

ACTIO IN REM VERSO - Niega, imprueba. Caso: acuerdo de conciliación por construcción de obra sin suscribir adición de contrato, falta de disponibilidad presupuestal / CONTRATISTA - Actuación culposa. Ejecutar obras sin respaldo contractual ni presupuestal / ACUERDO CONCILIATORIO - Niega, imprueba. No se demostró necesidad o urgencia de la contratación / ACUERDO CONCILIATORIO - Requisitos para su aprobación: Representación legal de las partes / ACUERDO CONCILIATORIO - Requisitos para su aprobación: Legitimación en la causa / ACUERDO CONCILIATORIO - Requisitos para su aprobación: Que verse sobre derechos económicos disponibles por las partes / ACUERDO CONCILIATORIO - Requisitos para su aprobación: Que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación / ACTIO IN REM VERSO - Reiteración jurisprudencial. Aplicación de sentencia de unificación / ACTIO IN REM VERSO - Acción de reparación directa. Requisitos para su procedencia

[En el caso concreto,] se encuentra cumplido el presupuesto referente a la representación de los sujetos procesales y las facultades para conciliar; (...) [además,] el Despacho concluye que se cumple con el segundo de los requisitos establecidos para la aprobación de la conciliación lograda por las partes, respecto de la Sociedad Devimed S.A. (...) [Ahora bien, en lo referente a] que verse sobre derechos económicos disponibles por las partes (...) se concluye que el presente, es un litigio que envuelve pretensiones de contenido económico. (...) [En cuanto, al cuarto requisito, esto es,] que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación, (...) está probado que en virtud del (...) convenio interadministrativo la sociedad Devimed S.A construyó el proyecto vial denominado “Juan de Dios Morales” comprendido entre la glorieta de Comfama y/o Clínica Somer y la glorieta de El Águila y/o Cuatro Esquinas, según consta en el oficio SP 18-815 proferido el día 9 de mayo de 2012 por el municipio de Rionegro y dirigido a la parte actora (...) [Sin embargo,] el Despacho observa que la parte demandante apoyó sus pretensiones en el hecho de haber ejecutado a favor de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI (...) la doble calzada denominada “Juan de Dios Morales” (...) con el convencimiento fundado de que dichas obras serían remuneradas mediante el adicional No. 14 del contrato de concesión No.0275 de 1996 el cual nunca se suscribió. [Así las cosas,] aunque se encontrara probado que Devimed S.A construyó el proyecto vial denominado “Juan de Dios Morales”, no puede afirmarse que exista responsabilidad de la entidad demandada y mucho menos que dicha situación se haya presentado sin mediar culpa en cabeza de la demandante, pues como viene de observarse, ella misma, con su comportamiento y actitud, dio lugar a que las obras se ejecutaran sin respaldo contractual ni presupuestal y secundó las irregularidades presentadas. En otras palabras, no está probado que la ejecución de la obra (...) se debió a una falla del Instituto Nacional de Concesiones – INCO (...), por el contrario, el Despacho encuentra demostrado que la parte demandante ejecutó la obra (...) bajo su propia iniciativa y por su propia cuenta. (...) [Así las cosas,] se encuentra demostrado que Devimed S.A por su cuenta y riesgo decidió construir las obras sin que mediase contrato y sin que se cumpliera con los requisitos de la contratación estatal, razón por la cual el desplazamiento patrimonial en el que incurrió no puede considerarse como injustificado”. **NOTA DE RELATORÍA:** Síntesis del caso: El 23 de mayo de 1996 el Instituto Nacional de Vías – INVIAS y la sociedad Devimed S.A. suscribieron el contrato de concesión No. 0275, para la ejecución del proyecto “Desarrollo Vial del Oriente de Medellín, Valle de Rionegro y conexión a Puerto Triunfo en el departamento de Antioquía”; contrato que fue cedido –en el año 2003- al Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy Agencia Nacional de Infraestructura – ANI). Para el año 2009, el municipio de Rionegro le solicitó al INCO la inclusión de la construcción de la doble calzada “El

Águila” o “Juan de Dios Morales” dentro del contrato de concesión referido, razón por la cual se suscribió el convenio interadministrativo No. 13 entre ese municipio y el INCO. Para ese mismo año, se inició proceso de adición del contrato con la sociedad contratista a fin de incluir la construcción de la doble calzada antes de la realización de los Juegos Suramericanos que se llevarían a cabo en el mes de marzo del año 2010, sin que se firmara dicha adición. Problema jurídico: ¿Existe deber jurídico de reconocer los gastos efectuados en obra pública, cuando ésta se ha ejecutado por el contratista sin existir soporte contractual y presupuestal?.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 149

ACUERDO CONCILIATORIO - Competencia: Consejo de Estado

Teniendo en cuenta que este Despacho es competente para conocer del asunto según lo dispuesto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, en el Decreto 597 de 1988, la Ley 446 de 1998, la Ley 640 de 2001 (artículos 43 a 45); conforme a las pautas establecidas en el auto proferido por la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación el 9 de septiembre de 2008 y en atención a la cuantía de las pretensiones.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 129 / DECRETO 597 DE 1988 / LEY 446 DE 1998 / LEY 640 DE 2001

CONCILIACIÓN PREJUDICIAL Y JUDICIAL - Definición, noción, concepto / CONCILIACIÓN PREJUDICIAL Y JUDICIAL - Mecanismo alternativo de solución de conflictos: Finalidad y naturaleza

La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos, mediante el cual las partes que integran un conflicto procesal solucionan sus diferencias, con la intervención de un tercero calificado y neutral, el cual llevará y dirigirá la celebración de la audiencia de conciliación.

CONCILIACIÓN PREJUDICIAL Y JUDICIAL - Asuntos conciliables en materia de derecho administrativo

Son conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y todos aquellos que de manera expresa determine la ley de conformidad con los artículos 64 y 65 de la Ley 446 de 1998. Así mismo, se advierte que la conciliación tiene cabida, entre otros asuntos, en los de naturaleza cognoscitiva, cuyo objeto radica en terminar el proceso, total o parcialmente, antes de que se profiera sentencia, tal como lo dispuso el legislador en el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998. [Y específicamente,] tratándose de conflictos en los cuales una de las partes es el Estado, se pueden conciliar aquellos asuntos que por su naturaleza puedan ser sometidos a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante cualquiera de las acciones contempladas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A., pues estas acciones son de naturaleza económica.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 64 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 65 / LEY 446 DE 1998 - ARTÍCULO 70 / LEY 23 DE 1991 - ARTÍCULO 59

CONCILIACIÓN PREJUDICIAL Y JUDICIAL - Elementos. Recuento jurisprudencial

Los elementos característicos de la conciliación como mecanismo de solución de conflictos: (1) la autocomposición de un acuerdo en donde las partes pueden abordar la solución del conflicto, (...) (2) que se vierta en “un documento que por imperio de la ley hace tránsito a cosa juzgada y, por ende, obligatorio para éstas”; (...) y, (3) tiene dos acepciones: “una jurídico procesal, que lo identifica o clasifica como un mecanismo extrajudicial o trámite procedimental judicial que persigue un fin específico; y otra jurídico sustancial que hace relación al acuerdo en sí mismo considerado. Bajo estas dos acepciones son las partes las que en ejercicio de su libertad dispositiva deciden voluntariamente si llegan o no a un acuerdo, conservando siempre la posibilidad de acudir a la jurisdicción, es decir, a los órganos del Estado que constitucional y permanentemente tienen la función de administrar justicia para que en dicha sede se resuelva el conflicto planteado”.

ACUERDO CONCILIATORIO - Requisitos para su aprobación

De conformidad con lo consagrado en el artículo 65 literal a) de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 73 de la Ley 446 de 1998, cuyo parágrafo fue derogado por el artículo 49 de la Ley 640 de 2001, para la aprobación del acuerdo conciliatorio se requiere la concurrencia de una serie de presupuestos a saber: (1) que las partes que concilian estén debidamente representadas, y que los representantes o conciliadores tengan capacidad o facultad para conciliar; (2) legitimación en la causa de los demandantes; (3) que verse sobre derechos económicos disponibles por las partes; (4) que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación; (5) que no resulte abiertamente lesivo para las partes; y (6) que no haya operado la caducidad.

FUENTE FORMAL: LEY 23 DE 1991 - ARTÍCULO 65 NUMERAL A / LEY 446 DE 1998 - ARTÍCULO 73 PARÁGRAFO / LEY 640 DE 2001 - ARTÍCULO 49

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA - Definición, noción, concepto

La jurisprudencia constitucional se ha referido a la legitimación en la causa, como la “calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso”, de forma tal que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas. (...). Por su parte, esta Corporación ha sostenido que la legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., nueve (09) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

Radicación número: 05001-23-31-000-2012-00690-01(54121)

Actor: DEVIMED S.A.

Demandado: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - ACTIO DE IN REM VERSO (AUTO IMPRUEBA LA CONCILIACIÓN)

Procede el Despacho a resolver sobre la aprobación o no aprobación del acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes dentro de la audiencia de conciliación celebrada el 27 de enero de 2016¹ ante esta Corporación.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda y lo pretendido

El día **14 de mayo de 2012**² la Sociedad **Devimed S.A.** por intermedio de apoderado judicial y mediante le ejercicio de la Acción de Reparación Directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., presentó demanda contra la **Agencia Nacional de Infraestructura – ANI** para que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

1.1.- Que se declare que Devimed S.A., construyó y terminó a favor de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI (antes Instituto Nacional de Concesiones – INCO), la doble calzada denominada “*Juan de Dios Morales*”, ubicada entre las glorietas de “*Confama*” y “*El Águila*” del municipio de Rionegro, con el convencimiento fundado de que dichas obras serían remuneradas mediante el adicional No. 14 del contrato de concesión No.0275 de 1996 el cual no se suscribió entre las partes contratantes.

1.2.- Que se declare que la entidad demandada no firmó el contrato adicional No. 14 del negocio jurídico antes mencionado en el que se debían incluir las obras adicionales y en consecuencia que incumplió con lo previsto en el Convenio Interadministrativo No. 13 suscrito con el municipio de Rionegro.

1.3.- Que se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI (antes Instituto Nacional de Concesiones - INCO), el municipio de Rionegro y el Gobierno Nacional conocieron y no objetaron la ejecución de la doble calzada “*Juan de Dios Morales*”.

¹ Fls.927-929 C. P

² Fls.1-39 C.1

1.4.- Que se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI (antes Instituto Nacional de Concesiones) se encuentra obligada a reconocerle a la sociedad Devimed S.A., los costos en los que incurrió durante la ejecución de las obras que fueron finalizadas el día 13 de marzo de 2010.

1.5.- Que en virtud de las anteriores declaraciones, se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura a pagar las siguientes cantidades de dinero:

“2.1 Que se condene a la ANI (antes INCO) a pagar a DEVIMED todas las sumas y valores resultantes de la prosperidad de las pretensiones anteriores, incluyendo el costo de las mismas, el control de calidad, el valor de la administración, el porcentaje de utilidad y los costos fiduciarios, impositivos y financieros, entre otros.

2.2. Que se actualicen las sumas que resulten de la pretensión de condena anterior, mediante la aplicación del IPC que sea certificado por el DANE.

2.3. Que respecto de la suma actualizada se calculen los intereses a que hace referencia el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 o, subsidiariamente, los intereses que sean decretados por el juez.

2.4. Que se condene a la ANI (antes INCO) a pagar todas las costas del proceso y las agencias en derecho.

2.5. Que a partir de la ejecutoria de la sentencia, se condene a la ANI (antes INCO) a pagar los intereses moratorios, tal como lo prescribe el artículo 177 del C.C.A. y lo ha ordenado la Corte Constitucional en la sentencia C-188 de 1999”.

2. Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora expuso los hechos que el Despacho sintetiza así³:

El día **23 de mayo de 1996**, el Instituto Nacional de Vías – INVIAS y la sociedad Devimed S.A. suscribieron el contrato de concesión No. 0275 el cual tenía por objeto la ejecución de los estudios, diseños definitivos, la rehabilitación, operación y el mantenimiento del proyecto *“Desarrollo Vial del Oriente de Medellín, Valle de Rionegro y conexión a Puerto Triunfo en el departamento de Antioquía”*.

En ejecución del mencionado contrato, la contratante entregó a la Contratista la concesión de *“el tramo Don Diego – Rionegro de la Ruta 56AN 02 y el tramo Rionegro – Marinilla, los cuales sumados Don Diego – Rionegro – Marinilla, conforman la totalidad de la Ruta 56AN 02”*, de la cual también hace parte de la vía denominada *“Juan de Dios Morales”* que se encuentra conformado por los tramos denominados *“Comfama”* o *“Clínica Somer”* y *“Cuatro Esquinas”* o *“El Águila”*⁴.

³ Fls.4-31 C.1

⁴ Al respecto en el numeral 1.2. de los términos de referencia se estableció que hacía parte del contrato de concesión No. 0275 de 1992 *“el tramo vial Don Diego – Rio negro – Marinilla se sectoriza de la siguiente manera: 1.2.3.3. Medellín – Don Diego – Aeropuerto que en su descripción precisa que el sub tramo Don Diego – Aeropuerto contiene los subsectores Don Diego – Llano grande y Llano grande – Aeropuerto; el numeral 1.2.3.5 que va de Llano grande a Rio*

A continuación, el **3 de octubre de 2000** el INVIAS y el Concesionario suscribieron el contrato adicional No. 2 mediante el cual incorporaron la *“rehabilitación, la operación y el mantenimiento del sector de 2.4 KM Cuatro Esquinas – Comfama, sector KM 00 + 000 – KM 2 + 400, de la carretera Don Diego – Rio negro – Marinilla”*.

Seguidamente, el **12 de septiembre de 2003** el INVIAS le cedió y subrogó el contrato concesión No. 0275 al Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy Agencia Nacional de Infraestructura – ANI).

Posteriormente, el día **23 de abril de 2009**, el municipio de Rionegro le entregó al Ministerio de Transporte los planos y el presupuesto para la construcción de la doble calzada Vía *“San Juan de Dios”* con el fin de que dicha entidad *“realizara los trámites respectivos ante el CONPES, de acuerdo con sus conversaciones adelantadas al respecto. Lo anterior, resaltando la importancia del proyecto para la región y teniendo en cuenta que dicha vía sería el acceso para los escenarios deportivos en donde se realizarían los IX Juegos Suramericanos 2010”*.

Acto seguido, el día **23 de junio de 2009**, el ente territorial le solicitó al Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial la expedición de la licencia ambiental para el *“proyecto vial Juan de Dios Morales o vía El Águila”* a nombre de la concesionaria Devimed, quien sería la encargada de ejecutar el proyecto a nombre del entonces INCO, la cual fue otorgada por la Entidad en cita, el día **6 de octubre de ese mismo año** mediante Resolución No. 1921.

No obstante, en esta última fecha el INCO le informó a la Sociedad Devimed S.A. que no contaba con la disponibilidad presupuestal suficiente para la construcción de la doble calzada desde la glorieta ubicada en Comfama hasta la glorieta de Cuatro Esquinas.

El **14 de octubre de 2009** siguiente, se realizó una reunión entre el INCO, la Sociedad Devimed S.A y el Ministerio de Transporte en la que acordaron explorar la posibilidad legal, contractual y financiera de realizar la doble calzada en cita, ya que sobre dichas vías se tendrían las instalaciones deportivas de los Juegos Suramericanos de 2010.

El día **28 de octubre de 2009** el municipio de Rionegro le solicitó al INCO la inclusión dentro del contrato de concesión No. 0275 de la construcción de la doble calzada *“El Águila”* o *“Juan de Dios Morales”*.

negro anotando que su extremo es COMFAMA; y el numeral 1.2.3.7 Rio negro – Marinilla, con la longitud descrita de 5 kilómetros. Al medir desde Marinilla hacía Rio negro los 5 kilómetros se encuentra que el extremo en Rio negro es el sitio conocido como Cuatro Esquinas”.

A continuación, el día **9 de noviembre de 2009**, el municipio de Rionegro le remitió al INCO el presupuesto del proyecto vial denominado “*El Águila*” o “*Juan de Dios Morales*” por valor de \$19.582.559.687.38.

El día **13 de noviembre de 2009**, el municipio de Rionegro y el INCO suscribieron el convenio interadministrativo No. 13 el cual tenía por objeto “*aunar esfuerzos, recursos y competencias entre el INCO y la Alcaldía del municipio de Rionegro que permitan llevar a cabo las actividades correspondientes a la construcción para el desarrollo del proyecto de la segunda calzada de la vía Don Diego – Rionegro – Marinilla entre la glorieta de la Clínica Somer y la Glorieta el Águila (Proyecto vial Juan de Dios Morales) en el paso urbano de la vía nacional por el municipio de Rionegro (Antioquia)*”, y en el que se estableció entre las obligaciones del INCO, “*gestionar la adición del contrato de concesión previo cumplimiento de los trámites y requisitos de ley, donde determine el alcance de las obras, su valor y plazo de ejecución, conforme con los estudios y diseños elaborados por el municipio*”.

En virtud de lo señalado, el día **1 de diciembre de 2009**, la Sociedad Devimed S.A presentó al INCO y a la Interventoría la propuesta de desarrollo del objeto contractual, dando alcance a la propuesta técnica y económica para la adición del contrato de concesión; y el **9 de diciembre de ese mismo año** el INCO le remitió a la parte demandante la versión del adicional No. 14 del contrato de concesión No. 0275 en el cual se incluía la construcción de la doble calzada de la Avenida “*Juan de Dios Morales*”.

Sin embargo dicho negocio jurídico nunca se suscribió, pero “*la doble calzada en la vía Don Diego – Rionegro – Marinilla, entre las glorietas Comfama y El Águila (Proyecto Vial Juan de Dios Morales) fue puesta en funcionamiento por DEVIMED el 13 de marzo de 2010 es decir, con anterioridad al inicio de los Juegos Suramericanos celebrados entre el 17 y 30 de marzo de 2010*”.

3.- Trámite procesal de primera instancia.

3.1.- Admisión de la demanda.

Mediante auto de 19 de junio de 2012⁵, el Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda. Providencia que fue notificada por aviso⁶.

3.2.- Contestación de la demanda.

⁵ FI.492 C.2.

⁶ FI.495 C.2

Notificado el auto admisorio, mediante escrito de 25 de septiembre de 2012 el apoderado de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI (antes Instituto Nacional de Concesiones –INCO–) contestó la demanda⁷ oponiéndose a todas las pretensiones con fundamento en los siguientes argumentos:

I) La Sociedad Devimed S.A se encontraba plenamente informada de que no se realizaría adición alguna al contrato de concesión No. 0275 en virtud de la falta de presupuesto; sin embargo ejecutó las obras correspondientes a la vía “*Juan de Dios Morales*” con la anuencia del municipio de Rionegro, con el cual la parte demandante no tenía ninguna relación contractual.

II) En el Convenio Interadministrativo No. 13 suscrito entre el Instituto Nacional de Concesiones y el municipio de Rionegro no se estipularon obligaciones contractuales con la Sociedad Devimed S.A.

III) La Sociedad demandante tenía pleno conocimiento de que el borrador de adición No. 14 no se suscribiría, tal como consta en el oficio DGG -0413 – 09 de **2 de septiembre de 2009**, por medio del cual el representante legal de esta Compañía le informó al Alcalde de Rionegro que se encontraban trabajando sin contrato; y aceptó que efectivamente el Convenio Interadministrativo mencionado se suscribió entre el municipio de Rionegro y el INCO pero que las obligaciones contraídas por las partes no vinculaban a la Sociedad Devimed S.A.

IV) La Interventoría no realizó control alguno sobre las obras ejecutadas por Devimed S.A toda vez que no existía contrato que ordenara dichas obras.

Por último, la parte demandada presentó como excepciones:

I) **Inexistencia de la obligación:**

“El Instituto Nacional de Concesiones hoy Agencia Nacional de Infraestructura no contrató con la firma Devimed S.A la construcción de las obras del proyecto Juan de Dios Morales. Si bien es cierto el municipio de Rionegro y el INCO suscribieron el convenio interadministrativo No. 013 de 13/11/2009 cuya finalidad era “aunar esfuerzos, recursos y competencias entre el INCO y la Alcaldía del municipio de Rionegro que permitan llevar a cabo las actividades correspondientes a la construcción para el desarrollo del proyecto de la segunda calzada de la vía Don Diego – Rionegro – Marinilla entre la glorieta de la Clínica Somer y la glorieta de El águila (proyecto vial San Juan de Dios Morales) en el paso urbano de la vía nacional por el municipio de Rionegro (Antioquia), también lo es que Devimed S.A no fue parte de él, por lo tanto las obligaciones adquiridas por el INCO en dicho convenio no eran de incumbencia suya.”

⁷ Fls.497-519 C.1

Aunque entre el demandante, Devimed S.A y el Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI) está suscrito el contrato de concesión No. 0275 de 1995, en éste contrato no se encuentran contratadas las obras demandadas en este proceso.

*Al respecto es necesario mencionar que a pesar de que en la cláusula segunda del Convenio Interadministrativo No. 13 de 2009, el Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI) se comprometió a gestionar la adición del contrato de concesión 0275 de 1996 previo cumplimiento de los trámites y requisitos de ley, **la adición del contrato 0275 nunca se realizó por falta de disponibilidad presupuestal, situación que para nada debía afectar a la Sociedad Devimed S.A toda vez que no era parte del Convenio**”.*

II) **Inexistencia de enriquecimiento sin causa en cabeza de la agencia demandada – ANI**, toda vez que en el caso de autos, la parte actora realizó las obras aun cuando tenía conocimiento que no se contaba con la disponibilidad presupuestal para su ejecución.

IV) **Cobro de lo no debido y buena fe de parte del INCO hoy ANI**, por cuanto no existe fundamento jurídico para que la sociedad Devimed S.A realice el cobro de las obras del proyecto Juan de Dios Morales ya que éstas no fueron contratadas, ni aprobadas, ni vigiladas, ni recibidas por el Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI).

3.3.- Período probatorio

El Tribunal Administrativo de Antioquia por medio de auto de 12 de marzo de 2013 abrió el proceso a etapa probatoria, término dentro del cual se practicaron las pruebas decretadas, cumpliéndose de esta manera con el principio de contradicción⁸.

3.4.- Alegatos de conclusión

Mediante providencia de 10 de febrero de 2014 el Tribunal Administrativo de Antioquia corrió traslado a las partes por el término de 10 días para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto⁹.

3.4.1.- Dentro del término previsto, el apoderado de la parte actora presentó sus alegaciones finales reiterando los argumentos planteados en la demanda¹⁰ y además sostuvo que en el caso de autos se encuentra demostrado que se ejecutó una obra sin contrato escrito en virtud de la omisión de la Administración de declarar la urgencia manifiesta.

En consecuencia, la parte demandante sostuvo que los costos en los que incurrió durante la construcción de las obras, se tradujeron en un enriquecimiento del INCO (hoy ANI) y en su correlativo empobrecimiento.

⁸ Fls.526-529, C.2.

⁹ Fl. 651, C.2.

¹⁰ Fls.655-692, C.2.

La demandada y el Ministerio Público guardaron silencio en esta instancia.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de 29 de octubre de 2014 el Tribunal Administrativo de Antioquia accedió a las pretensiones de la demanda como se anotó *ad initio* de esta providencia¹¹.

Como sustento de la decisión el Tribunal señaló que:

1.- Está demostrado que la obra denominada “*Juan de Dios Morales*” realizada por la Sociedad Devimed S.A era una construcción necesaria toda vez que la ciudad de Rionegro, sería sede de los juegos suramericanos de 2010.

2.- Se encuentra acreditado que la Sociedad Devimed S.A ejecutó de buena fe la obra pública “*Juan de Dios Morales*”, pues si bien es cierto que en el mes de octubre de 2009 el INCO le comunicó a la parte demandante que no contaba con la disponibilidad presupuestal para realizar la obra en cuestión, también lo es que la entidad contratante le informó a la contratista “*la necesidad e importancia de dicha obra y se reconoce la posibilidad de atender la solicitud en relación con la misma por parte del municipio de Rionegro – Antioquia*”.

3.- Se presentaron actuaciones administrativas por parte del INCO, tales como reuniones constantes donde se discutía el presupuesto de la obra, que hicieron que el contratista tuviera la convicción de que se realizaría la adición del contrato de concesión No. 0275 de 1996.

4.- Está probado que en el *sub judice* “*se presentó un aumento patrimonial, de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-ANI- (antes INCO), representado en la realización del tramo de la vía “Juan de Dios Morales”, por cuenta de Devimed S.A. Téngase en cuenta que no tuvo que invertir nada en dicha obra la cual al ser de carácter Nacional era de su competencia, lo que implica una valorización de su patrimonio en la medida que se realizó la misma y no incurrió en costos. Así mismo, que se presentó un correlativo empobrecimiento de la sociedad actora- Devimed S.A.-, en tanto realizó la obra pública sin contraprestación alguna, tal como se evidencia de la lectura del material probatorio allegado al proceso y que dicha obra no podía ser reclamado (sic) por la vía contractual, o mejor dicho, no es válido afirmar que exista otra acción para el reclamo y cancelación de la misma es la razón por la cual para la Sala es claro que se cumplen con los presupuestos para aplicar la teoría del enriquecimiento sin causa, por lo que lo*

¹¹ Fls.693-760 C.P

procedente, es la compensación del empobrecimiento padecido por la sociedad actora-Devimed S.A.-, hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el ente estatal demandado, lo que supone el reconocimiento de los siguientes concepto (sic): Las facturas que fueron canceladas por la fiduciaria Bancolombia y las cuales según el dictamen pericial ascendieron a la suma de \$16.530.680.813.00, el valor de los gastos financieros por valor de \$132.245.447.00 y el AU \$4.628.590.628 y la negativa de los reconocimientos por los intereses de mora que según el dictamen pericial asciende a la suma de \$10.230.445.986, puesto que ellos no hacen parte del empobrecimiento de la sociedad actora”.

Dicha providencia fue notificada por edicto fijado el 14 de noviembre de 2014 y desfijado el 19 de noviembre de 2014¹².

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El 19 de febrero de 2010 la Agencia Nacional de Infraestructura interpuso recurso de apelación¹³, donde solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia por cuanto consideró que:

1.- El A quo desconoció la sentencia de unificación proferida por esta Corporación el día 19 de noviembre de 2012 con fundamento en los siguientes argumentos:

“(...) Al Tribunal A quo le bastó para aplicar la teoría del enriquecimiento sin causa y ordenar la consecuente compensación, establecer que Devimed S.A ejecutó una obra pública en una vía objeto de un contrato de concesión por el cual no recibió pago alguno, situación que no le pareció justa pues en su aparecer, pese a que la obra benefició al municipio de Rionegro y la imagen del Departamento de Antioquia en los juegos panamericanos, (sic) aumentó fue al patrimonio de la Agencia Nacional de Infraestructura.

La anterior tesis, evidencia que el Tribunal Administrativo de Descongestión de Antioquia se apartó de la sentencia de unificación del Consejo de Estado en la materia, sin que para el efecto hubiera motivado de manera expresa las razones de disidencia como corresponde, por el contrario, citó la providencia a efectos de dar la apariencia que es uno de los criterios auxiliares que le sirve de sustento a su decisión, sin embargo, basta con observar que inaplicó la regla general con fundamento en que no le parece justo que no se pague una obra al contratista que benefició a la comunidad y que supuestamente aumentó el patrimonio de la Agencia, pero no puso de presente razones de interés público o general que le permitieran aplicar dicha tesis de manera excepcional, restrictiva, como al efecto correspondía”.

2.- La doble calzada “Juan de Dios Morales” no representa un aumento en el patrimonio de la Agencia Nacional de Infraestructura:

¹² Fl. 762, C. P

¹³ Fls.763-768 C.P

“primero, porque la obra pública no está dentro del ámbito de su objeto funcional, y segundo, porque esa obra no se entiende como un recurso o parte de su patrimonio, luego, si bien en el parecer del Tribunal A quo hay un detrimento en el patrimonio de Devimed S.A, el mismo no supone correlativamente un aumento en el de la Agencia, lo cual implica que en el presente caso no concurre uno de los requisitos sustanciales del enriquecimiento sin justa causa, (...) razón demás, para que aún en el evento que se hubiera identificado una razón de interés público o general que hiciera procedente la actio in rem verso, no la hacía prospera respecto de la Agencia Nacional de Infraestructura”.

IV. TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 16 de junio de 2015¹⁴ esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada –Agencia Nacional de Infraestructura– en contra de la sentencia proferida el 29 de octubre de 2014 por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

El día 14 de julio de 2015, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al señor agente del Ministerio Público para que rindiera el concepto de rigor¹⁵.

El 28 de julio de 2015, la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- presentó escrito de alegatos de conclusión¹⁶ donde solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia con fundamento en los argumentos planteados en la contestación de la demanda.

A su turno, la parte demandante en escrito de 12 de agosto de 2015¹⁷ solicitó que se niegue el recurso de apelación interpuesto por el INCO (hoy ANI) y que se confirme la sentencia proferida por el Tribunal de Primera Instancia.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El día **31 de agosto de 2015** el Ministerio Público rindió concepto de fondo No. 168/2015¹⁸ en el que recomendó que se nieguen las pretensiones de la demanda por cuanto consideró:

1.- Se encuentra demostrado que Devimed S.A por su cuenta y riesgo decidió construir las obras sin que mediase contrato y sin que se cumpliera con los requisitos de la contratación estatal, razón por la cual el desplazamiento patrimonial en el que incurrió no puede considerarse como injustificado.

¹⁴ Fl.806 C.P

¹⁵ Fl.808 C.P

¹⁶ Fls.809-818 C.P

¹⁷ Fls.836-868 C.P.

¹⁸ Fls.870-891 C.P

2.- No está acreditado *“que fue exclusivamente la Entidad Pública demandada sin participación y culpa del particular afectado la que constriñó o impuso la ejecución de prestaciones en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo”*.

VI. LA CONCILIACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

En proveído de 24 de noviembre de 2015¹⁹ esta Corporación convocó a audiencia de conciliación judicial para el día 27 de enero de 2016, a las 09:30 a.m.

Llegado el día y hora programada para llevar a cabo la audiencia de conciliación, las partes se presentaron y acordaron la fórmula de arreglo que consta en la correspondiente acta²⁰, de la que se extrae lo siguiente:

“[L]a representante de la Agencia Nacional de Infraestructura se refirió al acta del comité de conciliación que obra en el expediente, en la que se determina una fórmula de arreglo que en lo esencial se concreta en:

“El Comité de Conciliación de la Entidad que represento –Agencia Nacional de Infraestructura– el 25 de agosto del 2015 procedió a estudiar la viabilidad de suscribir un acuerdo conciliatorio dentro del proceso de la referencia para lo cual el Comité unánimemente y en aras de precaver efectos de una eventual confirmación en segunda instancia encontró viable la posición de autorizar al representante legal de la Entidad a suscribir acuerdo conciliatorio, el cual fue radicado ante el Consejo de Estado el 16 de septiembre del año 2015. Y debido a la importancia y al interés que anima a las partes de finalizar el presente proceso ratificamos nuestra posición de conciliar en los términos del acuerdo conciliatorio aprobado conforme a certificación que obra en el plenario el (sic) 14 de diciembre de 2015. Ratificamos nuestra posición”

Concedida la palabra al apoderado de los demandantes, manifiesta que:

“Previendo la pregunta que hace el Consejo de Estado sobre el ánimo conciliatorio y sobre la ratificación del acuerdo, y en prueba del mismo se entrega y allega al expediente el acta de la Junta directiva de DEVIMED S.A. donde se ratifica el ánimo conciliatorio y el acuerdo del 25 de agosto de 2015, junto con un memorial explicativo que contiene la expresión del ánimo conciliatorio y la ratificación de todos los puntos del acuerdo, obrante en cinco (5) folios.”

De igual forma durante la audiencia de conciliación, el Ministerio Público manifestó su oposición al acuerdo al que llegaron las partes:

“(…) ya que de conformidad con las reglas jurisprudenciales que se han establecido en sentencia de unificación para los casos de enriquecimiento sin causa estas no se cumplen en el presente caso, tal como se analiza en forma amplia en nuestro concepto 168 del 31 de agosto de 2015. Y por consiguiente considera el Ministerio Público que el acuerdo sería lesivo del patrimonio público y en vez de solucionar una injusticia lo que propiciaría sería un enriquecimiento sin causa de la entidad demandante que siendo profesional en la actividad de

¹⁹ FI.924 C.P

²⁰ Fls.927-929 C. P

construcción asumió el riesgo de adelantar una obra sin contar con los requisitos de autorizaciones necesarios lo cual era de su conocimiento, tal y como se probó en el proceso. Además observa el Ministerio Público que el acuerdo también comprende circunstancias o mejor discrepancias entre las partes que no son objeto de este litigio. Y que por tanto, en sana lógica, no podrían conciliarse en este escenario más aún cuando la jurisprudencia de unificación precisó que la pretensión de enriquecimiento sin causa es una pretensión de reparación directa y no una pretensión contractual. Por las razones brevemente expuestas por el Ministerio Público, de manera respetuosa, solicita a la Sala que no sea aprobado el acuerdo al que han llegado las partes”.

VII. CONCEPTO DE LA AGENCIA DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO

Este Despacho mediante auto de 30 de junio de 2016 corrió traslado a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado del acuerdo conciliatorio logrado entre las partes el 27 de enero de la presenta anualidad, al considerar que es necesaria su intervención en el presente proceso en atención al asunto materia de debate y la cuantía de las pretensiones²¹.

En virtud de lo anterior y de conformidad con lo contemplado en el artículo 610 del Código General del Proceso, mediante escrito del 25 de agosto de 2016²² la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado intervino en el proceso y solicitó la improbación del acuerdo conciliatorio para que mediante sentencia de segunda instancia se revoque el fallo del *A quo* proferido el 29 de octubre de 2014 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por cuanto consideró que no se configura ninguna de las hipótesis de responsabilidad patrimonial del Estado por enriquecimiento sin justa causa.

Al respecto la Agencia sostuvo:

1.- En el caso concreto “no había lugar a declarar la urgencia manifiesta para la contratación, motivo por el cual no es posible aplicar la fuente del derecho y de las obligaciones denominada enriquecimiento sin justa causa para declarar la responsabilidad del INCO ni para condenarla” por cuanto en el *sub judice* no se presentaron situaciones relacionadas con un Estado de excepción ni de fuerza mayor o caso fortuito.

2.- “El INCO no constriñó a Devimed, ni le impuso la ejecución de las prestaciones sin contrato con base en su autoridad, supremacía o imperium, por el contrario la participación del concesionario fue voluntaria y libre”. En este sentido, la Agencia considera que está demostrado que el contratista decidió iniciar las obras sin contrato y que expresó por escrito su disponibilidad para actuar bajo esas condiciones.

²¹ Fls.944-947 C.P

²² Fls.951-969 C. P

3.- La sentencia apelada se apartó de la sentencia de unificación sin explicar las razones para ello ya que de *“forma ambigua el A quo conduce a la buena fe como fuente del resarcimiento en el caso concreto, es decir, al convencimiento que tenía el concesionario que le iban a pagar. En tal sentido desconoce que la buena fe que se exige en materia contractual de acuerdo con la sentencia de unificación no es la creencia o convencimiento del sujeto de estar actuando bien, sino el efectivo y real comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección”*.

4.- La actuación del concesionario fue culposa puesto que el INCO le advirtió de la inexistencia de recursos para la construcción del proyecto vial, de manera que la Agencia consideró que Devimed obró con *“torpeza, negligencia, incuria y culpa, puesto que frente a la advertencia presentada por el INCO acerca de la falta de recursos para la obra, la inexistencia de un contrato adicional para el efecto y la ausencia de las aprobaciones del CONPES y del CONFIS, continuó con la labor de construcción del proyecto vial”*.

5.- El INCO no participó en los diseños del proyecto vial, en la obtención de la licencia ambiental, en el inicio de las obras ni tampoco suscribió ningún documento que lo vinculara con Devimed en la construcción del proyecto Juan de Dios Morales:

“De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, (i) sin intervención del INCO, el municipio de Rionegro inició los trámites para la construcción del proyecto Juan de Dios Morales. El 23 de abril de 2009, el Alcalde del municipio de Rionegro, envió una comunicación al Ministro de Transporte, para que se tramitara ante el CONPES la autorización de la obra (folio 171 cuaderno 2); (ii) sin intervención del INCO, Devimed S.A inició las obras para la construcción del proyecto Juan de Dios Morales. Estuvieron presentes en las reuniones empleados del concesionario, funcionarios de la Entidad Territorial y los Directores de Obra de las firmas constructoras; (iii) sin intervención del INCO, el municipio de Rionegro solicitó la licencia ambiental para la obra, la cual fue concedida para que la construyera Devimed S.A”.

En este sentido, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado consideró que no es posible aprobar la conciliación realizada por las partes en sede judicial el pasado 27 de enero de 2016, porque con ella se lesionan los intereses patrimoniales del Estado.

Visto el trámite que antecede, y no habiendo causal que invalide lo actuado, el Despacho procede a resolver el asunto sometido a su decisión, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

1.- COMPETENCIA

Decide el Despacho la aprobación o no aprobación del acuerdo conciliatorio logrado entre las partes en esta instancia, dentro del proceso de reparación directa que cursa, y en el

que el Tribunal Administrativo Antioquia, profirió sentencia de primera instancia el 29 de octubre de 2014 en la que condenó a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI (antes INCO) a pagar a favor de la SOCIEDAD DEVIMED S.A., la suma \$21.291.516.888.00 por la realización de la obra pública denominada “*Juan de Dios Morales*”.

Lo anterior, teniendo en cuenta que este Despacho es competente para conocer del asunto según lo dispuesto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, en el Decreto 597 de 1988, la Ley 446 de 1998, la Ley 640 de 2001 (artículos 43 a 45); conforme a las pautas establecidas en el auto proferido por la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación el 9 de septiembre de 2008²³ y en atención a la cuantía de las pretensiones.

2.- LA CONCILIACION EN MATERIA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos, mediante el cual las partes que integran un conflicto procesal solucionan sus diferencias²⁴, con la intervención de un tercero calificado y neutral, el cual llevará y dirigirá la celebración de la audiencia de conciliación.

Ahora bien, son conciliables²⁵ todos los asuntos susceptibles de transacción,

²³ Radicado No: 11001-03-26-000-2008-00009-00(IJ).

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-165 de 29 de abril de 1993. “*La conciliación es no solo congruente con la Constitución del 91, sino que puede evaluarse como una proyección, en el nivel jurisdiccional, del espíritu pacifista que informa a la Carta en su integridad. Porque, siendo la jurisdicción una forma civilizada y pacífica de solucionar conflictos, lo es más aún el entendimiento directo con el presunto contrincante, pues esta modalidad puede llevar a la convicción de que de la confrontación de puntos de vista opuestos se puede seguir una solución de compromiso, sin necesidad de que un tercero decida lo que las partes mismas pueden convenir*”. Corte Constitucional, sentencia C-598 de 2011. “*La conciliación como mecanismo de resolución extrajudicial de resolución de conflictos se ha definido como ‘un procedimiento por el cual un número determinado de individuos, trabados entre sí por causa de una controversia jurídica, se reúnen para componerla con la intervención de un tercero neutral –conciliador- quién, además de proponer fórmulas de acuerdo, da fe de la decisión de arreglo y [sic] imparte su aprobación. El convenio al que se llega como resultado del acuerdo es obligatorio y definitivo para las partes que concilian’. La nota característica de este mecanismo de resolución de conflictos es la voluntariedad de las partes para llegar a la solución de su controversia, pues son ellas, ayudadas por el conciliador que no tiene una facultad decisoria, quienes presentan las fórmulas de acuerdo con las que se espera poner fin a sus divergencias. Es, entonces, un mecanismo de autocomposición porque son las partes en conflicto y no un tercero, llámese juez o árbitro, quienes acuerdan o componen sus diferencias*”.

²⁵ “(...) En relación con las materias propias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la ley igualmente precisa los supuestos a los cuales les es aplicable, en lo previsto en sus artículos 59 a 65, regulando igualmente la conciliación prejudicial y judicial. En efecto, se podrá conciliar, en las etapas prejudicial o judicial sobre conflictos de carácter particular y contenido patrimonial que ante la jurisdicción contencioso-administrativa se ventilarían mediante las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa, y sobre controversias contractuales (art. 59). A diferencia de las previsiones de la ley en asuntos laborales, en los contencioso-administrativos la conciliación prejudicial no es obligatoria, como requisito de procedibilidad (art. 60). En el artículo 65 de la ley 23, se dispone que cuando no se haya intentado conciliación prejudicial, sólo autorizada a partir de esa ley, “en el auto en que la admita” (la demanda), el Magistrado o Consejero ordenará al fiscal adelantar la conciliación. Luego se trata de los procesos contencioso-administrativos en ejercicio de las acciones contenidas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A., y,

desistimiento y todos aquellos que de manera expresa determine la ley de conformidad con los artículos 64 y 65 de la Ley 446 de 1998.

Así mismo, se advierte que la conciliación tiene cabida, entre otros asuntos, en los de naturaleza cognoscitiva, cuyo objeto radica en terminar el proceso, total o parcialmente, antes de que se profiera sentencia, tal como lo dispuso el legislador en el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998. Así:

“ARTÍCULO 59.- Modificado ley 446 de 1998, artículo 70. Asuntos Susceptibles de Conciliación. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo”.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional son varios los elementos característicos de la conciliación como mecanismo de solución de conflictos: (1) la autocomposición de un acuerdo en donde las partes pueden abordar la solución del conflicto, ya sea comunicándose e intercambiando propuestas directamente, caso en el cual estaremos ante una negociación-, o bien con la intervención de un tercero neutral e imparcial que facilita y promueve el diálogo y la negociación entre ellas, evento en el cual nos encontraremos ante la mediación, en cualquiera de sus modalidades²⁶; (2) que se vierta en “un documento que por imperio de la ley hace tránsito a cosa juzgada y, por ende, obligatorio para éstas”²⁷; y, (3) tiene dos acepciones: “una jurídico procesal, que lo identifica o clasifica como un mecanismo extrajudicial o trámite procedimental judicial que persigue un fin específico; y otra jurídico sustancial que hace relación al acuerdo en sí mismo considerado. Bajo estas dos acepciones son las partes las que en ejercicio de su libertad dispositiva deciden voluntariamente si llegan o no a un acuerdo, conservando siempre la posibilidad de acudir a la jurisdicción, es decir, a los órganos del Estado que constitucional y permanentemente tienen la función de administrar justicia para que en dicha sede se resuelva el conflicto planteado”²⁸.

que se inicien con posterioridad al 21 de marzo de 1991, en los que se surtirá, según el caso, en la etapa denominada judicial, la conciliación en este tipo de acciones”; Corte Constitucional, Sentencia C-215 de 9 de junio de 1993.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-1195 de 2001. “[...] Si bien el término conciliación se emplea en varias legislaciones como sinónimo de mediación, en sentido estricto la conciliación es una forma particular de mediación en la que el tercero neutral e imparcial, además de facilitar la comunicación y la negociación entre las partes, puede proponer fórmulas de solución que las partes pueden o no aceptar según sea su voluntad”.

²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-598 de 2011.

²⁸ Corte Constitucional, sentencia C-598 de 2011. “[...] Entendida así, la conciliación debe ser asumida como un mecanismo que también hace efectivo el derecho a la administración de justicia, aunque sea ésta menos formal ni un dispositivo que tenga como fin principal la descongestión judicial, pues si bien ésta se convierte en una excelente alternativa para enviarla, no se le puede tener ni tratar como si ésta fuera su única razón de ser”.

Por su parte, la jurisprudencia de la Sección Tercera sostiene que la “*decisión frente a la aprobación de la conciliación está íntimamente relacionada con la terminación del proceso; si se trata de una conciliación judicial y ésta es aprobada, el auto que así lo decide pondrá fin al proceso; si en el auto no se aprueba la conciliación esa providencia decide sobre la no terminación del proceso, dado que la no aprobación impide la finalización del mismo*”²⁹. A dicha posición se agrega por la jurisprudencia que de la “*misma manera que la transacción, la conciliación es un negocio jurídico en el que las partes terminan extrajudicial o judicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. La validez y eficacia de ese negocio jurídico en asuntos administrativos, está condicionada a la homologación por parte del juez quien debe ejercer un control previo de la conciliación con miras a verificar que se hayan presentado las pruebas que justifiquen la misma, que no sea violatoria de la ley o que no resulte lesiva para el patrimonio público en la medida en que la ley establece como requisito de validez y eficacia de la conciliación en asuntos administrativos la previa aprobación u homologación por parte del juez, hasta tanto no se produzca esa aprobación la conciliación no produce ningún efecto y por consiguiente las partes pueden desistir o retractarse del acuerdo logrado, no pudiendo por tanto el juez que la controla impartirle aprobación u homologarla cuando media manifestación expresa o tácita de las partes o una de ellas en sentido contrario*”³⁰.

Finalmente, la Sección Tercera considera en su jurisprudencia que “*el sólo acuerdo de voluntades de las partes o el reconocimiento libre y espontáneo que alguna de ellas manifieste en torno de las razones de hecho y de derecho que contra ella se presenten, si bien es necesario no resulta suficiente para que la conciliación sea aprobada en materia Contencioso Administrativa, puesto que el legislador exige que, al estar de por medio los intereses y el patrimonio público, el acuerdo conciliatorio debe estar soportado de tal forma que en el momento en el cual se aborde su estudio, al juez no le quepan dudas acerca de la procedencia, la legalidad y el beneficio –respecto del patrimonio público– del mencionado acuerdo conciliatorio. Así las cosas, cualquier afirmación –por más estructurada y detallada que esta sea– por medio de la cual se reconozca un derecho como parte del objeto del acuerdo conciliatorio y que genere la afectación del patrimonio público, debe estar debidamente acreditada mediante el material probatorio idóneo que produzca en el juez la convicción de que hay lugar a tal reconocimiento*”³¹.

3. CASO EN CONCRETO

De conformidad con lo consagrado en el artículo 65 literal a) de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 73 de la Ley 446 de 1998, cuyo párrafo fue derogado por el

²⁹ Sección Tercera, auto de 24 de agosto de 1995, expediente 10971.

³⁰ Sección Tercera, auto de 1 de julio de 1999, expediente 15721; de 3 de marzo de 2010, expediente 26675.

³¹ Sección Tercera, auto de 3 de marzo de 2010, expediente 37644.

artículo 49 de la Ley 640 de 2001, para la aprobación del acuerdo conciliatorio se requiere la concurrencia de una serie de presupuestos³² a saber: (1) que las partes que concilian estén debidamente representadas, y que los representantes o conciliadores tengan capacidad o facultad para conciliar; (2) que verse sobre derechos económicos disponibles por las partes; (3) legitimación en la causa; (4) que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación; (5) que no resulte abiertamente lesivo para las partes; y (6) que no haya operado la caducidad.

Al respecto se lee:

Artículo 65A. (...)

La autoridad judicial improbará el acuerdo conciliatorio cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias para ello, sea violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público.

De acuerdo con estos presupuestos, el Despacho examinará la concurrencia de los mismos en el caso concreto, previa revisión del material probatorio obrante dentro del plenario, del cual se desprenden los siguientes:

3.1 HECHOS PROBADOS – MEDIOS PROBATORIOS

1 El Instituto Nacional de Vías – INVIAS mediante el estudio de desarrollo vial de oriente de Medellín y Valle de Rionegro (sin fecha), determinó que el objeto de la contratación era realizar “*por el sistema de concesión los estudios, diseños definitivos, las obras de rehabilitación, la operación y el mantenimiento de las calzadas existentes en los tramos de carretera Medellín – Guarne – Marinilla – El Santuario, Medellín – Don Diego – Aeropuerto, La Fe, El Retiro, Don Diego – La Ceja – La Unión, Llano Grande – Rionegro (Glorieta Comfama), Rionegro (Glorieta Comfama – La Ceja, T de Aeropuerto (Cruce Autopista Medellín – Bogotá) – Aeropuerto, Rionegro – Marinilla (Cruce Autopista Medellín – Bogotá), Rionegro – Carmen de Vibolar, los accesos a Marinilla y El Santuario; construcción, mantenimiento y operación de la segunda calzada Medellín – Guarne – Marinilla – El Santuario de la Variante de La Ceja; construcción en intersecciones a desnivel en Guarne, intersección T del aeropuerto, cruce a Rionegro, Marinilla y el Santuario; y mantenimiento y operación del tramo El Santuario – Puerto Triunfo – Caño Alegre a partir de la entrega por parte del Instituto Nacional de Vías a la concesión, hasta el término de la concesión*”³³.

2 En virtud de lo anterior, el día **23 de mayo de 1996** la Sociedad Devimed S.A y el Instituto Nacional de Vías – INVIAS suscribieron el contrato de concesión No. 0275 el cual

³² Sección Tercera, autos de 3 de marzo de 2010, expediente 37644; de 3 de marzo de 2010, expediente 37364; de 3 de marzo de 2010, expediente 30191.

³³ Fls.113-123 C.1

tenía por objeto la ejecución de “los estudios, diseños definitivos, las obras de rehabilitación y de construcción, la operación y el mantenimiento del proyecto “Medellín – Valle de Rionegro y conexión a Puerto Triunfo – Caño Alegre”³⁴.

Al respecto el Despacho anota que si bien el anterior contrato de concesión no corresponde a la obra denominada “Juan de Dios Morales” objeto del litigio, se debe tener en cuenta que es a partir de la presente relación contractual que la Sociedad Devimed S.A atribuye a la entidad demandada la ejecución del proyecto vial, la cual considera que debió formalizarse mediante la firma del contrato adicional No. 14.

3 A continuación, el día **3 de octubre de 2000** la Sociedad Devimed S.A y el Instituto Nacional de Vías – INVIAS suscribieron el contrato adicional No. 2 contrato de concesión No. 0275/96, mediante el cual acordaron la incorporación de la rehabilitación, operación y mantenimiento del sector de 2.4 km Cuatro Esquinas – Comfama, sector KM 00+ 00 - km 2 + 400 de la carretera Don Diego – Rionegro – Marinilla por valor de \$400.00.000.00³⁵.

4 No obstante lo anterior, el Instituto Nacional de Vías – INVIAS mediante Resolución No. 003521 de **12 de septiembre de 2003**³⁶ le cedió y subrogó el contrato de concesión No. 0275 de 1996 al Instituto Nacional de Concesiones – INCO³⁷ hoy Agencia Nacional de Infraestructura- ANI³⁸.

5 Por otra parte, el Despacho observa que la Alcaldía municipal mediante el Decreto No. 110 del **30 de julio de 2008** por medio del cual “se implementa la Ley 1083 de 2006 – Movilidad Sostenible en Distritos y Municipios con Planes de Ordenamiento Territorial” resolvió³⁹:

*“(...) **Artículo 4. Crecimiento urbano.** Orientar el crecimiento municipal a lo largo de lo que se llamarán los ejes estructurantes de movilidad que en forma radial se alejan del núcleo central de Rionegro, utilizando la valiosa infraestructura existente en las siguientes vías: vía Belén, avenida Los Sauces, antigua vía a Marinilla, vía Rionegro – El Carmen, vía el Águila, vía San Antonio de Pereira y La Ceja – vía a Llano Grande, nueva avenida de las Torres (utilizando la servidumbre ya obtenida por empresas públicas de Medellín y exigiéndole a los urbanizadores retiros adicionales) y carretera a Santa Elena (...).”*

³⁴ Fls.60-76 C.1.

³⁵ Fls.124-127 C.1

³⁶ Fls.155-156 C.1

³⁷ Al respecto, se encuentra demostrado que el Instituto Nacional de Concesiones – INCO fue creado mediante Decreto 1800 de 26 de junio de 2003. (Fls.149-154 C.1)

³⁸ El Ministerio de Transporte mediante Resolución No. 4165 de **3 de noviembre de 2011** resolvió cambiar “la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Concesiones – INCO de establecimiento público a Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica que se denominará Agencia Nacional de Infraestructura, adscrita al Ministerio de Transporte”. (Fls.157-169 C.1)

³⁹ Fls.174-186 C.1 y 582-589 C.2

6 Asimismo, mediante oficio No. AM -01-131 del día **23 de abril de 2009** el Alcalde del municipio de Rionegro le envió al Ministro de Transportes, los planos y presupuesto de la obra denominada “*doble calzada Vía El Águila*”, la cual sería de gran importancia para la región ya que conllevaría el acceso a los escenarios deportivos donde se realizarían los IX Juegos Suramericanos de 2010⁴⁰.

7 Igualmente, el Concejo Municipal de Rionegro mediante Acuerdo 029 del **24 de julio de 2009** facultó al Alcalde del municipio de Rionegro para comprometer vigencias futuras ordinarias para la construcción de hasta 10 kilómetros de vías; no obstante, allí no se especifica que dichos dineros serían utilizados para financiar la obra denominada “*Juan de Dios Morales*”⁴¹.

8 A su vez, la Sociedad Devimed S.A., mediante oficio No. DGG 0413 de **2 de septiembre de 2009** se dirigió al Alcalde del municipio de Rionegro para manifestarle la urgencia de contar con la licencia ambiental del proyecto denominado “*Juan de Dios Morales*”, pues como se había dicho en reunión del 31 de agosto de ese mismo año, ya se había dado inicio a los trabajos pertinentes y a la fecha no contaban con dicha licencia⁴².

Asimismo, la Sociedad demandante le recordó al Alcalde del municipio de Rionegro “*la urgencia de tramitar por parte del municipio el Convenio Interadministrativo a suscribir entre ustedes y el INCO para respaldar los trabajos nacionales en terrenos aportados por el municipio y en donde consten las obligaciones de cada uno. Devimed está trabajando sin respaldo en ningún documento contractual, sólo confiado en la buena fe y en los buenos oficios del gobierno nacional y municipal que permita obtener los vistos buenos del CONPES y CONFIS y posteriormente un contrato adicional a suscribir con INCO y respaldado en el Convenio Interadministrativo con el municipio*”. (Subrayado fuera de texto)

9 En virtud de lo anterior, el día **28 de septiembre de 2009** el municipio de Rionegro le solicitó al Ministerio del Medio Ambiente la expedición de la licencia ambiental para el proyecto vial denominado “*Juan de Dios Morales*” la cual se encontraba a cargo de la concesionaria Devimed S.A.⁴³.

10 En este sentido, el Ministerio del Medio Ambiente, mediante Resolución No. 1921 del **6 de octubre de 2009** resolvió otorgarle a la empresa concesionaria Devimed S.A la licencia ambiental para la ejecución del proyecto vial denominado “*San Juan de Dios*”

⁴⁰ Fls.171 C.1 y 580 C.2

⁴¹ Fls.187-188 C.1

⁴² Fls.209-212 C.1

⁴³ Fls.173 C.1

Morales” o “Vía El Águila” consistente en la construcción de la doble calzada desde la glorieta ubicada en la Clínica Somer hasta la glorieta Cuatro Esquinas o puente de La Feria, localizado en el municipio de Rionegro, departamento de Antioquia⁴⁴.

11 A su turno, el Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI) el día **6 de octubre de 2009** le manifestó al Gerente General de la Sociedad Devimed S.A que no contaban con la disponibilidad presupuestal para respaldar la ejecución del proyecto vial “*Juan de Dios Morales*”, toda vez que los espacios fiscales se encontraban comprometidos para adicionar obras a las ya aprobadas dentro del contrato de concesión No. 0275; sin embargo, le manifestó que compartía la necesidad e importancia de la obra, razón por la cual se encontraba “*evaluando la posibilidad de atender la solicitud que la Alcaldía de Rionegro presentó al señor Ministro de Transporte*”⁴⁵.

12 No obstante, dentro del material probatorio que obra en el plenario se encuentran las siguientes ofertas comerciales presentadas por diferentes empresas ante la sociedad Devimed S.A con el fin de intervenir dentro de la ejecución de la obra denominada “*San Juan de Dios Morales*”⁴⁶:

Propuesta presentada por	Fecha de presentación de la propuesta	Objeto	Valor
Castro Tcheassi S.A	21/08/2009 ⁴⁷	Construcción del tramo de la doble calzada Juan de Dios Morales comprendido entre el K2 + 500 y el K3 + 100	\$4.543.103.013,00
Conconcreto S.A	21/08/2009 ⁴⁸	Construcción de los siguientes tramos de la doble calzada Juan de Dios Morales: - Tramo comprendido entre la Glorieta de la Clínica Somer en la calle 38 con carrera 31 - Tramo de la doble calzada entre el K1 +940 al K2 + 500. Construcción de un puente vehicular en el K2 + 200 sobre la quebrada “ <i>La Pereira</i> ”.	\$4.132.963.099,00
M.H Pavimentos S.A	24/08/2009 ⁴⁹	Construcción del tramo de la doble calzada Juan de Dios Morales comprendido entre el K3 + 650 al K4 + 724.	\$4.375.922.054,00

⁴⁴ Fls.128-146 C.1

⁴⁵ Fls.200 C.1

⁴⁶ Fls.251-329 C.1

⁴⁷ Fls.251-261 y 383- 389 C.1

⁴⁸ Fls.272-286 C.1

⁴⁹ Fls.287-301 C.1

Propuesta presentada por	Fecha de presentación de la propuesta	Objeto	Valor
Pavimentar S.A	24/08/2009 ⁵⁰	Construcción de los siguientes tramos de la doble calzada Juan de Dios Morales: 1.- De la calzada Occidental: - K3 + 100 – K3 + 200 - K3 + 380 – k3 +600 2.- De la calzada Oriental: - K3 + 100 – K3 + 210 - K3 + 320 + k3 +490	\$2.100.928.165,00
Procopal S.A	1/09/2009 ⁵¹	Construcción de un tramo de la doble calzada Juan de Dios Morales.	\$2.186.680.335,00
El Constructor Oferente S.A – COVIAL	22/10/2009 ⁵²	Realizar el Plan de Manejo Ambiental.	\$471.455.129,00

13 Asimismo se observa que el día **19 de octubre de 2009** la sociedad Devimed S.A le envió al Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI) un correo electrónico en el que le puso de presente los “valores globales ajustados de cada una de las obras que incluirá el adicional 14, incluyendo las circunvalares de Rionegro y Carmen de Viboral, en la forma solicitada y cuyo valor total global de 210.746.139 millones corresponde al pactado en la reunión efectuada el 14 de octubre en el Despacho del señor Ministro, como resulta a su propuesta y que no fue sólo aceptada por Devimed sino avalada por INCO y la interventoría, a través de sus representantes en la mencionada reunión. Dicha reunión había sido citada por el INCO con el propósito de evaluar los alcances anteriormente pactados, concertar los ajustes que se consideran necesarios y acelerar los trámites que conduzcan a la suscripción del adicional No. 14 (...)”⁵³. No obstante, el Despacho observa que en dicho valor global no se encontraba incluida la obra denominada “Juan de Dios Morales”.

14 Nuevamente, el día **21 de octubre de 2009** mediante oficio No. D.G.G 0480-09 la sociedad demandante le puso de presente al Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI) los acuerdos finales a los que habían llegado con el Ministerio de Transportes en cuanto a la obra denominada “Juan de Dios Morales”⁵⁴:

“(…) 2.- Manifestó el Ministro que el municipio de Rionegro será subsede de los Juegos Suramericanos a efectuarse en el mes de marzo de 2010 y que sobre la

⁵⁰ Fls.302-314 C.1

⁵¹ Fls.315-329 C.1

⁵² Fls.262-271 y 468-477 C.1

⁵³ Fls.213 C.1

⁵⁴ Fls.214-236 C.1

circunvalar que conecta a la glorieta Comfama con la glorieta de Cuatro Esquinas de ese municipio, se tendrán las instalaciones deportivas de esos juegos. Tratándose de un tramo de vía concesionado a Devimed y que hace parte de la carretera Don Diego – Rionegro – Marinilla el señor Ministro exploró la posibilidad legal, contractual y financiera de incluir la construcción de una doble calzada en ese mismo tramo dentro del contrato adicional No. 14, anotando que se podría disponer de 5.000 millones de la vigencia 2009, destinados a obras en esa región del proyecto.

El Subgerente de gestión contractual indicó que el municipio de Rionegro le había solicitado formalmente al Ministerio la construcción de esa doble calzada, denominada avenida Juan de Dios Morales, para lo cual estaban comprometidos a negociar y entregar la totalidad de los predios, a efectuar los diseños y presupuestos y tramitar la licencia ambiental, así como a construir y/o trasladar las redes de servicio y que el Ministro dio traslado al INCO de esa solicitud.

El gerente de Devimed expuso que contractual y legalmente la incorporación era factible y conveniente para la funcionalidad del proyecto concesionado y manifestó la disponibilidad de Devimed para iniciar de inmediato los trabajos a fin de atender oportunamente el compromiso internacional de Colombia. Comentó que de acuerdo con información del municipio, el presupuesto de las obras de construcción, excluidos los de terrenos y mejoras, tenía un valor estimado de 20.000 millones, para un total de 3.2 kilómetros de doble calzada, con una sección transversal de 32 metros, a razón de 6.250 millones por kilómetro y que Devimed aceptaría su ejecución con ese valor global, preparando unilateralmente por el municipio con sus propios precios unitarios y análisis de cantidades de obra. El Ministro manifestó en ese momento que ante la diferencia entre el valor de la construcción y el monto del aporte disponible se estudiarían alternativas para definir su financiación”.

15 Igualmente, está demostrado que el día **19 de octubre de 2009** la sociedad Devimed S.A y el Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI) se comunicaron vía correo electrónico con el fin de hacer la “revisión [de los] precios unitarios para [el] adicional No. 14” del contrato No. 0275/96⁵⁵.

16 Acto seguido, mediante oficio No. AM01-616 del **29 de octubre de 2009** el municipio de Rionegro le solicitó al entonces Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI) la inclusión de la construcción de 2.8 kilómetros de doble calzada de los tramos comprendidos entre la glorieta ubicada en la Clínica Somer hasta la glorieta Cuatro Esquinas dentro del contrato de concesión No. 0275/96, toda vez que consideraba que la ejecución de dicho proyecto vial era necesaria porque las instalaciones deportivas principales de los Juegos Suramericanos que se desarrollarían en el mes de marzo de 2010 se encontraban ubicadas sobre estas vías y, además, porque ese tramo de vía era fundamental “para la comunicación de la vía nacional con los municipios de La Ceja, Carmen Viboral y Marinilla y optimiza la comunicación de Rionegro con todos ellos y con la autopista Medellín – Bogotá”⁵⁶.

⁵⁵ Fls.201-202 C.1

⁵⁶ Fls.190 C.1 y 591 C.2

Aunado a lo anterior, el municipio le manifestó al Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI) que con el fin de ejecutar el proyecto anteriormente mencionado ya contaba con *“el diseño geométrico, estructural, hidráulico y desarrolló los estudios ambientales que permitieron obtener la licencia ambiental del proyecto, otorgada por el Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, mediante Resolución No. 1921 del 6 de octubre de 2009”*. Así como también *“elaboró el presupuesto de las obras de construcción de la doble calzada, cuyo valor global total es del orden de veinte mil millones de pesos (\$20.000.000.000.00)”*.

17 A su vez, el día **29 de octubre de 2009** el Gerente de la Firma O.F.B. y Cía Ltda, - Consultores, le entregó al Secretario de Infraestructura del municipio de Rionegro, el presupuesto del proyecto vial *“Juan de Dios Morales”*, cuyo valor ascendía a \$19.582.559.687,38⁵⁷.

18 A continuación, el **9 de noviembre de 2009** el municipio de Rionegro mediante oficio No. AM01 – 629 le remitió al Gerente del Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI) el presupuesto del proyecto vial *“Juan de Dios Morales”* anteriormente mencionado⁵⁸.

19 El día **13 de noviembre de 2009** el Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI) y el municipio de Rionegro suscribieron el convenio interadministrativo No. 13 el cual tenía por objeto *“aunar esfuerzos, recursos y competencias entre el INCO y la Alcaldía del Municipio de Rionegro para el desarrollo del Proyecto de la Segunda Calzada de la Vía Don Diego-Rionegro-Marinilla entre la glorieta de la Clínica Somer y la glorieta de El Águila (Proyecto vial Juan de Dios Morales) en el paso urbano de la vía nacional por el municipio de Rionegro (Antioquia)”*; el cual tenía con una vigencia de 12 meses, contados a partir de la suscripción de dicho documento.

Lo anterior, con fundamento en las siguientes consideraciones⁵⁹:

“(…) Que la Alcaldía del municipio de Rionegro, en oficio AM01-616-12877, radicado en el INCO bajo el número 2009-409-023344-2 del 29 de octubre de 2009, solicita la inclusión de la construcción de la doble calzada de este tramo de vía nacional concesionada dentro del objeto del contrato de concesión No. 0275 de 1996 y ofrece su colaboración para que Colombia cumpla con el compromiso internacional de los juegos Suramericanos en marzo de 2010, en los cuales el municipio de Rionegro será subsede. Es así como la administración municipal manifiesta que aportara todos los estudios y diseños, la licencia ambiental, la gestión predial y adquirirá los predios y mejoras que sean necesarias para desarrollar el proyecto de la doble calzada, construirá o trasladará las redes de servicios que requiera la construcción de la vía, las zonas de depósito de material y sobrante, y apoyará con su personal y agentes de tránsito el manejo de la circulación vehicular y peatonal que facilite el proceso constructivo.

⁵⁷ Fls.192-196 C.1

⁵⁸ Fls.191 C.1 y 592 C.2

⁵⁹ Fls.147 y 148 C.1.

Que en la comunicación antes mencionada el municipio manifiesta que en la vía nacional que conecta las glorietas de la Clínica Somer con la glorieta El Águila, el tramo de vía ubicado entre la carretera Don Diego – Rionegro – Marinilla, estarán ubicadas instalaciones deportivas que servirán de subsede a los IX Juegos Suramericanos 2010.

Que para mejorar las condiciones de movilidad de personas y bienes se consagró dentro del Plan Básico de Ordenamiento Territorial del municipio de Rionegro el “Proyecto Vial Juan de Dios Morales” el cual consta de 2.8 kilómetros de vía en doble calzada con una sección de 36 metros y un puente sobre la quebrada La Pereira, aprovechando como una de las calzadas el paso urbano de la vía nacional Don Diego – Rionegro – Marinilla actualmente concesionada a Devimed S.A mediante contrato No. 275/96 suscrito con Invias y posteriormente subrogado al INCO.

Que en virtud del contrato de concesión No. 0275 del 23 de mayo de 1996, el Instituto Nacional de Vías – INVIAS entregó en concesión a Devimed S.A la ejecución de los estudios, los diseños definitivos, rehabilitación, operación y el mantenimiento del proyecto Medellín – Valle de Rionegro y conexión a Puerto Triunfo – Caño Alegre de la Ruta 60 en el Departamento de Antioquia”.

20 A continuación, el día **1 de diciembre de 2009** mediante oficio No. DGG 0542 -09-09 la sociedad Devimed S.A le puso de presente al Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI) la propuesta técnica y económica de adición del contrato No. 0275 de 1996 en la que se incluyó la construcción, mitigación ambiental e interventoría de la circunvalar de la doble calzada avenida Juan de Dios Morales en el municipio de Rionegro por valor de \$19.582.000.000⁶⁰.

21 Acto seguido, el día **9 de diciembre de 2009** el Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI) envió vía correo electrónico a la sociedad Devimed la “*versión trabajada con el supervisor del contrato y el concesionario*” del contrato adicional No. 14⁶¹, con el fin de que se realicen las observaciones pertinentes⁶².

22 Seguidamente, el día **4 de febrero de 2010** mediante oficio DGG – 0061-10, la sociedad Devimed S.A le informó al municipio de Rionegro que⁶³:

“Actualmente nos encontramos en la etapa final del proyecto de construcción de la doble calzada, vía Juan de Dios Morales, localizado entre la glorieta de la Clínica Somer y la glorieta de Cuatro Esquinas, situación que implica un gran compromiso de todas las entidades involucradas para que las obras estén listas antes del inicio de los IX Juegos Suramericanos, los cuales se celebraran entre el 19 y 30 de marzo del año 2010.

Por tal razón requerimos de carácter urgente contar con todos los predios necesarios para adelantar las obras. Actualmente no se puede trabajar la totalidad del proyecto, por falta de los siguientes predios:

⁶⁰ Fls.237-246 C.1

⁶¹ Fls.204-208 C.1

⁶² Fls.203 C.1

⁶³ Fls.247-248 C.1

- Sector *glorieta Somer*, K2 +070, 3 predios.
- Sector *Viejo Porvenir*, K2 + 340 – K2 +370, 2 predios.
- Sector *carrera 46 y carrera 47*, K2 + 510 – k3 + 650, 2 predios.
- *Glorieta cuatro esquinas, Ramal de entrada K4 +270*”.

23 El municipio de Rionegro, en cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el Convenio No. 13 del 13 de noviembre de 2009, entregó y puso a disposición de la sociedad Devimed S.A las franjas de los inmuebles requeridos de acuerdo al diseño de obra para la realización del proyecto vial denominado “*Juan de Dios Morales*”. Sin embargo no se tiene conocimiento en la fecha que dichos predios fueron entregados. Así lo certificó la Secretaria Jurídica y de Contratación de esa municipalidad, el día **8 de abril de 2011**⁶⁴.

24 Asimismo, el día **9 de mayo de 2012** el municipio de Rionegro se dirigió a la parte actora - sociedad Devimed S.A., para certificar que “en la jurisdicción urbana de esa municipalidad está el tramo de la vía nacional concesionada a DEVIMED por el INCO, en donde fue construido el proyecto vial Juan de Dios Morales⁶⁵.”

25 Igualmente, el Despacho observa que en el plenario obran las facturas y memorandos de pagos emitidos entre **septiembre de 2009** y **octubre de 2010** por las diferentes sociedades que intervinieron en la construcción de la vía denominada “*San Juan de Dios Morales*” con cuenta a Devimed S.A⁶⁶.

26 De igual forma, obra en el plenario el dictamen pericial rendido el **21 de octubre de 2013** por Ludivia Quiros García quien concluyó que de conformidad con las facturas que obran en el plenario anteriormente mencionadas los costos en los que incurrió la Sociedad Devimed S.A ascienden a la suma de \$33.762.013.139.oo, los cuales se encuentran distribuidos de la siguiente manera⁶⁷:

Concepto	Suma
Pago de facturas giradas por la fiduciaria Bancolombia a nombre de Devimed S.A las cuales obran en el plenario.	\$16.530.680.813.oo
Gastos financieros compuestos por la comisión de la fiducia y el 4 * 1000.	\$132.245.447.oo
AU del 28% de conformidad con lo señalado en el contrato No.0275 de 1996.	\$4.628.590.628.oo
Saldo de la actualización de acuerdo con el IPC	\$2.240.050.265.oo
Intereses de mora calculados a 18 de octubre de 2013 con base en los costos actualizados y de acuerdo al numeral 8 del art. 4 de la Ley 80 de 1993.	\$10.230.445.986

⁶⁴ Fls.197 – 199 C.1 y 593 C.2

⁶⁵ Fls.170 C.1 y 579 C.2

⁶⁶ Fls.330-382, 398 -466 C.1. Igualmente obra CD a fl. 485 -486 C.1

⁶⁷ Fls.606-625 C.2

TOTAL	\$33.762.013.139.oo
--------------	----------------------------

27 Por otra parte, obran como pruebas testimoniales las declaraciones rendidas por Obed Franco Bermúdez⁶⁸ – quien participó en la elaboración de los diseños de la vía “*Juan de Dios Morales*”; Jhon Jairo Otalvaro Gallego⁶⁹ – Director Técnico y Operativo de Devimed S.A.; Manuel Segundo Vicente Zuluaga⁷⁰ – Gerente de Devimed S.A.; y Alcides Tobón Echeverri⁷¹ – Alcalde de Rionegro para la época en la que ocurrieron los hechos. Quienes coinciden en afirmar que la Sociedad Devimed S.A construyó la vía “*Juan de Dios Morales*”.

Aunado a lo anterior, los testigos Jhon Jairo Otalvaro – Director Técnico y Operativo de Devimed S.A. y Manuel Segundo Vicente Zuluaga – Gerente de Devimed S.A sostuvieron que la sociedad Devimed S.A ejecutó la obra denominada “*Juan de Dios Morales*” bajo el total y absoluto convencimiento de que el contrato adicional número 14 que se venía tramitando sería firmado. Adicionalmente, el primero adujo que dicha infraestructura “*era total y absolutamente necesaria para poder ingresar a los escenarios deportivos que se encontraban sobre éste corredor*”.

3.2 VERIFICACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS REQUERIDOS PARA LA APROBACIÓN DEL ACUERDO CONCILIATORIO:

Visto el material probatorio antes descrito, el Ponente entrará a analizar si en el *sub lite* se configuran los presupuestos requeridos para la aprobación del acuerdo conciliatorio:

3.2.1 QUE LAS PARTES QUE CONCILIAN ESTÉN DEBIDAMENTE REPRESENTADAS, Y QUE LOS REPRESENTANTES O CONCILIADORES TENGAN CAPACIDAD O FACULTAD PARA CONCILIAR.

Para poder determinar que en el *sub judice* las partes se encontraban debidamente representadas, se hace necesario referirse al artículo 74 del Código General del Proceso, que regula lo atinente a los poderes otorgados para la representación de los sujetos procesales, el cual señala:

“Los poderes generales para toda clase de procesos solo podrán conferirse por escritura pública. El poder especial para uno o varios procesos podrá conferirse por documento privado. En los poderes especiales los asuntos deberán estar determinados y claramente identificados.”

⁶⁸ Fls.542-547 C.2

⁶⁹ Fls.548-560 C.2

⁷⁰ Fls.566-570 C.2

⁷¹ Fls.596-601 C.2

El poder especial puede conferirse verbalmente en audiencia o diligencia o por memorial dirigido al juez del conocimiento. El poder especial para efectos judiciales deberá ser presentado personalmente por el poderdante ante juez, oficina judicial de apoyo o notario. Las sustituciones de poder se presumen auténticas.

Los poderes podrán extenderse en el exterior, ante cónsul colombiano o el funcionario que la ley local autorice para ello; en ese último caso, su autenticación se hará en la forma establecida en el artículo 251.

Cuando quien otorga el poder fuere una sociedad, si el cónsul que lo autentica o ante quien se otorga hace constar que tuvo a la vista las pruebas de la existencia de aquella y que quien lo confiere es su representante, se tendrán por establecidas estas circunstancias. De la misma manera se procederá cuando quien confiera el poder sea apoderado de una persona.

Se podrá conferir poder especial por mensaje de datos con firma digital.

Los poderes podrán ser aceptados expresamente o por su ejercicio.”

Por otra parte, el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo consagra específicamente la manera cómo deben estar representadas las entidades públicas y las privadas que cumplen funciones públicas, en procesos adelantados en la jurisdicción de lo contencioso administrativo; el citado artículo establece que:

“Las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos Contencioso Administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados. Ellas podrán incoar todas las acciones previstas en este Código si las circunstancias lo ameritan.

En los procesos Contencioso Administrativos la Nación estará representada por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Fiscal General, Procurador o Contralor o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.

El Presidente del Senado representa a la Nación en cuanto se relacione con el Congreso. La Nación-Rama Judicial estará representada por el Director Ejecutivo de Administración Judicial.

En los procesos sobre impuestos, tasas o contribuciones, la representación de las entidades públicas la tendrán el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales en lo de su competencia, o el funcionario que expidió el acto.

PARAGRAFO 1o. En materia contractual, intervendrá en representación de las dependencias a que se refiere el artículo 2o., numeral 1, literal b) de la Ley 80 de 1993, el servidor público de mayor jerarquía en éstas.

PARAGRAFO 2o. Cuando el contrato haya sido suscrito directamente por el Presidente de la República en nombre de la Nación, la representación de ésta se ejerce por él o por su delegado”.

Así las cosas, el Despacho encuentra demostrado que la parte actora está debidamente representada por el abogado Weiner Ariza Moreno, quien actúa en nombre de los

demandantes, está facultado con plenos poderes para conciliar⁷² y se le reconoció personería jurídica mediante auto de 19 de junio de 2012, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia⁷³.

Asimismo, en lo que respecta a la representación de la entidad demandada, se encuentra que la Agencia Nacional de Infraestructura ANI (antes INCO), está debidamente representada por la abogada Natalia Ramírez Yepes, quien a su vez tiene plenos poderes para conciliar⁷⁴, conforme al artículo 151 del Código Contencioso Administrativo, y se halla facultada por el Comité de Conciliación de la Agencia Nacional de Infraestructura- ANI para conciliar bajo la siguiente fórmula de arreglo⁷⁵:

*“(...) el Comité de Conciliación de manera unánime ha encontrado viable en el presente caso la posición de **AUTORIZAR AL REPRESENTANTE LEGAL DE LA ENTIDAD A SUSCRIBIR ACUERDO CONCILIATORIO**, y a su vez, presentar el mismo a través de la apoderada de la Entidad ante el Consejo de Estado –Sección Tercera, dentro de la Acción de Reparación Directa con radicado No. **2012-00690-01**, interpuesta por la Sociedad Concesionaria **DEVIMED S.A.**, en los siguientes términos:*

“(...)”

CLÁUSULA PRIMERA.- La Agencia Nacional de Infraestructura, ANI, y DEVIMED S.A., de manera conjunta acuerdan conciliar la condena impuesta en la sentencia proferida el 29 de octubre de 2014 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Descongestión, en el curso del proceso identificado con el radicado número 0500123310002012069001

CLÁUSULA SEGUNDA.- La Agencia Nacional de Infraestructura, ANI, pagará a DEVIMED S.A. por concepto de la construcción de la obra pública Juan de Dios Morales, la suma de DIECISÉIS MIL QUINIENTOS TREINTA MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA MIL OCHOCIENTOS TRECE PESOS (\$16.530.680.813) M/CTE, y el valor de **Administración (23%)** correspondiente a TRES MIL OCHOSCIENTOS (sic) DOS MILLONES CINCUENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS (\$3.802.056.587.00), valores que se actualizarán desde el mes de marzo de 2010 hasta junio de 2015, para un total a reconocer a la concesión DEVIMED S.A. de VEINTI TRES MIL NOVECIENTOS ONCE MILLONES CIENTO OCHENTA Y NUEVE MIL CUATROSCIENTOS (sic) NOVENTA Y OCHO PESOS (\$23.911.189.498,00) M/CTE, discriminados así:

COSTOS DIRECTOS	\$ 16.530.680.813,00
A* (23%)	\$3.802.056.587,00
TOTAL	\$20.332.737.400,00
IPC MARZO 2010	103,81
IPC JUNIO 2015	122,081
FACTOR DE ACTUALIZACIÓN	1,176
TOTAL A PAGAR	\$ 23.911.189.498,00

CLÁUSULA TERCERA.- La Agencia Nacional de Infraestructura, ANI, pagará la suma de dinero referida en la cláusula anterior o sea el valor de VEINTI TRES MIL

⁷²Fl.40 C.1.

⁷³Fl.492 C.2. (Respaldo)

⁷⁴Fl.819, C. Ppal.

⁷⁵ Fl.910 y 911, C. Ppal.

NOVECIENTOS ONCE MILLONES CIENTO OCHENTA Y NUEVE MIL CUATROSCIENTOS (sic) NOVENTA Y OCHO PESOS (\$23.911.189.498,00) M/CTE, con Títulos de Tesorería TES, conforme a la LEY 1737 de diciembre 2 de 2014, artículo 45.

La Agencia Nacional de Infraestructura una vez se apruebe la presente conciliación gestionará el pago ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con títulos de tesorería TES. Después de presentada y aprobada la documentación requerida para hacer el pago con TES la Agencia tendrá cuatro (4) meses para que el pago se haga efectivo sin que se generen costos financieros adicionales. En el caso que el pago se demore más de cuatro meses contados desde la presentación de la documentación completa por parte del Concesionario se reconocerán intereses de mora conforme a lo previsto en el Art. 177 inciso 5º y 6º C.C.A., por lo que se entiende que las cantidades liquidadas reconocidas, devengarán intereses comerciales (durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria) y moratorios (después de este término), así mismo, cumplidos seis (6) meses desde que se **apruebe la conciliación**, sin que los beneficiarios hayan acudido ante la entidad responsable para hacerla efectiva, acompañando la documentación exigida para el efecto, cesará la causación de intereses de todo tipo desde entonces hasta cuando se presentare la solicitud en legal forma.

CLÁUSULA CUARTA.- DEVIMED S.A. acepta el pago de VEINTI TRES MIL NOVECIENTOS ONCE MILLONES CIENTO OCHENTA Y NUEVE MIL CUATROSCIENTOS (sic) NOVENTA Y OCHO PESOS (\$23.911.189.498,00) M/CTE, por la construcción de la obra pública Juan de Dios Morales y renuncia al cobro de cualquier otra suma de dinero por dicho concepto.

DEVIMED acepta la suma aludida, asumiendo la diferencia que resulte de la negociación que de los títulos TES pueda existir en el mercado, declarándose a la ANI a paz y salvo con DEVIMED, con la entrega de los títulos TES.

CLÁUSULA QUINTA.- DEVIMED S.A. con base en el presente acuerdo conciliatorio, se obliga a garantizar la operación, el mantenimiento tanto rutinario como periódico, así como la rehabilitación y operación del tramo en doble calzada objeto de esta conciliación, denominado vía Juan de Dios Morales, hasta la fecha de finalización del contrato de concesión 275 de 1996, conforme a las condiciones de operación exigidas para las vías nacionales e igualmente a revertir la vía mencionada en la misma fecha citada en esta cláusula, esto es, la fecha de finalización del contrato de Concesión No. 275 de 1996.

CLÁUSULA SEXTA.- DEVIMED S.A. adelantará las gestiones necesarias ante el municipio de Rionegro, Antioquia, a efectos de que la totalidad de los predios adquiridos para la construcción de la obra pública Juan de Dios Morales, sean titulados de propiedad de la Agencia Nacional de Infraestructura, ANI. La referida titulación de predios, la cual se acredita con la escritura pública correspondiente y su registro ante la Oficina de Instrumentos Públicos, debe estar culminada en un plazo máximo de un mes, contado a partir de la aprobación del presente acuerdo conciliatorio.

CLÁUSULA SÉPTIMA.- Los perjuicios causados por el incumplimiento de los compromisos que las partes adquieren con la suscripción del presente acuerdo conciliatorio dará a la parte cumplida el derecho a ejercer las acciones judiciales correspondientes.

CLÁUSULA OCTAVA.- El presente acuerdo conciliatorio hará tránsito a cosa juzgada y prestará mérito ejecutivo, por lo tanto, con la suscripción del presente acuerdo las partes conocen, comprenden y aceptan cada una de las cláusulas del mismo.

CLÁUSULA NOVENA.- Como consecuencia de lo dispuesto en este acuerdo LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, A ANI (sic), y DEVIMED S.A. renuncian mutuamente a cualquier acción, derecho o reclamación relacionada con la presente conciliación y con los hechos que dieron origen a la misma.

CLÁUSULA DÉCIMA.- Como documentos integrantes del presente acuerdo conciliatorio, se anexa certificación del comité de conciliación de LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, ANI, celebrado el veinticinco 25 de Agosto de 2015.

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA.- Las partes solicitan al H. Consejo de Estado acoger la presente conciliación, y en consecuencia, proceder a la terminación del proceso judicial iniciado en virtud del medio de control de reparación directa identificado con el número 0500123310002012069001, así mismo se solicita respetuosamente no condenar en costas a las partes.

(...) ”».

Visto lo anterior, el Despacho considera que para la aprobación del acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes en el presente asunto, se encuentra cumplido el presupuesto referente a la representación de los sujetos procesales y las facultades para conciliar.

3.2.2 QUE VERSE SOBRE DERECHOS ECONÓMICOS DISPONIBLES POR LAS PARTES.

Tratándose de conflictos en los cuales una de las partes es el Estado, se pueden conciliar aquellos asuntos que por su naturaleza puedan ser sometidos a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante cualquiera de las acciones contempladas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A.⁷⁶, pues estas acciones son de naturaleza económica.

Este requisito se cumple en el presente asunto, si se tiene en cuenta que las pretensiones perseguidas por la parte demandante ascienden a la suma aproximada de veintiocho mil doscientos sesenta y tres millones setecientos treinta y siete mil setecientos cuarenta y cinco pesos (\$28.263.737.745), correspondientes a los costos del Proyecto Vial “Juan de Dios Morales”, la actualización monetaria y los respectivos intereses causados por el no pago de la obra.

Así las cosas, se concluye que el presente, es un litigio que envuelve pretensiones de contenido económico.

3.2.3 LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

⁷⁶ “(...) Serán conciliables los conflictos de carácter particular y de contenido económico que pueda conocer la jurisdicción Contenciosa en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y contractuales, reguladas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A, a excepción de los asuntos tributarios (...)” Consejo de Estado, Sección tercera, 25 de Mayo de 2000, CP. Jesús María Carrillo Ballesteros.

El Despacho procede analizar la legitimación en la causa de los sujetos procesales, previo las siguientes consideraciones.

La jurisprudencia constitucional se ha referido a la legitimación en la causa, como la *“calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso”*⁷⁷, de forma tal que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas.

Por su parte, esta Corporación⁷⁸ ha sostenido que la legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones.

Entendido así el concepto de legitimación en la causa, es evidente que cuando ella falte, bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada.

Así las cosas, en cuanto a la legitimación en la causa por activa en cabeza de la Sociedad Devimed S.A, el Despacho observa que obra en el plenario el certificado de existencia y representación expedido el día **28 de marzo de 2012** por la Cámara de Comercio de Medellín en el que consta que la empresa Desarrollo Vial del Oriente de Medellín - DEVIMED S.A.-, identificada con matrícula N° 21-295794-04 y NIT: 811005050 se creó mediante Escritura Pública No. 2671 del **9 de mayo de 1996** y tenía por objeto *“la elaboración de diseños, la ejecución de infraestructura y la construcción de obras públicas tanto por el sistema de concesión como por cualesquiera otra forma de contratación prevista y autorizada por las leyes colombianas”*⁷⁹.

Asimismo, de la relación detallada que de los medios probatorios se hizo, es dable concluir que la Sociedad Devimed tiene un interés jurídico sustancial para pretender el pago de la construcción de la vía *“Juan de Dios Morales”*, mediante la acción de reparación directa, toda vez que afirma que ella fue quien la construyó o, por lo menos, participó en su construcción.

Sin embargo, el Despacho observa que dentro de las pretensiones expuestas por la parte actora se solicitó que se declare la responsabilidad de la entidad demandada porque incumplió con lo previsto en el Convenio Interadministrativo No. 13 del 13 de noviembre de

⁷⁷ Corte Constitucional. Sentencia C- 965 de 2003.

⁷⁸ Sentencia del 23 de octubre de 1990. Expediente No. 6054.

⁷⁹ Fls.41-44 C.1.

2009, suscrito entre el municipio de Rionegro y el INCO (hoy ANI), incumplimiento que se atribuye a la omisión en la suscripción de los contratos que ampararan las obras construidas.

Con relación a la pretensión así propuesta, el Ponente debe hacer dos previsiones. La primera, que la declaración de incumplimiento del convenio interadministrativo es una pretensión propia de la acción contractual y aquí se demanda por vía extracontractual. Adicionalmente, la Sociedad Devimed S.A., no forma parte del acuerdo interadministrativo cuyo incumplimiento demanda, de manera que, en este sentido, resulta forzoso concluir que a la demandante no le acude interés jurídico sustancial para demandar el incumplimiento contractual, de modo que, no está legitimada en la causa por activa para interponer esta pretensión.

Por otra parte, pese a que la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI tiene suscrito un contrato de obra con la sociedad Devimed S.A., en el cual la demandante justifica la construcción de la vía “*Juan de Dios Morales*”, con relación a la legitimación en la causa por pasiva el Despacho considera que ésta no se encuentra plenamente acreditada, inicialmente, porque no se trata de una acción contractual sino de una acción de reparación directa cuyas pretensiones emergen de una relación de tipo extracontractual, que no necesariamente debe ampararse en la existencia de un contrato previo.

Adicionalmente, en lo que respecta a la construcción de la vía por cuyo pago se demanda, la Sala observa que la Agencia de Infraestructura – ANI argumentó que la construcción del proyecto vial no benefició a la entidad demandada, sino que ella se construyó por efecto de los requerimientos y necesidades del municipio de Rionegro, el cual no fue vinculado al proceso objeto de conciliación.

Frente a lo anterior, en primer lugar, debe preverse que dentro del programa de movilidad sostenible del Municipio de Rionegro (Decreto No. 110 del **30 de julio de 2008** por medio del cual se implementa la Ley 1083 de 2006) se encontraba el crecimiento municipal a lo largo de los “*ejes estructurantes de movilidad*”, dentro de cuya infraestructura se hallaba la vía *el Águila* (o *Juan de Dios Morales*), cuya construcción es reclamada por la sociedad demandante.

Es entonces, en razón a lo anterior que el Alcalde del municipio de Rionegro le envió al Ministro de Transportes, los planos y presupuesto de la obra denominada “*doble calzada Vía El Águila*”, la cual sería de gran importancia para la región ya que conllevaría el

acceso a los escenarios deportivos donde se realizarían los IX Juegos Suramericanos de 2010⁸⁰.

Asimismo, se vio que el Concejo Municipal de Rionegro mediante Acuerdo 029 del **24 de julio de 2009** facultó al Alcalde del municipio para comprometer vigencias futuras ordinarias para la construcción de hasta 10 kilómetros de vías⁸¹.

De igual forma, la Sociedad Devimed S.A. - demandante, se dirigió al Alcalde del municipio de Rionegro para manifestarle la urgencia de contar con la licencia ambiental del proyecto denominado “*Juan de Dios Morales*” o “*vía el Aguila*”, pues la demandante ya había dado inicio a los trabajos pertinentes, aunque no contaban con dicha licencia.

En atención a ello fue el municipio de Rionegro quien le solicitó al Ministerio del Medio Ambiente la expedición de la licencia ambiental para el proyecto vial denominado “*Juan de Dios Morales*”, el cual contaba con “*el diseño geométrico, estructural, hidráulico y desarrolló los estudios ambientales*”, así como con la elaboración del “*presupuesto de las obras de construcción de la doble calzada, cuyo valor global total es del orden de veinte mil millones de pesos (\$20.000.000.000.00)*”. Y según el municipio se encontraba a cargo de la concesionaria Devimed S.A.⁸².

Fue así que el Ministerio del Medio Ambiente otorgó la licencia ambiental a favor de Devimed S.A, para la ejecución del proyecto vial denominado “*San Juan de Dios Morales*” o “*Vía El Águila*”, consistente en la construcción de la doble calzada desde la glorieta ubicada en la Clínica Somer hasta la glorieta Cuatro Esquinas o puente de La Feria, localizado en el municipio de Rionegro, departamento de Antioquia⁸³.

En el mismo sentido se probó que fue la Sociedad demandante quien le insistió al Alcalde sobre la urgencia de tramitar el Convenio Interadministrativo con el INCO (hoy ANI), para respaldar los trabajos realizados en los terrenos del municipio.

De manera que hasta aquí es dable concluir que la sociedad demandante inició la construcción de los trabajos cuyo pago se demanda, bajo la instrucción del municipio de Rionegro y no por efecto del contrato suscrito con la ANI, por lo cual, la misma Devimed aceptó “*está[r] trabajando sin respaldo en ningún documento contractual, sólo confiado en la buena fe y en los buenos oficios del gobierno nacional y municipal que permita obtener los vistos buenos del CONPES y CONFIS y posteriormente un contrato adicional a suscribir con INCO y respaldado en el Convenio Interadministrativo con el municipio*”.

⁸⁰ Fls.171 C.1 y 580 C.2 - oficio No. AM -01-131 del día **23 de abril de 2009**

⁸¹ Fls.187-188 C.1

⁸² Fls.173 C.1 – oficio de **28 de septiembre de 2009**.

⁸³ Fls.128-146 C.1 - Resolución No. 1921 del **6 de octubre de 2009**

Asimismo, resulta acreditada la afirmación de la demandada, según la cual, la construcción de la obra beneficiará al Municipio de Rionegro – entidad territorial, y no a la Nación.

Por el contrario, en lo que respecta al INCO (hoy ANI) debe preverse que está entidad fue enfática frente a la Sociedad Devimed S.A., en informarle que no contaba con la disponibilidad presupuestal para respaldar la ejecución del proyecto vial “Juan de Dios Morales”, toda vez que los espacios fiscales se encontraban comprometidos para adicionar obras propias del contrato de concesión No. 0275⁸⁴.

Sin embargo, se observa la insistencia de la demandante⁸⁵⁻⁸⁶ y el Municipio de Rionegro⁸⁷ en la construcción del proyecto vial, bajo el argumento de la existencia de acuerdos entre el Municipio y el Ministerio de Transporte y la necesidad de la vía para el desarrollo de los Juegos Suramericanos que se llevarían a cabo en esa municipalidad.

No obstante, y aunque el **13 de noviembre de 2009** se suscribió entre el INCO (hoy ANI) y el Municipio el convenio interadministrativo No. 13⁸⁸ el cual tenía por objeto “*anar esfuerzos, recursos y competencias entre el INCO y la Alcaldía del Municipio de Rionegro para el desarrollo del Proyecto de la Segunda Calzada de la Vía Don Diego-Rionegro-Marinilla entre la glorieta de la Clínica Somer y la glorieta de El Águila (Proyecto vial Juan de Dios Morales)*”, lo cierto es que nunca se formalizó el acuerdo donde la entidad demandada se obligara con la sociedad demandante a asumir el costo de la vía “Juan de Dios Morales”, se itera, porque no tenía disponibilidad presupuestal para tal fin.

Ahora bien, El Ponente resalta que aunque no se encontraba suscrito el contrato que ampara la construcción de la obra, el municipio entregó y puso a disposición de la sociedad Devimed S.A., las franjas de los inmuebles requeridos para la realización del proyecto vial “Juan de Dios Morales”⁸⁹. Nótese entonces que los predios para la ejecución de vía no fueron entregados al INCO (hoy ANI), sino que el municipio se los entregó directamente a Devimed, con quien no tenía ninguna relación contractual.

En el mismo sentido, el Ponente observa que la única comunicación que obra sobre el avance de la obra, fue surtida entre la sociedad Devimed S.A y el municipio de Rionegro⁹⁰, principalmente para la solicitud de nuevos predios.

⁸⁴ Fls.200 C.1 – oficio de **6 de octubre de 2009**

⁸⁵ Fls.214-236 C.1 – oficio de **21 de octubre de 2009**

⁸⁶ Fls.237-246 C.1 – oficio de **1 de diciembre de 2009**

⁸⁷ Fls.190 C.1 y 591 C.2 – oficio de **29 de octubre de 2009**.

⁸⁸ Fls.201-202 C.1 – oficio de **19 de octubre de 2009**

⁸⁹ Fls.197 – 199 C.1 y 593 C.2 – oficio de **8 de abril de 2011**

⁹⁰ Fls.247-248 C.1 – oficio de **4 de febrero de 2010**

Así las cosas, aunque se encontrara probado que Devimed S.A construyó el proyecto vial denominado “Juan de Dios Morales”, esta obra se ejecutó sin ninguna aquiescencia de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, y por intervención y requerimiento del municipio de Rionegro,⁹¹ quien no fue demandado en el caso de autos.

En mérito de lo expuesto, dentro del caso de autos el Magistrado Ponente considera que no es claro el interés jurídico sustancial de la parte actora, frente a algunas pretensiones, ni de la Agencia Nacional de Infaestructura - ANI, para actuar como demandada, por lo que considera que la legitimación en la causa por activa y por pasiva debe definirse mediante sentencia que establezca con rango de certeza la responsabilidad administrativa.

3.2.4 QUE LO RECONOCIDO PATRIMONIALMENTE ESTÉ DEBIDAMENTE RESPALDADO EN LA ACTUACIÓN.

Con relación a la responsabilidad del Estado, la Carta Política de 1991 produjo su “*constitucionalización*” al erigirla como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación o interés.

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

En síntesis, la responsabilidad extracontractual del Estado se configura con la demostración del daño antijurídico y de su imputación a la administración.

El daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad en que él no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es “irrazonable,” sin depender “*de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración.*”⁹².

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

⁹¹ Fls.170 C.1 y 579 C.2 – oficio de **9 de mayo de 2012**

⁹² Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

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.

Ahora, también debe quedar claro que para que opere la imputación fáctica y jurídica del daño a la administración pública, éste no debe resultar imputable exclusivamente a una causa extraña, esto es, a la fuerza mayor o al hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la propia víctima.

Al respecto, para que operen los eximentes de responsabilidad, es necesario que en el caso concreto el proceder —activo u omisivo— ya sea del tercero o de la víctima, tenga injerencia en la producción del daño, de manera que sea la causa exclusiva y la raíz determinante del mismo.

Dicho esto, el Despacho observa que la parte demandante apoyó sus pretensiones en el hecho de haber ejecutado a favor de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI (antes Instituto Nacional de Concesiones – INCO) la doble calzada denominada “*Juan de Dios Morales*” ubicada entre las glorietas de “*Comfama*” y “*El Águila*” del municipio de Rionegro con el convencimiento fundado de que dichas obras serían remuneradas mediante el adicional No. 14 del contrato de concesión No.0275 de 1996 el cual nunca se suscribió.

En razón a lo anterior, Devimed S.A. solicitó que se declare que la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI (antes Instituto Nacional de Concesiones - INCO), se encuentra obligada a pagar los costos en los que incurrió la demandante durante la ejecución de las obras, por cuanto el INCO, el municipio de Rionegro y el Gobierno Nacional conocieron y no objetaron la ejecución de la doble calzada “*Juan de Dios Morales*”.

Ahora bien, con relación a los hechos probados, el Despacho resalta que el convenio interadministrativo suscrito entre el Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI) y el municipio de Rionegro, para la construcción del proyecto vial “*Juan de Dios Morales*”, tuvo lugar el día **13 de noviembre de 2009**, esto es, pasados más de dos meses desde el momento en que se registran las tratativas adelantadas entre la sociedad Devimed y la alcaldía de Rionegro para el desarrollo del proyecto.

Asimismo, debe recordarse que el material probatorio registra una comunicación enviada el **2 de septiembre de 2009** por la aquí demandante al municipio de Rionegro para requerirle con urgencia la licencia ambiental del proyecto denominado “*Juan de Dios Morales*”, donde además le recuerda que ya había dado inicio a los trabajos pertinentes.

Nótese entonces que la demandante afirma haber dado inicio a la construcción de la obra cuyo pago se persigue, sin contar con la correspondiente licencia ambiental, sin tener

ningún vínculo contractual con el municipio de Rionegro, sin que dicha obra pudiera incluirse dentro del contrato de concesión suscrito con INCO (hoy ANI) e, incluso, sin que existiera convenio interadministrativo alguno entre su contratante y dicha entidad territorial; situaciones estas que eran ampliamente conocidas por Devimed quien insistía para que se tramitara la licencia ambiental y se suscribiera el Convenio Interadministrativo entre Rionegro y el INCO, para respaldar los trabajos pues como ella misma lo manifestó “Devimed está trabajando sin respaldo en ningún documento contractual, sólo confiado en la buena fe y en los buenos oficios del gobierno nacional y municipal que permita obtener los vistos buenos del CONPES y CONFIS y posteriormente un contrato adicional a suscribir con INCO y respaldado en el Convenio Interadministrativo con el municipio”.

Así las cosas, Devimed sabía que estaba ejecutando trabajos sin respaldo contractual y, por supuesto, sin las partidas presupuestales correspondientes, amparado no en el dicho de su contratante ni en la confianza que le generaba el INCO, sino en las gestiones que el alcalde y el gobierno nacional realizaran para la adición del contrato de concesión que tenía vigente con el mencionado INCO – que hoy figura como demandado.

Entonces, antes de que el INCO (hoy ANI) suscribiera el Convenio Interadministrativo con el Municipio, Devimed ya ejecutado parte de la obra y tramitado a través del alcalde de Rionegro la licencia ambiental (6 de octubre de 2009) que amparara los trabajos por ella adelantados.

Y lo propio ocurrió con la suscripción del convenio interadministrativo entre el municipio y el INCO; pues la demandante pretendió que con su suscripción se ampararan los trabajos que ella había realizado sin ningún tipo de respaldo contractual ni presupuestal, pero ello no fue así, porque el **6 de octubre de 2009** el INCO (hoy ANI) le informó a Devimed S.A que no contaba con la disponibilidad presupuestal para respaldar la ejecución del proyecto vial “*Juan de Dios Morales*”.

Sin embargo, la demandante insistió y el **21 de octubre de 2009** se dirigió al Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI) para referirle los acuerdos finales a los que habían llegado con el Ministerio de Transportes y el municipio de Rionegro, en cuanto a la obra denominada “*Juan de Dios Morales*”⁹³, sosteniendo que por tratarse de un tramo de vía concesionado a Devimed el Ministro exploró la posibilidad legal, contractual y financiera de incluir la construcción de una doble calzada en ese mismo tramo, mediante una adición al contrato de concesión 275/96 e insistiendo en la gestión contractual del municipio de Rionegro ante el Ministerio de Transporte, quienes no fueron demandados en el *sub lite*.

⁹³ Fls.214-236 C.1

Recuérdese igualmente que en esta oportunidad Devimed expuso ante el INCO “*que contractual y legalmente la incorporación [de la obra adicional] era factible y conveniente para la funcionalidad del proyecto concesionado y manifestó la disponibilidad de Devimed para iniciar de inmediato los trabajos a fin de atender oportunamente el compromiso internacional de Colombia*”, actitud esta que lejos de mostrar una clase de constreñimiento de la entidad demandada, evidencia la forma en que Devimed se ofreció a ejecutar la obra que ya antes había empezado, según ella misma lo afirmó.

Asimismo, debe preverse que fue el municipio de Rionegro quien el **29 de octubre de 2009** le solicitó al entonces Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI) la inclusión dentro del contrato de concesión No. 0275/96, de la construcción de 2.8 kilómetros de doble calzada de los tramos comprendidos entre la glorieta ubicada en la Clínica Somer hasta la glorieta Cuatro Esquinas, correspondientes al proyecto vial “*Juan de Dios Morales*”. De manera que ni siquiera fue iniciativa de la entidad demandada incluir dichos tramos dentro de la concesión dada a Devimed, sino que ello vino del municipio de Rionegro y de la propia contratista, quien, se insiste, había dado inicio a la ejecución de la obra pese a no contar con los respaldos contractuales y presupuestales que el ordenamiento jurídico exige, y amparado, únicamente, en el dicho del alcalde.

De modo que, aunque se encontrara probado que Devimed S.A construyó el proyecto vial denominado “*Juan de Dios Morales*”, no puede afirmarse que exista responsabilidad de la entidad demandada y mucho menos que dicha situación se haya presentado sin mediar culpa en cabeza de la demandante, pues como viene de observarse, ella misma, con su comportamiento y actitud, dio lugar a que las obras se ejecutaran sin respaldo contractual ni presupuestal y secundó las irregularidades presentadas.

En otras palabras, no está probado que la ejecución de la obra denominada “*Juan de Dios Morales*” se debió a una falla del Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy Agencia Nacional de Infraestructura – ANI), por el contrario, el Despacho encuentra demostrado que la parte demandante ejecutó la obra denominada “*Juan de Dios Morales*” bajo su propia iniciativa y por su propia cuenta.

En este sentido el Despacho concuerda con las consideraciones expuestas por el señor agente del Ministerio Público quien en el concepto No. 168/2015⁹⁴ puso de presente que se encuentra demostrado que Devimed S.A por su cuenta y riesgo decidió construir las obras sin que mediase contrato y sin que se cumpliera con los requisitos de la contratación estatal, razón por la cual el desplazamiento patrimonial en el que incurrió no puede considerarse como injustificado.

⁹⁴ Fls.870-891 C.P

Igualmente el Despacho pone de presente lo manifestado por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en el concepto presentado ante esta Corporación el día **25 de agosto de 2016**, donde como fundamento para solicitar la improbación del acuerdo conciliatorio objeto de estudio, sostuvo que “el INCO no constriñó a Devimed, ni le impuso la ejecución de las prestaciones sin contrato con base en su autoridad, supremacía o imperium, por el contrario la participación del concesionario fue voluntaria y libre”. La Agencia considera que está demostrado que el contratista decidió iniciar las obras sin contrato y que expresó por escrito su disponibilidad para actuar bajo esas condiciones.

De esta manera la Agencia consideró que la actuación del concesionario fue culposa puesto que el INCO le advirtió de la inexistencia de recursos para la construcción del proyecto vial, pero Devimed obró con *“torpeza, negligencia, incuria y culpa, puesto que frente a la advertencia presentada por el INCO acerca de la falta de recursos para la obra, la inexistencia de un contrato adicional para el efecto y la ausencia de las aprobaciones del CONPES y del CONFIS, continuó con la labor de construcción del proyecto vial”*.

A la sazón, el Despacho atiende a las consideraciones expuestas por la Agencia, según las cuales:

“De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, (i) sin intervención del INCO, el municipio de Rionegro inició los trámites para la construcción del proyecto Juan de Dios Morales. El 23 de abril de 2009, el Alcalde del municipio de Rionegro, envió una comunicación al Ministro de Transporte, para que se tramitara ante el CONPES la autorización de la obra (folio 171 cuaderno 2); (ii) sin intervención del INCO, Devimed S.A inició las obras para la construcción del proyecto Juan de Dios Morales. Estuvieron presentes en las reuniones empleados del concesionario, funcionarios de la Entidad Territorial y los Directores de Obra de las firmas constructoras; (iii) sin intervención del INCO, el municipio de Rionegro solicitó la licencia ambiental para la obra, la cual fue concedida para que la construyera Devimed S.A”.

Bajo este entendido el Despacho concuerda con la Agencia en que no resulta viable que la entidad demandada asuma una responsabilidad administrativa y patrimonial que no cuenta con los soportes necesarios y que, por supuesto, lesiona los intereses económicos del Estado.

En palabras de la propia Agencia, es *“contraevidente que frente a una actuación culposa, como la que se acredita en el expediente, el concesionario pretenda que la fuente del derecho y de las obligaciones denominada no enriquecimiento sin justa causa venga en su ayuda para obtener el pago de lo que hizo en contra de las disposiciones legales y de las propias advertencias que puso de presente la entidad estatal demandada”*.

En este sentido, en un caso similar al que hoy nos reúne, esta Corporación sostuvo⁹⁵:

“La demandante, en una expresión libre de su voluntad, se situó así misma en una situación injusta, en la cual su trabajo quedo desamparado, por no hacer uso de las herramientas ofrecidas por la ley para garantizar la retribución económica de su labor. Por lo tanto, en el caso de autos resulta inconcebible admitir un “enriquecimiento sin causa”, cuando la perjudicada con el desequilibrio patrimonial consistente en prestar un servicio sin recibir ninguna retribución, tuvo la oportunidad de decidir realizar dicha labor, sin que la contraprestación de la misma estuviera garantizada mediante los procedimientos e instituciones creadas para el desarrollo de la contratación estatal”. (Subrayado fuera de texto)

En consecuencia, este Despacho considera que lo reconocido patrimonialmente en el caso de autos, no encuentra respaldado probatorio dentro de la actuación, pues, de una parte no está demostrada la responsabilidad administrativa de la entidad demandada y, por el contrario, puede estarse ante el hecho de un tercero, esto es, del municipio de Rionegro, o la culpa exclusiva de la víctima – Devimed, quien por su cuenta y riesgo, y con pleno conocimiento de las implicaciones que su actuación tenía, inició y ejecutó una obra que no contaba con el respaldo contractual y presupuestal, exigidos por la legislación colombiana.

3.2.5 QUE NO RESULTE ABIERTAMENTE LESIVO PARA LAS PARTES

Se trata de una exigencia que busca proteger a las partes en la litis, de manera que los acuerdos conciliatorios celebrados al interior de los procesos contenciosos administrativos no les sean lesivos.

Esta Corporación en reciente providencia de 24 de noviembre de 2014⁹⁶, modificó la posición establecida en auto del 28 de abril de 2014⁹⁷, determinándose que pese a la autonomía reconocida tanto a demandantes como a los demandados para arribar a un acuerdo conciliatorio, existen límites.

⁹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 30 de marzo de 2006. Exp. 25.662

⁹⁶ Sección Tercera, auto del 24 de noviembre de 2014, expediente 37747.

⁹⁷ Sección Tercera, auto de 28 de abril de 2014, expediente 41834. “Ahora bien, sin que de manera alguna implique una regla inmodificable que deba aplicarse en todos los casos, puesto que se insiste en la necesidad de que en cada proceso se valoren las circunstancias particulares que emergen del respectivo expediente, a manera de sugerencia y como criterio que pueda orientar a las partes, la Sala formula los siguientes parámetros para que sirvan de guía en las negociaciones que se realicen tratándose de conciliaciones extrajudiciales o judiciales y en especial en aquellos eventos en los cuales la entidad pública, en ejercicio de una posición de dominio pueda, en un momento determinado, imponer las condiciones del acuerdo que corresponda: i) Cuando exista sentencia condenatoria de primera instancia y el acuerdo tenga como objeto un porcentaje de esa indemnización, la conciliación podrá convenirse entre el 70% y el 100% de esa condena. ii) Cuando la sentencia de primera instancia no hubiere sido estimatoria de las pretensiones o ésta aún no se hubiere proferido, el monto del acuerdo conciliatorio podría acordarse entre el 70% y el 100% de las sumas que esta Corporación, también de forma indicativa, ha señalado como plausibles para el reconocimiento de las indemnizaciones a que puede haber lugar según el perjuicio de que se trate en razón de la situación fáctica y la intensidad y prolongación del daño – entre otros factores, según corresponda.”

Desde la perspectiva de las habituales partes actoras, que mayoritariamente son particulares, se exige que el acuerdo conciliatorio no lesione el principio de la reparación integral de su daño. En efecto, respecto de la protección de las partes integradas por particulares, en el referido auto de 24 de noviembre de 2014 se sostuvo:

“(...) como en todos los casos de responsabilidad extracontractual del Estado que se adelantan ante esta jurisdicción, la autonomía de la voluntad se encuentra sometida a límites constitucionales, pues si bien los derechos que se pretenden conciliar son, en su mayoría, de carácter económico, tienen también un trasfondo social, en tanto son el desarrollo de los postulados constitucionales del deber del Estado de indemnizar por los daños que cause, de la reparación integral de las víctimas, y versan, generalmente, sobre derechos fundamentales.(...)”

“(...) Ahora bien, al ser la aprobación del acuerdo conciliatorio procesal o extraprocesal una labor otorgada al juez contencioso administrativo, cuando éste realiza el estudio respectivo, además de valorar los requisitos que vienen dados por ley – que se hayan presentado las pruebas necesarias, que no sea violatorio de la ley y que no resulte lesivo para el patrimonio público-, es su deber verificar que con el acuerdo se estén cumpliendo los postulados constitucionales tendientes a la reparación integral del daño, pues de lo contrario, solo será procedente su improbación, en concordancia con la finalidad de la actividad judicial en un Estado Social de Derecho, como se viene de explicar (...)”(Subrayado fuera de texto).

Ahora bien, desde la óptica de las entidades públicas se exige que lo acordado, bien sea a partir de la condena impuesta por el *A quo* o de lo planteado en las pretensiones de la demanda, siempre se encuentre debidamente acreditado y no resulte lesivo al patrimonio público y, por contera, al interés general. De manera que no se produzca un detrimento o enriquecimiento indebido.

Con relación a la protección de las entidades públicas y por ende del patrimonio público, debe resaltarse que el artículo 65A de la Ley 446 de 1998, impone que *“[l]a autoridad judicial improbará el acuerdo conciliatorio cuando (...) sea violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público.”*

En el *sub judice*, el Despacho encuentra que el Tribunal Administrativo de Antioquia en sentencia del **29 de octubre de 2014** resolvió condenar a la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI (antes INCO) a pagar a favor de la Sociedad Devimed S.A la suma de \$21.291.516.888.00 por la realización de la obra pública denominada “*Juan de Dios Morales*” distribuidos de la siguiente manera:

Concepto	Suma
Pago de facturas canceladas por la fiduciaria Bancolombia a nombre de la Sociedad Devimed S.A	\$16.530.680.813,00
Valor de los gastos financieros.	\$132.245.447,00
AU	\$4.628.590.628,00
TOTAL	\$21.291.516.888.00

Y en el trámite de la segunda instancia, la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI y la Sociedad Devimed S.A acordaron conciliar la condena impuesta en primera instancia, de la siguiente manera:

Concepto	Suma
Costos directos	\$16.530.680.813
Valor de administración, correspondiente al 23%	\$3.802.056.587.00
TOTAL	\$20.332.737.400,00
Actualización	\$23.911.189.498,00

No obstante, el Despacho considera que el acuerdo conciliatorio celebrado en estos términos no debe aprobarse, debido a que éste podría sobrevenir en violatorio de la ley y lesivo para el patrimonio público, pues, como se vio en el acápite anterior, lo reconocido patrimonialmente en el caso de autos, no encuentra respaldado probatorio dentro de la actuación, ya que no está demostrada la responsabilidad administrativa de la entidad demandada y, por el contrario, puede estarse ante el hecho de un tercero, esto es, del municipio de Rionegro, o la culpa exclusiva de la víctima – Devimed, quien por su cuenta y riesgo, y con pleno conocimiento de las implicaciones que su actuación tenía, inició y ejecutó una obra que no contaba con el respaldo contractual y presupuestal, exigidos por la legislación colombiana.

Al respecto debe preverse que según los lineamientos trazados por la Sección Tercera, para la aprobación o improbación de los acuerdos conciliatorios, se requiere que “al juez no le quepan dudas acerca de la procedencia, la legalidad y el beneficio –respecto del patrimonio público– del mencionado acuerdo conciliatorio”⁹⁸.

Al efecto, deben agregarse las dudas que siembran las ofertas comerciales presentadas por diferentes empresas ante la sociedad Devimed S.A con el fin de intervenir dentro de la ejecución de la obra denominada “San Juan de Dios Morales”⁹⁹, a saber las siguientes:

Propuesta presentada por	Fecha de presentación de la propuesta	Objeto	Valor
Castro Tcheassi S.A	21/08/2009 ¹⁰⁰	Construcción del tramo de la doble calzada Juan de Dios Morales comprendido entre el K2 + 500 y el K3 + 100	\$4.543.103.013,00

⁹⁸ Sección Tercera, auto de 3 de marzo de 2010, expediente 37644.

⁹⁹ Fls.251-329 C.1

¹⁰⁰ Fls.251-261 y 383- 389 C.1

Propuesta presentada por	Fecha de presentación de la propuesta	Objeto	Valor
Concreto S.A	21/08/2009 ¹⁰¹	<p>Construcción de los siguientes tramos de la doble calzada Juan de Dios Morales:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Tramo comprendido entre la Glorieta de la Clínica Somer en la calle 38 con carrera 31 - Tramo de la doble calzada entre el K1 +940 al K2 + 500. <p>Construcción de un puente vehicular en el K2 + 200 sobre la quebrada "La Pereira".</p>	\$4.132.963.099,00
M.H Pavimentos S.A	24/08/2009 ¹⁰²	Construcción del tramo de la doble calzada Juan de Dios Morales comprendido entre el K3 + 650 al K4 + 724.	\$4.375.922.054,00
Pavimentar S.A	24/08/2009 ¹⁰³	<p>Construcción de los siguientes tramos de la doble calzada Juan de Dios Morales:</p> <p>1.- De la calzada Occidental:</p> <ul style="list-style-type: none"> - K3 + 100 – K3 + 200 - K3 + 380 – k3 +600 <p>2.- De la calzada Oriental:</p> <ul style="list-style-type: none"> - K3 + 100 – K3 + 210 - K3 + 320 + k3 +490 	\$2.100.928.165,00
Procopal S.A	1/09/2009 ¹⁰⁴	Construcción de un tramo de la doble calzada Juan de Dios Morales.	\$2.186.680.335,00
El Constructor Oferente S.A – COVIAL	22/10/2009 ¹⁰⁵	Realizar el Plan de Manejo Ambiental.	\$471.455.129,00
TOTAL			\$13.435.129.741

En atención a lo anterior, y a las facturas obrantes dentro del plenario, el Despacho no entiende por qué Devimed acude a la *acción de reparación directa* para solicitar el pago de una prestación que al parecer fue ejecutada por terceros y, además, resalta que dichas sumas son muy inferiores al valor conciliado por las partes e, incluso, al quantum arrojado por el dictamen pericial rendido el **21 de octubre de 2013**, que concluyó que los costos

¹⁰¹ Fls.272-286 C.1

¹⁰² Fls.287-301 C.1

¹⁰³ Fls.302-314 C.1

¹⁰⁴ Fls.315-329 C.1

¹⁰⁵ Fls.262-271 y 468-477 C.1

en los que incurrió la Sociedad Devimed S.A ascienden a la suma de \$33.762.013.139.oo, los cuales distribuye de la siguiente manera¹⁰⁶:

Concepto	Suma
Pago de facturas giradas por la fiduciaria Bancolombia a nombre de Devimed S.A las cuales obran en el plenario.	\$16.530.680.813.oo
Gastos financieros compuestos por la comisión de la fiducia y el 4 * 1000.	\$132.245.447.oo
AU del 28% de conformidad con lo señalado en el contrato No.0275 de 1996.	\$4.628.590.628.oo
Saldo de la actualización de acuerdo con el IPC	\$2.240.050.265.oo
Intereses de mora calculados a 18 de octubre de 2013 con base en los costos actualizados y de acuerdo al numeral 8 del art. 4 de la Ley 80 de 1993.	\$10.230.445.986
TOTAL	\$33.762.013.139.oo

Nótese entonces que los medios probatorios anteriormente mencionados son contradictorios entre sí, ya que por un lado obran las ofertas comerciales de las sociedades que aparentemente intervinieron durante el proceso de ejecución del proyecto “*Juan de Dios Morales*”, las cuales arrojan un total de **\$13.435.129.741** y, por el otro, obra el dictamen pericial en el que se estableció que la sociedad demandante durante la realización del proyecto desembolsó la suma de **\$33.762.013.139.oo**; y finalmente un acuerdo conciliatorio por valor de **\$23.911.189.498,oo**, diferencias estas que pueden resultar abiertamente lesivas para alguna de las partes.

Así las cosas, este Despacho considera que la conciliación lograda por las partes no puede ser aprobada, toda vez que la suma de dinero acordada entre la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI y la sociedad demandante puede resultar lesiva para el patrimonio público o para la parte actora, además que no encuentra certeza suficiente frente al valor real de ejecución de la obra denominada “*Juan de Dios Morales*”.

3.2.6 QUE NO HAYA OPERADO LA CADUCIDAD.

En consideración a que la demanda fue presentada el **14 de mayo de 2012**, la norma a tener en cuenta para efectos de determinar la caducidad de la acción es el numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, de conformidad con el cual, en tratándose de acciones de reparación directa dicho término será de dos (2) años contabilizados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa.

Lo anterior, teniendo en cuenta que para el computo del término de caducidad también

¹⁰⁶ Fls.606-625 C.2

debe considerarse lo previsto en el artículo 21 de la ley 640 de 2001¹⁰⁷, conforme al cual una vez presentada la solicitud de conciliación prejudicial se suspenderá el término de caducidad o prescripción hasta que se logre un acuerdo conciliatorio o se expida el acta respectiva o hasta el vencimiento del término de tres (3) meses, lo que ocurra primero.

Bajo los parámetros legales antes señalados, El Despacho encuentra que la parte demandante sostuvo en el libelo demandatorio que el día **13 de marzo de 2010**¹⁰⁸ entró en funcionamiento la obra denominada “*Juan de Dios Morales*”.

En consecuencia, si se acogiera la fecha señalada por el demandante para contabilizar el término de caducidad de la presente acción, se tendría que contar a partir del siguiente día hábil, esto es, el **15 de marzo de 2010**; de manera que los 2 años señalados por el numeral 8º del artículo 136 del C.C.A., vencerían el día **16 de marzo de 2012**.

No obstante, teniendo en cuenta que el día **15 de diciembre de 2011** la demandante presentó una solicitud de conciliación prejudicial¹⁰⁹, de conformidad con el artículo 21 de la ley 640 de 2001 el término de caducidad de la acción se entiende suspendido desde la presentación de dicha solicitud y hasta el día **21 de febrero de 2012**¹¹⁰, fecha en la que se llevó a cabo la audiencia de conciliación que se declaró fracasada por la falta de ánimo conciliatorio del ente convocado, según lo manifestó el Ministerio Público en la respectiva constancia

En este sentido, el término de caducidad de la acción habría estado suspendido entre el **15 de diciembre de 2011** y el **21 de febrero de 2012**, esto es, por el periodo de 2 meses y 6 días, de manera que finalmente correría hasta el **21 de mayo de 2012**.

Así las cosas, por haberse presentado la demanda de reparación directa el **14 de mayo de 2012**, el fenómeno de la caducidad no habría operado.

Sin embargo, El Despacho no puede pasar por alto que aunque el demandante señaló el **13 de marzo de 2010** como fecha en que entregó la obra “*Juan de Dios Morales*” a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI cuyo pago se persigue, no encuentra prueba alguna en el expediente que así lo demuestre, de modo que no se tiene certeza dentro del expediente de la fecha en que se concretó el hecho dañoso, a partir de la cual habrá de computarse la caducidad de la acción.

¹⁰⁷ “*Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones*”

Empezó a regir desde el 24 de enero de 2002, pues en su artículo 50 se estableció que empezaría a regir un (1) año después de su publicación y fue publicada en el Diario Oficial No. 44.303 del 24 de enero de 2001.

¹⁰⁸ Fls.22 C.1

¹⁰⁹ Fls.45 C.1

¹¹⁰ Fls.45-47 C.1

En este sentido, el Despacho considera que existiendo duda frente a la fecha de entrega de la obra cuyo pago se persigue, no debe aprobarse el acuerdo conciliatorio, y por el contrario el asunto amerita una decisión de fondo, e incluso la práctica de pruebas de oficio, que permitan determinar con certeza si en el *sub judice* operó, o no, el fenómeno de la caducidad de la acción.

En conclusión, existiendo incertidumbre frente a la fecha a partir de la cual debe compatibilizarse el término de la caducidad de la acción, El Despacho considera que es improcedente aprobar el acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes el día 27 de enero de 2016.

4.- CONCLUSIONES

En sede de conclusión debe resaltarse:

(i) Que “al estar de por medio los intereses y el patrimonio público, el acuerdo conciliatorio debe estar soportado de tal forma que en el momento en el cual se aborde su estudio, al juez no le quepan dudas acerca de la procedencia, la legalidad y el beneficio –respecto del patrimonio público– del mencionado acuerdo conciliatorio. Así las cosas, cualquier afirmación –por más estructurada y detallada que esta sea– por medio de la cual se reconozca un derecho como parte del objeto del acuerdo conciliatorio y que genere la afectación del patrimonio público, debe estar debidamente acreditada mediante el material probatorio idóneo que produzca en el juez la convicción de que hay lugar a tal reconocimiento”¹¹¹.

(ii) Que el artículo 65A de la Ley 446 de 1998 manda que “La autoridad judicial improbará el acuerdo conciliatorio cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias para ello, sea violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público”.

(iii) Y, que es función del operador judicial verificar (1) que las partes que concilian estén debidamente representadas, y que los representantes o conciliadores tengan capacidad o facultad para conciliar; (2) la legitimación en la causa; (3) que verse sobre derechos económicos disponibles por las partes; (4) que lo reconocido patrimonialmente esté probatoriamente respaldado en la actuación; (5) que no resulte abiertamente lesivo para las partes; y (6) que no haya operado la caducidad.

En el caso concreto el Despacho encuentra que las partes que concilian están debidamente representadas y que los representantes tienen la facultad para conciliar y que el asunto versa sobre derechos económicos disponibles por las partes.

¹¹¹ Sección Tercera, auto de 3 de marzo de 2010, expediente 37644.

Sin embargo, con relación a la legitimación en la causa por activa, encuentra que con relación a una de las pretensiones dicha legitimación no se encuentra configurada y, en el mismo sentido, considera que puede existir falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que la demandante persigue el pago extracontractual de la obligación en contra de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, quien no consintió en la construcción de la obra, sino que fue el Municipio de Rionegro quien orquestó todo el asunto.

Asimismo, con relación al respaldo probatorio de los valores patrimonialmente conciliados, este Despacho considera que no han quedado plenamente demostrados y, en general, pueden resultar lesivos para las partes.

Ahora bien, en lo que respecta concretamente a la lesión del patrimonio público, el Despacho observa que las cuantías conciliadas no están debidamente soportadas y pueden corresponder a conceptos que no se encuentran amparados ni por la ley ni por la jurisprudencia.

Finalmente, con relación al cómputo del término de caducidad de la acción, el Despacho pone de presente que no ha sido posible establecer con certeza la fecha a partir de la cual debe contabilizarse dicho término.

Por lo expuesto, y en atención a los parámetros legales y jurisprudenciales, el Despacho considera que son varios los motivos por los que la conciliación celebrada el día 27 de enero de 2016 entre la sociedad Devimed S.A, y la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, debe ser **IMPROBADA**, para que, en su lugar, la Sala proceda a decidir de fondo el asunto.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Despacho ponente,

RESUELVE

PRIMERO: NO APROBAR el acuerdo conciliatorio judicial logrado entre DEVIMED S.A. y la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI– durante la audiencia realizada el día 27 de enero de 2016, en los términos de la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Una vez en firme la presente providencia, **DEVOLVER** al Despacho el proceso para continuar con el trámite normal del proceso.

TERCERO: RECONOCER a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado como tercero interviniente en el proceso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente