrato de Concesión en sí mismo considerado no fue producto de decisión judicial alguna, sino que surgió como necesidad Nacional tendiente al ajuste de infraestructura vial que facilite la movilidad, transporte y comercio a nivel nacional e internacional por vía terrestre.

Ahora bien, dentro del clausulado del Contrato de Concesión, la Sección 19.1 de la Parte General, estableció la figura de las denominadas "Obras Menores no previstas, solicitadas por Autoridades Estatales o por comunidades", figura contractual que a su tenor literal dispone:

"19.1 Obras Menores no previstas, solicitadas por Autoridades Estatales o por comunidades.

- a. *Durante la ejecución del presente Contrato la ANI podrá decidir que se ejecuten obras menores no previstas ni en las Especificaciones Técnicas de este Contrato ni en la Licencia Ambiental y/u otros permisos o concesiones ambientales, solicitadas por las Autoridades Estatales del orden nacional, departamental o municipal o por comunidades ubicadas dentro del área de influencia directa del Proyecto. Las Obras Menores deberán ser indispensables para la normal ejecución del Proyecto. A través del mecanismo de ejecución de Obras Menores a que se refiere esta Sección, no se podrán incluir obras que pretendan ampliar de manera sustancial la capacidad de las vías que hacen parte del Proyecto ni otro tipo de inversiones que cambien sustancialmente el alcance del Proyecto. Este último tipo de obras (diferentes de las Obras Menores) solo se podrán ejecutar previo el cumplimiento de los requisitos previstos en este Contrato para las Obras Complementarias.*
- b. *La ejecución de las Obras Menores, así como su Operación y Mantenimiento, será efectuada por el Concesionario, siempre que las Partes, previo concepto del Interventor, hayan llegado a un acuerdo sobre los precios unitarios para cada uno de los ítems típicos de esta clase de obras, que servirán de referencia para la definición del costo de cada obra, en el momento en que surja la necesidad de ejecutarla. Los precios unitarios serán indexados con el IPC desde el momento en que se hayan acordado, hasta el*



www.uniondelsur.co

facebook.com/viauniondelsur

viauniondelsur

Unión del Sur

Calle 97 No. 23-60 Edificio Proksol piso 8 - Bogotá D.C.
Carrera 30 A # 12A-24 - Barrio San Ignacio
Tel: (+57) 2 736 4584 - San Juan de Pasto

Página 4



CONCESION
Rumichaca
Pasto



GG 304-17

momento en que se acuerde la ejecución de una obra menor determinada.

- c. *En el caso de que no se logre el acuerdo anterior o si, en cada caso particular, no se logra un acuerdo en cuanto al costo de cada obra de manera previa a su ejecución, las obras serán ejecutadas por un tercero que deberá ser contratado por el Concesionario (...)*”.

Figura contractual ésta, en virtud de la cual la ANI acordó con el Concesionario la construcción del box culvert de Ipiales.

Con ocasión de dicho acuerdo, el Concesionario celebró un Contrato de Obra Civil con el Consorcio SH representado por el señor José Ignacio Sanz Delgado, cuyo objeto correspondió a ejecutar por su cuenta y riesgo mediante la modalidad de precios unitarios, la construcción y entrega de las obras consistentes en la construcción de un Box-Culvert ubicado en el PR2+500 de la vía Paso Nacional en el sector urbano del Municipio de Ipiales (Calle 17 entre carreras 12 y 13) y en general, adelantar todos los trabajos y actividades que resulten necesarios, adecuados, conexos o complementarios, en cumplimiento de los estándares y requisitos establecidos por dicho contrato y las leyes aplicables.

De lo expuesto entonces, se puede inferir, con total claridad, que la Autoridad Competente NO concesionó la construcción del Box-culvert, sino que aquel se está ejecutando producto de un acuerdo de voluntades entre la Agencia Nacional de Infraestructura y el Concesionario.

FRENTE AL SEGUNDO: Es parcialmente cierto, en el entendido según el cual el objeto del contrato de obra civil suscrito entre la Concesionaria y el Consorcio SH, corresponde a excavar el terraplén que fue construido en su momento, demoler el box culvert viejo y agotado estructuralmente, reconstruirlo y volver a hacer el terraplén y restaurar la vía en la Calle 17 entre carreras 12 y 13 del Municipio de Ipiales (Sector Urbano).

Ahora bien, respecto de si dicha excavación ha sido efectuada en grandes proporciones o no, es pertinente afirmar que ello obedece a una afirmación de carácter estrictamente subjetivo, pues para un ciudadano que no tenga conocimientos primarios o básicos en materia de infraestructura o construcción, mover un entorno de 16.000 mt3 de tierra puede ser una obra de grandes proporciones, pero en términos ingenieriles esto es una obra pequeña, de ahí su denominación técnica



www.uniondelsur.co

[facebook.com/viauniondelsur](https://www.facebook.com/viauniondelsur)

viauniondelsur

Unión del Sur

Calle 97 No. 23-60 Edificio Proksol piso 8 - Bogotá D.C.
Carrera 30 A # 12A-24 - Barrio San Ignacio
Tel: (+57) 2 736 4584 - San Juan de Pasto

Página 5



NIT 900.880.846-3

CONCESIÓN
Rumichaca
Pasto



GG 304-17

contractualmente considerada y definida como "obra menor" a la luz del Contrato de Concesión.

La parte accionante, al exponer las labores de inicio de obra por parte del Contratista de la Concesionaria encargado de la obra, deja la sensación de que la misma carece del rigor técnico en cuanto a su diseño, ejecución y medidas para el manejo de tráfico. Lo cual es completamente ajeno a la realidad.

El hecho de que la obra no se haya contemplado en el Contrato de Concesión, no significa que, por ello, la ejecución de la misma como obra menor, se esté improvisando. El Constructor garantiza que el diseño del Box Culvert, se ha elaborado siguiendo rigurosas especificaciones técnicas según estándares internacionales que versan sobre la materia. No se trata de una obra simple como una alcantarilla, o un muro de contención; se trata de excavar el terraplén que fue construido en su momento, demoler el Box Culvert, viejo y agotado estructuralmente, reconstruirlo, y volver a hacer el terraplén y restaurar la vía, por lo tanto, es lógico que, para garantizar la movilidad del personal y la maquinaria empleada en una obra de tal magnitud, sea necesario remover 16.000 metros cúbicos de tierra a fin de evitar traumas que retrasen la construcción.

Es así como, no es posible ejecutar la obra sin afectar el tráfico vehicular, más aún en una ciudad con las características de Ipiales, que de por sí ya cuenta con un agudo problema de movilidad. No obstante, con la obra se está satisfaciendo el interés general, mientras que con la argumentación impetrada por la parte actora pareciera que se pretende la protección de un interés estrictamente particular.

Las medidas para mitigar el impacto en la movilidad se encuentran contenidas en el documento denominado Plan de Manejo de Tráfico presentado en enero de 2017 a la Alcaldía Municipal de Ipiales (Secretaría de Tránsito Municipal), en el que se detalló el cambio de movilidad propuesto, y que básicamente consiste en aislar el tramo en cuestión, utilizando las calles aledañas y habilitar el tramo de la Panamericana que estaba inicialmente cortado, (variante de Ipiales) aproximadamente entre los PR 4,300 y 6,300. Como medida adicional se instaló un semáforo en el PR 6,300 (al principio de nuestra construcción y donde termina la construcción de INVIAS desde la frontera) para regular el tráfico que circula en el sentido Ipiales – Rumichaca.

Además de las medidas para mitigar el impacto de la movilidad, el Constructor ha dispuesto acciones tendientes a mitigar otros impactos de las obras, básicamente, disponiendo de medios de humectación de



www.uniondelsur.co

[facebook.com/viauniondelsur](https://www.facebook.com/viauniondelsur)

[viauniondelsur](https://www.viauniondelsur.com)

Calle 97 No. 23-60 Edificio Proksol piso 8 - Bogotá D.C.
Carrera 30 A # 12A-24 - Barrio San Ignacio
Tel: (+57) 2 736 4584 - San Juan de Pasto

Página 6



CONCESIÓN
Rumichaca
Pasto



GG 304-17

las vías por donde transita la maquinaria de construcción para evitar el polvo en suspensión creado por las máquinas; por otro lado, la disposición de brigadas de señalización de ayuda a los usuarios e información al usuario (pasacalles) informativos. Dichas actividades se mantendrán en la medida en que sean necesarias hasta la terminación de la obra, situación prevista para la primera semana del mes de noviembre de 2017.

Es claro que las intervenciones efectuadas pueden generar impacto en la movilidad, en ello no hay discusión, pero así mismo se han previsto rutas alternas para que la movilidad fluya. Las obras que se adelantan pretenden satisfacer intereses generales y colectivos, no particulares como pareciera hacerlo ver la parte actora en su libelo de postulación.

