



CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre del dos mil diecisiete (2017)

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

Actor: Devimed S.A.

Demandado: Agencia Nacional de Infraestructura

Acción: Acción de reparación directa - *Actio de in rem verso* (Sentencia)

Contenido: Descriptor: -Se revoca sentencia de primera instancia por cuanto se encuentra demostrada la eximente de responsabilidad culpa exclusiva de la víctima. Restrictor: Aspectos procesales – legitimación en la causa – caducidad de la acción / Presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado / La culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad del Estado / Los elementos requeridos para la procedencia de la *Actio de in rem verso* – Posición unificada del Consejo de Estado.

Decide la Sala en segunda instancia el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada¹² contra la sentencia proferida el 29 de octubre de 2014 por el Tribunal Administrativo de Antioquia³, mediante la cual 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) (...)**”.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda y lo pretendido

El día **14 de mayo de 2012**⁴ 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.,

¹ Fls.763-768 C.P

² Fls.364-411 C.P

³ Fls.693-760 C.P

⁴ Fls.1-39 C.1

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*”.

1.4.- 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 la Sala sintetiza así⁵:

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 la vía denominada *“Juan de Dios Morales”* que se encuentra conformada por los tramos denominados *“Comfama”* o *“Clínica Sumer”* y *“Cuatro Esquinas”* o *“El Águila”*⁶.

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”*.

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

Por otro lado, 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 en la 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”*.

De igual forma, el día **23 de junio de 2009** el Municipio de Rionegro le solicitó al Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial la expedición de la licencia ambiental para el

⁵ Fls.4-31 C.1

⁶ 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 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”*.

“proyecto vial Juan de Dios Morales o vía El Águila” a nombre de la concesionaria Devimed, quien sería la encargada de ejecutar el proyecto; licencia otorgada el día **6 de octubre del 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**, 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, 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*”.

A continuación, el **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 anterior, el **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, el contrato adicional No. 14 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 2012⁷, el Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda. Providencia que fue notificada por aviso⁸.

3.2.- Contestación de la demanda.

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 demanda⁹ 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.

⁷ Fl.492 C.2.

⁸ Fl.495 C.2

⁹ Fls.497-519 C.1

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.

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,**

la parte actora realizó las obras aun cuando tenía conocimiento que no se contaba con la disponibilidad presupuestal para su ejecución; y la ejecución de la obra no beneficiaría a la ANI sino al Municipio de Rionegro.

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 la etapa probatoria, dentro de la cual se practicaron las pruebas decretadas, cumpliéndose de esta manera con el principio de contradicción¹⁰.

3.4.- Alegatos de conclusión

¹⁰ Fls.526-529, C.2.

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 el concepto de rigor¹¹.

3.4.1.- Dentro del término previsto, el apoderado de la parte actora presentó sus alegaciones finales reiterando los argumentos planteados en la demanda¹² 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.

La demandada y el Ministerio Público guardaron silencio en instancia de alegatos.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Como se anotó *ad initio* de esta providencia, mediante sentencia de 29 de octubre de 2014 el Tribunal Administrativo de Antioquia¹³ 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

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 la 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

¹¹ Fl. 651, C.2.

¹² Fls.655-692, C.2.

¹³ Fls.693-760 C.P

realizar la obra, 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 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 2014¹⁴.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El 19 de febrero de 2010 la Agencia Nacional de Infraestructura interpuso recurso de apelación¹⁵, 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:

¹⁴ Fl. 762, C. P

¹⁵ Fls.763-768 C.P

“(...) 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:

“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 2015¹⁶ 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 rigor¹⁷.

El 28 de julio de 2015, la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- presentó escrito de alegatos de conclusión¹⁸ donde solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia con fundamento en los argumentos planteados en la contestación de la demanda.

¹⁶ FI.806 C.P

¹⁷ FI.808 C.P

¹⁸ FIs.809-818 C.P

A su turno, la parte demandante en escrito de 12 de agosto de 2015¹⁹ 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. 168/2015²⁰ 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.

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 2015²¹ 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 acta²², 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

i) Concepto del Ministerio Público

No obstante, dentro del trámite conciliatorio conceptuó el señor agente del Ministerio Público, quien manifestó su oposición al acuerdo conciliatorio, en el siguiente sentido:

¹⁹ Fls.836-868 C.P.

²⁰ Fls.870-891 C.P

²¹ Fl.924 C.P

²² Fls.927-929 C. P

“(...) 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 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”.

ii) Concepto de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado

Previa comunicación del Despacho²³ y de conformidad con lo contemplado en el artículo 610 del Código General del Proceso, mediante escrito del 25 de agosto de 2016²⁴ 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 iudice* 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.

²³ Fls.944-947 C.P

²⁴ 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 era posible aprobar la conciliación realizada por las partes en sede judicial, porque con ella se lesionaban los intereses patrimoniales del Estado

iii) Improbación del acuerdo conciliatorio

Finalmente, mediante auto del **9 de marzo de 2017**²⁵ este Despacho resolvió improbar la conciliación celebrada el día 27 de enero de 2016 entre la sociedad Devimed S.A, y la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, para que en su lugar, la Sala procediera a decidir de fondo el asunto, en atención a las siguientes:

“4.- CONCLUSIONES

²⁵ Fls.981-1006 C.P

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”²⁶.

(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.

Es de anotar que el auto que resolvió no aprobar la conciliación fue confirmado mediante providencia de **29 de marzo de 2017**²⁷.

Visto el trámite que antecede, y no habiendo causal que invalide lo actuado la Sala procede a resolver el asunto sometido a su decisión, previas las siguientes consideraciones.

²⁶ Sección Tercera, auto de 3 de marzo de 2010, expediente 37644.

²⁷ Fls.1029-1036 C.P

VIII CONSIDERACIONES

1.- Aspectos procesales.

1.1.- Legitimación en la causa

La legitimación en la causa es la “*calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso*”²⁸, o en otras palabras, 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. Así, es evidente que cuando la legitimación en la causa falte en el demandante o en el demandado, la sentencia debe ser desestimatoria de las pretensiones.

Así las cosas, en cuanto a la **legitimación en la causa por activa en cabeza de la Sociedad Devimed S.A.**²⁹ la Sala observa que dentro de las pretensiones expuestas en la demanda se solicita que se declare que la entidad demandada no firmó el contrato adicional No. 14 del contrato de concesión No. 0275 de 1996, 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.

Con relación a la pretensión así propuesta, la Sala ratifica las previsiones hechas en el auto por medio del cual se improbió el acuerdo conciliatorio. La primera, consistente en que la declaración de incumplimiento del convenio interadministrativo es una pretensión propia de la acción contractual y aquí se demanda por vía extracontractual y, la segunda, que 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 sociedad no le acude interés jurídico sustancial para demandar el incumplimiento de dicho acuerdo interadministrativo, de modo que, no está legitimada en la causa por activa para interponer esta pretensión.

Ahora bien, frente a la **legitimación en la causa por pasiva** la Sala observa que Devimed S.A. persigue 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*”, frente a lo cual debe preverse que el Municipio de Rionegro no es demandando dentro de la Litis, y de las entidades que forman parte del Gobierno Nacional, solo fue citada dentro del proceso la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI (antes Instituto Nacional de Concesiones - INCO), situación que hace improcedente un pronunciamiento por parte de esta Sala de subsección en contra del Municipio

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C- 965 de 2003.

²⁹ Fls.41-44 C.1.

de Rionegro o de cualquier otra entidad del orden nacional que no sea la mencionada **Agencia Nacional de Infraestructura – ANI**.

En este orden de ideas, frente a las restantes pretensiones, según las cuales se persigue 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 y en consecuencia que se condene a pagar las correspondientes cantidades de dinero la Sala procede a reconocer legitimación en la causa por pasiva a la mencionada entidad, a fin de resolver el asunto de manera sustancial y en sede de imputación.

1.2.- Caducidad de la acción

La caducidad es concebida como un instituto que permite garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia y representa una manifestación clara del principio de seguridad jurídica y de la prevalencia del interés general; cuyos términos están fijados por el artículo 136 del C.C.A., que en su numeral 8º dispone que la acción *“de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente 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”*.

La caducidad, a diferencia de la prescripción, no se suspende, salvo la excepción consagrada en la Ley 446 de 1998 y el artículo 21 de la Ley 640 de 2001³⁰, y sólo se interrumpe, de acuerdo con el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo, con la presentación de la demanda que cumpla los requisitos y formalidades previstas en el Código Contencioso Administrativo³¹. Tampoco admite renuncia y de encontrarse probada, debe ser declarada de oficio por el juez³².

En el caso concreto la Sala encuentra que en el libelo demandatorio, la parte demandante sostuvo que el día **13 de marzo de 2010**³³ entró en funcionamiento la obra denominada *“Juan de Dios Morales”*, y aunque no obra en el plenario prueba que así lo demuestre o que evidencie la fecha en que Devimed S.A., hizo entrega de la obra por él construida a la entidad demandada, también debe preverse que este hecho no fue controvertido por la entidad demandada.

³⁰ **ARTICULO 21. SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION O DE LA CADUCIDAD.** La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable”. (Subrayado fuera de texto)

³¹ Consejo de Estado, Auto de fecha 2 de marzo de 2001, Rad. 10909, M.P. Delio Gómez Leyva.

³² Consejo de Estado, Auto de fecha 26 de marzo de 2007, Rad. 33372, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³³ Fls.22 C.1

Adicionalmente, teniendo en cuenta que los IX Juegos Suramericanos se realizaron entre el **17 y 30 de marzo de 2010**, para efectos del cómputo de la caducidad, la Sala podría inferir la Sala infiere que la fecha de entrada en funcionamiento de la vía sí tuvo lugar el día señalado por el demandante, esto es, el **13 de marzo del 2010**, lo cual, a su vez es indicativo de que la entrega de la obra se efectuó en la misma fecha o con anterioridad a ella.

Con fundamento en lo anterior, para resolver la inquietud señalada respecto de la caducidad en el auto improbatario de la conciliación, la Subsección considera contabilizar el término de la caducidad a partir del **13 de marzo de 2010**, de manera que, los 2 años señalados por el numeral 8º del artículo 136 del C.C.A., en principio, finalizarían el **13 de marzo de 2012**.

No obstante, teniendo en cuenta que el día **15 de diciembre de 2011** la demandante presentó solicitud de conciliación prejudicial³⁴ ante el Ministerio Público, de conformidad con el artículo 21 de la ley 640 de 2001 el término de caducidad de la acción se entiende suspendido hasta el día **21 de febrero de 2012**³⁵, fecha en la que se llevó a cabo la audiencia de conciliación que se declaró fracasada por la falta de ánimo conciliatorio, según se observa en la respectiva constancia.

Así las cosas, el término de caducidad de la acción estuvo suspendido por el periodo de 2 meses y 6 días, lo cual traslada la finalización del cómputo para el **19 de mayo de 2012** y la demanda de reparación directa fue presentada el **14 de mayo de 2012**, esto es dentro del término de la caducidad.

Pese a lo anterior, la Sala quiere anotar que aun cuando se dijera que no está demostrada la fecha cierta a partir de la cual debe contabilizarse el término de la caducidad, en el caso objeto de estudio tampoco quedó probado que operó la caducidad y, por lo tanto, la Subsección debe proceder a decir de fondo el asunto puesto bajo su consideración.

2. Presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado

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

³⁴ Fls.45 C.1

³⁵ Fls.45-47 C.1

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.*”³⁶.

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

“(...) La circunstancia de que los hechos relatados en la demanda sean constitutivos de una falla del servicio, o conformen un evento de riesgo excepcional o puedan ser subsumidos en cualquier otro régimen de responsabilidad patrimonial de los entes públicos, es una valoración teórica que incumbe efectuar autónomamente al juzgador, como dispensador del derecho ante la realidad histórica que las partes demuestren (...).”³⁷

Finalmente, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede ser concebida simplemente como una herramienta destinada a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo³⁸ que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

3.- La culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad del Estado³⁹.

³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

³⁷ Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia de 20 de febrero 1989, expediente: 4655. Así mismo se dijo en sentencia de 14 de febrero de 1995, expediente: S-123 que: “(…) *la Sala precisa que sí es posible en materia de juicios de responsabilidad extracontractual del Estado, la aplicación del principio iura novit curia, pero siempre teniendo en cuenta que a través de él no se puede llegar a la modificación de los fundamentos fácticos de la pretensión, expuestos en el libelo, los cuales constituyen su causa petendi y son los precisados por el actor, y no otros (...).*”

³⁸ “En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda: ineficiente”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.174.

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 3 de noviembre de 2016. Exp. 29.334

Las denominadas *causales eximentes de responsabilidad* —fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima— constituyen diversos eventos que dan lugar a la imposibilidad de imputar la responsabilidad a la persona o entidad que obra como demandada dentro del proceso de reparación de daños⁴⁰.

Particularmente, en lo que respecta al hecho de la víctima, la doctrina tradicional ha entendido desde hace tiempo que la conducta, comportamiento, acción u omisión de la víctima cuando contribuye de manera determinante y exclusiva a la producción del daño constituye una causal eximente de responsabilidad, fundada en el irresistibilidad, imprevisibilidad y carácter externo a la actividad del demandado⁴¹.

