**REPOSICIÓN – Finalidad – Procedencia**

El recurso de reposición tiene como finalidad que el mismo funcionario que tomó la decisión motivo de impugnación, la reconsidere. De igual modo teniendo en cuenta el artículo 180 del Código Contencioso Administrativo, donde se manifiesta que el recurso de reposición procede contra los autos de trámite que dicte el ponente; es procedente el escrito de impugnación.

**REPOSICIÓN – Código General del Proceso**

El artículo 318 del Código General del Proceso señala que “El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto. Cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto.”

**ACUERDO CONCILIATORIO – Improbado**

Lo anterior, con fundamento en el artículo 65A de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 73 de la Ley 446 de 1998, según el cual “[l]a 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. Asimismo, el Despacho consideró los derroteros trazados sobre la materia por la jurisprudencia de la Sección Tercera, principalmente en cuanto afirma 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”.

**EJECUCIÓN DE OBRAS – Procedimiento – Ley 80 de 1993**

Resta anotar que para la ejecución de las obras que corresponden al Estado, se debe adelantar el procedimiento dispuesto en la Ley de Contratación Estatal, la cual impone que previo a la suscripción del contrato se obtenga la certificación de la disponibilidad presupuestal y el registro presupuestal, seguidos por la suscripción del contrato y, por último, por su ejecución, pues, las obras se ejecutan para cumplir los contratos, y no al revés, los contratos no se suscriben para legalizar obras ejecutadas por fuera de las exigencias legales.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

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

**Actor: DEVIMED S.A.**

**Demandado: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - ACTIO DE IN REM VERSO (REPOSICIÓN AUTO)**

Asunto: RECURSO DE REPOSICIÓN – Concepto, alcance y excepción – Procedencia; Prueba Documental – Concepto y alcance.

Procede el Despacho a resolver el recurso de reposición presentado por la demandante contra el auto de fecha 9 de marzo de 2017, que improbó la conciliación a la que llegaron las partes, dentro de la audiencia celebrada el 27 de enero de 2016[[1]](#footnote-1) ante esta Corporación.

**ANTECEDENTES**

1.- El día **14 de mayo de 2012**[[2]](#footnote-2) la Sociedad **Devimed S.A.** por intermedio de apoderado judicial y mediante el 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 le declarara administrativamente responsable de la construcción de la vía “Juan de Dios Morales” en el Municipio de Rionegro, y en consecuencia se condenara a pagar, entre otros, el costo de la obra.

2.- Mediante sentencia de 29 de octubre de 2014 el Tribunal Administrativo de Antioquia accedió a las pretensiones de la demanda[[3]](#footnote-3).

3.- El 19 de febrero de 2010 la Agencia Nacional de Infraestructura interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior[[4]](#footnote-4), y solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia.

4.-El 16 de junio de 2015[[5]](#footnote-5) esta Corporación admitió el recurso de apelación y el 14 de julio de 2015 ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y Ministerio Público para que rindiera el concepto de rigor[[6]](#footnote-6).

5.-La Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-[[7]](#footnote-7) y la parte demandante[[8]](#footnote-8), alegaron de conclusión, en el sentido de reiterar lo expuesto en instancias anteriores.

El Ministerio Público rindió el concepto de rigor[[9]](#footnote-9), en el que recomendó que se nieguen las pretensiones de la demanda.

6.- El 24 de noviembre de 2015[[10]](#footnote-10) esta Corporación convocó a audiencia de conciliación judicial para el día 27 de enero de 2016, a las 09:30 a.m.

7.- 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 acta[[11]](#footnote-11).

8.- El 25 de agosto de 2016 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[[12]](#footnote-12).

9.- Mediante auto del 9 de marzo de 2017, el Despacho Ponente improbó el acuerdo conciliatorio celebrado el 24 de noviembre de 2015, el cual fue notificado en el estado del 13 de marzo de 2017.

10.- El 16 de marzo de 2017, la sociedad Devimed S.A., en su calidad de demandante, interpuso recurso de reposición contra el auto que imprueba la conciliación.

El recurso de reposición propuesto por el apoderado de la parte demandante se concreta en solicitar que se revoque el Auto de 09 de marzo de 2017 y, en su lugar, se apruebe el acuerdo conciliatorio suscrito entre Devimed S.A. y la Agencia Nacional de Infraestructura 27 de enero de 2016.

**CONSIDERACIONES**

**1.- Del recurso de reposición.**

El recurso de reposición tiene como finalidad que el mismo funcionario que tomó la decisión motivo de impugnación, la reconsidere. De igual modo teniendo en cuenta el artículo 180 del Código Contencioso Administrativo, donde se manifiesta que el recurso de reposición procede contra los autos de trámite que dicte el ponente; es procedente el escrito de impugnación presentado en este caso por la Agencia Nacional de Infraestructuras.

Ahora bien,el artículo 318 del Código General del Proceso señala que *“El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto.* ***Cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto.****”* (Resaltado propio).

De lo anterior, se infiere que en el presente caso, el recurso de reposición se presentó de forma oportuna, conforme a la providencia proferida el 9 de marzo de 2017 y notificada por estado el 13 de marzo de 2017, frente a lo cual el apoderado de la parte actora interpuso el recurso de reposición el 16 de marzo de 2017, es decir dentro de los 3 días reglamentarios.

**2.- Improbación de la conciliación**

Como antes se dijo, el 9 de marzo de 2017 este Despacho improbó la conciliación celebrada el 27 de enero de 2016 entre Devimed S.A. y la Agencia Nacional de Infraestructura.

Como bien lo sostiene el recurrente, para resolver sobre la aprobación o no aprobación del acuerdo conciliatorio, el Despacho revisó la concurrencia de los siguientes presupuestos[[13]](#footnote-13): (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.

Lo anterior, con fundamento en el artículo 65A de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 73 de la Ley 446 de 1998, según el cual “[l]*a 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.*

Asimismo, el Despacho consideró los derroteros trazados sobre la materia por la jurisprudencia de la Sección Tercera, principalmente en cuanto afirma 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*”[[14]](#footnote-14).

En el caso concreto, el Despacho encontró acreditados los dos primeros presupuestos, esto es, que:

2.1.- Devimed S.A. y la Agencia Nacional de Infraestructura están debidamente representadas, y que sus representantes o conciliadores tenían capacidad y facultad para conciliar.

2.2.- Los asuntos conciliados entre Devimed S.A. y la Agencia Nacional de Infraestructura versan sobre derechos económicos disponibles por las partes.

Sin embargo, no ocurrió lo mismo frente a los siguientes elementos, pues:

2.3.- Con relación a la legitimación en la causa el Despacho encontró que ella no se encuentra plenamente acreditada.

2.4.- Sobre respaldo probatorio de los valores patrimonialmente conciliados, este Despacho consideró que no han quedado plenamente demostrados y, en general, pueden resultar lesivos para las partes.

2.5.- 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.

2.6.- En cuanto al cómputo del término de caducidad de la acción, el Despacho puso de presente que no fue posible establecer con certeza la fecha a partir de la cual debe contabilizarse dicho término.

Por los motivos anteriores, el Despacho encontró improcedente aprobar el acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes el día 27 de enero de 2016, ante lo cual la sociedad demandante interpuso recurso de reposición que se analizará frente a los presupuestos que dieron lugar a la improcedencia del acuerdo conciliatorio:

**3. Análisis de reposición en cuanto a la acreditación de la legitimación en la causa.**

Con relación a la legitimación en la causa el auto objeto de reposición encontró que no es claro el interés jurídico sustancial de la parte actora, frente a algunas pretensiones, ni de la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, para actuar como demandada; de manera que la legitimación en la causa debe definirse mediante sentencia definitiva donde se establezca con rango de certeza la responsabilidad administrativa.

3.1 En lo que respecta a la legitimación en la causa por activa el Despacho encontró que, aunque 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, dentro de las pretensiones por ella expuestas solicitó que se declare la responsabilidad de la entidad demandada por incumplimiento el Convenio Interadministrativo No. 13 del 13 de noviembre de 2009, suscrito entre el municipio de Rionegro y el INCO (hoy ANI), incumplimiento que hace consistir en la omisión de la suscripción de los contratos que ampararan las obras construidas.

Al respecto, el auto recurrido consideró que la declaración de incumplimiento del convenio interadministrativo es una pretensión propia de la acción contractual y que la Sociedad demandante no forma parte de dicho acuerdo interadministrativo, de manera que no le acude interés jurídico sustancial para demandar esta pretensión.

Asimismo, el recurrente sostuvo que la demanda no formuló pretensión de incumplimiento de las obligaciones contraídas por el INCO (hoy ANI) con el Municipio de Rionegro, sino que *“la pretensión 1.4 apunta al simple reconocimiento judicial de un hecho, consistente en que el INCO no firmó el contrato adicional No. 14”*, incumpliendo con ello el convenio interadministrativo No. 13, suscrito ente el INCO y el municipio.

A la sazón sostiene que Devimed sólo podía demandar al INCO (hoy ANI) porque conforme a la cláusula segunda del Convenio Interadministrativo, el INCO debía suscribir con Devimed el contrato adicional No. 14.

Al respecto, el Despacho no puede hacer más que resaltar la insistencia de la demandante en el incumplimiento del convenio interadministrativo No. 13 suscrito entre el INCO y el Municipio de Rionegro el 13 de noviembre de 2009, al punto que sostiene que *“mal podría demandar Devimed al Municipio de Rionegro, (…) porque el municipio no tenía la obligación atribuida al INCO de gestionar “la adición del contrato de concesión(…)””*

Nótese entonces como la demandante, aun en sede de reposición, insiste en derivar sus pretensiones de una obligación de carácter contractual contenida en un acuerdo interadministrativo del cual ella no es parte; incumplimiento que hace consistir en la no suscripción del contrato adicional No. 14 que legitimaría la construcción de una obra a la que irregularmente se había dado inicio por acuerdo entre el municipio y Devimed.

Así, pues, estos argumentos de la demandante lo único que logran es poner en relieve la posible falta de legitimación en la causa por pasiva en cabeza de la ANI y la participación del Municipio en la ocurrencia de los hechos cuya indemnización se persigue.

3.2 Entre otras, es por lo anterior que este Despacho consideró que la legitimación en la causa por pasiva en cabeza de la ANI no se encuentra plenamente acreditada. Frente a lo cual, la demandante sostuvo que en el proceso la legitimada en la causa por pasiva es la ANI y no el Municipio de Rionegro.

El argumento de la demandante para sustentar la legitimación en la causa por pasiva de la ANI, se funda en el *“carácter nacional y no municipal del tramo vial donde Devimed construyó el proyecto de la doble calzada “Juan de Dios Morales”*.

Al respecto, este Despacho considera que el carácter nacional o municipal de la vía en la cual se construyó la obra, no fue un elemento que influyera en la improbación de la conciliación, de manera que su acreditación en sede de reposición no desvirtúa aquellos aspectos cuya valoración llevaron a la decisión adoptada el pasado 9 de marzo de 2017.

Sin embargo, lo anterior no quiere decir que este Ponente admita que la vía *“Juan de Dios Morales”* es de carácter nacional, por el contrario, debe preverse que la demandante encuentra acreditada la calidad de vía nacional en la Resolución 1921 de 2009, emitida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; en el hecho 2.8 de la demanda, el cual considera aceptado por la demandada y en el dictamen rendido por el perito Elías Duque Restrepo, pero, lo cierto es que dentro del expediente la autoridad competente no ha certificado si la vía en la cual se desarrolló el proyecto “*Juan de Dios Morales*”, forma o no parte de la red nacional de carreteras.

Así las cosas, debe recordarse que las razones esgrimidas para sustentar la posible falta de legitimación en la causa por pasiva en cabeza de la ANI, radican en la existencia de múltiple material probatorio del que se desprende el interés del municipio de Rionegro y de Devimed en la construcción de obra y la negativa del INCO (hoy ANI) por falta de presupuesto, aspectos estos que no quedan desvirtuados con el recurso de reposición.

A la sazón, debe recordarse que el Despacho observó que la Agencia de Infraestructura argumentó que la ANI no fue la entidad beneficiada con la construcción del proyecto vial *“Juan de Dios Morales”*, sino que el beneficiado fue el Municipio de Rionegro.

Al respecto, luego de una larga valoración probatoria, el Despacho encontró probado que la obra se construyó por efecto de los requerimientos y necesidades presentadas por el municipio de Rionegro, el cual no fue vinculado al proceso objeto de conciliación.

De igual forma, se probó que la sociedad demandante inició la construcción de la vía bajo la instrucción del municipio de Rionegro y no por efecto del contrato suscrito con la ANI, y que la construcción de la obra beneficiaría al Municipio de Rionegro – entidad territorial, y no a la Nación.

También se probó que ante la insistencia de Devimed y del municipio para la suscripción del contrato adicional que incluyera la obra *“Juan de Dios Morales”*, el INCO (hoy ANI) fue enfático en informar que no contaba con la disponibilidad presupuestal para respaldar la ejecución del proyecto.

Pese a lo anterior, 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, y era al municipio a quien Devimed le informaba los avances de la obra.

En razón a estos hechos, el Despacho previó que, aunque se admitiera que Devimed S.A construyó el proyecto vial “*Juan de Dios Morales”*, todo indica que la obra se ejecutó por intervención y requerimiento del municipio de Rionegro, y sin ninguna aquiescencia de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI[[15]](#footnote-15).

Fue por lo anterior que este Ponente entendió que no es claro el interés jurídico sustancial de la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, para actuar como demandada.

En este sentido, debe preverse que las razones por las cuales el Despacho consideró que la legitimación en la causa debe ser debatida y resuelta mediante sentencia definitiva, no quedaron desvirtuadas y, por el contrario, el recurrente trajo a colación situaciones adicionales que hacen aún más necesario un pronunciamiento de fondo por parte de la Sala de Subsección, corroborando así la improbación del acuerdo conciliatorio.

**4.** **Análisis de reposición en cuanto al respaldo probatorio del reconocimiento efectuado en el acuerdo conciliatorio.**

El Despacho encontró que, en el caso de autos el reconocimiento patrimonial efectuado en el acuerdo conciliatorio no tiene respaldado probatorio, toda vez 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 S.A.

Al respecto se previó 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.

Frente a las pretensiones se encontró probado, en primer lugar, que la demandante inició la construcción de la obra sin contar con la aquiescencia de la ANI e, incluso, mucho antes de suscribirse el convenio interadministrativo entre el Municipio de Rionegro y la demandada.

Asimismo se probó que la construcción de la obra tuvo lugar por los requerimientos y necesidades del municipio de Rionegro y que los diseños y licencias requeridas para el desarrollo del proyecto vial, fueron elaborados y solicitados por el municipio y por Devimed S.A., quien aceptó haber trabajado sin ningún tipo de respaldo contractual ni presupuestal.

Fue así que el Despacho consideró 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, 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.

El Despacho encontró demostrado que la parte demandante ejecutó la obra denominada *“Juan de Dios Morales”* bajo su propia iniciativa y por su cuenta y riesgo, como lo previeron el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

En mérito de lo anterior, el auto objeto de recurso consideró que los hechos que dieron lugar a la demanda interpuesta por Devimed S.A. debe ser resueltos mediante sentencia definitiva, donde con rango de certeza se establezca la responsabilidad administrativa y patrimonial de la entidad demandada o, por el contrario, la configuración de alguno de los eximentes de responsabilidad, hecho exclusivo y determinante del tercero o de la víctima.

Sin embargo, dado lo anterior, la demandante interpuso recurso de reposición en el que quiso mostrar que el Despacho no tuvo en cuenta que la construcción de la obra se debió a una decisión del Gobierno Nacional, a través del Ministro de Transporte y que así lo corrobora el testimonio de Alcides Tobón Echeverri – alcalde de Rionegro, en razón a lo cual Devimed realizó sus actuaciones “teniendo en cuenta los acuerdos logrados en enero y febrero del año 2009” entre el Ministro y el alcalde de Rionegro.

Pero, no concibe la recurrente que es precisamente esta la razón por la cual el Despacho evidencio la presencia del hecho del tercero y de la víctima como eximentes de responsabilidad.

De manera que los argumentos expuestos por el recurso de reposición lejos de desvirtuar los hechos probados que dieron lugar a la improbación, termina corroborándolos, pues son sus argumentos queda claro que:

4.1. Que las tratativas que dieron lugar a la construcción de la vía se dieron entre el Ministerio de Transporte y el Municipio de Rionegro, principalmente fundamentadas en la *“urgencia que se derivaba del compromiso internacional asumido por el Estado Colombiano”*, los cuales se llevarían a cabo en el Municipio de Rionegro, en donde se construiría la *“Circunvalar en doble calzada Avenida Juan de Dios Morales”*.

4.2. Que fue el Municipio de Rionegro quien solicitó la construcción de la vía y para ello aportó *“las fajas de terreno, los estudios y diseños y la construcción y/o traslado de las redes de servicios”*

4.3. Que pese a la posible adición al contrato de concesión suscrito entre el INCO (hoy ANI) y Devimed, esta nunca se llevó a cabo por negativa de la entidad demandada, fundamentada en la falta de presupuesto.

4.4. Que la demandante inició y ejecutó la construcción de la vía sin mediar el correspondiente contrato y la disponibilidad presupuestal que ampararan la obra, sobre lo cual dice haber actuado con buena fe objetiva, olvidando que la buena fe objetiva excluye los factores subjetivos que se fundamentan en la mera convicción de las partes – *“yo pensé que la demandada iba a firmar el contrato adicional”.*

Ahora bien, la recurrente desprende sus argumentos en la gran mayoría de los oficios por ella suscritos, en los hechos de la demanda y en los argumentos esgrimidos en primera instancia, olvidando que ellos no pueden valorarse de manera aislada sino que deben encontrar sustento en el conjunto del material probatorio y que la sentencia *A quo* no se encuentra ejecutoriada sino que, precisamente, es el objeto de apelación que debe ser resuelto por la Sala de Subsección C.

Al respecto, resta anotar que para la ejecución de las obras que corresponden al Estado, se debe adelantar el procedimiento dispuesto en la Ley de Contratación Estatal, la cual impone que previo a la suscripción del contrato se obtenga la certificación de la disponibilidad presupuestal y el registro presupuestal, seguidos por la suscripción del contrato y, por último, por su ejecución, pues, las obras se ejecutan para cumplir los contratos, y no al revés, los contratos no se suscriben para legalizar obras ejecutadas por fuera de las exigencias legales.

De manera que no le es dable a la demandante decir que *“por buena fe”* quebrantó los mandatos legales imperativos, y ejecutó una obra para después de su ejecución buscar las disponibilidades presupuestales y la suscripción del contrato que lo amparara, pues la buena fe jamás puede desconocer los rigores legales.

Dado lo anterior, queda claro que el recurso de reposición funda sus argumentos en las meras conjeturas de la demandante, tales como: 1. El incumplimiento de un convenio donde Devimed no fue parte, 2. La existencia de acuerdos entre el Ministerio de Transporte y el Municipio de Rionegro, donde la demandante no fue parte, 3. Sus propios documentos y el dicho de la demanda, 3. Los argumentos de la sentencia apelada, 4. Un borrador de contrato que nunca se suscribió, 5. Una buena fe subjetiva que desconoce los mandatos legales que rigen la contratación del Estado, 6. Dos testimonios que, principalmente, sostienen que el inicio del mandato del Presidente Álvaro Uribe Vélez fue la causa de no suscripción del contrato, lo cual no es objeto de discusión, pues aunque eso fuera cierto, también lo es que la obra se llevó a cabo con total desconocimiento de la ley de contratación.

Entonces, el recurso de reposición no desvirtúa los aspectos que dieron lugar a la improbación de la conciliación, pues las conjeturas enlistadas por Devimed para justificar su actuación no son de recibo por este despacho, quien fundó su argumento en el material probatorio obrante en el expediente y no en meras conjeturas como pretende hacerlo la recurrente.

Así las cosas, no han quedado desvirtuados el hecho del tercero y de la víctima como causales de exoneración de la responsabilidad administrativa, evidenciados por este Despacho y por el Ministerio Público y la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

**5.** **Análisis de reposición en cuanto a la lesividad del acuerdo conciliatorio para el patrimonio público e, incluso, para la demandante.**

Este Despacho consideró que la suma de dinero acordada en la conciliación lograda 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”.*

Al respecto, el Despacho consideró que el acuerdo conciliatorio celebrado podría sobrevenir en violatorio de la ley y lesivo para el patrimonio público, pues, 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.

Adicionalmente, el Despacho tiene dudas sobre 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”*[[16]](#footnote-16), y sobre las facturas obrantes dentro del plenario.

En este sentido se encontró que los medios probatorios son contradictorios entre sí, y muestran diferentes valores:

|  |  |
| --- | --- |
| Concepto  | Valor  |
| Valor de las ofertas comerciales | $13.435.129.741.oo |
| Dictamen pericial | $33.762.013.139.oo |
| Sentencia A quo | $21.291.516.888.oo |
| Acuerdo conciliatorio | $23.911.189.498,oo |

Es en razón a estas diferencias que el Despacho consideró que las pretensiones indemnizatorias contenidas en la demanda de reparación directa presentada por Devimed S.A. contra la Agencia Nacional de Infraestructura, deben ser debatidas por la Sala de Subsección y definidas de fondo mediante una sentencia que obre con grado de certeza, pues debe recordarse que la aprobación de la conciliación exige que no hayan dudas en el juez contencioso administrativo, respecto de los puntos aquí señalados.

Sin embargo, para contra-argumentar los criterios anteriores el recurso de reposición sostuvo que los valores contenidos en el dictamen están respaldados por la contabilidad de Devimed y que el hecho de que el acuerdo conciliatorio sea menor a dichos valores es beneficioso para la entidad demandada.

No obstante, la recurrente olvida que el control del juez contencioso no se limita a salvaguardar los intereses de la entidad demandada sino también de las víctimas, en razón a lo cual el criterio de lesividad no se verifica únicamente frente a la administración sino también frente a los demandantes.

De otra parte, debe resaltarse que aunque el recurso de reposición trata de justificar la diferencia entre el valor establecido en el dictamen pericial y el acuerdo conciliatorio, dicho recurso deja por fuera la cuantía reportada por las ofertas comerciales presentadas para la ejecución de la obra y el valor reconocido en primera instancia frente al mismo acuerdo conciliatorio, pues aquellas son ostensiblemente inferiores a esta última y su diferencia no se encuentra justificada.

Dado lo anterior, subsisten en este juzgador las dudas frente al respaldo probatorio de los valores reconocidos y la lesividad al patrimonio de las partes, lo cual es suficiente para improbar el acuerdo conciliatorio y someter la Litis a la valoración completa que de los medios probatorios haga la Sala de Subsección, mediante sentencia definitiva.

**6. Análisis de reposición en cuanto a la caducidad de la acción de reparación directa**

En lo que respecta a que la acción de reparación directa no haya caducado, el Despacho encontró que existe incertidumbre frente a la fecha a partir de la cual debe compatibilizarse el término de la caducidad de la acción, pues 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, pero en el expediente no obra prueba alguna que así lo demuestre.

De modo que no se tiene certeza de la fecha en que se concretó el hecho dañoso, a partir del cual habrá de computarse la caducidad de la acción, por lo cual el Despacho consideró improcedente aprobar el acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes el día 27 de enero de 2016, y por el contrario sostuvo que 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.

No obstante, frente a la falta de certeza en la fecha en que se consumó el hecho a partir del cual computar el término de caducidad, el recurso de reposición, manifestó que la entidad demandada se negó a recibir la obra construida por Devimed, con lo cual desmintió el dicho de la demanda, presentado bajo juramento, según el cual a obra fue entregada el **13 de marzo de 2010; situación adicional para justificar la improbación de la conciliación y someter el asunto a la decisión de la Sala.**

Sin embargo, la recurrente propone que se tome como fecha para contabilizar la caducidad el 17 de marzo de 2010, fecha en la cual se dio inicio a los Juegos Suramericanos, que es de público conocimiento y nadie ha controvertido.

Al respecto, el Despacho reitera que ante la falta de certeza, el asunto debe ser decidido por la Sala de Subsección.

**7. Consideración final sobre la noticia publicada el 13 de marzo de 2017**

Al respecto, la sociedad demandante manifestó que no comparte “el uso de la expresión “la Nación se salva de pagar” y del calificativo “indebida” para referirse a la conciliación.

Sin embargo el Despacho pone de presente que este es un asunto ajeno a su decisión y al auto debatido en sede de reposición, el cual obedece a una publicación de carácter periodístico y no jurídico que excede la órbita funcional de este juzgador.

**8. Se niega el recurso de reposición**

Por todo lo expuesto, y en atención a los parámetros legales y jurisprudenciales, el Despacho **NEGARÁ** el recurso de reposición interpuesto por la sociedad demandante, en razón a que no fueron desvirtuados los motivos que dieron lugar a improbar la conciliación celebrada el día 27 de enero de 2016 entre la sociedad Devimed S.A, y la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, pues como se concluyó en el auto objeto de recurso, se itera que:

*“(i) “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”[[17]](#footnote-17).*

 *(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.*

*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.”*

Así las cosas, este Despacho considera que el asunto debe ser resuelto por la Sala de Subsección mediante sentencia que decida las pretensiones de la demanda y ponga fin al proceso judicial.

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

**RESUELVE**

**NEGAR** el recurso de reposición interpuesto contra el auto de fecha 9 de marzo de 2017, y en consecuencia **CONFIRMA**:

**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 expediente 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**

1. Fls.927-929 C. P [↑](#footnote-ref-1)
2. Fls.1-39 C.1 [↑](#footnote-ref-2)
3. Fls.693-760 C.P [↑](#footnote-ref-3)
4. Fls.763-768 C.P [↑](#footnote-ref-4)
5. Fl.806 C.P [↑](#footnote-ref-5)
6. Fl.808 C.P [↑](#footnote-ref-6)
7. Fls.809-818 C.P [↑](#footnote-ref-7)
8. Fls.836-868 C.P. [↑](#footnote-ref-8)
9. Fls.870-891 C.P [↑](#footnote-ref-9)
10. Fl.924 C.P [↑](#footnote-ref-10)
11. Fls.927-929 C. P [↑](#footnote-ref-11)
12. Fls.951-969 C. P [↑](#footnote-ref-12)
13. 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. [↑](#footnote-ref-13)
14. Sección Tercera, auto de 3 de marzo de 2010, expediente 37644. [↑](#footnote-ref-14)
15. Fls.170 C.1 y 579 C.2 – oficio de **9 de mayo de 2012** [↑](#footnote-ref-15)
16. Fls.251-329 C.1 [↑](#footnote-ref-16)
17. Sección Tercera, auto de 3 de marzo de 2010, expediente 37644. [↑](#footnote-ref-17)