FRENTE AL TERCERO: Se trata de una situación cuya ocurrencia no nos consta directamente; sin embargo, no se evidencia que la comunidad presuntamente afectada, directamente o por interpuesta persona, previamente a la interposición de la acción hubiera solicitado a través del ejercicio de su derecho fundamental de petición la protección de derechos que hoy reclama como vulnerados. De ahí entonces que la demanda cuya atención hoy nos ocupa, adolezca de un vicio que tiene la fuerza para generar su improcedencia o su ineptitud, precisamente por la falta de agotamiento de requisitos previos para demandar, tal como lo establece el numeral 3° del artículo 144 de la ley 1437 de 2011, cuando dispone imperativamente que:

“Artículo 144. Protección de los derechos e intereses colectivos. Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.



www.uniondelsur.co

facebook.com/viauniondelsur

viauniondelsur

Unión del Sur

Calle 97 No. 23-60 Edificio Proksol piso 8 - Bogotá D.C.
Carrera 30 A # 12A-24 - Barrio San Ignacio
Tel: (+57) 2 736 4584 - San Juan de Pasto

Página 7



NIT 900.880.846-3

CONCESIÓN
Rumichaca
Pasto



GG 304-17

Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez. Excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda". (Negritas y subrayas propias).

De lo expuesto en el libelo genitor, así como también de los anexos que lo acompañan, se puede inferir que no se acreditó la satisfacción de este requisito previo para demandar a través del medio de control constitucional cuya atención hoy nos ocupa. Ahora bien, tampoco se acreditó que su ausencia hubiera obedecido a la intención de evitar un perjuicio irremediable. Claramente frente a este punto, la parte actora tenía la carga de la prueba, que bajo ningún punto puede llegar a asumirla la parte demandada.

FRENTE AL CUARTO: No es cierto. Si bien es evidente que los accionantes argumentan la existencia de supuestos "graves y múltiples problemas sociales" ocasionados con la construcción del Box Culvert, hay una contradicción bastante grande entre la motivación de la Acción Popular y la pretensión solicitada al Honorable Tribunal Administrativo de Nariño.

Lo anterior, por cuanto por una parte, la parte actora manifiesta que de la construcción del Box Culvert se derivan una serie de problemas que, a su criterio, afectan los derechos colectivos a goce de espacio público, libre tránsito vehicular y peatonal y seguridad y salubridad públicas; pero por otra parte, sostiene que el objetivo de la Acción popular "busca que la ANI, como heredera legal y sustituta del antiguo INCO (Instituto Nacional de Concesiones) no solo cumpla con la construcción del necesario pero insignificante tramo del Box Culvert, en la intersección de la calle 17 con la carrera 13, sino que además CUMPLA con la vieja obligación de construir UN MODERNO PUENTE como una obra necesarísima para el ordenamiento urbano y movilidad viales en ese importante sector geo social del perímetro de Ipiales".

En conclusión, es claro que para los accionantes, las supuestas afectaciones derivadas del "insignificante" Box Culvert son solo un



www.uniondelsur.co

facebook.com/viauniondelsur

viauniondelsur

Calle 97 No. 23-60 Edificio Proksol piso 8 - Bogotá D.C.
Carrera 30 A # 12A-24 - Barrio San Ignacio
Tel: (+57) 2 736 4584 - San Juan de Pasto

Página 8



NIT 900.880.846-3

CONCESIÓN
Rumichaca
Pasto



GG 304-17

pretexto para exigirle a la ANI la Construcción de una obra de mayor calado que, dicho sea de paso, nada tiene que ver con las obligaciones contractuales de la Concesionaria, y que, en todo caso atenta contra lo dispuesto mediante el fallo de tutela judicial a la que se hizo referencia en el hecho primero, pues la misma le ordenó a la Agencia Nacional de Infraestructura la construcción de un Box culvert, más no la construcción del puente pretendido por la parte actora.

3. FRENTE A LOS PRESUNTOS DERECHOS COLECTIVOS AMENAZADOS.

La argumentación de los accionantes respecto a los presuntos derechos colectivos amenazados es vacía y carente de fundamento. Si se observa, con detenimiento, el acápite de la demanda relacionado con este tema, en lugar de individualizar, detallar, argumentar y soportar el cómo y de qué manera se estarían viendo amenazados esos derechos, lo que hace es extender la descripción de los supuestos fácticos y volver a caer en contradicciones del siguiente tenor:

- No hace referencia para nada a los tres derechos colectivos presuntamente amenazados (a) goce de espacio público; b) libre tránsito vehicular y peatonal y c) seguridad y salubridad públicas).
- Si bien, durante la exposición de los presupuestos fácticos, menciona que el problema ha sido la excavación de un gran "un socavón", en este acápite expresan que el problema será el relleno de dicho "socavón" en el marco de la construcción del Box Culvert.
- En el acápite de los hechos expresan que el objetivo de la Acción Popular es que, además del Box Culvert, se ordene a la construcción de un "moderno puente", sin embargo, en este acápite manifiesta que el Tribunal debe impedir la construcción del Box Culvert, y destinar esos recursos a la construcción del puente.

En el hipotético caso en que la Concesionaria estuviera legitimada para ser parte como sujeto procesal en el caso que nos aboca, las carencias argumentativas y las contradicciones evidenciadas, no permitirían determinar el menor asomo de responsabilidad de ésta en la presunta amenaza a los derechos colectivos cuya protección demandan los accionantes.

El accionar de la Concesionaria a través del Constructor contratado para la ejecución del Box Culvert se ha ceñido de manera estricta al contrato de obra y avanza en cuanto a su ejecución dentro del cronograma fijado en atención a las posibilidades objetivas que rodean la obra.

4. ARGUMENTOS JURÍDICOS DE LA DEFENSA.

La acción popular es uno de los mecanismos de protección de los derechos e intereses colectivos de un grupo de personas a quienes, posiblemente, en un futuro se les vaya a vulnerar un derecho



www.uniondelsur.co

[facebook.com/viauniondelsur](https://www.facebook.com/viauniondelsur)

viauniondelsur

Unión del Sur

Calle 97 No. 23-60 Edificio Proksol piso 8 - Bogotá D.C.
Carrera 30 A # 12A-24 - Barrio San Ignacio
Tel: (+57) 2 736 4584 - San Juan de Pasto

Página 9



CONCESION
Rumichaca
Pasto



GG 304-17

mediante una misma acción, es decir, en este caso la vulneración al derecho no ha ocurrido pero si no se previene mediante la interposición de esta acción posiblemente ocurra.

Dentro de los mecanismos de protección de los derechos constitucionales, la Carta de 1991 elevó a canon constitucional: las denominadas acciones populares (art. 88, inciso primero, C.P.). Estos instrumentos buscan proteger esa categoría de derechos e intereses en cuanto se relacionan con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia y otros de similar naturaleza que se definan por el legislador.

Las acciones de grupo o de clase (art. 88, inciso segundo, C.P.), las cuales se originan en los daños ocasionados a un número plural de personas que deciden acudir ante la justicia en acción única, para obtener la respectiva reparación y que a pesar de referirse a intereses comunes, se pueden individualizar en relación con el daño cuya indemnización se persigue. En este caso, se trata de proteger intereses particulares de sectores específicos de la población (por ejemplo, consumidores), de ahí su denominación original de *class action*.

El carácter público de las acciones populares, implica que el ejercicio de las acciones populares supone la protección de un derecho colectivo, es decir, de un interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares. No obstante, suponen la posibilidad de que cualquier persona perteneciente a esa comunidad, pueda acudir ante el juez para defender a la colectividad afectada, con lo cual se obtiene de manera simultánea, la protección de su propio interés.

Otra característica esencial de las acciones populares es su naturaleza preventiva, lo que significa que no es, ni puede ser, requisito para su ejercicio, el que exista un daño o perjuicio de los derechos o intereses que se busca amparar, sino que basta que exista la amenaza, o riesgo, de que se produzca, en razón de los fines públicos que las inspiran. Desde su remoto origen en el derecho romano, fueron concebidas para precaver la lesión de bienes y derechos que comprenden intereses superiores de carácter público y que, por lo tanto, no pueden esperar hasta la ocurrencia del daño.

Existe una diferencia fundamental con la "acción de grupo" ya que, en esta última, la vulneración al derecho ya ocurrió y lo que se busca es indemnizar, mientras que en la acción popular, que es la que nos ocupa en el presente proceso, la vulneración no ha ocurrido, y lo que se busca es prevenirla.

La carencia de contenido subjetivo de las acciones populares implica que, en principio, no se puede perseguir un resarcimiento de tipo pecuniario en favor de quien promueve el reclamo judicial de un interés colectivo. Solamente, en algunos casos, el legislador ha previsto el reconocimiento de los gastos en que incurra la persona que actúa en defensa del interés público o de una recompensa, que de todas maneras no puede convertirse en el único incentivo que debe tener en mira quien debe obrar más por motivaciones de carácter altruista y solidario, en beneficio de la comunidad de la que forma parte.

Ha afirmado la Corte Constitucional " ... su propia condición permite que puedan ser ejercidas contra las autoridades públicas por sus acciones y omisiones y por las mismas causas, contra



www.uniondelsur.co

facebook.com/viauniondelsur

viauniondelsur

Calle 97 No. 23-60 Edificio Proksol piso 8 - Bogotá D.C.

Carrera 30 A # 12A-24 - Barrio San Ignacio

Tel: (+57) 2 736 4584 - San Juan de Pasto

Página 10



NIT 900.880.845-3

CONCESIÓN
Rumichaca
Pasto



GG 304-17

los particulares; su tramitación es judicial y la ley debe proveer sobre ellas atendiendo a sus fines públicos y concretos, no subjetivos ni individuales¹. Dichos mecanismos buscan el restablecimiento del uso y goce de tales derechos e intereses colectivos, por lo que también tienen un carácter restitutorio. Estas acciones tienen una estructura especial que la diferencia de los demás procesos litigiosos, en cuanto no son en estricto sentido una controversia entre partes que defienden intereses subjetivos, sino que se trata de un mecanismo de protección de los derechos colectivos preexistentes radicados para efectos del reclamo judicial en cabeza de quien actúa a nombre de la sociedad, pero que igualmente están en cada uno de los miembros que forman la parte demandante de la acción judicial.

De ahí, entonces, que el artículo 2° de la ley 472 de 1998, haya dispuesto al respecto que:

“ARTICULO 2o. ACCIONES POPULARES. Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos.

Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”.

Con la expedición de la ley 472 de 1998, por medio de la cual se regularon las acciones de grupo y las acciones populares, para interponer la acción popular no existía un requisito de procedibilidad previo a incoar la acción, sin embargo, era opcional interponer los recursos administrativos cuando una entidad administrativa estaba violando o vulnerado derechos o interés colectivos.

No obstante, a partir de la expedición de la ley 1437 de 2011 código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, es obligatorio, antes de presentar una acción popular, solicitar la adopción de medidas tendientes a proteger el derecho o interés colectivo que se vea amenazado o violado.

El requisito de la reclamación será obligatorio cuando la violación o vulneración del derecho o interés colectivo se esté efectuado por una autoridad pública o un particular en el ejercicio de funciones administrativas, de conformidad con lo señalado por el artículo 144 de la ley 1437 de 2011 inciso 3° el cual señala lo siguiente:

“Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado...”.

La ley 1437 de 2011 comenzó a regir a partir del dos de julio del año 2012, es decir, que todas las acciones populares que se interpusieran a partir de esa fecha, debían agotar el requisito previo de la solicitud de cese de la violación o vulneración del derecho o interés colectivo.

¹ Esta tesis ha sido reiterada en la jurisprudencia constitucional, entre otras, en las Sentencias T-405-93 y C-215/99.



www.uniondelsur.co

facebook.com/viauniondelsur

viauniondelsur

Unión del Sur

Calle 97 No. 23-60 Edificio Proksol piso 8 - Bogotá D.C.
Carrera 30 A # 12A-24 - Barrio San Ignacio
Tel: (+57) 2 736 4584 - San Juan de Pasto

Página 11



NIT 900.880.846-3

CONCESIÓN
Rumichaca
Pasto



GG 304-17

La entidad ante la cual se presente la solicitud de cese de la vulneración o adopción de medidas para mitigar la vulneración o violación de cualquier derecho o interés colectivo tendrá 15 días para responder. Si dentro este término no se da respuesta, se podrá proceder a demandar. La misma alternativa se abre cuando se resuelva dicha solicitud de manera negativa.

Pese a la regla general establecida en el artículo 144 del C.P.A.C.A. cabe preguntarse si hay casos en los cuales el requisito previo a incoar una acción popular no es obligatorio. La excepción prevista por el legislador se presenta cuando se pretenda evitar un perjuicio irremediable, caso en el cual se podrá iniciar la acción popular sin que sea necesario agotar el requisito previo a demandar, de conformidad con lo establecido por el artículo 144 mencionado.

De lo expuesto en el libelo genitor, así como también de los anexos que lo acompañan, se puede inferir que no se acreditó la satisfacción de este requisito previo para demandar a través del medio de control constitucional cuya atención hoy nos ocupa. Ahora bien, tampoco se acreditó que su ausencia hubiera obedecido a la intención de evitar un perjuicio irremediable. Claramente frente a este punto, la parte actora tenía la carga de la prueba, que bajo ningún punto puede llegar a asumirla la parte demandada.

Siendo ello así, por un lado, no se solicitó ante la autoridad correspondiente el cese de la vulneración o adopción de medidas para mitigar la presunta vulneración o violación de cualquier derecho o interés colectivo; por otro, al no haber existido actuación administrativa al respecto, tampoco hubo lugar a la interposición de recursos. De ahí entonces que dependiendo del funcionario ante el cual se hubiere debido impetrar la correspondiente solicitud a la que hace referencia el artículo 144 de la ley 1437 de 2011, hubiere podido proceder el recurso de apelación contra aquella decisión, en caso de no haber sido resulta de manera favorable a los intereses del o de los peticionarios.

Siendo ello así, la demanda cuya atención hoy nos ocupa, tampoco habría cumplido con lo dispuesto por el numeral 4° del artículo 161 del C.P.A.C.A. cuando establece los requisitos de procedibilidad de demandas, disponiendo al respecto que:

“Requisitos de Procedibilidad. Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

1. *Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales. En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida. Cuando la Administración demande un acto administrativo que ocurrió por medios ilegales o fraudulentos, no será necesario el procedimiento previo de conciliación.*



www.uniondelsur.co

facebook.com/viauniondelsur

viauniondelsur

Calle 97 No. 23-60 Edificio Proksol piso 8 - Bogotá D.C.

Carrera 30 A # 12A-24 - Barrio San Ignacio

Tel: (+57) 2 736 4584 - San Juan de Pasto

Página 12



NIT 900.880.846-3

CONCESIÓN
Rumichaca
Pasto



GG 304-17

2. *Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto. Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral.*
3. *Cuando se pretenda el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo, se requiere la constitución en renuencia de la demandada en los términos del artículo 8° de la Ley 393 de 1997.*
4. *Cuando se pretenda la protección de derechos e intereses colectivos se deberá efectuar la reclamación prevista en el artículo 144 de este Código.*
5. *Cuando el Estado pretenda recuperar lo pagado por una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, se requiere que previamente haya realizado dicho pago”.*

De lo dicho entonces, se concluye que se debe declarar la ocurrencia, o configuración, de la causal de excepción previa, denominada ineptitud de la demanda por falta de agotamiento de requisitos previos a la demanda.

Ahora bien, por otro lado, según se especificó en el acápite de hechos del presente memorial, la comunidad de Ipiales, actuando por intermedio de los señores Franco Braulio Fajardo Bedoya, Pablo Ramiro Cuayal Jaramillo, Luis Hernando Ramírez Bastidas y Rosa Elena Andrade Narváez interpusieron en el año 2015 acción constitucional de amparo contra la Agencia Nacional de Infraestructura, Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, Gobernación de Nariño, Plan de Aguas Departamental, Consejo departamental de Gestión de Riesgos y Atención de Desastres, Alcaldía de Ipiales, Empresa Sanitaria de Obras Públicas EMPOOBANDO, Consejos Locales de Gestión de Riesgos y Desastres de Ipiales, Empresa de Desarrollo Vial de Nariño DEVINAR S.A., Ministerio de Transporte, Instituto Nacional de Vías INVIAS, Ministerio de Vivienda y Programa Aguas para la Prosperidad, solicitando la protección de derechos fundamentales a la vida, integridad física y salud de la comunidad accionante, y en consecuencia, se ordene la construcción de un Colector de lluvias y Box Culvert a cargo de la ANI, entre otros pedimentos. La acción fue radicada bajo el No. 2015-00054 ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto.

Producto de dicha acción, se ordenó a la ANI mediante el fallo de tutela proferido el 5 de febrero de 2015, la protección de derechos fundamentales a la vida, integridad física y salud de la comunidad accionante. La sentencia en comento fue impugnada a través de la interposición de recurso de apelación, que siendo de conocimiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia, fuera confirmada.



www.uniondelsur.co

facebook.com/viauniondelsur

viauniondelsur

Unión del Sur

Calle 97 No. 23-60 Edificio Proksol piso 8 - Bogotá D.C.

Carrera 30 A # 12A-24 - Barrio San Ignacio

Tel: (+57) 2 736 4584 - San Juan de Pasto

Página 13



CONCESIÓN
Rumichaca
Pasto



GG 304-17

La decisión judicial de carácter constitucional en comento dispuso, además, ordenar a la Autoridad Competente que llevara a cabo la construcción de un Box Culvert en la Calle 17 con Carrera 23 del Municipio de Ipiales, con el fin de solucionar los problemas de insalubridad alegados dentro del trámite de la acción tutelar.

Ahora bien, por otro lado, la Autoridad Competente atendiendo a la normatividad vigente en materia de contratación pública, dio apertura del proceso de Licitación No. VJ-VE-IP-LP-014-2013 con el fin de "Seleccionar la oferta más favorable para la adjudicación de un (1) Contrato de Concesión bajo el esquema de APP, para que el Concesionario realice, a su cuenta y riesgo los estudios y diseños definitivos, financiación, gestión ambiental, predial y social, construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación, mantenimiento y reversión de la doble calzada entre Rumichaca y Pasto, de acuerdo con el Apéndice Técnico 1 y de la minuta del Contrato".

Producto de dicho proceso licitatorio, se culminó con la adjudicación de Contrato de Concesión bajo el esquema de Asociación Público Privado No. 015 de 2015 a favor de la Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S., suscribiéndose el correspondiente Contrato de Concesión el día 11 de septiembre de 2015, mismo que dio inicio a su ejecución mediante la suscripción de Acta de Inicio el día 27 de octubre del mismo año.

Dentro del contrato en comento, según da cuenta la sección 3.3 (a) "División del Proyecto" de la Parte Especial del Contrato de Concesión, el Proyecto Vial se encuentra dividido en cinco (5) Unidades Funcionales ("UF"), así:

UF	SECTOR	INTERVENCIÓN PREVISTA	LONGITUD APROXIMADA ORIGEN DESTINO (KM)
UF 1	Rumichaca – Ipiales (PR 0+000 - PR 0+900)	Operación y mantenimiento. Incluye la operación y mantenimiento de los enlaces de conexión al CEBAF.	0.90 Km
	Ipiales – La Josefina – PR25.6 (PR 0+900 PR 25+600)	Mejoramiento de la calzada existente y construcción de la 2ª calzada. Mantenimiento y Operación	24.7 Km
UF 2	PR 25.6 – PR 31.9 (PR 25+600- PR 31+900)	Mejoramiento de la calzada existente y construcción de la 2ª calzada. Mantenimiento y Operación	6.30 Km
UF 3	PR 31.9 – Pedregal (PR 31+900- PR 41+709)	Mejoramiento de la calzada existente y construcción de la 2ª calzada. Mantenimiento y Operación	9.81 Km



www.uniondelsur.co

facebook.com/viauniondelsur

viauniondelsur

Calle 97 No. 23-60 Edificio Proksol piso 8 - Bogotá D.C.
Carrera 30 A # 12A-24 - Barrio San Ignacio
Tel: (+57) 2 736 4584 - San Juan de Pasto

Página 14



NIT 900.880.846-3

CONCESIÓN
Rumichaca
Pasto



GG 304-17

UF 4	Pedregal – Tangua (PR 0+000-PR 15+760)	Mejoramiento de la calzada existente y construcción de la 2ª calzada. Mantenimiento y Operación	15.76 Km
UF 5	Tangua –Pasto (PR 15+760 – PR 37+959)	Mejoramiento de la calzada existente y construcción de la 2ª calzada. Mantenimiento y Operación	22.20 Km

Como se puede evidenciar de lo expuesto hasta el momento, el Proyecto Vial de cuarta generación no involucra dentro de su alcance la construcción de la obra solicitada mediante la acción popular objeto de esta contestación.

De igual modo, es de la mayor importancia señalar que el Contrato de Concesión en sí mismo considerado no fue producto de decisión judicial alguna, sino que surgió como necesidad Nacional tendiente al ajuste de infraestructura vial que facilite la movilidad, transporte y comercio a nivel nacional e internacional por vía terrestre.

Ahora bien, dentro del clausulado del Contrato de Concesión, la Sección 19.1 de la Parte General, estableció la figura de las denominadas "Obras Menores no previstas, solicitadas por Autoridades Estatales o por comunidades", figura contractual que a su tenor literal dispone:

"19.1 Obras Menores no previstas, solicitadas por Autoridades Estatales o por comunidades.

d. Durante la ejecución del presente Contrato la ANI podrá decidir que se ejecuten obras menores no previstas ni en las Especificaciones Técnicas de este Contrato ni en la Licencia Ambiental y/u otros permisos o concesiones ambientales, solicitadas por las Autoridades Estatales del orden nacional, departamental o municipal o por comunidades ubicadas dentro del área de influencia directa del Proyecto. Las Obras Menores deberán ser indispensables para la normal ejecución del Proyecto. A través del mecanismo de ejecución de Obras Menores a que se refiere esta Sección, no se podrán incluir obras que pretendan ampliar de manera sustancial la capacidad de las vías que hacen parte del Proyecto ni otro tipo de inversiones que cambien sustancialmente el alcance del Proyecto. Este último tipo de obras (diferentes de las Obras Menores) solo se podrán ejecutar previo el cumplimiento de los requisitos previstos en este Contrato para las Obras Complementarias.

e. La ejecución de las Obras Menores, así como su Operación y Mantenimiento, será efectuada por el Concesionario, siempre que las Partes, previo concepto del Interventor, hayan llegado a un acuerdo sobre los precios unitarios para cada uno de los ítems típicos de esta clase de obras, que servirán de referencia para la definición del costo de cada obra, en el momento en que surja la necesidad de ejecutarla. Los precios unitarios serán indexados con el IPC desde el momento en que se hayan acordado, hasta el momento en que se acuerde la ejecución de una obra menor determinada.



www.uniondelsur.co

facebook.com/viuniondelsur

viuniondelsur

Unión del Sur

Calle 97 No. 23-60 Edificio Proksol piso 8 - Bogotá D.C.

Carrera 30 A # 12A-24 - Barrio San Ignacio

Tel: (+57) 2 736 4584 - San Juan de Pasto

Página 15



NIT 900.880.846-3

CONCESION
Rumichaca
Pasto



GG 304-17

f. *En el caso de que no se logre el acuerdo anterior o si, en cada caso particular, no se logra un acuerdo en cuanto al costo de cada obra de manera previa a su ejecución, las obras serán ejecutadas por un tercero que deberá ser contratado por el Concesionario (...)."*

Como se había anotado, mediante esta figura contractual, en virtud de la cual la ANI acordó con el Concesionario la construcción del box culvert de Ipiales.

Con ocasión de dicho acuerdo, el Concesionario celebró un Contrato de Obra Civil con el Consorcio SH representado por el señor José Ignacio Sanz Delgado, cuyo objeto correspondió a ejecutar por su cuenta y riesgo mediante la modalidad de precios unitarios, la construcción y entrega de las obras consistentes en la construcción de un Box-Culvert ubicado en el PR2+500 de la vía Paso Nacional en el sector urbano del Municipio de Ipiales (Calle 17 entre carreras 12 y 13) y en general, adelantar todos los trabajos y actividades que resulten necesarios, adecuados, conexos o complementarios, en cumplimiento de los estándares y requisitos establecidos por dicho contrato y las leyes aplicables.

De lo expuesto entonces, se puede inferir con total claridad que la Autoridad Competente NO concesionó la construcción del Box-culvert, sino que aquel se está ejecutando producto de un pacto contractual de naturaleza pública surgido entre el Concesionario y la Autoridad Competente.

De manera tal, que la Concesionaria no se encuentre obligada al cumplimiento de la decisión judicial de carácter constitucional en comento, sino que obedece a un acuerdo contractual totalmente ajeno a dicha decisión. Configurándose entonces, falta de legitimación por pasiva dentro del presente asunto en lo que respecta a la Concesionaria Vial Unión del Sur, por cuanto la acción judicial de carácter constitucional que dio origen a la sentencia en virtud de la cual la ANI contrató la construcción del denominado Box Culvert, no fue entablada contra la Concesionaria Vial Unión del Sur, por cuanto como es a penas lógico, para la fecha en que se profirió el fallo en comento, la Concesionaria ni siquiera había visto su nacimiento jurídico, tal como se podrá evidenciar de la simple comparación entre la sentencia y el certificado de existencia y representación legal por nosotros aportado con este memorial.

Bajo ese orden de ideas, al momento de suscitarse el pleito judicial mediante la acción de tutela a la que se ha venido haciendo referencia, la Concesionaria no pudo ejercer su derecho constitucional de contradicción y defensa, de ahí que su papel se limite únicamente al de dar cumplimiento al acuerdo contractual establecido con la ANI. Ello, sin perjuicio de la decisión del Tribunal Administrativo de Nariño relativa a requerir al Representante Legal de la Concesionaria a efectos de que también dé cumplimiento al fallo proferido por la misma Corporación el 5 de febrero de 2015 y confirmado por la Corte Suprema de Justicia el 23 de abril del mismo año.

Es entonces menester recordar que el Consejo de Estado ha establecido que la legitimación en la causa se refiere a la posibilidad de que una persona formule o controvierta las pretensiones contenidas en la demanda, por ser el sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial debatida en el proceso.



www.uniondelsur.co

[facebook.com/viauniondelsur](https://www.facebook.com/viauniondelsur)

[viauniondelsur](https://www.instagram.com/viauniondelsur)

Calle 97 No. 23-60 Edificio Proksol piso 8 - Bogotá D.C.

Carrera 30 A # 12A-24 - Barrio San Ignacio

Tel: (+57) 2 736 4584 - San Juan de Pasto

Página 16



NIT 900.880.846-3

CONCESIÓN
Rumichaca
Pasto



GG 304-17

Dicha legitimación, reiteró, afecta la relación que existe entre las partes y el interés en litigio, y aunque no genera la nulidad del proceso, sí lleva a que la autoridad judicial no pueda decidir de fondo.

De acuerdo con la corporación, no existe debida legitimación en la causa cuando el actor es una persona distinta a quien le correspondía formular las pretensiones o cuando el demandado es diferente de aquel que debía responder por la atribución hecha por el demandante.

Ahora bien, la Honorable Corte Constitucional mediante Auto No. 257 de 2006 estableció que la legitimación en la causa se entiende satisfecha con la correcta identificación de las personas o autoridades responsables de la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales. Para el caso concreto, ello no ocurre, puesto que la Concesionaria Vial Unión del Sur no es la responsable de la construcción de un puente en Ipiales, en los términos exigidos por el accionante.

La decisión de construir o no dicho puente es del resorte de las entidades públicas, sobre cuya competencia radique el cuidado, protección y mantenimiento de dicha infraestructura. El Concesionario, como contratista del Estado, fundamente su actuación en el alcance contratado mediante el Contrato de Concesión y, en la medida, que dichas obras no se encuentran dentro del alcance contratado, no puede utilizarse la acción popular como un mecanismo para obligar a un contratista más del Estado a ejecutar actividades que no fueron contratadas y, las cuales no están remuneradas ni reconocidas dentro del Contrato de Concesión. Si ello ocurriera, se causaría un perjuicio que le permitiría al Concesionario reclamar el desequilibrio económico del contrato.

Lo anterior, sin perjuicio de la contravención en la que recaería el juez popular del estatuto público de contratación, previsto en la Ley 80 de 1993.

Situación que genera, por un lado, la configuración de la excepción previa en comento, y por otro, que la construcción del Box Culvert a cargo de la ANI sea producto de una decisión judicial ejecutoriada y completamente en firme, cuyo desobedecimiento podría incluso configurarle un desacato, siendo factible afirmar entonces que concomitantemente con lo inicialmente expuesto, se haya configurado también la excepción denominada cosa juzgada bajo el carácter de previa, y la actuación cuestionada ejecutada en cumplimiento de decisión judicial ejecutoriada y en firme, a título de excepción de mérito.



www.uniondelsur.co

facebook.com/viauniondelsur

viauniondelsur

UNIÓN DEL SUR

Calle 97 No. 23-60 Edificio Proksol piso 8 - Bogotá D.C.
Carrera 30 A # 12A-24 - Barrio San Ignacio
Tel: (+57) 2 736 4584 - San Juan de Pasto

Página 17



CONCESION
Rumichaca
Pasto



GG 304-17

5. EXCEPCIONES.

5.1. EXCEPCIONES PREVIAS:

5.1.1. NO HABERSE PRESENTADO PRUEBA DE LA CALIDAD EN QUE SE CITE AL DEMANDADO.

Como ampliamente se ha dispuesto a lo largo de este escrito, la Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S. es contratista de la Autoridad Competente en virtud de la adjudicación del Contrato de Concesión bajo el esquema Asociación Público Privada No. 015 de 2015, cuyo objeto, en términos coloquiales y popularmente conocidos, corresponde al mantenimiento, rehabilitación y mejoramiento del Corredor Vial Rumichaca-Pasto. Dicho contrato no obedeció a cumplimiento alguno de sentencia judicial.

De ahí entonces que la Concesionaria, de entrada, no esté llamada a dar cumplimiento a la decisión judicial que ordenó construcción de Box Culvert en el Municipio de Ipiales, pero sí al contrato que la ANI y la Concesionaria celebraron a título de obra menor según lo descrito en la Sección 19.1 de la Parte General del Contrato de Concesión.

La parte actora no logró demostrar que la Concesionaria estuviera llamada a dar cumplimiento a dicho fallo judicial de carácter constitucional. Pues, en todo caso, la Concesionaria se encuentra cumpliendo con lo previamente establecido en un acuerdo contractual. Situación ésta, que colinda al mismo tiempo con la configuración de la denominada falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto la Concesionaria no debe ser considerada como parte procesal por cuanto se encuentra acatando disposiciones para las cuales fue contratada. Cualquier acción deberá dirigirse únicamente frente a la ANI, en su calidad de autoridad pública contratante y accionada dentro del trámite de la acción de amparo radicada bajo el No. 2015-00054 ante el Tribunal Administrativo de Nariño. Pues como puede verificarse de la simple apreciación del fallo proferida dentro de dicho trámite, la Concesionaria no fue ni accionada ni obligada a proteger derechos fundamentales.

De manera tal y de acuerdo con lo expuesto, que la Concesionaria no se encuentre obligada al cumplimiento de la decisión judicial de carácter constitucional en comento, sino que obedezca a un acuerdo contractual totalmente ajeno a dicho decisión. Configurándose entonces, falta de legitimación por pasiva dentro del presente asunto en lo que respecta a la Concesionaria Vial Unión del Sur, por cuanto la acción judicial de carácter constitucional que dio origen a la sentencia en virtud de la cual la ANI contrató la construcción del denominado Box Culvert, no fue entablada contra la Concesionaria Vial Unión del Sur, por cuanto como es a penas lógico, para la fecha en que se profirió el fallo en comento, la Concesionaria ni siquiera había visto su nacimiento jurídico, tal como se podrá evidenciar de la simple comparación entre la sentencia y el certificado de existencia y representación legal por nosotros aportado con este memorial.

Bajo ese orden de ideas, al momento de suscitarse el pleito judicial mediante la acción de tutela a la que se ha venido haciendo referencia, la Concesionaria no pudo ejercer su derecho constitucional de contradicción y defensa, de ahí que su papel ahora se limite únicamente al de dar cumplimiento al acuerdo contractual establecido con la ANI. Ello, sin perjuicio de la decisión



www.uniondelsur.co

facebook.com/viauniondelsur

viauniondelsur

Unión del Sur

Calle 97 No. 23-60 Edificio Proksol piso 8 - Bogotá D.C.

Carrera 30 A # 12A-24 - Barrio San Ignacio

Tel: (+57) 2 736 4584 - San Juan de Pasto

Página 13



NIT 900.880.846-3

CONCESIÓN
Rumichaca
Pasto



GG 304-17

del Tribunal Administrativo de Nariño relativa a requerir al Representante Legal de la Concesionaria a efectos de que también dé cumplimiento al fallo proferido por la misma Corporación el 5 de febrero de 2015 y confirmado por la Corte Suprema de Justicia el 23 de abril del mismo año.

5.1.2. INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES.

Como ampliamente se ha sostenido, no se evidencia que la comunidad presuntamente afectada, directamente o por interpuesta persona, previamente a la interposición de la acción hubiera solicitado a través del ejercicio de su derecho fundamental de petición la protección de derechos que hoy reclama como vulnerados. De ahí entonces que la demanda cuya atención hoy nos ocupa, adolezca de un vicio que tiene la fuerza para generar su improcedencia o su ineptitud, precisamente por la falta de agotamiento de requisitos previos para demandar, tal como lo establece el numeral 3° del artículo 144 de la ley 1437 de 2011, cuando dispone imperativamente que:

"Artículo 144. Protección de los derechos e intereses colectivos. Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.

Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez. Excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda". (Negritas y subrayas propias).

De lo expuesto en el libelo genitor, así como también de los anexos que lo acompañan, se puede inferir que no se acreditó la satisfacción de este requisito previo para demandar a través del medio de control constitucional cuya atención hoy nos ocupa. Ahora bien, tampoco se acreditó



www.uniondelsur.co

facebook.com/viduniondelsur

viduniondelsur

Unión del Sur

Calle 97 No. 23-60 Edificio Proksol piso 3 - Bogotá D.C.
Carrera 30 A # 12A-24 - Barrio San Ignacio
Tel: (+57) 2 736 4584 - San Juan de Pasto

Página 19



CONCESIÓN
Rumichaca 9
Pasto



GG 304-17

que su ausencia hubiera obedecido a la intención de evitar un perjuicio irremediable. Claramente frente a este punto, la parte actora tenía la carga de la prueba, que bajo ningún punto puede llegar a asumirla la parte demandada.

Siendo ello así, la demanda cuya atención hoy nos ocupa, tampoco habría cumplido con lo dispuesto por el numeral 4° del artículo 161 del C.P.A.C.A. cuando establece los requisitos de procedibilidad de demandas, disponiendo al respecto que:

“Requisitos de Procedibilidad. Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

- 1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales. En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida. Cuando la Administración demande un acto administrativo que ocurrió por medios ilegales o fraudulentos, no será necesario el procedimiento previo de conciliación.*
- 2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto. Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral.*
- 3. Cuando se pretenda el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo, se requiere la constitución en renuencia de la demandada en los términos del artículo 8° de la Ley 393 de 1997.*
- 4. Cuando se pretenda la protección de derechos e intereses colectivos se deberá efectuar la reclamación prevista en el artículo 144 de este Código.*
- 5. Cuando el Estado pretenda recuperar lo pagado por una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, se requiere que previamente haya realizado dicho pago”.*

De lo dicho entonces, se concluye que se debe declarar la ocurrencia, o configuración, de la causal de excepción previa, denominada, ineptitud de la demanda por falta de agotamiento de requisitos previos a la demanda y, en consecuencia, se deba declarar la terminación del proceso.





CONCESIÓN
Rumichaca 9
Pasto 9



GG 304-17

5.1.3. COSA JUZGADA.

La cosa juzgada es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica.

De esta definición se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación, y en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y, eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio.

De ahí entonces, que la comunidad de Ipiales a través de la presente acción pretenda revivir el debate que bajo el carácter de constitucional se surtió entre las mismas partes, bajo las mismas denominaciones procesales, desde el año 2015 y que concluyó en la orden, mediante fallo de tutela de la construcción del Box Culvert.

5.2. EXCEPCIONES DE FONDO.

5.2.1. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.

En términos genéricos, el Consejo de Estado² ha estipulado que *“La legitimación en la causa hace referencia a la posibilidad de que la persona formule o contradiga las pretensiones de la demanda, por ser el sujeto activo o pasivo con interés en la relación jurídica sustancial debatida en el proceso. Como se observa, las personas con legitimación en la causa, se encuentran en relación directa con la pretensión, ya sea desde la parte activa, como demandante, o desde la parte pasiva, como demandado (...) “Ahora bien, según se hable de la legitimación del demandante o del demandado, estamos en presencia de la falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva, respectivamente. La legitimación en la causa por pasiva, en el proceso contencioso administrativo, necesariamente debe entenderse a la luz del concepto de capacidad para ser parte.”* (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Complementa el Consejo de Estado, afirmando que dicha capacidad para ser consiste en la posibilidad de ser sujeto de la relación jurídico procesal, sea en calidad de demandante o en calidad de demandado. *“Esta condición proviene de la capacidad jurídica que se le atribuye a la personalidad, en otras palabras, la que tienen las personas, naturales, jurídicas o las ficciones habilitadas por la ley (v.gr. art. 2º ley 80 de 1993), para ser parte de cualquier relación jurídica”*

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, subsección A. C.P. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Sentencia del veintiocho de febrero de dos mil diecisiete Radicación No. 52844.



www.uniondelsur.co

facebook.com/viauniondelsur

viauniondelsur

Unión del Sur

Calle 97 No. 23-60 Edificio Proksol piso 8 - Bogotá D.C.

Carrera 30 A # 12A-24 - Barrio San Ignacio

Tel: (+57) 2 736 4584 - San Juan de Pasto

Página 21



NIT 900.880.846-3

CONCESIÓN
Rumichaca
Pasto



GG 304-17

En el caso que nos ocupa, la vinculación de la Concesionaria vial Unión del Sur al Proceso se hizo de manera oficiosa por parte del Honorable Magistrado Ponente mediante Auto 2017-848-SPO. Si bien su señoría puede considerar que dicha vinculación puede ser relevante para la integración de la litis en procura de la garantía de los derechos cuya protección reclaman los accionantes, también es cierto que en aplicación del principio general de contradicción propio de todo proceso, la Concesionaria considera que no se encuentra legitimada por pasiva para actuar en el proceso de la referencia, en esencia, dada su naturaleza y su vínculo contractual. A continuación, exponemos los argumentos en que fundamentamos esa consideración con la intención de brindar la claridad suficiente que conduzca a su desvinculación del proceso.

- a. LA SOCIEDAD CONCESIONARIA VIAL UNIÓN DEL SUR S.A.S, es una Sociedad por acciones simplificada regida por las disposiciones de la Ley 1258 del 5 de diciembre de 2008, debidamente registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá con el NIT. 9008808463. Según el artículo 3ero de la citada Ley, la Concesionaria, *"es una sociedad de capitales cuya naturaleza será siempre comercial, independientemente de las actividades previstas en su objeto social. Para efectos tributarios, la sociedad por acciones simplificada se regirá por las reglas aplicables a las sociedades anónimas."* Dada su naturaleza, asume su rol en carácter de "particular", y por ende le es aplicable lo dispuesto en el artículo 6to de la Constitución Nacional que a su tenor expresa "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones." (Subrayado fuera de texto original)
- b. Ahora bien, el vínculo entre la Concesionaria y la Autoridad Competente se originó con la adjudicación del Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 15 del 11 de septiembre de 2015 como resultado del Proceso de licitación de la Asociación Publico Privada Número VJ-VE-IP-014-2013 / VJ-VE-IP-LP-014-2013, aperturado para *"Seleccionar la Oferta más favorable para la Adjudicación de un (1) Contrato de Concesión bajo el esquema de APP, cuyo objeto será el otorgamiento de un Contrato de Concesión para la realización de estudios y diseños definitivos, financiación, gestión ambiental, predial y social, construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación, mantenimiento y reversión de la doble calzada entre Rumichaca y Pasto, de acuerdo con el Apéndice Técnico 1 de la Minuta del Contrato"* en los términos de la Ley 1508 de 2015.
- c. El objeto del contrato de concesión determina el alcance de las obligaciones de la Concesionaria, la cual se obliga conforme a las especificaciones técnicas, jurídicas y financieras definidas en los estudios previos, el pliego de condiciones y demás anexos publicados en la convocatoria del proceso de Licitación.
- d. En ese sentido, las obligaciones de la Concesionaria son de carácter **taxativo, siempre limitadas a la ejecución contractual** y le son exigibles únicamente por parte de la entidad contratante, la cual vigila y controla la ejecución del contrato mediante la contratación de la interventoría y busca el aseguramiento de las obligaciones con la exigencia previa de las respectivas pólizas o seguros.



www.uniondelsur.co

facebook.com/viauniondelsur

viauniondelsur

Calle 97 No. 23-60 Edificio Proksol piso 8 - Bogotá D.C.
Carrera 30 A # 12A-24 - Barrio San Ignacio
Tel: (+57) 2 736 4584 - San Juan de Pasto

Página 22



NIT 900.880.846-3

CONCESIÓN
Rumichaca-9
Pasto



GG 304-17

- e. En ese orden de ideas, la Concesionaria, no está en la obligación de asumir, por su cuenta y riesgo, obligaciones derivadas de eventuales vulneraciones o amenazas a derechos colectivos en las que incurran las entidades públicas de cualquier orden, pues este tipo de responsabilidad, ni se incluye en el contrato, ni hace parte de las facultades legales de la Concesionaria.
- f. En conclusión, se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto el trámite de la acción constitucional de amparo que ordenó a la autoridad Competente la construcción del Box Culvert, no nos vinculó, ni nos ordenó nada, mientras que, ahora, estamos a cargo de dicha construcción a título de contratistas, siendo obligados al cumplimiento de obligaciones de tipo específico. Cualquier acción deberá dirigirse únicamente frente a la Autoridad Competente y contratante y accionada dentro del trámite de la acción de amparo radicada bajo el No. 2015-00054 ante el Tribunal Administrativo de Nariño. Pues como puede verificarse de la simple apreciación del fallo proferida dentro de dicho trámite, la Concesionaria no fue ni accionada ni obligada a proteger derechos fundamentales.

De manera tal y de acuerdo con lo expuesto, que la Concesionaria no se encuentre obligada al cumplimiento de la decisión judicial de carácter constitucional en comento, sino que obedece a un acuerdo contractual totalmente ajeno a dicho decisión. Configurándose entonces, falta de legitimación por pasiva dentro del presente asunto en lo que respecta a la Concesionaria Vial Unión del Sur, por cuanto la acción judicial de carácter constitucional que dio origen a la sentencia en virtud de la cual la ANI contrató la construcción del denominado Box Culvert, no fue entablada contra la Concesionaria Vial Unión del Sur, por cuanto como es a penas lógico, para la fecha en que se profirió el fallo en comento, la Concesionaria ni siquiera había visto su nacimiento jurídico, tal como se podrá evidenciar de la simple comparación entre la sentencia y el certificado de existencia y representación legal por nosotros aportado con este memorial.

Bajo ese orden de ideas, al momento de suscitarse el pleito judicial mediante la acción de tutela a la que se ha venido haciendo referencia, la Concesionaria no pudo ejercer su derecho constitucional de contradicción y defensa, de ahí que su papel se limite únicamente al de dar cumplimiento al acuerdo contractual establecido con la ANI. Ello, sin perjuicio de la decisión del Tribunal Administrativo de Nariño relativa a requerir al Representante Legal de la Concesionaria a efectos de que también dé cumplimiento al fallo proferido por la misma Corporación el 5 de febrero de 2015 y confirmado por la Corte Suprema de Justicia el 23 de abril del mismo año.

5.2.2. CONSTRUCCIÓN DE BOX CULVERT POR EXPRESO ACUERDO CONTRACTUAL ENTRE LA AUTORIDAD COMPETENTE Y LA CONCESIONARIA VIAL UNIÓN DEL SUR.

Tal como expresamos en el numeral 1° del acápite de contestación a los hechos, La comunidad de Ipiales, actuando por intermedio de los señores Franco Braulio Fajardo Bedoya, Pablo Ramiro Cuayal Jaramillo, Luis Hernando Ramírez Bastidas y Rosa Elena Andrade Narváez interpusieron



www.uniondelsur.co

facebook.com/viauniondelsur

viauniondelsur

Unión del Sur

Calle 97 No. 23-60 Edificio Proksol piso 8 - Bogotá D.C.

Carrera 30 A # 12A-24 - Barrio San Ignacio

Tel: (+57) 2 736 4584 - San Juan de Pasto

Página 23



NIT 900.880.846-3

CONCESIÓN
Rumichaca
Pasto



GG 304-17

en el año 2015 acción constitucional de amparo contra la Agencia Nacional de Infraestructura, Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, Gobernación de Nariño, Plan de Aguas Departamental, Consejo departamental de Gestión de Riesgos y Atención de Desastres, Alcaldía de Ipiales, Empresa Sanitaria de Obras Públicas EMPOOBANDO, Consejos Locales de Gestión de Riesgos y Desastres de Ipiales, Empresa de Desarrollo Vial de Nariño DEVINAR S.A., Ministerio de Transporte, Instituto Nacional de Vías INVIAS, Ministerio de Vivienda y Programa Aguas para la Prosperidad, solicitando la protección de derechos fundamentales a la vida, integridad física y salud de la comunidad accionante, y en consecuencia, se ordene la construcción de un Colector de lluvias y Box Culvert a cargo de la ANI, entre otros pedimentos. La acción fue radicada bajo el No. 2015-00054 ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto.

Producto de dicha acción, se ordenó, mediante sentencia proferida el día 5 de febrero de 2015, la protección de derechos fundamentales a la vida, integridad física y salud de la comunidad accionante. La sentencia en comento fue impugnada a través de la interposición de recurso de apelación, que, siendo de conocimiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia, fuera confirmada.

La decisión judicial de carácter constitucional en comento dispuso, además, ordenar a la Autoridad Competente que llevara a cabo la construcción de un Box Culvert en la Calle 17 con Carrera 23 del Municipio de Ipiales, con el fin de solucionar los problemas de insalubridad alegados dentro del trámite de la acción tutelar.

Ahora bien, por otro lado, la Autoridad Competente, atendiendo a la normatividad vigente en materia de contratación pública, dio apertura del proceso de Licitación No. VJ-VE-IP-LP-014-2013 con el fin de "Seleccionar la oferta más favorable para la adjudicación de un (1) Contrato de Concesión bajo el esquema de APP, para que el Concesionario realice, a su cuenta y riesgo los estudios y diseños definitivos, financiación, gestión ambiental, predial y social, construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación, mantenimiento y reversión de la doble calzada entre Rumichaca y Pasto, de acuerdo con el Apéndice Técnico 1 y de la minuta del Contrato".

Producto de dicho proceso licitatorio, se culminó con la adjudicación de Contrato de Concesión bajo el esquema de Asociación Público Privado No. 015 de 2015 a favor de la Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S., suscribiéndose el correspondiente Contrato de Concesión el día 11 de septiembre de 2015, mismo que dio inicio a su ejecución mediante la suscripción de Acta de Inicio el día 27 de octubre del mismo año.

Dentro del contrato en comento, según da cuenta la sección 3.3 (a) "División del Proyecto" de la Parte Especial del Contrato de Concesión, el Proyecto Vial se encuentra dividido en cinco (5) Unidades Funcionales ("UF"), así:



www.uniondelsur.co

facebook.com/viauniondelsur

viauniondelsur

Calle 97 No. 23-60 Edificio Proksol piso 8 - Bogotá D.C.
Carrera 30 A # 12A-24 - Barrio San Ignacio
Tel: (+57) 2 736 4584 - San Juan de Pasto

Página 24



NIT 900.880.846-3

CONCESIÓN
Rumichaca
Pasto



GG 304-17

UF	SECTOR	INTERVENCIÓN PREVISTA	LONGITUD APROXIMADA ORIGEN DESTINO (KM)
UF 1	Rumichaca – Ipiales (PR 0+000 - PR 0+900)	Operación y mantenimiento. Incluye la operación y mantenimiento de los enlaces de conexión al CEBAF.	0.90 Km
	Ipiales – La Josefina – PR25.6 (PR 0+900 PR 25+600)	Mejoramiento de la calzada existente y construcción de la 2ª calzada. Mantenimiento y Operación	24.7 Km
UF 2	PR 25.6 – PR 31.9 (PR 25+600- PR 31+900)	Mejoramiento de la calzada existente y construcción de la 2ª calzada. Mantenimiento y Operación	6.30 Km
UF 3	PR 31.9 – Pedregal (PR 31+900- PR 41+709)	Mejoramiento de la calzada existente y construcción de la 2ª calzada. Mantenimiento y Operación	9.81 Km
UF 4	Pedregal – Tangua (PR 0+000-PR 15+760)	Mejoramiento de la calzada existente y construcción de la 2ª calzada. Mantenimiento y Operación	15.76 Km
UF 5	Tangua –Pasto (PR 15+760 – PR 37+959)	Mejoramiento de la calzada existente y construcción de la 2ª calzada. Mantenimiento y Operación	22.20 Km

Como se puede evidenciar de lo expuesto hasta el momento, el Proyecto Vial de cuarta generación no involucra dentro de su alcance la construcción de la obra solicitada mediante la acción popular objeto de esta contestación.

De igual modo, es de la mayor importancia señalar que el Contrato de Concesión en sí mismo considerado no fue producto de decisión judicial alguna, sino que surgió como necesidad Nacional tendiente al ajuste de infraestructura vial que facilite la movilidad, transporte y comercio a nivel nacional e internacional por vía terrestre.

Ahora bien, dentro del clausulado del Contrato de Concesión, la Sección 19.1 de la Parte General, estableció la figura de las denominadas "Obras Menores no previstas, solicitadas por Autoridades Estatales o por comunidades", figura contractual que a su tenor literal dispone:



www.uniondelsur.co

facebook.com/viauniondelsur

viauniondelsur

Unión del Sur

Calle 97 No. 23-60 Edificio Proksol piso 8 - Bogotá D.C.

Carrera 30 A # 12A-24 - Barrio San Ignacio

Tel: (+57) 2 736 4584 - San Juan de Pasto

Página 25



NIT. 900.880.846-3

CONCESIÓN
Rumichaca
Pasto



GG 304-17

"19.1 Obras Menores no previstas, solicitadas por Autoridades Estatales o por comunidades.

g. Durante la ejecución del presente Contrato la ANI podrá decidir que se ejecuten obras menores no previstas ni en las Especificaciones Técnicas de este Contrato ni en la Licencia Ambiental y/u otros permisos o concesiones ambientales, solicitadas por las Autoridades Estatales del orden nacional, departamental o municipal o por comunidades ubicadas dentro del área de influencia directa del Proyecto. Las Obras Menores deberán ser indispensables para la normal ejecución del Proyecto. A través del mecanismo de ejecución de Obras Menores a que se refiere esta Sección, no se podrán incluir obras que pretendan ampliar de manera sustancial la capacidad de las vías que hacen parte del Proyecto ni otro tipo de inversiones que cambien sustancialmente el alcance del Proyecto. Este último tipo de obras (diferentes de las Obras Menores) solo se podrán ejecutar previo el cumplimiento de los requisitos previstos en este Contrato para las Obras Complementarias.

h. La ejecución de las Obras Menores, así como su Operación y Mantenimiento, será efectuada por el Concesionario, siempre que las Partes, previo concepto del Interventor, hayan llegado a un acuerdo sobre los precios unitarios para cada uno de los ítems típicos de esta clase de obras, que servirán de referencia para la definición del costo de cada obra, en el momento en que surja la necesidad de ejecutarla. Los precios unitarios serán indexados con el IPC desde el momento en que se hayan acordado, hasta el momento en que se acuerde la ejecución de una obra menor determinada.

i. En el caso de que no se logre el acuerdo anterior o si, en cada caso particular, no se logra un acuerdo en cuanto al costo de cada obra de manera previa a su ejecución, las obras serán ejecutadas por un tercero que deberá ser contratado por el Concesionario (...).

Como se había anotado, mediante esta figura contractual, en virtud de la cual la ANI acordó con el Concesionario la construcción del box culvert de Ipiales.

Con ocasión de dicho acuerdo, el Concesionario celebró un Contrato de Obra Civil con el Consorcio SH representado por el señor José Ignacio Sanz Delgado, cuyo objeto correspondió a ejecutar por su cuenta y riesgo mediante la modalidad de precios unitarios, la construcción y entrega de las obras consistentes en la construcción de un Box-Culvert ubicado en el PR2+500 de la vía Paso Nacional en el sector urbano del Municipio de Ipiales (Calle 17 entre carreras 12 y 13) y en general, adelantar todos los trabajos y actividades que resulten necesarios, adecuados, conexos o complementarios, en cumplimiento de los estándares y requisitos establecidos por dicho contrato y las leyes aplicables.

De lo expuesto entonces, se puede inferir con total claridad que la Autoridad Competente NO concesionó la construcción del Box-culvert, sino que aquel se está ejecutando producto de un pacto contractual de naturaleza pública surgido entre el Concesionario y la Autoridad en comento.



www.uniondelsur.co

facebook.com/viauniondelsur

viauniondelsur

Union del Sur

Calle 97 No. 23-60 Edificio Proksol piso 8 - Bogotá D.C.
Carrera 30 A # 12A-24 - Barrio San Ignacio
Tel: (+57) 2 736 4584 - San Juan de Pasto

Página 26



NIT 900.880.846-3

CONCESIÓN
Rumichaca-
Pasto



GG 304-17

De lo expuesto entonces, se puede inferir, con total claridad, que la Agencia Nacional de Infraestructura NO concesionó la construcción del Box-culvert, sino que aquel se está ejecutando producto de un contrato de obra civil celebrado entre el Concesionario del Proyecto vial Rumichaca-Pasto y el Consorcio SH

La Autoridad Competente, en uso de las atribuciones que le otorga el Contrato de Concesión bajo el esquema APP No. 015 de 2015, decidió, previo visto bueno de la Interventoría, y de común acuerdo con la Concesionaria, aplicar el procedimiento dispuesto en la citada norma para contratar la construcción del box culvert. Una vez asumida la obligación contractual por parte de la Concesionaria, esta procedió a encomendar la ejecución de la obra a la empresa constructora denominada Consorcio SH, para lo cual se suscribió un contrato de obra que se encuentra vigente y de cuya ejecución, se está continuamente informando ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto respecto del avance diario de las obras en cumplimiento de las Sentencias proferidas dentro del trámite constitucional al que se hizo referencia.

De ahí que la actuación de la Concesionaria sea legítima, por cuanto fue contratada por la ANI para tal efecto. Por ello, no puede vincularse al Concesionario a la presente actuación, en la medida en que no está dentro de su alcance contractual, la ejecución del puente solicitado por el accionante popular. Esto es, el Concesionario, como cualquier otro contratista del Estado, se obliga en virtud de los contratos que debidamente suscribe y no puede generarse obligaciones adicionales sin su debido reconocimiento, siempre respetando, en todo caso, el marco regulatorio de la contratación estatal. Por esta y las demás razones, la Concesionaria no es un sujeto legitimado por pasiva frente a la acción popular que aquí se debate.

5.2.3. FALTA DE COMPETENCIA DE LA CONCESIONARIA PARA SER GARANTE DE LOS DERECHOS COLECTIVOS CUYA PROTECCIÓN SE DEMANDA Y ACTUACIÓN DE LA AUTORIDAD COMPETENTE EN OBEDECIMIENTO DE SENTENCIA JUDICIAL EJECUTORIADA Y EN FIRME.

Bajo el orden de ideas expuesto, se concluye, sin lugar a dudas, que la Concesionaria, por ser una persona jurídica de derecho privado, cuya relación con la obra del box culvert obedece a un vínculo meramente contractual, no tiene, entre sus facultades y obligaciones, el asumir o velar por responsabilidades que rebasen el objeto contractual. Menos aún, cuando la construcción del box culvert se da producto de una decisión judicial en firme, que en todo caso obligó fue a la ANI.

Para el caso concreto de la construcción del box culvert, o la pretendida construcción de un "moderno puente" en su lugar, la Concesionaria solamente puede ser entendida como parte contractual junto con la Autoridad Competente más no como parte o sujeto dentro de la relación jurídico procesal, pues a la luz de la definición brindada por el Concejo de Estado, está suficientemente demostrado que la Concesionaria carece de vocación para comparecer como demandada, ya sea a petición de parte, o por decisión oficiosa como es del caso, por existir un contrato vigente con la ANI, que por ahora debe ser cumplido. Al estar cumpliendo en calidad de contratista un contrato estatal, la Concesionaria no está en posibilidad de determinar si construye un box culvert o un moderno puente, pues su obligación legal de rango contractual se limita a la construcción del primero en mención. Obra que en todo caso fue contratada por la ANI, quien a su vez daba cumplimiento a una decisión judicial.



www.uniondelsur.co

[facebook.com/vicuniondesur](https://www.facebook.com/vicuniondesur)

[viauniondelsur](https://www.viauniondelsur.com)

Unión del Sur

Calle 97 No. 23-60 Edificio Proksol piso 8 - Bogotá D.C.

Carrera 30 A # 12A-24 - Barrio San Ignacio

Tel: (+57) 2 736 4584 - San Juan de Pasto

Página 27



NIT 900.880.846-3

CONCESIÓN
Rumichaca
Pasto



GG 304-17

5.2.4. ACTUACIÓN PRETENDIDA EN CONTRAVÍA DE LO DISPUESTO MEDIANTE SENTENCIA JUDICIAL EN ASUNTO DE CARÁCTER CONSTITUCIONAL.

La comunidad de Ipiales, interpuso en el año 2015 acción constitucional de amparo contra la Agencia Nacional de Infraestructura, Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, Gobernación de Nariño, Plan de Aguas Departamental, Consejo departamental de Gestión de Riesgos y Atención de Desastres, Alcaldía de Ipiales, Empresa Sanitaria de Obras Públicas EMPOOBANDO, Consejos Locales de Gestión de Riesgos y Desastres de Ipiales, Empresa de Desarrollo Vial de Nariño DEVINAR S.A., Ministerio de Transporte, Instituto Nacional de Vías INVIAS, Ministerio de Vivienda y Programa Aguas para la Prosperidad, solicitando la protección de derechos fundamentales a la vida, integridad física y salud de la comunidad accionante, y en consecuencia, se ordene la construcción de un Colector de lluvias y Box Culvert a cargo de la ANI, entre otros pedimentos. La acción fue radicada bajo el No. 2015-00054 ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto.

Producto de dicha acción, se ordenó mediante fallo de tutela proferido el 5 de febrero de 2015, la protección de derechos fundamentales a la vida, integridad física y salud de la comunidad accionante. La sentencia en comento fue impugnada a través de la interposición de recurso de apelación, que siendo de conocimiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia, fuera confirmada.

La decisión judicial de carácter constitucional en comento dispuso, además, ordenar a la Autoridad Competente que llevara a cabo la construcción de un Box Culvert en la Calle 17 con Carrera 23 del Municipio de Ipiales, con el fin de solucionar los problemas de insalubridad alegados dentro del trámite de la acción tutelar.

De ahí entonces, que la comunidad de Ipiales a través de la presente acción pretenda revivir el debate que bajo el carácter de constitucional se surtió entre las mismas partes, bajo las mismas denominaciones procesales, desde el año 2015 y que concluyó en la orden de construcción del Box Culvert.

5.2.5. EXCEPCIÓN INNOMINADA.

Cualquier otra excepción que usted señor Magistrado encuentre probada, sírvase declararla de oficio.

6. FRENTE A LAS PRUEBAS SOLICITADAS POR LA PARTE ACTORA.

A juicio de la Concesionaria Vial Unión del Sur, las fotografías aportadas por la parte actora, en modo alguno prueban vulneración de derechos colectivos, por cuanto lo que evidencian, es la construcción de una obra pública en obediencia de decisión judicial ejecutoriada y que tiene como objetivo la satisfacción de intereses colectivos, generales y difusos.

En el mismo sentido, consideramos que el decreto de la prueba pericial solicitada no goza del requisito de necesidad de la prueba, contrario *sensu*, es totalmente innecesaria, además de



www.uniondelsur.co

[facebook.com/viauniondelsur](https://www.facebook.com/viauniondelsur)

[viauniondelsur](https://www.viauniondelsur.com)

Unión del Sur

Calle 97 No. 23-60 Edificio Proksol piso 8 - Bogotá D.C.

Carrera 30 A # 12A-24 - Barrio San Ignacio

Tel: (+57) 2 736 4584 - San Juan de Pasto

Página 28



CONCESIÓN
Rumichaca
Pasto



GG 304-17

impertinente y no conducente, habida consideración que dentro del cumplimiento de la sentencia judicial de tutela ya se han venido rindiendo informes periódicos respecto del avance de dicha obra, los cuales son radicados directamente ante el Tribunal.

7. PETICIONES Y CONDENAS

PRIMERO: Con fundamento en los argumentos de hecho y de derecho aquí expuestos, solicito a su despacho declarar probadas las excepciones propuestas y las demás que su señoría considere pertinentes.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, sírvase disponer bien sea la desvinculación del proceso de la referencia a la Concesionaria Vial Unión del Sur, o la terminación del proceso, según la excepción que corresponda.

8. PRUEBAS

Señor Magistrado solicito se tengan como elementos materiales probatorios a favor de la entidad que represento, los siguientes:

1. PRUEBAS DOCUMENTALES.

- 1.1.1. Certificado de existencia y representación de la Concesionaria Vial Unión del Sur SAS.
- 1.1.2. CD con copia del Contrato de Concesión APP No. 15 de 2015.
- 1.1.3. Acta de Inicio del Contrato de Concesión APP No. 15 de 2015
- 1.1.4. Copia del contrato de Obra Menor relativo a la construcción del box culvert, suscrito entre la Concesionaria Vial Unión del Sur y el Consorcio SH.
- 1.1.5. Plan de Manejo de Tráfico.

9. ANEXOS

Las relacionadas en el acápite probatorio.



www.uniondelsur.co

[facebook.com/viauniondelsur](https://www.facebook.com/viauniondelsur)
[viauniondelsur](https://www.viauniondelsur.com)
Unión del Sur

Calle 97 No. 23-60 Edificio Proksol piso 8 - Bogotá D.C.
Carrera 30 A # 12A-24 - Barrio San Ignacio
Tel: (+57) 2 736 4584 - San Juan de Pasto

Página 29



CONCESIÓN
Rumichaca
Pasto



GG 304-17

10. NOTIFICACIONES

La Concesionaria podrá ser notificada en la carrera 30 A No. 12 A-24, Barrio San Ignacio de la ciudad de Pasto (Nariño).

E-MAIL: gestiondocumental@uniondelsur.co; gdelatorre@uniondelsur.co ;
hmendez@uniondelsur.co; cecajigas@uniondelsur.co; arosero@uniondelsur.co. Agradecemos que cualquier notificación sea enviada a todos y cada uno de los correos electrónicos antes indicados.

San Juan de Pasto - Nariño – Colombia.
Del Señor Magistrado,

Cordialmente,

GERMÁN DE LA TORRE LOZANO
Gerente General
Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S.

Anexos: Lo mencionado en un CD.
Proyectó: E. Cajigas.
Revisó: H. Mendez