Sin embargo, ésta no ha sido la única lectura del derecho de la responsabilidad en su dogmática tradicional, porque los anteriores elementos hacen parte más de los ingredientes ordinarios de otra causal eximente como es la fuerza mayor, por lo que siguiendo a René Savatier se puede formular criterios adicionales para analizar el hecho exclusivo de la víctima:

(1) *“cuando la víctima consiente un acto ilícito en sí mismo, la desaparición de la falta depende de saber si el deber de no lograrse es, o no, suprimido por el consentimiento de la víctima. Esto depende de la naturaleza del deber en causa”*⁴²;

(2) cuando *“se trata del deber general de no dañar a otro, el consentimiento de la víctima al acto que es dañoso, suprime, en principio, la falta, puesto que la víctima es libre de causarse este”*⁴³;

(3) cuando *“el acto incriminado, sin ser directamente malo, crea solamente un peligro para la víctima, el consentimiento de aquella puede tener un efecto más amplio. Solamente excluye la falta, cuando la víctima estuviese en el derecho de consentir un daño, ya que respecto de ciertos daños la víctima no estaría en derecho de consentir directamente, pese a poder*

⁴⁰ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 20 de octubre de 2014, expediente 30462.

⁴¹ MAZEAUD, Henri-León, Jean MAZEAUD. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1960, págs. 332 y 333. El hecho de la víctima trae como consecuencia *“la absolución completa”* cuando *“el presunto responsable prueba la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho de la víctima. Si no se realiza esa prueba, el hecho de la víctima, cuando sea culposo y posea un vínculo de causalidad con el daño, produce una simple exoneración parcial: división de responsabilidad que se efectúa teniendo en cuenta la gravedad de la culpa de la víctima”* (...) *“Para constituir una causa ajena, un acontecimiento, ya se trate de acontecimiento anónimo (caso de fuerza mayor stricto sensu), del hecho de un tercero o de una culpa de la víctima, debe presentar los caracteres de la fuerza mayor (lato sensu); es decir, ser imprevisible e irresistible”*. Puede verse Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 2 de enero de 2014, expediente 26956. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 30 de enero de 2013, expediente 23310.

⁴² SAVATIER, René, *Traité de la responsabilité civile en droit français. Civil, administratif, professionnel, procédural*, T.I, Paris, LGDJ, 1951, p.239.

⁴³ SAVATIER, René, *Traité de la responsabilité civile en droit français. Civil, administratif, professionnel, procédural*, ob., cit., p.240.

*exponerse voluntariamente. Su consentimiento al peligro cubre entonces a los terceros que concurren a crearlo*⁴⁴;

(4) sin “*consentir conscientemente el peligro creado por otro, la víctima ha podido, por su propia conducta, aumentar de manera previsible y evitable, las posibilidades dañosas*”⁴⁵, como constitutivo de una imprudencia radicada en la conducta o comportamiento asumible, desplegado y operado por la propia víctima en los hechos que desencadenan el daño⁴⁶; y,

(5) la contribución del hecho de la víctima en la producción del daño antijurídico debe ser determinante para eximir plenamente de responsabilidad, o puede ser concurrente y representar una atribución tanto a la administración pública, como a la víctima, reduciéndose el “*quantum*” indemnizatorio proporcional y ponderadamente.

Por otra parte, a efectos de que opere el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad, es necesario aclarar, en cada caso concreto, si su el proceder —activo u omisivo— tuvo o no injerencia y en qué medida, en la producción del daño.

En ese orden de ideas, resulta dable concluir que para que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, es necesario que la conducta desplegada por la víctima sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, habrá lugar a rebajar su reparación en proporción a la participación de la víctima⁴⁷.

Igualmente, esta Corporación ha entendido la culpa exclusiva de la víctima como elemento que excluye la responsabilidad del Estado, cuando hay “*la violación por parte de ésta [víctima] de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado*”⁴⁸, que se concreta en la demostración

⁴⁴ SAVATIER, René, *Traité de la responsabilité civile en droit français. Civil, administratif, professionnel, procédural*, ob., cit. P.240.

⁴⁵ SAVATIER, René, *Traité de la responsabilité civile en droit français. Civil, administratif, professionnel, procédural*, ob., cit., p.242.

⁴⁶ En este sentido puede verse: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 21 de noviembre de 2011, expediente 26543. Sección Tercera, sentencia de 14 de mayo de 2009, expediente 17188.

⁴⁷ En la anotada dirección, ha sostenido la Sala: “El hecho de la víctima, al decir de los hermanos Mazeaud, sólo lleva “consigo la absolución completa” cuando “el presunto responsable pruebe la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho de la víctima. Si no se realiza esa prueba, el hecho de la víctima, cuando sea culposo y posea un vínculo de causalidad con el daño, produce una simple exoneración parcial: división de responsabilidad que se efectúa teniendo en cuenta la gravedad de la culpa de la víctima. Henri y León Mazeaud, Jean Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1960, pags. 332 y 333”. Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, expediente 24972. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 20 de octubre de 2014, expediente 30462.

⁴⁸ Sección Tercera, sentencia de 25 de julio de 2002, expediente 13744. La Sub-sección C tuvo en cuenta esta argumentación en: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 30 de marzo de 2011, expediente 19565.

“de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta”^{49- 50}.

Por último, la jurisprudencia de la Sección Tercera (y sus Sub-secciones), ha establecido una serie de fundamentos o supuestos en los que cabe o no encuadrar el hecho o culpa de la víctima como eximente de responsabilidad de la administración pública:

(1) se concreta por la experiencia de la víctima en el manejo de objetos, o en el despliegue de actividades⁵¹;

(2) la *“ausencia de valoración del riesgo por parte de las víctimas”* puede constituir una *“conducta negligente relevante”*⁵²;

(3) puede constituirse en culpa de la víctima el ejercicio por los ciudadanos de *“labores que no les corresponden”*⁵³;

⁴⁹ Sección Tercera, sentencia de 25 de julio de 2002, expediente 13744. La Sub-sección C tuvo en cuenta esta argumentación en: Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 30 de marzo de 2011, expediente 19565. Posición reiterada en

⁵⁰ En el mismo sentido, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2002, expediente 13262. Puede verse también: Sección Tercera, sentencias de 30 de julio de 1998, expediente 10981; de 28 de febrero de 2002, expediente 13011; de 18 de abril de 2002, expediente 14076; de 20 de abril de 2005, expediente 15784; de 2 de mayo de 2007, expediente 15463. Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, expediente 15463: “Por otra parte, a efectos de que opere el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad, es necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder —activo u omisivo— de aquella tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño. Y ello como quiera que la Sala ha señalado que el hecho de la víctima, como causal de exoneración de responsabilidad o de reducción del monto de la condena respectiva, debe constituir, exclusiva o parcialmente, causa eficiente del perjuicio reclamado, pues de no ser así se estaría dando aplicación a la teoría de la equivalencia de las condiciones, desechada por la doctrina y la jurisprudencia, desde hace mucho tiempo, para establecer el nexo de causalidad”. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 18 de octubre 2000, expediente 11981.

⁵¹ Sección Tercera, sentencia de 29 de enero de 2004, expediente 14590: “[...] Por la experiencia como radio operador del agente Herrera Beltrán, así como su permanencia en el distrito de policía, podía exigirse de él una conducta dirigida a tomar medidas razonables para evitar el daño, dado que conocía la estructura de la antena y el peligro que implicaban las cuerdas de alta tensión. Esas medidas, que bien pudieron consistir en recurrir a otros compañeros de la estación para realizar la instalación de la antena, eran de fácil adopción [...] En suma, que el accidente en el que murió electrocutado el agente José Fernando Herrera Beltrán fue causado por la conducta imprudente de la víctima quien dejó de tomar las debidas precauciones al tratar de instalar la antena de radio de banda ciudadana, para lo cual debió tener en cuenta su peso y longitud, siendo que dichas características implicaban un peligro previsible de que el aparato se cayera y entrara en contacto con los cables de alta tensión que se ubicaban al lado de la edificación”.

⁵² Sección Tercera, sentencia de 1 de marzo de 2006, expediente 13764.

⁵³ Sección Tercera, sentencia de 23 de abril de 2008, expediente 16235: “[...] más aún cuando se trata de actividades como la operación de redes eléctricas y la conducción de energía, cuya complejidad y peligrosidad exige que sean ejercidas por las autoridades competentes o por particulares autorizados para el efecto, mediante la utilización de los materiales idóneos y a través de personal capacitado para ello”.

(4) debe contribuir “*decisivamente al resultado final*”⁵⁴; (5) para “*que la conducta de la víctima pueda exonerar de responsabilidad a la entidad demandada, la misma debe ser causa determinante en la producción del daño y ajena a la Administración*”, a lo que agrega, que en “*los eventos en los cuales la actuación de la víctima resulta ser la causa única, exclusiva o determinante del daño, carece de relevancia la valoración de su subjetividad*”⁵⁵;

(6) la “*violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado*”, la que “*exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño cuando ésta es exclusiva*”⁵⁶;

(7) por el contrario no se configura como eximente cuando no hay ni conocimiento de un elemento o actividad que entraña peligro, ni hay imprudencia de la víctima⁵⁷;

(8) se entiende la culpa exclusiva de la víctima “*como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado*”⁵⁸, lo que cabe encuadrar, matizando, en el primer supuesto porque no sólo opera por virtud del consentimiento de un acto ilícito, sino al despliegue de una conducta que es violatoria de las obligaciones a las que está llamado a cumplir (v.gr., en la conducción de vehículos a la velocidad ordenada, a la distancia de seguridad, a la realización de maniobras autorizadas, al respeto de la señalización, etc.);

(9) debe demostrarse “*además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta*”⁵⁹, lo que encuadra en el cuarto supuesto dogmático de la imprudencia de la víctima;

(10) que se acrediten los elementos objetivos de la conducta gravemente culposa de la víctima⁶⁰; y,

⁵⁴ Sección Tercera, sentencia de 11 de noviembre de 2009, expediente 17510. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 11 de noviembre de 2009, expediente 17138.

⁵⁵ Sección Tercera, sentencia de 26 de mayo de 2010, expediente 19043: “Si la causalidad constituye un aspecto objetivo, material de la responsabilidad, la labor del juez frente a un daño concreto debe limitarse a verificar si dicha conducta fue o no la causa eficiente del daño, sin que para ello importe establecer si al realizarla, su autor omitió el deber objetivo de cuidado que le era exigible, o si su intervención fue involuntaria. Por tal razón, resulta más preciso señalar que la causal de exoneración de responsabilidad del demandado es el hecho de la víctima y no su culpa”.

⁵⁶ Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 5 de abril de 2013, expediente 27031.

⁵⁷ Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia de 7 de abril de 2011, expediente 20733.

⁵⁸ Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia de 1 de agosto de 2016, expediente 44492. Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia de 27 de abril de 2016, expediente 37802.

⁵⁹ Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia de 1 de agosto de 2016, expediente 44492. Sección Tercera, sentencia de 25 de julio de 2002, expediente 13744.

⁶⁰ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 14 de marzo de 2016, expediente 37948. Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 11 de diciembre de 2015, expediente 40970.

(11) que la víctima “*por sus propios hechos y actuaciones se puso en condiciones de soportar el daño*”⁶¹.

4.- Los elementos requeridos para la procedencia de la *Actio de in rem verso* – Posición unificada del Consejo de Estado.

Para la prosperidad de la acción de enriquecimiento sin causa o *actio in rem verso*, desde siempre se ha exigido la producción de un enriquecimiento, ventaja, beneficio o provecho acaecido por el aumento del patrimonio —*lucrum emergens*— o la ausencia de su disminución —*damnum cessans*—; correlativamente relacionado con un empobrecimiento en la contraparte, así como la carencia de una causa justa entre estos elementos.

En otras palabras, la acción de *in rem verso* no hallará prosperidad en ausencia de uno de estos elementos, es decir, cuando sólo haya enriquecimiento de un lado, o sólo haya empobrecimiento del otro, sino que se requiere la presencia de ambas situaciones y, adicionalmente, se requiere su conjunción.

De otra parte, también se ha exigido que el afectado no cuente con otros mecanismos para la satisfacción de su pretensión, pues aun mediando el enriquecimiento y el empobrecimiento, y relacionándose entre sí, puede estarse en un evento en que haya habido ánimo de liberalidad que excluye el cobro ulterior, ya porque la ley confiera acciones distintas, que naturalmente excluyen esa, meramente subsidiaria, o autorice el enriquecimiento en referencia, como sucede v. gr. con la prescripción o con la prohibición de repetir lo dado por causa ilícita, entre otros.

Ahora bien, concretamente en lo que respecta a la *action de in rem verso* en materia contencioso administrativa, mediante sentencia de 19 de noviembre de 2012, proferida dentro del Expediente 24.897, la Sección Tercera de la Corporación unificó su jurisprudencia en el sentido de afirmar “*que la actio de in rem verso no puede ser utilizada para reclamar el pago de obras o servicios que se hayan ejecutado en favor de la administración sin contrato alguno o al margen de este, eludiendo así el mandato imperativo de la ley que prevé que el contrato estatal es solemne porque debe celebrarse por escrito, y por supuesto agotando previamente los procedimientos señalados por el legislador*”.

No obstante lo anterior, la Sala también admitió hipótesis en las que resultaría procedente la *actio de in rem verso* sin que medie contrato alguno pero, aunque insistió en que “*estas posibilidades son de carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación*

⁶¹ Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 29 de febrero de 2016, expediente 39561. “[...] *que le viene aplicable el brocardo según el cual nadie puede sacar provecho de su propia culpa. Es entonces, su propia culpa la que rompe el nexo requerido para que el daño pueda ser imputable al Estado, y por tanto, habrá lugar, con fundamento en ello, a librar a las demandadas, como quiera que uno de los elementos de la estructura de la responsabilidad resultó fallido y, por lo mismo, a confirmar la sentencia apelada*”.

restrictiva, y de ninguna manera con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de ellos, eventos que necesariamente quedan comprendidos dentro de la regla general que antes se mencionó”.

Así la Sala previó que los casos en donde, de manera excepcional y por razones de interés público o general, resultaría procedente la *actio de in rem verso* serían entre otros los siguientes:

“(…)

a) Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.

b) En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.

c) En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993.

12.3. El reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa y de la *actio de in rem verso*, en estos casos excepcionales deberá ir acompañada de la regla según la cual, el enriquecimiento sin causa es esencialmente compensatorio y por consiguiente el demandante, de prosperarle sus pretensiones, sólo tendrá derecho al monto del enriquecimiento. Ahora, de advertirse la comisión de algún ilícito, falta disciplinaria o fiscal, el juzgador, en la misma providencia que resuelva el asunto, deberá cumplir con la obligación de compulsar copias para las respectivas investigaciones penales, disciplinarias y/o fiscales.

En este orden de ideas, debe concluirse que la Sala limitó el reconocimiento del enriquecimiento sin justa causa a situaciones excepcionales que por razones de interés público ameriten la ejecución o prestación de un servicio por un particular sin que medie el cumplimiento de las exigencias legalmente establecidas en materia de contratación pública.

Asimismo, es necesario resaltar que la Sección exige que los elementos antes mencionados se encuentren plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, de manera que el juzgador no “pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la [providencia de unificación], es decir, verificando en todo caso que la decisión de la

administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación”.

Al respecto la jurisprudencia precisó:

*“que, **por regla general**, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la actio de in rem verso, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia⁶² a partir del artículo 8º de la ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 831⁶³ del Código de Comercio, no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la actio de in rem verso requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente”.*

5. Hechos probados.

- 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”⁶⁴.*

- 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 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”⁶⁵.*

Al respecto la Sala 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

⁶² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, de 12 de mayo de 1955. G.J. LXXX, 322.

⁶³ Artículo 831: Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.

⁶⁴ Fls.113-123 C.1

⁶⁵ Fls.60-76 C.1.

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.

- 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.oo⁶⁶.

- No obstante lo anterior, el Instituto Nacional de Vías – INVIAS mediante Resolución No. 003521 de **12 de septiembre de 2003**⁶⁷ le cedió y subrogó el contrato de concesión No. 0275 de 1996 al Instituto Nacional de Concesiones – INCO⁶⁸ hoy Agencia Nacional de Infraestructura- ANI⁶⁹.

- Por otra parte, la Sala 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” resolvió⁷⁰:

*“(...) **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 (...).”*

- 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 2010⁷¹.

⁶⁶ Fls.124-127 C.1

⁶⁷ Fls.155-156 C.1

⁶⁸ 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)

⁶⁹ 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)

⁷⁰ Fls.174-186 C.1 y 582-589 C.2

⁷¹ Fls.171 C.1 y 580 C.2

- 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*”⁷².

- 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 licencia⁷³.

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)

- 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.⁷⁴.

- 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 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 Antioquia⁷⁵.

- 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

⁷² Fls.187-188 C.1

⁷³ Fls.209-212 C.1

⁷⁴ Fls.173 C.1

⁷⁵ Fls.128-146 C.1

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*”⁷⁶.

- 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*”⁷⁷:

Propuesta presentada por	Fecha de presentación de la propuesta	Objeto	Valor
Castro Tcheassi S.A	21/08/2009 ⁷⁸	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 ⁷⁹	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 ⁸⁰	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 ⁸¹	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 ⁸²	Construcción de un tramo de la	\$2.186.680.335,00

⁷⁶ Fls.200 C.1

⁷⁷ Fls.251-329 C.1

⁷⁸ Fls.251-261 y 383- 389 C.1

⁷⁹ Fls.272-286 C.1

⁸⁰ Fls.287-301 C.1

⁸¹ Fls.302-314 C.1

⁸² Fls.315-329 C.1

Propuesta presentada por	Fecha de presentación de la propuesta	Objeto	Valor
		doble calzada Juan de Dios Morales.	o
El Constructor Oferente S.A – COVIAL	22/10/2009 ⁸³	Realizar el Plan de Manejo Ambiental.	\$471.455.129,00

- 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 (...)*”⁸⁴. No obstante, la Sala observa que en dicho valor global no se encontraba incluida la obra denominada “*Juan de Dios Morales*”.

- 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. 0275/96⁸⁵.

- 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*”⁸⁶:

“(…) 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 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.*

⁸³ Fls.262-271 y 468-477 C.1

⁸⁴ Fls.213 C.1

⁸⁵ Fls.201-202 C.1

⁸⁶ Fls.214-236 C.1

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”.

- 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”*⁸⁷.

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)”*.

- 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 \$19.582.559.687,38⁸⁸.

⁸⁷ Fls.190 C.1 y 591 C.2

⁸⁸ Fls.192-196 C.1

- 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 mencionado⁸⁹.

- 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 consideraciones⁹⁰:

“(…) 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 aportará 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.

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”.

- 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

⁸⁹ Fls.191 C.1 y 592 C.2

⁹⁰ Fls.147 y 148 C.1.

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 \$19.582.000.000⁹¹.

- 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. 14⁹², con el fin de que se realicen las observaciones pertinentes⁹³.

- Seguidamente, el día **4 de febrero de 2010** mediante oficio DGG – 0061-10, la sociedad Devimed S.A le informó al municipio de Rionegro que⁹⁴:

“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:

- 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”.

- Con relación a la entrega de los predios, debe preverse que la Secretaria Jurídica y de Contratación del Municipio de Rionegro certificó haber hecho entrega de los terrenos directamente a DEVIMED⁹⁵ y, aunque dijo entregarlos en cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el Convenio No. 13 del 13 de noviembre de 2009, llama la atención de la Sala que no fuera el INCO (hoy ANI) quien recibiera los inmuebles y tampoco se observa autorización alguna por parte de la entidad demandada para que su contratista concesionario recibiera tales terrenos.

- 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 Morales⁹⁶.

⁹¹ Fls.237-246 C.1

⁹² Fls.204-208 C.1

⁹³ Fls.203 C.1

⁹⁴ Fls.247-248 C.1

⁹⁵ Fls.197 – 199 C.1 y 593 C.2

⁹⁶ Fls.170 C.1 y 579 C.2

- Igualmente, la Sala 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.A⁹⁷.

- De igual forma, obra en el plenario el dictamen pericial rendido el **21 de octubre de 2013** por Ludivia Quiroz 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 manera⁹⁸:

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

- Por otra parte, obran como pruebas testimoniales las declaraciones rendidas por Obed Franco Bermúdez⁹⁹ – quien participó en la elaboración de los diseños de la vía “*Juan de Dios Morales*”; Jhon Jairo Otalvaro Gallego¹⁰⁰ – Director Técnico y Operativo de Devimed S.A.; Manuel Segundo Vicente Zuluaga¹⁰¹ – Gerente de Devimed S.A.; y Alcides Tobón Echeverri¹⁰² – 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*”.

6.- El enriquecimiento sin causa en el caso concreto

⁹⁷ Fls.330-382, 398 -466 C.1. Igualmente obra CD a fl. 485 -486 C.1

⁹⁸ Fls.606-625 C.2

⁹⁹ Fls.542-547 C.2

¹⁰⁰ Fls.548-560 C.2

¹⁰¹ Fls.566-570 C.2

¹⁰² Fls.596-601 C.2

La primera conclusión que debe ponerse de presente es que, efectivamente, se encuentra probado dentro del plenario que entre la Sociedad Devimed S.A y el Instituto Nacional de Concesiones – INCO¹⁰³ hoy Agencia Nacional de Infraestructura- ANI, se encontraba suscrito el contrato de concesión No. 0275 de 1996, cuyo objeto, entre otras, comprendía 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, de acuerdo con la adición No. 2 del contrato.

Ahora bien, en apoyo al dicho de la sociedad demandante, en el plenario ha quedado acreditado que dentro de la relación contractual nunca se suscribió adición alguna que amparara la construcción de la doble calzada denominada “*Juan de Dios Morales*” ubicada entre las glorietas de “*Comfama*” y “*El Águila*” del municipio de Rionegro.

Sin embargo, con los testimonios de Obed Franco Bermúdez¹⁰⁴ – quien participó en la elaboración de los diseños de la vía “*Juan de Dios Morales*”; Jhon Jairo Otalvaro Gallego¹⁰⁵ – Director Técnico y Operativo de Devimed S.A.; Manuel Segundo Vicente Zuluaga¹⁰⁶ – Gerente de Devimed S.A.; y Alcides Tobón Echeverri¹⁰⁷ – Alcalde de Rionegro para la época en la que ocurrieron los hechos; ha quedado acreditado que la Sociedad Devimed S.A construyó la vía “*Juan de Dios Morales*”.

Dado lo anterior, la sociedad demandante solicita que se condene a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI (antes Instituto Nacional de Concesiones – INCO) a pagar los costos en los que incurrió la demandante durante la ejecución de las obras, por cuanto considera que esta situación conllevó un empobrecimiento en su patrimonio, versus el correlativo enriquecimiento de la entidad demandada.

Así las cosas, el principal problema jurídico que plantea esta Sala de Subsección, consiste en determinar si en el caso de autos se reúnen los presupuestos establecidos para la prosperidad de la acción de enriquecimiento sin justa causa, y si los hechos probados demuestran que la entidad demandada, sin participación y sin culpa del particular afectado, constriñó a la demandante o le impuso la ejecución de la obra por fuera del marco del contrato estatal o con prescindencia del mismo.

¹⁰³ 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)

¹⁰⁴ Fls.542-547 C.2

¹⁰⁵ Fls.548-560 C.2

¹⁰⁶ Fls.566-570 C.2

¹⁰⁷ Fls.596-601 C.2

A la sazón, la Sala encuentra demostrado que el día **13 de noviembre de 2009** el Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI) y el municipio de Rionegro suscribieron el convenio interadministrativo para la construcción del proyecto vial “*Juan de Dios Morales*”.

No obstante, se observa que dicho convenio se suscribió pasado 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 de la obra, e incluso desde el momento en que la demandante dijo haber iniciado la construcción de la vía, como se procede a explicar.

En primer lugar, como pudo observarse de los hechos probados, el **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 consideraba de gran importancia para la región y la realización de los IX Juegos Suramericanos de 2010¹⁰⁸ y quien, además, fue autorizado por el Concejo Municipal para comprometer vigencias futuras ordinarias para la construcción de hasta 10 kilómetros de vías¹⁰⁹.

Asimismo, el siguiente hecho que se reporta al respecto, acredita que, directamente, la Sociedad Devimed S.A. el **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, ya se había dado inicio a los trabajos pertinentes y a la fecha no contaban con dicha licencia, evidenciando además que la construcción se llevaba a cabo en terrenos aportados por el municipio¹¹⁰.

Entonces, también es un hecho probado dentro del plenario que DEVIMED dio inicio a la construcción de la obra, en unos predios aportados por el municipio y, como la misma sociedad lo admite, “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”.

De lo anterior debe resaltarse que hasta aquí, esto es, hasta luego de iniciada la construcción de la obra, no se observa ninguna intervención por parte de la entidad demandada para ordenar su ejecución, por el contrario, es evidente que el contratista inició la construcción de la vía por iniciativa propia o municipal, pero no del INCO (hoy ANI).

Adicionalmente, en este punto ya se hace reprochable que la sociedad demandante, pese a su conocimiento y profesionalismo en la contratación estatal, pues fungía como colaborador de la administración desde mayo de 1996 (20 años), desconociera los rigores legales y se aventurara

¹⁰⁸ Fls.171 C.1 y 580 C.2

¹⁰⁹ Fls.187-188 C.1

¹¹⁰ Fls.209-212 C.1

a la ejecución de la obra, incluso, sin la correspondiente licencia ambiental, la cual solo tuvo lugar hasta el **6 de octubre de 2009**, cuando fue expedida por el Ministerio de Medio Ambiente, previa la tramitación adelantada por Devimed S.A y el Municipio de Rionegro¹¹¹, esto es, sin ninguna intervención del Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI), de quien sólo se tuvo noticias hasta el **6 de octubre de 2009**¹¹² cuando 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*”.

En el mismo sentido, el INCO le manifestó al contratista que, apenas, se encontraba “*evaluando la posibilidad de atender la solicitud que la Alcaldía de Rionegro presentó al señor Ministro de Transporte*”, porque reconocía la importancia de la obra.

De manera que hasta aquí el INCO no se había comprometido y mucho menos participado en la justificación, estudio o diseño para la construcción de la obra; contrario sensu, es evidente que el asunto se encontraba orquestado por el correspondiente alcalde de Rionegro que coadyuvaba la ejecución de una obra pública sin el cumplimiento de los rigores legales e, incluso, sin la obtención de las respectivas licencias.

Además, la Sala observa que la sociedad demandante recepcionaba ofertas comerciales para la construcción de la obra¹¹³ y, además, insistía ante el INCO para que participara de la travesía de ejecutar una obra pública sin obtener las reservas presupuestales que su realización requiere.

En este sentido debe recordarse que el **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 informaba los “*valores globales ajustados de cada una de las obras que incluirá el adicional 14*” es decir, el ejecutor de la obra buscaba la obtención de una adición presupuestal que amparara la obra irregularmente elaborada, para así regular su situación, lo cual evidencia, aún más, la desidia de la demandante y de las entidades públicas que se atrevieron a elaborar una obra pública con completo desconocimiento de las disposiciones legales, pues, en la misma comunicación DEVIMED refiere una reunión “*efectuada el 14 de octubre en el Despacho del señor Ministro (...) citada por el INCO con el propósito de*”¹¹⁴ verificar la forma en que organizarían la ejecución de los recursos, aunque también se previó que dentro de los valores allí anotados no se encontraba incluida la obra denominada “*Juan de Dios Morales*”.

Asimismo, recuérdese que el **21 de octubre de 2009** la demandante le puso de presente al Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI) los acuerdos finales a los que habían

¹¹¹ Fls.128-146 C.1

¹¹² Fls.200 C.1

¹¹³ Fls.251-329 C.1

¹¹⁴ Fls.213 C.1

llegado con el Ministerio de Transportes en cuanto a la obra denominada “*Juan de Dios Morales*”¹¹⁵, en donde, según el dicho de la demandante, el Ministro de Transporte, que tampoco es demandado en esta ocasión, se comprometió a “*explorar 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*”.

De manera que un mes después de haber dado inicio a las obras, la sociedad demandante todavía se encontraba en reuniones con el Ministro de Transporte para que él *explorara* la posibilidad, o en otras palabras, la viabilidad, legal, contractual y financiera de la obra y la legalización de una situación a todas luces irregular bajo el amparo de otro contrato y mediante una adición contractual que, por supuesto, no cumpliría con ninguno de los requisitos y rigores que la ley exige para la contratación de una obra de esta magnitud, pues como también lo sostuvo la demandante se trataría de una obra “*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*”.

Vuelve y se insiste, sin participación de la entidad demandada, pues en la misma comunicación de **21 de octubre de 2009** la sociedad demandante afirma que “*el municipio de Rionegro (...) [y el] Ministerio [para] la construcción de esa doble calzada, denominada avenida Juan de Dios Morales, (...) 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*” de lo cual, presuntamente, “*el Ministro dio traslado al INCO*” sin que obre prueba dentro del plenario que así lo demuestre, más que el dicho de la demandante en la mencionada comunicación.

Por el contrario, las pruebas siguen afirmando la insistencia de la demandante en la ejecución de la obra, porque supuestamente beneficiaria al País y le permitiría cumplir con su compromiso internacional, pero con absoluto desconocimiento del ordenamiento legal, específicamente en lo que concierne al estatuto general de contratación estatal.

Nótese entonces que, fue solo hasta el **29 de octubre de 2009**, esto es, casi dos meses después de iniciada la obra, que el municipio de Rionegro 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 calzada¹¹⁶, cuyo “*diseño geométrico, estructural, hidráulico y desarrolló [de] 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*”, habían sido

¹¹⁵ Fls.214-236 C.1

¹¹⁶ Fls.190 C.1 y 591 C.2

elaborados por el mismo municipio; así como “*el presupuesto de las obras*” cuyo valor global total había sido tasado en \$20.000.000.000.00, también fue elaborado por la alcaldía de Rionegro, que al parecer pretendía disponer del presupuesto del Instituto de Concesiones, a su antojo.

En el mismo sentido, debe preverse que fue solo hasta el **13 de noviembre de 2009**, se insiste, aproximadamente dos meses después de haberse iniciado la obra, que el Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI) y el municipio de Rionegro suscribieron el convenio interadministrativo No. 13, que tenía por objeto “*añadir esfuerzos, recursos y competencias entre el INCO y la Alcaldía del Municipio de Rionegro para el desarrollo del (...) Proyecto vial Juan de Dios Morales*”.

Y finalmente, fue solo hasta el **1 de diciembre de 2009** que la sociedad Devimed S.A., allegó ante el Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI) la propuesta técnica y económica de adición al 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 \$19.582.000.000¹¹⁷; adición esta que como se dijo al inicio de esta valoración nunca fue suscrita, pero con la cual se perseguía normalizar una situación, a todas luces irregular, que se amparaba en la realización de los IX juegos Suramericanos de 2010, sobre lo cual tampoco se previó que incluso para los eventos de urgencia la ley dispone un procedimiento especial que tampoco se llevó a cabo.

Dado lo anterior, la Sala concluye que la necesidad de la vía fue prevista por el municipio de Rionegro y de la propia demandante – Devimed S.A. y, ni siquiera, fue iniciativa de la entidad demandada incluir la construcción de la obra “Juan de Dios Morales” dentro del contrato de concesión No. 0275 de 1996, sino que, se insiste, la demandante 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 amparada, únicamente, en el dicho del alcalde, con la expectativa impropia de normalizar la situación por ella misma creada mediante la suscripción de un contrato adicional.

De modo que, aunque se encuentra 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 contribuyó con las irregularidades presentadas.

¹¹⁷ Fls.237-246 C.1

En otras palabras, la ejecución de la obra denominada “Juan de Dios Morales” no se realizó como consecuencia de un constreñimiento por parte del Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy Agencia Nacional de Infraestructura – ANI) hacia Devimed S.A., sino que por el contrario, la Sala encuentra demostrado que la parte demandante ejecutó la obra denominada bajo su propia iniciativa y cuenta.

En este sentido la Sala concuerda con las consideraciones expuestas por el señor agente del Ministerio Público quien en el concepto No. 168/2015¹¹⁸ 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.

Igualmente, la Sala acoge 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 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”*.

En otras palabras, la Agencia de Defensa Jurídica del Estado consideró que *“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; sin intervención del INCO”*.

En este orden de ideas, la Sala concuerda con la Agencia de Defensa quien sostuvo que 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”*.

¹¹⁸ Fls.870-891 C.P

En este sentido, en un caso similar al que hoy nos reúne, esta Corporación sostuvo¹¹⁹:

“La demandante, en una expresión libre de su voluntad, se situó a sí 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, la Sala considera que no está demostrada la responsabilidad administrativa de la entidad demandada pues está probado que el INCO (hoy ANI) no constriñó ni le impuso a Devimed S.A la ejecución de la obra “Juan de Dios Morales” y, por el contrario, se encuentra acreditado la eximente de responsabilidad 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.

En este orden de ideas, no le asiste razón a la Sociedad Devimed S.A que con su *petitum demandatario* pretende sacar provecho de su propia culpa y obtener un reconocimiento por parte del Estado, al que no tiene derecho.

Ahora bien, frente al comportamiento de la demandante en la ocurrencia de los hechos, deben preverse las consideraciones expuestas sobre el hecho determinante y exclusivo de la víctima en la causación del daño como eximente de responsabilidad.

Al respecto se dijo que la configuración de estos eventos da lugar a la imposibilidad de imputar la responsabilidad a la entidad que obra como demandada dentro del proceso de reparación de daños, particularmente, porque como en el caso concreto:

1. La víctima consintió en la realización de un acto ilícito en sí mismo, consistente en la mancomunada construcción de una obra sin el lleno de los requisitos legales dispuestos por la ley de contratación estatal.
2. La víctima consintió en el daño que hoy alega como fuente de la responsabilidad, ya que como se dijo, la entidad no la constriñó a la construcción de la obra sin el cumplimiento de los requisitos legales, sino que la propia demandante dio inicio a la misma, amparada en un

¹¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 30 de marzo de 2006. Exp. 25.662

convencimiento subjetivo de normalizar la situación mediante una futura adición al contrato de concesión en el que era contratista.

Al respecto debe preverse que, por regla general, las negociaciones se rigen por la buena fe objetiva, que no subjetiva, toda vez que no se funda en el convencimiento “subjetivo” que pueda tenerse frente a una situación particular sino en la actuación que le es exigible a cada persona dentro de determinada relación jurídica.

En este sentido, la Sala ya ha aclarado que *“la buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento”*¹²⁰

En este sentido, debe preverse que la buena fe no espera que los asociados obren de acuerdo a sus convicciones erradas, sino que exige que se despliegue un comportamiento guiado por la lealtad y la corrección de la conducta propia, que conlleve actos reales y efectivos, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico. Por lo cual no es de aceptación el argumento según el cual la sociedad actuó bajo la convicción de que se suscribiría un contrato adicional que amparará la situación de irregularidad que ella misma había creado, posiblemente, en asocio con el Municipio de Rionegro.

3. La contribución del hecho de la víctima en la producción del daño antijurídico fue determinante, pues aunque el Municipio de Rionegro hubiera insistido en la construcción de la obra, ante la falta de garantías contractuales y legales, Devimed debió negarse a ejecutar el proyecto hasta que la situación con su contratista (INCO) quedará esclarecida; por el contrario se aventuró a ejecutar una obra sin garantía alguna.

4. No debe olvidarse que quienes fungen como contratistas de la administración, lo hacen en calidad de colaboradores en la prestación de los servicios públicos que se encuentran en cabeza de cada una de las entidades estatales, y para el efecto están obligados legal y profesionalmente a conocer la ley que rige su actividad.

Sin embargo, en el caso de autos Devimed violó flagrantemente las obligaciones a las cuales debe sujetarse en su condición de colaboradora de la administración, hecho que se concretó en la desatención de las obligaciones y reglas dispuestas por el régimen de contratación estatal.

5. Asimismo, pese a su experiencia de 20 años como contratista del Estado, la demandante, negligentemente, omitió valorar el riesgo que conlleva la ejecución de obras sin los respaldos contractuales y presupuestales.

¹²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 19 de noviembre de 2012, expediente 22043. (La cita es del texto citado).

A la sazón debe preverse que, en los términos del artículo 63 Código Civil se entiende como culpa grave *“no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Culpa esta que en materia civil equivale al dolo, según las voces de la norma en cita”*¹²¹.

Así las cosas, la culpa o negligencia grave es aquella en que se incurre por inobservancia del cuidado mínimo que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones, de manera que en el caso de autos esta es la clase de culpa que resulta atribuible a la sociedad demandante, quien pese a su profesionalismo y calidad de colaboradora de la administración, omitió emplear la diligencia que una persona común hubiera previsto en el giro ordinario de sus negocios, pues lo mínimo que un contratista del Estado debe prever, es que para la ejecución de una obra pública el ordenamiento exige la suscripción del correspondiente contrato y la disposición y apropiación de los recursos presupuestales que amparen el proyecto.

En este orden de ideas, en el caso concreto se encuentra configurada la culpa grave de la víctima como causal exonerante de responsabilidad de la administración, esto es, de la entidad demandada, frente a la cual también debe preverse que, pese a la suscripción del acuerdo interadministrativo con el municipio de Rionegro, el INCO (hoy ANI) fue ajeno al diseño y planeación de la obra e incluso a su ejecución, pues del material probatorio no se desprende comunicación alguna entre la demandante y la entidad demandada respecto de la ejecución de los avances o estado de la obra.

Por el contrario, las únicas comunicaciones sobre la ejecución de la obra están dadas entre Devimed y el Municipio de Rionegro. En este sentido se observó el oficio de **4 de febrero de 2010** donde Devimed S.A le informó al municipio de Rionegro que se encontraban en la etapa final del proyecto de construcción de la doble calzada, para lo cual requería contar con la totalidad de los predios dispuestos para la obra.

En respuesta, la Secretaria Jurídica y de Contratación del Municipio de Rionegro, certificó haber entregado y puesto 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”*, se insiste, que no fue el INCO (hoy ANI) quien recibió los inmuebles y tampoco se observa autorización alguna por parte de la entidad demandada para que su contratista concesionario recibiera tales terrenos.

Así las cosas, aun cuando se aceptara que la vía donde se construyó la obra es de carácter nacional, lo cierto es que la Sala encuentra que la entidad demandada no participó en ninguna

¹²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de agosto de 2013, Rad. 27.577.

de las etapas de diseño o construcción de la obra, ni dio su autorización para que ella se llevara a cabo. Contrario sensu, la obra se ejecutó directamente por la demandante, con desconocimiento de los rigores legalmente establecidos para este fin y de manera imprudente; situación que impide la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa y exonera de responsabilidad a la entidad demandada por culpa exclusiva de la víctima.

En otras palabras, dadas las particularidades del presente caso y los elementos de prueba a los cuales se hizo alusión, en el expediente está demostrada la culpa grave y exclusiva de la víctima – Sociedad Devimed S.A., por lo que no es posible endilgarle responsabilidad a la entidad demandada.

En consecuencia, la Sala revocará la decisión de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda por las razones aquí expuestas, esto es, por encontrarse configurado el eximente de responsabilidad -culpa grave y exclusiva de la víctima.

En mérito de lo expuesto, la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre la de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 29 de octubre de 2014, por las razones aquí expuestas y en su lugar se dispone:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado

Aclaración de voto Cfr. Rad. 35796/16 #2 y #3

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala