**LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA – Contrato estatal – Ejecución – Tercero afectado**

Teniendo en cuenta que la demanda se hace prevaler en la condición de tercero afectado por la ejecución de un contrato estatal, el actor deriva su legitimación del interés que estriba, no en la relación contractual *per se*, que de suyo no le asiste, sino en los efectos que aquella pudiera desplazar hacia el ámbito extra contractual y, que según aduce, trastocaron su fuero patrimonial. De esta misma forma, la demandada está legitimada en función de las presuntas omisiones, a cuya causa se endilga la producción del daño.

**REPARACIÓN DIRECTA –** **Caducidad**

Tratándose de la acción de reparación directa, conforme lo prescribe el art. 136 nº 8 del C.C.A. el término para demandar es de dos (2) años, contados a partir del día siguiente de la ocurrencia del hecho propulsor del daño. Como en el presente caso, la fuente del daño se ubica en las presuntas omisiones en que pudo incurrir el INVÍAS al momento de liquidar el contrato y con las cuales, presumiblemente se afectaron los intereses del tercero, el plazo fatal empezó a contar a partir del 18 de mayo de 2004; la demanda, por su parte, fue interpuesta el 25 de junio de 2004, con lo que el demandante gestionó en tiempo las afectaciones que alega le fueron causadas.

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – Fundamento constitucional**

El artículo 90 constitucional se constituye como el pináculo y/o fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado, al cual le ha atribuido la jurisprudencia, como su mayor virtud, el carácter neutral en cuanto a la estipulación o predilección de regímenes determinados, cualidad que implica a la vez diferentes cursos de configuración y elección de títulos de imputación. Ello, se traduce en una fuerza expansiva que irradia el desarrollo pretoriano y el alcance jurídico de la responsabilidad al momento de su atribución en un caso concreto. De esta forma, basta con que se compruebe un daño antijurídico que sea imputable por acción u omisión a una entidad pública, para que, más allá de las disquisiciones sobre los fundamentos de imputación, surja para el Estado la obligación de repararlo. Siendo así, el daño se constituye en el primer elemento de análisis que concita la atención del fallador, por cuanto de su materialidad (existencia) depende la continuidad del juicio de responsabilidad administrativa y patrimonial. De suerte que no todo daño escala a la categoría de indemnizable, por cuanto para que así lo sea debe atender a unas características ontológicas que trasciendan el umbral de la protección jurídica con la cual ha sido revestido previamente…Concurriendo tales presupuestos, debe analizarse, además, si el daño se produjo como consecuencia del proceder activo u omisivo de un agente público y, finalmente, si existe o no una causa extraña o de la víctima que rompa la atribución que hasta ese momento había podido surgir. En definitiva, se debe verificar que la responsabilidad del Estado se haya estructurado plenamente.

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – Extracontractual – Ejecución de obra pública – Fundamento**

Se trata de un asunto que la jurisprudencia desde 1985 ha venido desarrollando a partir del brocardo “*ubi emolumentum ibi onus esse debet*” (donde está la utilidad debe estar la carga), que apareja las consecuencias de la responsabilidad en cabeza de quien se beneficia de la obra y, por tanto, se llega al entendimiento que la propia administración es la ejecutora, por cuanto a ella corresponde la titularidad o dominio de la obra, al punto que no puede oponer a terceros los pactos de indemnidad que celebre con el contratista…Siguiendo esa línea, se han efectuado reconocimientos, entre otros, a trabajadores de los contratistas que resultan lesionados en la ejecución, a transeúntes, a locaciones vecinas o colindantes, etc. Ahora bien, lo que lleva a responder al Estado en estos casos es, en últimas, la relación causal que se llegare a dar entre la ejecución de la obra con el suceso lesivo al que quedan proclives terceras personas.

**BUENA FE – Principio – Relación jurídica – Estado y administrados**

El inveterado principio de la buena fe, ya de antes y con mayor razón a partir de su incorporación en el corpus constitucional, ha propiciado un sinnúmero de aplicaciones en el tráfico de las relaciones jurídicas que se suscitan entre la administración y los administrados, que van desde la llana exigencia de una conducta humana acendrada, leal y honesta, hasta el deber jurídico de reivindicar los efectos de un comportamiento auspiciado en la confianza desplegada…Desde luego, la buena fe que proclama el art. 83 de la Constitución, concreta efectos jurídicos tanto en el ámbito subjetivo como objetivo. Si bien, la confianza gregaria de la buena fe, tiene un valor ético, es evidente que no se agota allí, puesto que trasciende jurídicamente al fundamentar expectativas legítimas que lleguen a producirse. Recientemente, la Sala se pronunció sobre las condiciones a partir de las cuales la afectación a expectativas legítimas y estados de confianza, puede generar un daño antijurídico susceptible de ser reparado patrimonialmente, con lo cual, se consolida la sustantividad jurídica que entraña este principio en el ámbito de la responsabilidad del Estado.

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – Alcance**

Se precisa al respecto que el Estatuto General de la Contratación (Ley 80 de 1993) vigente para la época, en sus arts. 60 y 61 reguló lo atinente a la liquidación de los contratos estatales, de cuyo alcance normativo puede inferirse que la liquidación y, por consiguiente, el acta que la formaliza, es un ejercicio de balance y cierre que corresponde de manera restrictiva a las partes del contrato, pudiendo la entidad contratante exigirle al contratista, entre otros, el pago de rubros que impliquen la responsabilidad civil.

ESTADO DE CONFIANZA – Presupuesto – Configuración daño antijurídico – Improcedencia

Verificados los anteriores requisitos en el *sublite,* la Sala no encuentra que el INVÍAS, haya actuado en forma inequívoca, uniforme y constante para generar un estado de confianza, como presupuesto configurativo de un posible daño antijurídico. Por el contrario, se observa que si en algo fue constante y consonante el INVÍAS, fue en señalar desde un comienzo que las reclamaciones de PAE Ltda. tenían que ver con un negocio entre particulares, del cual en modo alguno dicha entidad había tomado parte. Si bien en la resolución de incumplimiento proferida por el INVÍAS en contra de Aliva Stump se alude a los compromisos suscritos entre PAE Ltda. y Aliva Stump, dicha mención tenía como propósito indicar que el contratista estaba garantizando la finalización de las obras y, por tanto, se hacía merecedor al plazo solicitado. Es decir, se invierte el presupuesto de confianza en el sentido de que fue al INVÍAS a quien, en virtud del convenio privado suscrito entre Aliva Stump de Colombia y PAE ltda., se le ofrecieron razones para que otorgara la prórroga deprecada. Es decir, simplemente se le procuró al INVÍAS de que el contratista había obtenido los recursos necesarios para terminar las obras, sin que de por medio exista alguna actuación que ligue los intereses de INVÍAS con los de PAE Ltda., pues de haberlo sido, en la medida que lo que el INVÍAS estaba exigiendo era una garantía de solvencia, lejos de surgir para PAE LTDA. un derecho, lo que se planteó era la obligación solidaria de responder frente al INVÍAS, lo que en efecto y, en ausencia de vínculo alguno no se dio y, por tanto, no puede hablarse de subrogación o cesión, como el propio recurrente lo hizo notar. En tal sentido, ningún estado de confianza pudo surgir en favor de PAE Ltda. de una situación de la que el mismo no tuvo claridad desde un comienzo; basta reseñar, por ejemplo, que al alegar de conclusión en la primera instancia invocó un enriquecimiento sin causa (fls. 125-128, c. 1); al solicitar que se retuviera el pago mientras se hacía efectivo el embargo lo hizo en calidad de un acreedor externo; en otras ocasiones sugirió considerarse un aval, hay registros procesales donde alude a una cesión y, oportunidades en que se anuncia como tercero afectado. Igualmente, nada por fuera de la alusión referida en la resolución de incumplimiento, lleva a pensar que el INVÍAS hubiera inducido o generado alguna confianza para que el demandante celebrara convenio con Aliva Stump de Colombia Ltda., en los términos en que dijo haberlo hecho; por tanto, era a PAE Ltda. y nadie más que a éste, a quien correspondía en el fuero de su conocimiento y voluntad, dimensionar y asegurar los intereses puestos en riesgo.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION B**

**Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Bogotá, D.C., 31 de mayo de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2004-01257-01(39701)**

**Actor: PAGACHEQUE AUTOMATICO EMPRESARIAL - PAE LIMITADA**

**Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS**

**Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado la parte actora, contra la sentencia del 22 de abril de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda (fls. 138-150, c. ppal.). Se constata la ausencia de nulidades que impidan el paso a la presente vista y, por tanto, entra la Sala a decidir:

**SÍNTESIS**

Entre el INVÍAS y Aliva Stump de Colombia Ltda., se suscribió un contrato de obra pública en abril de 2001. El contratista empezó a presentar retrasos en la ejecución, los cuales a partir de un momento dado, obedecieron a dificultades económicas. Frente a esto, la interventoría le solicitó la consecución de los recursos necesarios y la presentación de un esquema de financiamiento, so pena de incumplimiento. El contratista, para septiembre de 2002 solicitó una nueva ampliación del plazo e informó que suscribió con la firma Pagacheque Automático Empresarial - PAE Ltda., un convenio para la financiación de recursos económicos y, por ello, acometería las obras faltantes. El plazo fue concedido, pero, ante la persistencia de los retrasos nuevamente por falta de suministros de material y equipos, el 17 de diciembre de 2002 se declaró el incumplimiento del contrato. El 30 de septiembre de 2003 se suscribió el acta de recibo de obra y, el 18 de mayo de 2004 se liquidó unilateralmente el contrato con saldo a favor del INVÍAS. En virtud del convenio de financiación suscrito entre el contratista y PAE Ltda., el primero contrajo una deuda con el segundo y, por la cual, en calidad de tercero afectado reclama se condene al INVÍAS al pago, mediante el trámite de la presente acción.

1. **ANTECEDENTES**

**1. PRETENSIONES**

Mediante escrito de demanda visible a fls. 1-13, c. 1, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca[[1]](#footnote-1), la empresa Pagacheque Automático Empresarial – PAE Ltda. (en adelante PAE Ltda.), presentó demanda de reparación directa contra el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS, incoando las siguientes pretensiones:

***PRIMERA.-*** *Que se ordene y reconozca la responsabilidad civil extracontractual del Instituto Nacional de Vías INVÍAS en la ejecución del contrato No. 0122/2001, teniendo como tercero afectado a Pagacheque Automático Empresarial… (sic) PAE LTDA, declarando administrativamente responsable al Instituto Nacional de Vías INVÍAS de los perjuicios causados a la demandante, quien suministró los materiales pétreos, transporte, pago salarios, mano obra y varios en la ejecución del contrato No. 0122/2001.*

***SEGUNDA.-*** *Que se ordene el reconocimiento de Pagacheque Automático Empresarial…PAE LTDA., como tercero afectado por la ejecución de las obras correspondientes al contrato No. 0122/2001 suscrito entre el Instituto Nacional de Vías “INVÍAS” y Aliva Stump de Colombia Ltda.*

***TERCERA.-*** *Que se ordene al Instituto Nacional de Vías INVÍAS reconocer y pagar a Pagacheque Automático Empresarial…PAE LTDA. , La (sic) suma de $765.302.834,59, valor de los suministros entregados para la ejecución del contrato No. 0122/2001 más los intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida sobre dicha suma, desde el día 17 de diciembre de 2002 hasta cuando efectivamente se pague la obligación.*

***CUARTA.-*** *Que se condene al Instituto Nacional de Vías INVÍAS representado legalmente por la Dra. Alicia Naranjo o quien haga sus veces al momento de contestar la demanda, al pago de todos los perjuicios causados a mi representada en su calidad de tercero afectado, incluyendo daño emergente, lucro cesante, corrección monetaria y cualesquiera otros índices de ajuste monetario de dichas cantidades.*

***QUINTA.-*** *Que se declare el incumplimiento y responsabilidad del Instituto Nacional de Vías INVÍAS representado legalmente por la Dra. Alicia Naranjo por no incluir en la resolución No. 001985 del 18 de mayo de 2004, la reclamación que como tercero afectado y en forma oportuna le presentó al INVÍAS Pagacheque Automático Empresarial…PAE LTDA., materializado jurídicamente en los Derechos de Petición y en el recurso de reposición impetrado en tiempo ante el INVÍAS el día 25 de mayo del 2004 y por lo consiguiente se le condene a indemnizar en forma total los perjuicios ocasionados a Pagacheque Automático Empresarial…PAE LTDA.*

***SEXTA.-*** *Que se condene al Instituto Nacional de Vías INVÍAS AL PAGO DE COSTAS, AGENCIAS EN Derecho y demás gastos judiciales que ocasione el presente proceso.*

* 1. **Los hechos**

La *quaestio facti* sobre la que descansan las pretensiones, se resume en los siguientes[[2]](#footnote-2):

***Contrato entre INVÍAS y Aliva Stump de Colombia***: El 6 de abril de 2001 entre el INVÍAS y Aliva Stump de Colombia Ltda., se suscribió el contrato de obra pública No. 0122 de 2001, para el mejoramiento y pavimentación de una carretera entre Fuente de Oro y San José del Guaviare, con un plazo de catorce (14) meses contados a partir del 20 de abril de 2001[[3]](#footnote-3) y prorrogado por cuatro veces[[4]](#footnote-4) hasta el 15 de noviembre de 2002.

El 17 de diciembre de 2002, mediante Resolución No. 05792 (fls. 108-118, c. 2), el INVÍAS declaró ocurrido el riesgo de incumplimiento del contrato, con fundamento en los retrasos de la obra que inicialmente se habían debido a condiciones climáticas, técnicas y de orden público, pero desde agosto de 2002 se había empezado a evidenciar dificultades financieras del contratista. Dicha resolución fue recurrida por el contratista y confirmada por el INVÍAS mediante la Resolución No. 001218 del 21 de abril de 2003 (fls. 720-733, c. 4).

El 30 de septiembre de 2003 y luego de varios requerimientos al contratista, se suscribió el Acta de Recibo definitivo de las obras objeto del contrato[[5]](#footnote-5).

El 18 de mayo de 2004, mediante Resolución No. 001985 el INVÍAS procedió a liquidar unilateralmente el contrato, con un saldo a favor del INVÍAS por $86.408.436.80, por cuya suma declaró el siniestro de Anticipo para hacer efectiva la póliza que cubría tal amparo (fls. 21-24, c. 2).

**Las tratativas entre Aliva Stump y PAE Ltda. y el fundamento de las reclamaciones de PAE Ltda. a INVÍAS:** (se toma del relato de la demanda). Sostiene la libelista que habiendo transcurrido un año de vigencia del contrato entre el INVÍAS y Aliva Stump, para agosto de 2002, el interventor detectó que el contratista presentaba dificultades financieras para la cabal ejecución del contrato; por lo cual, se realizaron reuniones conjuntas entre un representante del INVÍAS, el representante legal del contratista y el representante legal de PAE Ltda., con el objeto de obtener financiación para la terminación satisfactoria del contrato.

Para evidenciar la exigencia de una garantía por parte de quien aquí es demandado, hace valer la comunicación que en su momento el Interventor del contrato dirigió al INVÍAS, en la cual informaba que en virtud de los retrasos de la obra por déficits económicos del contratista, se le había exigido a éste una garantía de financiación de recursos para terminar las obras faltantes. Que en atención a dicha solicitud, el contratista había solicitado un plazo adicional para terminar las obras y había allegado un convenio suscrito entre éste y PAE Ltda., para la financiación de recursos económicos y así poder acometer las obras faltantes, de tal suerte que – en su decir - el INVÍAS solicitó y aceptó en Julio de 2002 la inversión de PAE Ltda.

En razón a ello, PAE Ltda. entregó suministros y dineros para pagos de salarios, mantenimientos de maquinaria, arrendamientos, materiales y demás elementos necesarios para dar continuidad a la ejecución del contrato que ascienden a $765.302.834,59, los cuales no le fueron pagados, por lo cual se vio precisada a pasarle una cuenta de cobro al INVÍAS el 18 de febrero de 2004.

Señala que finalmente las obras fueron abandonadas, entraron en estado de deterioro y se defraudó a muchos terceros, incluyendo al mismo INVÍAS y al Estado. Sostiene que el INVÍAS le dio al contratista más dinero de lo que valían las obras y, aun así, el contratista le adeuda a múltiples terceros afectados, entre los que se cuenta PAE Ltda.

Afirma que Aliva Stump de Colombia el 3 de noviembre de 2002 entró en estado de liquidación, con lo cual se configuró el perjuicio a terceros por la ejecución de las obras del contrato entre INVÍAS y dicha firma. Igualmente, al haberse suscrito pólizas de responsabilidad extracontractual la compañía aseguradora debe responder por los daños a terceros.

Asevera que el INVÍAS a pesar de haber sido informado desde 2002, no declaró la caducidad del contrato, pese a que las circunstancias lo ameritaban y, en cambio, permitió que PAE Ltda. invirtiera recursos para la ejecución y, por ende, se viera material y moralmente perjudicado, pues cuando se vino a liquidar el contrato ya todos los perjuicios se habían causado. Que el INVÍAS, con su actuación administrativa demorada favoreció al contratista al no decretar la caducidad, ya que era evidente la incapacidad económica del contratista, todo lo cual condujo a la producción de daños a terceros.

Expone que PAE Ltda. presentó recurso de reposición contra el acta de liquidación, porque no se le incluyó en dicha acta como tercero afectado, pese a que el INVÍAS estaba enterado, y tampoco se atendió la solicitud de informar a la aseguradora el siniestro de la póliza para amparar la responsabilidad civil extracontractual. Todo ello implica el desconocimiento de sus derechos económicos, pues con sus recursos se financió parte de la ejecución del contrato y, a pesar de las múltiples reclamaciones, no fue incluido en el acta de liquidación.

**La demanda.** Habiendo agotado infructuosamente conciliación prejudicial, PAE Ltda. interpuso demanda de reparación directa contra INVÍAS, en calidad de tercero afectado por el contrato 0122 de 2001 suscrito entre INVÍAS y Aliva Stump de Colombia Ltda. y, como petición especial, solicitó se llame en garantía a Seguros del Estado.

1. **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**2.1. INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVÍAS**

Dentro de la oportunidad procesal, el INVÍAS contestó la demanda (fls. 22-32, c.1), se opuso a las pretensiones y dijo que lo afirmado en el libelo son apreciaciones del demandante. Puso énfasis en que si PAE Ltda. tuvo a bien financiar al contratista, fue por su propia voluntad, lo cual constituye un negocio entre particulares que para nada compromete la responsabilidad del INVÍAS y que si el contratista devino en liquidación, PAE Ltda. debía hacer valer sus derechos en el proceso de liquidación.

Señaló que el INVÍAS no suscribió documento alguno en el que aceptara la financiación del contratista, por cuanto no era un asunto de su resorte y que al respecto, se limitó a recibir y atender los informes del interventor. Sostuvo que cualquier suma de dinero que hubiera entregado el prestamista (PAE Ltda.) al contratista, se dio a expensas de un negocio entre particulares. Tampoco se constituyó el INVÍAS en deudor solidario ni le ha solicitado recursos a PAE Ltda. para financiar el proyecto y que si PAE Ltda. asistió a algunas reuniones, ese hecho no hace al INVÍAS responsable frente a éste.

De los informes periódicos enviados por el interventor, dijo que precisamente permitieron a la entidad tener un conocimiento de la situación de ejecución del contrato, en virtud de lo cual procedió a declarar el incumplimiento. Que, finalizado el plazo del contrato y luego de la suscripción del acta de recibo definitivo de la obra, se invitó en reiteradas ocasiones al contratista a liquidar el contrato[[6]](#footnote-6), y que en vista de que no asistió, se procedió a la liquidación unilateral la cual arrojó un saldo a favor del INVÍAS por concepto de anticipo no amortizado, por el valor de la multa impuesta y por el iva pendiente de cancelar a la DIAN[[7]](#footnote-7). Todo ello, demuestra que el INVÍAS cumplió plenamente sus compromisos contractuales con el contratista.

Manifestó que PAE Ltda. interpuso recurso de reposición contra el acta de liquidación del contrato y el INVÍAS lo rechazó por improcedente, en razón a que PAE Ltda. no era parte en el contrato liquidado. Respecto de la caducidad, dijo que no fue necesario declararla en virtud de las propias circunstancias del contrato, más no con el fin de causarle daños a terceros como sugiere PAE Ltda., quien por su voluntad y en ejercicio de su actividad comercial de prestamista optó por financiar al contratista y, por lo mismo, antes de acudir reiteradamente en solicitudes ante el INVÍAS, debió hacerse parte del proceso de liquidación de su deudor.

Señaló que la Resolución No. 06085 del 30 de septiembre de 1997 establece el procedimiento para el pago ante el INVÍAS de las cesiones de derechos provenientes de actas de obra, de ajuste y de costos de personal, producto de los contratos suscritos por la entidad, procedimiento del cual es conocedor el prestamista PAE Ltda. Que a la luz del derecho colombiano el INVÍAS no puede reconocer a PAE Ltda. como tercero afectado y menos efectuar un pago de lo no debido, pues quedaría *ad portas* de un peculado y, por tanto, PAE Ltda. debe hacer valer su acreencia de manera legal e idónea en el trámite de liquidación, pues a su arbitrio y, en desarrollo de su objeto social y de su alea negocial, decidió convenir el préstamo con Aliva Stump.

Propuso como excepciones: (i) falta de legitimación en la casusa por pasiva, por cuanto no se reúnen los elementos de la responsabilidad (ii) abuso del derecho por carencia de fundamento jurídico, ya que por mero facilismo no se reclama el perjuicio del verdadero actor (Aliva Stump) y se pretende, en cambio, reclamarle al Estado una negligencia y descuido propia del demandante, pues no evaluó ni midió las consecuencias de la realidad de la entidad a la que estaba financiando y asegurarse con verdaderas garantías del pago de la obligación; (iii) falta de jurisdicción y competencia, ya que se trata de una obligación entre particulares que corresponde conocer a la jurisdicción civil y si en gracia de discusión el INVÍAS tuviera alguna responsabilidad, el competente sería el Tribunal Administrativo del Meta, en razón al lugar de ejecución del contrato; (iv) contrato liquidado en el que no es parte PAE Ltda.; (v) inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, dado que el INVÍAS contó con la suficiente disponibilidad presupuestal y en ningún momento recurrió a préstamos de dinero de PAE Ltda. para financiar el contrato y, menos aún, adquirió con ésta compromiso alguno; (vi) y las excepciones de los arts. 306 del C.P.C. y 164 del C.C.A.

Propuso llamamiento en garantía a Aliva Stump de Colombia Ltda – en Liquidación y de manera individual a cada uno de los socios (personas naturales y jurídicas) de dicha empresa.

1. **LA SENTENCIA IMPUGNADA**

Mediante sentencia del 22 de abril de 2010 (fls. 138-150, c. ppal.), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda con fundamento en que no se configuró una falla en el servicio ni un enriquecimiento sin causa.

Sostuvo que si bien el demandante arguye que el INVÍAS con su actuación administrativa demorada favoreció la situación de Aliva Stump al no decretar la caducidad oportunamente o la terminación del contrato ante el incumplimiento del contratista, lo cierto es que las obras pactadas en el contrato se recibieron a entera satisfacción como se constata en la prueba existente, lo que conduce a establecer que no se presentó el incumplimiento total y definitivo de las obligaciones del contratista que, en los términos del art. 18 de la Ley 80 de 1993, se requiere para declarar la caducidad y, antes bien, el contratista aceptó las prórrogas con el fin de que el contrato pudiera cumplirse, como en efecto sucedió.

Por otro lado, señaló que no existe prueba dentro del expediente que demuestre algún tipo de vínculo contractual o legal entre PAE Ltda. y el INVÍAS, como tampoco prueba que el INVÍAS haya celebrado convenio en favor de PAE Ltda. para la subrogación de las obligaciones que tenía con su contratista, ni que, frente al incumplimiento de Aliva Stump, hubiera aceptado o prometido la cesión del contrato en favor de PAE Ltda. Con relación a la exigencia de una garantía de financiación del INVÍAS a su contratista, de la cual se hace mención en la Resolución 05792 de 2002 del INVÍAS y que PAE Ltda. aduce como prueba de la cristalización del convenio, el Tribunal señaló:

*No encuentra la Sala que las anteriores referencias a la garantía de financiación que presentó la contratista ante el INVÍAS, para que la empresa PAE Ltda. aceptara financiar a la contratista, constituyan un convenio entre las partes de este proceso. Por el contrario, se deduce que se trató de un compromiso realizado entre la contratista y la empresa Pae Ltda. para garantizar el financiamiento de la obra a cargo de la contratista, durante los últimos dos meses de la ejecución de la obra.*

*Por lo anterior, insiste la Sala en que no obra prueba del convenio que la demandante refiere haber celebrado con la demandada, pues para el efecto, era necesario que las partes suscribieran el respectivo contrato, previo cumplimiento de las formalidades requeridas para la cesión. Lo anterior, en razón de la solemnidad del contrato estatal, necesaria para definir el tipo negocial por razones de seguridad y certeza, en razón a que se trata de una normativa reguladora de la contratación de las entidades públicas.*[[8]](#footnote-8)

Finalmente, con relación a un presunto enriquecimiento sin causa, el *a quo* sostuvo:

*[N]o hay prueba de que el INVÍAS se hubiera enriquecido en virtud del empobrecimiento correlativo de la sociedad Pagacheque Automático Empresarial Ltda., porque de ninguno de los medios probatorios allegados al proceso puede establecerse que los materiales y la mano de obra utilizados para el cumplimiento del referido contrato, hubiesen sido directamente suministrados a la entidad por la demandante y bajo su aceptación.*

*Por el contrario, lo que consta es que para la ejecución del contrato No. 0122/2001, el INVÍAS pagó a la contratista las cuentas que este le formuló directamente, conforme a los términos pactados en dicho contrato, para lo cual realizó los siguientes registros presupuestales (…). Estos valores fueron cancelados a la sociedad contratista (…).*

*En ese orden de ideas, encuentra la Sala que no se presentó enriquecimiento alguno por parte del INVÍAS con cargo al patrimonio de la demandante, ya que no hay prueba de que la entidad hubiese solicitado directamente a la empresa PAE LLTDA., los bienes y servicios utilizados para la ejecución de la obra pública contratada con su contratista, ALIVA STUMP DE COLOMBIA, a la cual el INVÍAS pagó los dineros destinados a la ejecución de la obra.[[9]](#footnote-9)*

Por lo demás, advirtió que los documentos relativos a las reclamaciones del demandante, incluyendo la relación de pagos efectuados a sus proveedores, carecían de valor probatorio por constar en copia simple, afirmación que merece un pronunciamiento en sede de apelación, comoquiera que no se corresponde con el actual precedente de la Corporación.

1. **SEGUNDA INSTANCIA**

**1. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión, la demandante interpuso recurso de apelación (fl. 152, c. ppal.), el cual sustentó debidamente (fls. 160-167, c. ppal.). Relató los antecedentes en los que se funda la demanda, haciendo hincapié en que el INVÍAS conocía, avaló y dio el visto bueno a las negociaciones entre Aliva Stump y Pae Ltda., pues las mismas se dieron por exigencia del INVÍAS y con el objeto de garantizar los recursos financieros para la ejecución del contrato 0122/2001, ante la difícil situación financiera de Aliva Stump. En concreto, funda el recurso en dos sentidos:

***(i) Incongruencia de la sentencia atacada:*** malentiende el tribunal que la responsabilidad del INVÍAS que la demanda depreca, se fundamenta en la no declaratoria oportuna de la caducidad o terminación unilateral del contrato No. 0122/2001 y en la existencia de un enriquecimiento sin causa. Nada de esto se extrae del texto integral de la demanda (pretensiones, hechos, normas y fundamentos), por tanto, la *ratio* de la sentencia se aparta del asunto sometido a conocimiento y erróneamente el *a quo* invocó el principio *iura novit curia* para fijar el estudio del asunto bajo dos títulos de imputación: el de falla probada del servicio y el de enriquecimiento injustificado.

Que si bien en uno de los hechos dijo que el INVÍAS a pesar de conocer la situación financiera de su contratista no declaró la caducidad del contrato, tal dicho no buscaba cuestionar que se hubiera prescindido de tomar una decisión semejante, sino reseñar que en tales circunstancias el INVÍAS indujo a la demandante a financiar e invertir recursos en la ejecución del contrato, con el grave riesgo de pérdida que ello implicaba y luego de acaecido el riesgo no tomar las medidas a las que estaba obligado para ampararlo, con lo cual se lesionó la buena fe de los terceros que resultaron afectados.

Que lo mismo sucede cuando en la demanda se mencionó una tardía liquidación del contrato, argumento que no se enfilaba a deducir una lentitud decisional, sino para imputar como causa generadora del daño la no inclusión en el acta de liquidación las sumas que el contratista adeudaba a PAE Ltda. y la omisión para hacer efectiva la póliza de responsabilidad civil extracontractual que amparaba el contrato.

Afirmó que en la demanda tampoco se dijo que la anuencia y conocimiento del INVÍAS respecto de lo convenido entre Aliva Stump y PAE Ltda. implicó subrogación de obligaciones o cesión del contrato, ya que de serlo equivaldría a que PAE Ltda., en calidad de subrogatario o cesionario, hubiera incumplido el contrato. Tampoco es acertado que se aborde el estudio de la subrogación o cesión con ocasión del análisis de la falla del servicio.

***(ii) La solicitud de revocatoria de la sentencia, con asidero en las siguientes pruebas y argumentos:*** **a)** las pruebas remitidas por el INVÍAS e incorporadas al expediente son auténticas, como jurisprudencialmente se ha admitido; del mismo modo deben ser valorados los recibos de pago donde constan los suministros y servicios prestados por PAE Ltda. y el dictamen pericial rendido dentro del proceso; **b)** la omisión del INVÍAS al no incluir en el acta de liquidación, como sumas a cargo de Aliva Stump y pendientes de cancelación, las cuentas de PAE Ltda.; **c)** la omisión al no haber ordenado hacer efectiva la póliza de responsabilidad civil extracontractual que ampara a terceros por los daños ocasionados durante la ejecución del contrato; **d)** por estar probado que Aliva Stump al carecer de recursos económicos incumplió las obligaciones, frente a lo cual el INVÍAS, so pena de caducidad, le exigió la consecución de financiación necesaria, recurriéndo a PAE Ltda., quien luego de reuniones conjuntas entre el INVÍAS- ALIVA –PAE, procuró los recursos con “*el aval, anuencia o asentimiento del INVÍAS*”, lo cual sirvió de fundamento para que el INVÍAS prorrogara por cuarta vez el plazo del contrato; **e)** la buena fe como fuente de obligaciones que se lesionó principalmente por las omisiones de que tratan los literales b) y c), con las cuales se permitió y patrocinó el desconocimiento de los derechos PAE Ltda. como tercero afectado, derechos que estaba obligada a proteger y, al no hacerlo, generó un daño por el cual debe responder, toda vez que guarda nexo causal con dicha conducta. Las obligaciones del INVÍAS se extienden hasta impedir que terceros no involucrados en la relación contractual, se vean afectados por ésta y, en contraposición, lo que hizo el INVÍAS fue inducir a PAE Ltda. “*a confiar en que sus intereses económicos no serían defraudados por el contratista a quien financió parte de la ejecución del contrato, precisamente en atención a que el contratante era una entidad pública, a que ésta avaló o dio su anuencia al respaldo financiero otorgado y a que era, en su condición de tercero frente al contrato estatal, beneficiario de la garantía de responsabilidad civil extracontractual (…)”* y que tal garantía cubriría el daño que se le causó, porque no le fueron cancelados los gastos en que incurrió para financiar el contrato.

**2. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA[[10]](#footnote-10)**

**2.1. El demandante (PAE Ltda.)**

Replicó los argumentos en los que fundó el recurso, poniendo énfasis en que se trata de una acción de reparación directa interpuesta por un tercero afectado “*con la conducta omisiva y vulneratoria del principio de la buena fe en que incurrió* [el INVÍAS] *con ocasión de la ejecución de un Contrato Estatal”*, que amerita un análisis ajustado a los presupuestos fácticos, jurídicos y probatorios.

**2.2. La demandada (INVÍAS)**

Aparte de reiterar los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, sostuvo que ni esta es la instancia ni la oportunidad procesal para encausar las pretensiones de la demanda, por cuanto:

(i) No se cumplen los presupuestos del art. 90 de la Constitución, antes bien, corresponde a un caso de falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que en el contrato No. 0122/2001 únicamente son parte el INVÍAS y Aliva Stump de Colombia Ltda. Si lo que se pretende es que se responsabilice al INVÍAS por ser la dueña del contrato para el que presuntamente PAE Ltda. le facilitó dinero a Aliva Stump, se debió demandar a esta última y solidariamente al INVÍAS.

(ii) La acción carece de fundamento jurídico en los términos del art. 86 del C.C.A. La no vinculación a un “tercero afectado” en el trámite de liquidación del contrato, no constituye un hecho, una omisión, ni una operación administrativa con la cual se haya afectado al prestamista.

*[Y]a que por el contrario, en ejercicio de su voluntad y sin que mediara compromiso o contrato con [el INVÍAS], debió evaluar y medir las consecuencias de la realidad, frente a quien estaba financiando, y determinar las verdaderas garantías con que contaba para el pago de su obligación, dado su conocimiento del mercado financiero en razón a su amplio objeto social, constituyéndose de esta forma en un negocio comercial del cual no es ni puede pretenderse que sea parte el [el INVÍAS]; por lo que debió emplear los mecanismos legales de los que dispone para actuar directamente en contra de su verdadero deudor[[11]](#footnote-11).*

(iii) Los hechos y las circunstancias del caso lo circunscriben a un contrato de naturaleza comercial suscrito entre Aliva Stump del Colombia Ltda y PAE Ltda., sin que el INVÍAS hubiese hecho parte de las eventuales transacciones, por lo que no puede aceptar la calidad de tercero afectado, ya que PAE Ltda. asumió su propio riesgo al aceptar el pago a través de una cesión incierta y futura (art. 1965 C.C.).

(iv) Imposibilidad de un pago de lo no debido, por cuanto de la liquidación del contrato se colige que el INVÍAS cumplió con todos los compromisos adquiridos con el contratista, quedando inclusive un saldo a su favor, razón que impide por expreso mandato legal (art. 2313 C.C.) reconocer una obligación de un tercero, que de llegar a hacerlo el INVÍAS quedaría incurso en responsabilidad penal, disciplinaria y expuesta a una eventual acción de repetición.

(v) El INVÍAS siempre contó con la disponibilidad presupuestal para atender las obligaciones derivadas del contrato No. 0122/2001, concretamente las cuentas que en debida forma pasara el contratista y atendiendo los trámites internos, sin tener que acudir a ningún tipo de préstamo.

(vi) El INVÍAS objetó el dictamen pericial por error grave, al considerar que los soportes de pago no tenían por beneficiario al INVÍAS y, además, porque el perito les extendió validez sin reparar las divergencias que existen en muchos de ellos entre la impresión original y la impresión manuscrita; la falta de soporte de algunos recibos de caja, la combinación de formas de diligenciamiento (tipográfica y manuscrita), la ilegibilidad de otros, la inclusión de una letra de cambio suscrita con un tercero, o mejor con un “cuarto”. En definitiva, el perito contabilizó documentos que no reúnen los requisitos de la ley comercial para serlo, y se limitó a sumar 57 partidas y actualizar un total acumulado, sin confrontarlos con los asientos contables oficiales (libros). Señaló, que tales documentos nunca han sido aceptados por el INVÍAS, ni hay prueba de que hayan ingresado elementos o materiales al almacén del INVÍAS como tampoco que el INVÍAS haya recibido dinero de parte de PAE Ltda., lo cual quedó, además, soportado con testimonios.

1. **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. PRESUPUESTOS PROCESALES**

**1.1. Jurisdicción, competencia y acción procedente**

El Consejo de Estado es competente para conocer el asunto *subexámine*, en razón al carácter público de la entidad demandada y a la competencia que emerge de los asuntos susceptibles de apelación cuando superan la cuantía establecida para su procedencia, tal como sucede en el presente caso, si se tiene en cuenta que para la fecha de presentación del recurso (13 de mayo de 2010) la cuantía vigente era de $257.500.000.oo[[12]](#footnote-12) y la cuantía de la presente demanda se determinó en $ 765.302.834.oo.

Por otro lado, la acción procedente es la de reparación directa establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto la demanda se sustenta en la calidad de tercero afectado por la ejecución de un contrato estatal, en el cual fue parte contratante el INVÍAS.

**1.2. La legitimación en la causa**

Teniendo en cuenta que la demanda se hace prevaler en la condición de tercero afectado por la ejecución de un contrato estatal, el actor deriva su legitimación del interés que estriba, no en la relación contractual *per se*, que de suyo no le asiste, sino en los efectos que aquella pudiera desplazar hacia el ámbito extra contractual y, que según aduce, trastocaron su fuero patrimonial. De esta misma forma, la demandada está legitimada en función de las presuntas omisiones, a cuya causa se endilga la producción del daño.

**1.3. La caducidad**

Tratándose de la acción de reparación directa, conforme lo prescribe el art. 136 nº 8 del C.C.A. el término para demandar es de dos (2) años, contados a partir del día siguiente de la ocurrencia del hecho propulsor del daño. Como en el presente caso, la fuente del daño se ubica en las presuntas omisiones en que pudo incurrir el INVÍAS al momento de liquidar el contrato y con las cuales, presumiblemente se afectaron los intereses del tercero, el plazo fatal empezó a contar a partir del 18 de mayo de 2004[[13]](#footnote-13); la demanda, por su parte, fue interpuesta el 25 de junio de 2004, con lo que el demandante gestionó en tiempo las afectaciones que alega le fueron causadas.

**2. PROBLEMA JURÍDICO**

En consonancia con lo que es objeto de debate, el problema que ocupa la atención de la Sala, gravita sobre la siguiente cuestión: ¿Debe responder el INVÍAS por los daños patrimoniales que sufrió PAE Ltda. en virtud de los suministros y operaciones de financiamiento que éste le procuró a Aliva Stump de Colombia Ltda., para el cumplimiento de las obligaciones contraídas, en el marco del contrato de obra pública No. 0122 de 2001?

**3.** **HECHOS PROBADOS**

3.1 Validez de los medios de prueba

*(i) La valoración de las copias simples.* Teniendo en cuenta que el *a qu*o, con fundamento en el art. 254 del C.C., desestimó de manera liminar la valoración de las pruebas aportadas por PAE Ltda. en formato de copia simple, la Sala considera necesario precisar, que de conformidad con la actual jurisprudencia[[14]](#footnote-14), las copias simples adquieren valor probatorio en los siguientes eventos, sin que por ello se contradiga el postulado procedimental que pretende guarnecer el *a quo*: a) Cuando la parte que las aporta queda en imposibilidad de obtener la copia auténtica, porque la parte contra quien se aduce conserva el original y se niega injustificadamente a aportarlo al expediente; ciertamente, quien conserva los originales puede hacer el respectivo cotejo y en caso de disconformidad ejercer la recriminación de tacha, sin necesidad de que se practique inspección judicial; igualmente, en los casos en que dicha parte, en cambio de tacharlas, se remite a las mismas para fundamentar su defensa, pues de tal comportamiento se deduce la aceptabilidad de las pruebas y su validación dentro del proceso. b) Cuando las pruebas han obrado a lo largo del proceso y, habiéndose procurado la etapa de contradicción, las mismas no fueron cuestionadas en su veracidad por las partes; esto, en virtud de los principios de buena fe, lealtad procesal y prevalencia del derecho sustancial sobre el formal.[[15]](#footnote-15) Este evento, puede decirse, recoge el anterior.

Descendiendo al caso concreto, las pruebas aportadas en copia simple corresponden, por un lado, a los soportes contables de los suministros que PAE Ltda. alega haberle procurado a Aliva Stump de Colombia Ltda, en desarrollo de las obras del contrato No. 0122 de 2001 (comprobantes de egreso, facturas, recibos, etc.), que de paso sirvieron como base para la confección de la prueba pericial y, por otro, la documental allegada por el INVÍAS con fundamento en la prueba decretada y oficiada por el Tribunal[[16]](#footnote-16). Sobre el primer legajo de copias (soportes de suministros realizados por PAE Ltda. a Aliva Stump de Colombia Ltda.) y, de conformidad con las reglas jurisprudenciales señaladas en precedencia, se acompaña la decisión del *a quo* de no otorgarles valor probatorio pero por razones diferentes, ya que si bien permanecieron dentro del plenario, fueron abiertamente cuestionadas y controvertidas por el INVÍAS al momento de objetar el dictamen pericial por error grave[[17]](#footnote-17), al punto mismo de referir alteraciones (discordancia y combinación de manuscrito e imprenta) y, siendo además, que por tratarse de documentos producidos a instancias de la parte actora, a su cargo estaba la conservación del original o la copia auténtica de los mismos, razón adicional para no conferirles fuerza probatoria. En suma, la parte que las aportó estaba en condiciones de allegar copia auténtica ya que se trataba de documentos contables, en su mayoría elaborados por ella misma o que reposaban en su poder y sobre los cuales no tenía el demandado forma alguna de cotejar.

Con relación a las copias simples aportadas por el INVÍAS en virtud del decreto de pruebas y con las restantes allegadas por el demandante, que no se encuentran en el grupo de las cuestionadas, serán valoradas por cuanto fueron aportadas directamente por la parte contra quien se aduce, sin reparo alguno sobre su autenticidad o veracidad.

*(ii) La valoración del dictamen pericial.* Con relación a la prueba pericial, en consonancia con el art. 187 del C.P.C., ha dicho la jurisprudencia de esta Corporación[[18]](#footnote-18) que de su carácter técnico no puede desprenderse una condición axiomática sino una cualidad orientadora, que constituye para el juez un parámetro auxiliar al momento de consolidar el juicio de convicción. Ahora bien, el dictamen pericial practicado dentro del presente proceso, en la medida en que se limitó a actualizar las cifras presentadas por el demandante con fundamento principalmente en un acta suscrita entre PAE Ltda. y Aliva Stump de Colombia[[19]](#footnote-19), queda desprovisto de cualquier utilidad orientadora, razón por la cual, en caso de declararse la responsabilidad administrativa y patrimonial del INVÍAS, la condena tendría que darse en abstracto.

(iii) Los testimonios rendidos por Hilda Rubiela Casteblanco, Neftalí Alfonso Cardozo Chaparro y José Pastor Mora Ariza, obrantes a fls. 127-132, c. 2, serán valorados en el momento de la comprobación del daño y sus subsecuentes perjuicios, solo si a ello hubiere lugar.

De esta forma, y en consonancia con lo expuesto, constituyen hechos probados, los siguientes:

3.1. Entre el INVÍAS y Aliva Stump de Colombia Ltda., el 6 de abril de 2001, se celebró el contrato de obra pública No. 0122 cuyo objeto era el “*Mejoramiento y pavimentación de la carretera Fuente de Oro – Puerto Lleras – Cruce Puerto Rico – Puerto Arturo – San José del Guaviare, Sector Fuente de Oro – Puerto Lleras K.34+000 al K.38+000 y Puerto Lleras – Cruce Puerto Rico K.0+000 – K. 6+000*”. (fls. 684-694, c. 4). Dicho contrato fue respaldado con la póliza única de seguro de cumplimiento No. 013300927 y la póliza No. 01330143 de responsabilidad civil extracontractual, ambas expedidas por Seguros del Estado (fls. 569, c. 4 y 25-30, c. 2). El vencimiento del plazo del contrato, luego de cuatro prórrogas, acaeció el 15 de noviembre de 2002 (fl. 367, c. 3).

3.2. A octubre de 2002, de conformidad con la relación de pagos suscrita conjuntamente por la División de Tesorería y la División de Contabilidad del INVÍAS a Aliva Stump de Colombia, se le pagó $2.919.911.958,18, y para enero 31 de 2003 se pagaron los restantes $85.515.016,54, con los cuales se completó la totalidad del pago por $3.003.426.974,72 (fl. 51, c. 1), correspondientes e imputables a los registros presupuestales asignados al contrato 0122 de 2001 (fl. 50, c. 1).

3.3. El 4 de diciembre de 2002 PAE Ltda. elevó petición al INVÍAS, en la cual manifestó: (i) entre PAE Ltda. y Aliva Stump se celebró el 3 de septiembre de 2002, un contrato de prestación de servicios y de financiación, para proveer a Aliva Stump de recursos para la adquisición de suministros y materiales con destino al contrato 0122 de 2001; además, se pactó la cesión de derechos del contrato estatal en favor de PAE Ltda; (ii) dicho contrato estipuló que el pago de las obligaciones se daría a través de las actas que el INVÍAS le cancelara a Aliva Stump; (iii) PAE Ltda. tenía conocimiento que el INVÍAS había pagado a Aliva Stump y, ésta en cambio, no le había pagado a PAE Ltda. Por todo lo anterior, solicitó que el INVÍAS lo reconociera como parte en el cumplimiento del contrato estatal y, en tal virtud, el INVÍAS le cancelara los recursos financiados (fls 784 – 785, c. 4).

3.4. Mediante Resolución No. 005792 del 17 de diciembre del 2002, el INVÍAS declaró ocurrido el riesgo de incumplimiento del contrato No. 0122 de 2001, en cuyos considerandos hizo un relato del *iter* contractual, de los cuales se destaca que a partir del 13 de agosto de 2002 la interventoría empezó a requerir al contratista por la falta de materiales y falta de personal. Por ser relevante, se transcriben los siguientes apartes de la Resolución:

*A través de la comunicación 990-127-0633 del 15 de Agosto de 2002, la interventoría manifestó al Instituto:*

*“(…) en la obra el contratista tiene problemas para el suministro de materiales y elementos para obra por carencia de fondos, de no ser resuelta esta situación, en los próximos días la firma contratista incumplirá los compromisos contractuales establecidos en el contrato”.*

*Con la comunicación 990-127-0706 del 26 de agosto de 2002, la interventoría manifiesta al Instituto:*

*“Desde mediados de julio el contratista ubicó equipo adicional en la obra pero no contó con los materiales y recursos financieros necesarios, situación que hasta la semana pasada empezó a resolver (…)”*

*Con motivo de lo anterior, la firma ALIVA STUMP DE COLOMBIA LTDA., envía comunicación ALS-236-2002 del 5 de septiembre de 2002, a la firma interventora EDL LTDA. en donde manifiesta:*

*“De conformidad con nuestra reunión del día de ayer y en correspondencia con la semana pasada con el Subdirector de Construcción (…), me permito adjuntar copia del acta de compromiso suscrita entre PAE LTDA. y ALIVA STUMP DE COLOMBIA LTDA., con el objeto de garantizar la financiación para la terminación del contrato en referencia, requisito exigido por el Subdirector para conceder la prórroga del contrato (…)”*

*Mediante comunicación 990-127-0897 del 11 de septiembre de 2002, la firma interventora informa al Instituto nacional de Vías:*

*“Hemos recibido de la firma Aliva Stump de Colombia la comunicación No. ALS-236-2002, en la cual solicitan una ampliación en el plazo (…) para terminar las obras y adjunta el convenio con la firma PAE LTDA. para la financiación de recursos económicos para acometer las obras faltantes./ Con relación a lo anterior, la interventoría se permite recordar que a la fecha el principal problema que tiene el contratista es la falta de liquidez que le permita atender [los gastos inherentes al contrato].(…) Con base a lo anterior, se le solicitó (…) que presentara una garantía de financiación de recursos para poder terminar las obras faltantes y que en caso contrario se terminaría el contrato (…). Atendiendo la solicitud (…) presenta anexo (…) la garantía de financiación para la inversión faltante, requerida en la reunión de agosto 27, financiación con la cual puede terminar la construcción de las obras previstas en el contrato (…)”.*

La Resolución continúa citando otros episodios subsiguientes de incumplimiento, en razón a lo cual profiere la declaratoria del mismo, con la consecuente imposición de multas al contratista. (fls. 108-118, c. 2)

3.5. El INVÍAS, el 10 de enero de 2003, dió respuesta complementaria a la petición formulada el 4 de diciembre de 2002 por PAE Ltda. y, al respecto le informó:

*Como complemento a nuestra comunicación enviada en el mes de diciembre pasado, en relación con su derecho de petición radicado en esta Entidad el 4 de diciembre de 2002; le manifiesto que el contrato de financiación suscrito el 3 de septiembre de 2002, entre la Sociedad que Usted representa y la firma Aliva Stump de Colombia Ltda., es un documento privado que genera derechos y obligaciones entre quienes lo suscriben; de tal forma que el INVÍAS no tiene ningún vínculo con la sociedad PAE Ltda. (…)*

*Por lo anterior consideramos que la firma PAE Ltda. debe acudir a la justicia ordinaria a fin de que se le reconozcan sus derechos[[20]](#footnote-20).*

3.6. Se allegó al expediente copia el acta individual de reparto del 15 de enero de 2003, mediante la cual PAE Ltda. interpuso demanda ejecutiva singular contra Aliva Stump de Colombia Ltda., y copia del escrito de demanda que se fundamenta en el título valor “cheque No. 0456827 del Bancafé, con fecha de exigibilidad 20 de diciembre de 2002, girado por Aliva Stump de Colombia Ltda. en favor de PAE Ltda. por $ 691.629.664,59 (fls 777-781, c. 4).

3.7. El 13 de febrero de 2003, PAE Ltda. formuló petición al INVÍAS para que se abstenga de efectuarle pagos a Aliva Stump de Colombia Ltda., hasta tanto el juzgado civil del circuito de conocimiento, se pronuncie frente a las medidas cautelares de embargo y secuestro allí solicitadas (fl. 776, c. 4).

3.8. El 30 de septiembre de 2003 se suscribió el acta de recibo definitivo de las obras correspondientes al contrato No. 0122 de 20001. (fl. 455, c. 3).

3.9. El 21 de enero de 2004 se llevó a cabo diligencia de conciliación prejudicial promovida por PAE Ltda. contra el INVÍAS, la cual se declaró fallida por carencia de ánimo conciliatorio(fl. 54, c. 2).

3.10. El 18 de febrero de 2004, PAE Ltda. elevó una comunicación al INVÍAS que denominó “*Reclamación cuenta de cobro de tercero afectado en el contrato #122/2201*”, en la cual relacionó cuentas por valor de $691.629.664.59 (fls. 33-34, c. 2).

3.11. El 25 de febrero de 2004, el INVÍAS dió respuesta a la anterior comunicación, así:

*En atención a su derecho de petición radicado en este Instituto el 18 de febrero de 2004 y de acuerdo a los términos del considerando de su comunicación le manifiesto que la relación contractual que se desprende del contrato 122-01 es entre Instituto Nacional de Vias y la firma Aliva Stump de Colombia. En cuanto a que la firma PAE actuó como proveedor del contratista y además que dicha firma le adeuda dineros, estos deben ser reconocidos por un Juez de la República, ya que a esta entidad no le consta los hechos por usted denunciados.*

*Como usted solicita que al momento de la liquidación (…) se apropien dineros para reconocer dicha deuda, le informo que se tramita la liquidación de dicho contrato, el cual arroja un saldo a devolver al Instituto Nacional de Vias por concepto de anticipo pendiente de amortizar por parte del contratista, por lo que de dicho contrato no existe saldo a reconocer al contratista.*

*Como información que le puede ser de utilidad, la firma Aliva Stump de Colombia presentó a este Instituto póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual, emitida por Seguros del Estado No. 01330143 [[21]](#footnote-21)*

3.12. El 18 de mayo de 2004, el INVÍAS profirió la Resolución No. 001985, mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato No. 0122 de 2001, en la cual, luego de rememorar la relación contractual y sus circunstancias, estableció un saldo en favor del INVÍAS y a cargo de Aliva Stump de Colombia Ltda., por $86.449.578,80, por cuyo monto declaró el siniestro del anticipo y ordenó hacer efectiva la póliza de cumplimiento (fls. 21-24, c. 2).

3.13. El 25 de mayo de 2004, PAE LTDA. en calidad de tercero afectado, interpuso recurso de reposición contra la resolución de liquidación para solicitar que se incluyera dentro de la misma su reclamación por $765.302.834,59, e igualmente para que se notificara a la compañía de seguros. Así postuló el fundamento de su inconformidad:

*[E]l no haber sido incluida en la Resolución No. 001985 del 18 de mayo de 2004, la firma Pagacheque Automático Empresarial PAE Ltda. y de su solicitud de informarle a la compañía de Seguros del Estado, del siniestro que afecta la póliza que ampara terceros en responsabilidad civil extra contractual en la ejecución del contrato No. 0122 del 2001.*

*Igualmente se manifiesta la inconformidad de PAE LTDA., que se están desconociendo sus derechos económicos, ya que con sus recursos se financió parte de la ejecución del contrato No. 0122 de 2001 y el Instituto Nacional de Vías está violando el debido proceso en perjuicio del recurrente.*

*El instituto Nacional de Vías por intermedio de la Sra. Directora y sus funcionarios ha sido informado oportunamente de la reclamación de PAE Ltda., y ni siquiera se le menciona en forma sumaria en la resolución No. 001985 del 18 de mayo de 2004.[[22]](#footnote-22)*

3.14. El 16 de junio de 2004, mediante Resolución No. 002540 el INVÍAS rechazó el recurso de reposición interpuesto por PAE Ltda., contra la resolución a través de la cual se liquidó el contrato de marras, por considerar que:

*El Instituto Nacional de Vías no tiene vínculo contractual con la sociedad Pagacheque Automático Empresarial PAE LTDA., ni ha contraído, con la misma, obligación de ninguna naturaleza. En consecuencia en este caso no podía darse aplicabilidad a lo perceptuado en el artículo 46 del Código Contencioso Administrativo si consideramos que con el Acto Administrativo atacado no se afecta en forma directa e inmediata al recurrente[[23]](#footnote-23).*

3.15. El 22 de junio de 2004, Seguros del Estado respondió la reclamación de PAE Ltda., en los siguientes términos:

*La víctima del daño deberá pues demostrar a la Aseguradora el padecimiento de un daño en su integridad o en su patrimonio como consecuencia de la ejecución material del trabajo público encargado al contratista por cuenta de la entidad estatal, lo que hace del daño susceptible de ser imputado a la entidad estatal asegurada.*

*Resulta nítido del recuento de los hechos que sustentan su petición que los mismos no encuadran en el marco de cobertura del seguro a que se refiere el precitado artículo 17 del Decreto 679 de 1994, por no tratarse de daños derivados de la ejecución material del contrato. Por otra parte se aprecia que el daño que se pretende trasladar a la esfera protectora del seguro, esto es el no pago de la cuenta de Cobro 001 por parte del Instituto Nacional de Vías, atañe a los fallidos efectos de una cesión de derechos económicos actuada con Aliva Stump de Colombia Ltda. y el Instituto Nacional de Vías, en virtud de la cual la empresa Pagacheque Automático Empresarial Ltda. sustituye a Aliva Stump de Colombia Ltda. de su situación jurídica frente al Instituto Nacional de Vías en el monto de la cesión.*

*Esta configuración de la situación jurídica de Pagacheque Automático Empresarial Ltda. descarta la aplicación de un régimen de responsabilidad extracontractual, como el que reclama el seguro contenido en la prenotada póliza RCE-01330143 como quiera que entre el Instituto Nacional de Vías, asegurado en la respectiva PAE Ltda., media una relación jurídica subsumida en el régimen de la cesión de derechos económicos lo cual descarta entonces cualquier connotación extracontractual, condición necesaria para la efectividad del seguro.*

*En esas condiciones, debemos concluir que no procede acceder favorablemente a su solicitud motivo por el cual Seguros del Estado S.A. objeta formalmente la reclamación presentada[[24]](#footnote-24).*

3.16. La cesión de derechos derivados de contratos suscritos con el INVÍAS, para el momento de los hechos, se regía por el procedimiento establecido a través de la Resolución No. 006085 del 30 de septiembre de 1997, que en concreto establecía:

*ARTÍCULO QUINTO: Para la cesión de derechos provenientes de actas de obra, actas de ajustes y actas de costos el procedimiento será el siguiente:*

*1. Presentación de la solicitud de cesión de derechos ante la Oficina Jurídica por parte del contratista con los requisitos contenidos en el artículo segundo de la presente resolución en lo que sea de su naturaleza y el comprobante de pago respectivo con sus soportes.*

*2. Recepcionada la solicitud, la Oficina Jurídica entregará al solicitante el documento de cesión para su diligenciamiento y solicitará a la División de Contabilidad la correcta presentación del comprobante y sus soportes y a la División de Tesorería el certificado del libre embargo respectivo.*

*3. Diligenciado el documento de cesión y allegado a la Oficina Jurídica con la certificaciones anotadas, el Jefe en mención se notificará del mismo, entregando el original de dicho documento al cesionario dejando copia auténtica del mismo y anexará la segunda copia auténtica al comprobante de pago y lo enviará a la División de Contabilidad (…)[[25]](#footnote-25).*

**4. ANÁLISIS DE LA SALA**

**4.1. Consideraciones previas**

**4.1.1. La responsabilidad del Estado en los términos del art. 90 de la Constitución**

El artículo 90 constitucional se constituye como el pináculo y/o fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado, al cual le ha atribuido la jurisprudencia, como su mayor virtud, el carácter neutral en cuanto a la estipulación o predilección de regímenes determinados, cualidad que implica a la vez diferentes cursos de configuración y elección de títulos de imputación. Ello, se traduce en una fuerza expansiva que irradia el desarrollo pretoriano y el alcance jurídico de la responsabilidad al momento de su atribución en un caso concreto. En tal sentido, esta Corporación señaló:

*En lo que se refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación. En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta sentencia[[26]](#footnote-26).*

De esta forma, basta con que se compruebe un daño antijurídico que sea imputable por acción u omisión a una entidad pública, para que, más allá de las disquisiciones sobre los fundamentos de imputación, surja para el Estado la obligación de repararlo. Siendo así, el daño se constituye en el primer elemento de análisis que concita la atención del fallador, por cuanto de su materialidad (existencia) depende la continuidad del juicio de responsabilidad administrativa y patrimonial. De suerte que no todo daño escala a la categoría de indemnizable, por cuanto para que así lo sea debe atender a unas características ontológicas que trasciendan el umbral de la protección jurídica con la cual ha sido revestido previamente. Al respecto, la Sala ha afirmado:

*Para que un daño sea indemnizable, es indispensable verificar ex ante la configuración de los elementos que lo estructuran, es decir, que sea cierto, actual, real, determinado o determinable y protegido jurídicamente. En síntesis, estos elementos parten de la premisa según la cual, la antijuridicidad del daño no se concreta solo con la verificación de la afectación o vulneración de un derecho o de un interés legítimo, sino con los efectos antijurídicos desatados por la lesión que inciden en el ámbito patrimonial o extrapatrimonial.*

*Es necesario aclarar, que no surge una obligación de reparación de un daño imputable al Estado, cuando hay inexistencia del derecho o interés legítimo, pues esta ausencia impide que surja el daño; en otras palabras, si bien el daño es el presupuesto de la declaratoria y del juicio de responsabilidad civil, el derecho o el interés legítimo es el presupuesto de existencia del daño, ya que la configuración de este depende de la lesión a una posición jurídica tutelada ex ante por el ordenamiento jurídico. En suma, el daño es al juicio de responsabilidad lo que el derecho subjetivo o interés legítimo es al daño[[27]](#footnote-27).*

Concurriendo tales presupuestos, debe analizarse, además, si el daño se produjo como consecuencia del proceder activo u omisivo de un agente público y, finalmente, si existe o no una causa extraña o de la víctima que rompa la atribución que hasta ese momento había podido surgir. En definitiva, se debe verificar que la responsabilidad del Estado se haya estructurado plenamente.

**4.1.1.1. Responsabilidad de la administración por la ejecución de obras públicas**

Se trata de un asunto que la jurisprudencia desde 1985 ha venido desarrollando a partir del brocardo “*ubi emolumentum ibi onus esse debet*” (donde está la utilidad debe estar la carga), que apareja las consecuencias de la responsabilidad en cabeza de quien se beneficia de la obra y, por tanto, se llega al entendimiento que la propia administración es la ejecutora, por cuanto a ella corresponde la titularidad o dominio de la obra, al punto que no puede oponer a terceros los pactos de indemnidad que celebre con el contratista[[28]](#footnote-28). Por lo dicho, converge el siguiente extracto jurisprudencial:

*Al respecto resulta ilustrativo señalar que la ley y la jurisprudencia han sido claras en señalar que es procedente imputar al Estado el daño padecido por los ejecutores de la obra o por terceros ajenos a ella, en consideración a su condición de dueña de la misma. Así lo explicó la Sala, con fundamento en que “el régimen de responsabilidad que se aplica frente a los daños derivados de la ejecución de una obra pública, debe definirse con fundamento en el principio ubi emolumentum ibi onus esse debet (donde está la utilidad debe estar la carga) que hace responsable de los perjuicios a quien crea la situación de peligro, toda vez que cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente.” Se advierte además que la entidad puede obtener de su contratista o asegurador el reembolso de lo pagado por concepto de la indemnización a terceros, en consideración a que el primero asume esa obligación al contratar con el Estado, como también la de garantizar las indemnizaciones por daños causados al personal utilizado para la ejecución del contrato o a los terceros, conforme lo prevé la ley 80 de 1993, arts. 25 numeral 19 y 60 de la Ley 80 de 1993), en el entendido de que “dicha circunstancia, por sí sola no exime de responsabilidad a la entidad propietaria de la obra pública, sin perjuicio de que pueda obtener el reembolso de las sumas pagadas del contratista o de la compañía de seguros[[29]](#footnote-29).*

Siguiendo esa línea, se han efectuado reconocimientos, entre otros, a trabajadores de los contratistas que resultan lesionados en la ejecución[[30]](#footnote-30), a transeúntes[[31]](#footnote-31), a locaciones vecinas o colindantes, etc. Ahora bien, lo que lleva a responder al Estado en estos casos es, en últimas, la relación causal que se llegare a dar entre la ejecución de la obra con el suceso lesivo al que quedan proclives terceras personas.

**4.1.2. La buena fe en el marco de las relaciones jurídicas entre el Estado y los administrados: implicaciones en torno a la responsabilidad**

El inveterado principio de la buena fe, ya de antes y con mayor razón a partir de su incorporación en el corpus constitucional, ha propiciado un sinnúmero de aplicaciones en el tráfico de las relaciones jurídicas que se suscitan entre la administración y los administrados[[32]](#footnote-32), que van desde la llana exigencia de una conducta humana acendrada, leal y honesta, hasta el deber jurídico de reivindicar los efectos de un comportamiento auspiciado en la confianza desplegada. Preclaramente, se ha fijado tanto su noción jurídica como su alcance y, en esa línea, se ha dicho:

*La Buena fe -o bona fides- es un principio general del derecho que irradia todas las relaciones jurídicas, y significa fundamentalmente rectitud y honradez en el trato entre las personas en una determinada situación social y jurídica. Dicho de otro modo, es la ética media de comportamiento entre los particulares y entre éstos y el Estado con incidencia en el mundo del derecho, descansa en la confianza respecto de la conducta justa, recta, honesta y leal del otro, y se constituye en un comportamiento que resulta exigible a todos como un deber moral y jurídico propio de las relaciones humanas y negociales.*

*Por lo demás, la buena fe, en su carácter de principio, incorpora el valor ético de la confianza y lo protege, fundamenta el ordenamiento jurídico, sirve de cauce para la integración del mismo e informa la labor interpretativa del derecho.[[33]](#footnote-33)*

Desde luego, la buena fe que proclama el art. 83 de la Constitución, concreta efectos jurídicos tanto en el ámbito subjetivo[[34]](#footnote-34) como objetivo. Si bien, la confianza gregaria de la buena fe, tiene un valor ético, es evidente que no se agota allí, puesto que trasciende jurídicamente al fundamentar expectativas legítimas que lleguen a producirse. Recientemente, la Sala se pronunció sobre las condiciones a partir de las cuales la afectación a expectativas legítimas y estados de confianza, puede generar un daño antijurídico susceptible de ser reparado patrimonialmente[[35]](#footnote-35), con lo cual, se consolida la sustantividad jurídica que entraña este principio en el ámbito de la responsabilidad del Estado.

**4.2. Del caso concreto**

Poniendo en contexto los argumentos de la apelación, la Sala analizará de manera concurrente tanto el daño como su imputabilidad, a partir del abordaje de tres aspectos en concreto: (i) la no inclusión en el acta de liquidación del contrato 0122 de 2001, por parte del INVÍAS, de las sumas que Aliva Stump de Colombia adeudaba a PAE Ltda.; (ii) la no activación del amparo de responsabilidad civil extracontractual por parte del INVÍAS, a través de la póliza del aludido ramo; y (iii) el comportamiento del INVÍAS en el ámbito de la posible generación de un estado de confianza.

**(I)** **No inclusión en el acta de liquidación del contrato 0122 de 2001 por parte del INVÍAS, de las sumas que Aliva Stump de Colombia Ltda. adeudaba a PAE Ltda**. Por las pruebas allegadas se sabe que el 18 de mayo de 2004, mediante la Resolución No. 001985, el INVÍAS liquidó unilateralmente el contrato No. 0122 de 2001 suscrito entre este y la firma Aliva Stump de Colombia Ltda. Igualmente, que contra dicha resolución PAE Ltda. interpuso recurso de reposición, en el cual alegó que, como tercero afectado, debían incluirse en su favor sus reclamaciones, el que fue rechazado por el INVÍAS con fundamento en los arts. 46, 52 y 53 del C.C.A.

Se precisa al respecto que el Estatuto General de la Contratación (Ley 80 de 1993) vigente para la época, en sus arts. 60 y 61 reguló lo atinente a la liquidación de los contratos estatales, de cuyo alcance normativo puede inferirse que la liquidación y, por consiguiente, el acta que la formaliza, es un ejercicio de balance y cierre que corresponde de manera restrictiva a las partes del contrato, pudiendo la entidad contratante exigirle al contratista, entre otros, el pago de rubros que impliquen la responsabilidad civil. Esto se deduce de los siguientes incisos del precitado art. 60, que a tenor señalan:

*También en esta etapa* ***las partes acordarán*** *los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.*

*En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a* ***que llegaren las partes*** *para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo*.

*Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.* (se resalta).

Esta ha sido, igualmente, la lectura y alcance que le ha otorgado la jurisprudencia, pues la liquidación ha sido entendida como:

*[U]na operación administrativa que sobreviene a la finalización de un contrato, por cumplimiento del plazo anticipadamente, con el propósito de establecer, de modo definitivo,* ***las obligaciones y derechos pecuniarias de las partes*** *y su cuantía. La liquidación del contrato entonces, constituye su balance final o ajuste de cuentas,* ***entre la administración contratante y el particular contratista,*** *con miras a finiquitar de una vez por toda la relación jurídica obligacional. Siendo así, el acta de liquidación final deberá i) identificar el contrato, las partes, sus sucesores y los cesionarios si los hay; su objeto y alcance, ii) determinar el precio, su pago, amortización o modificación y oportunidades de pago, iii) señalar las actas pendientes de pago, la forma como se utilizó el anticipo y lo facturado el contratista, iv) establecer el plazo, las modificaciones de obligaciones, prórrogas, adiciones, suspensiones y reinicios y las sumas que quedan pendientes de cancelar. También en el acta las partes dan cuenta de las salvedades a que haya lugar de manera detallada y concreta[[36]](#footnote-36).* (se resalta).

Ahora bien, la posibilidad de incluir en el acta pagos referidos a salarios, prestaciones, indemnizaciones, obligaciones de responsabilidad civil, etc., para el caso que se viene tratando, quedó frustrada en la medida que la liquidación del contrato 0122 de 2001 no se produjo de consuno, sino que la entidad se vio abocada a realizarla unilateralmente en los términos del art. 62 *ejusdem*, con lo cual se pone de manifiesto que el INVÍAS no actuó de manera omisiva al rechazar el recurso formulado por PAE Ltda. y, de paso, las razones en que este recurso se fundaba. Es decir, no se omitió la inclusión de un partícipe contractual o extracontractual que por derecho debiera incluirse. Aun así, en gracia de discusión, en el evento contrario y suponiendo que el inexistente deber de incluir a terceros existiera, en las circunstancias en que se liquidó el contrato -con un saldo a favor del INVÍAS-, quien se reputaba afectado con tal omisión no tenía la oportunidad de recaudar sus acreencias a expensas del flujo económico del contrato, pues no había contra qué cruzarlas, esto último –se reitera– es una mera colación hipotética.

Por otro lado, y como quedó probado, para la cesión de actas de obra –que no del contrato– existía un procedimiento ante el INVÍAS que no fue agotado, razón de más para entender que ninguna omisión se le puede atribuir a la entidad. En ese orden de ideas, en lo que hace a este punto, la Sala no observa la inacción que el recurrente endilga.

**(ii)** **La no activación del amparo de responsabilidad civil extracontractual.** Sugiere el recurrente que el INVÍAS debió –a causa de su reclamación como tercero afectado– hacer efectiva la póliza de responsabilidad civil extracontractual. Estima la Sala que el daño que se alude en el *sub exámine* no fue creado por una situación de falla, peligro o riesgo ínsito a la obra que se ejecutaba sino por un evento exógeno relativo al concurso de la voluntad negocial entre Aliva Stump de Colombia y PAE Ltda.; por tanto, los riesgos que pudieran surgir a propósito de tal consenso, estaban fuera de la órbita de amparo de la garantía de responsabilidad civil extracontractual que con ocasión del precitado contrato 0122 de 2001 tomó Aliva Stump de Colombia en favor del INVÍAS. Por lo mismo, no le asistía al INVÍAS la obligación de acoger la reclamación, declarar el siniestro y hacer efectiva la precitada póliza.

Pero aún más, el propio demandante tuvo oportunidad de acudir directamente a la Aseguradora y la respuesta que allí obtuvo viene a confirmar lo dicho en precedencia: “*Resulta nítido del recuento de los hechos que sustentan su petición que los mismos no encuadran en el marco de cobertura del seguro a que se refiere el precitado artículo 17 del Decreto 679 de 1994, por no tratarse de daños derivados de la ejecución material del contrato” (fls. 3-5, c. 2).*

**(iii) El comportamiento del INVÍAS en el ámbito de la posible generación de un estado de confianza.** Arguye el recurrente que el INVÍAS lo indujo a financiar e invertir sus recursos en la ejecución de las obras del multicitado contrato 0122 de 2001, con lo cual se conculcó su buena fe. Estando de por medio el principio de la buena fe del cual se deriva el principio de confianza legítima, la Sala analizará si el INVÍAS provocó en PAE Ltda., un estado de confianza tal, que lo llevara a financiar suministros al contratista. En definitiva, es preciso dilucidar si se reúnen los requisitos y condiciones para comprometer la responsabilidad del Estado.

De acuerdo con el precedente de la Sala, los estados de confianza o confianza legítima se definen como:

*[L]os que se crean en el ámbito del sujeto a partir de comportamientos uniformes del Estado que se caracterizan por ser actos objetivos, externos, claros, tangibles, inequívocos, reales, lo “suficientemente concluyentes (…) que orient[a]n al ciudadano hacia una determinada conducta”, que, si bien pueden nacer al margen del principio de legalidad, se acompasan con la confianza constitucionalmente protegida (art. 83) que generan esas actuaciones de las autoridades[[37]](#footnote-37).*

Ahora bien, para que un estado de confianza (defraudado) constituya el presupuesto de la existencia del daño[[38]](#footnote-38), debe consolidarse a partir de la concurrencia de los siguientes requisitos:

*10.2.15.1. Primero. La existencia de una disposición estatal frente a la que se suscitan expectativas legítimas o de actuaciones suyas que generan estados de confianza en los sujetos. Se constituyen las primeras por la puesta en marcha de los supuestos de hecho que las disposiciones estatales dejan al arbitrio de la autonomía de la voluntad para la constitución de los derechos, mientras los segundos emanan de actos, omisiones o hechos externos del Estado que revisten el carácter de concluyentes, ciertos, inequívocos, verificables y objetivados frente a una situación jurídica particular en virtud de los cuales se crean estados de confianza, plausibles y razonables en la conciencia de los asociados.* (se resalta).

*10.2.15.2. Segundo. La existencia de un comportamiento estatal homogéneo y constante que conlleve a consolidar expectativas legítimas y estados de confianza. Se configura cuando existe un proceder continuo, ininterrumpido y repetido por parte del ente estatal que suscita en los asociados una expectativa legítima o un estado de confianza, en el sentido de que el Estado permitirá la consolidación de los derechos en vía de serlo previstos en las leyes o que actuará en el futuro de la misma manera como lo viene haciendo.*

*10.2.15.3. Tercero. El asociado realiza actos que impactan su ámbito patrimonial o extrapatrimonial. Una vez comprobados los actos, disposiciones, omisiones o hechos externos, concluyentes y objetivados del ente estatal, el asociado asumió determinadas decisiones y acciones que permitan inferir la materialización de los derechos en vía de serlo o de los estados de confianza creados o tolerados, con impacto en su ámbito patrimonial o extrapatrimonial.*

*10.2.15.4. Cuarto. La actuación impredecible e intempestiva genera defraudación de las expectativas legítimas y de los estados de confianza de los asociados. Debe haber un cambio brusco e intempestivo de la actuación estatal que vulnera de manera cierta y razonable las expectativas legítimas frente a la ley de consolidar el derecho en vía de serlo y estados de confianza de los asociados nacidos en virtud de la confianza generada y tolerada por el Estado.*

*10.2.15.5. Quinto. La violación de las obligaciones de adaptación y adecuación. El Estado debe haber omitido cuatro deberes que se imponen cuando se suscitan cambios normativos intempestivos, como los atinentes a: El Estado debe haber omitido deberes que se imponen cuando se suscitan cambios normativos intempestivos, como los atinentes a: i) fijar un plazo razonable para que los afectados puedan adecuarse y adaptarse a las nuevas situaciones jurídicas; ii) crear mecanismos idóneos para que los afectados puedan acoplarse a las nuevas medidas y iii) adoptar mecanismos de compensación[[39]](#footnote-39).*

Verificados los anteriores requisitos en el *sublite,* la Sala no encuentra que el INVÍAS, haya actuado en forma inequívoca, uniforme y constante para generar un estado de confianza, como presupuesto configurativo de un posible daño antijurídico. Por el contrario, se observa que si en algo fue constante y consonante el INVÍAS, fue en señalar desde un comienzo que las reclamaciones de PAE Ltda. tenían que ver con un negocio entre particulares, del cual en modo alguno dicha entidad había tomado parte.

Si bien en la resolución de incumplimiento proferida por el INVÍAS en contra de Aliva Stump se alude a los compromisos suscritos entre PAE Ltda. y Aliva Stump, dicha mención tenía como propósito indicar que el contratista estaba garantizando la finalización de las obras y, por tanto, se hacía merecedor al plazo solicitado. Es decir, se invierte el presupuesto de confianza en el sentido de que fue al INVÍAS a quien, en virtud del convenio privado suscrito entre Aliva Stump de Colombia y PAE ltda., se le ofrecieron razones para que otorgara la prórroga deprecada. Es decir, simplemente se le procuró al INVÍAS de que el contratista había obtenido los recursos necesarios para terminar las obras, sin que de por medio exista alguna actuación que ligue los intereses de INVÍAS con los de PAE Ltda., pues de haberlo sido, en la medida que lo que el INVÍAS estaba exigiendo era una garantía de solvencia, lejos de surgir para PAE LTDA. un derecho, lo que se planteó era la obligación solidaria de responder frente al INVÍAS, lo que en efecto y, en ausencia de vínculo alguno no se dio y, por tanto, no puede hablarse de subrogación o cesión, como el propio recurrente lo hizo notar.

En tal sentido, ningún estado de confianza pudo surgir en favor de PAE Ltda. de una situación de la que el mismo no tuvo claridad desde un comienzo; basta reseñar, por ejemplo, que al alegar de conclusión en la primera instancia invocó un enriquecimiento sin causa (fls. 125-128, c. 1); al solicitar que se retuviera el pago mientras se hacía efectivo el embargo lo hizo en calidad de un acreedor externo; en otras ocasiones sugirió considerarse un aval, hay registros procesales donde alude a una cesión y, oportunidades en que se anuncia como tercero afectado.

Igualmente, nada por fuera de la alusión referida en la resolución de incumplimiento, lleva a pensar que el INVÍAS hubiera inducido o generado alguna confianza para que el demandante celebrara convenio con Aliva Stump de Colombia Ltda., en los términos en que dijo haberlo hecho; por tanto, era a PAE Ltda. y nadie más que a éste, a quien correspondía en el fuero de su conocimiento y voluntad, dimensionar y asegurar los intereses puestos en riesgo.

Por último, toda vez que al expediente se allegó copia de la demanda instaurada por PAE Ltda., contra Aliva Stump de Colombia Ltda., con base en un título valor (cheque), que por su cuantía se hace coincidir con las reclamaciones iniciales que PAE Ltda.[[40]](#footnote-40) formuló contra el INVÍAS, no se tiene certeza de la ocurrencia del daño y que aún, existiendo éste, por las razones antes dadas, el mismo no podría ser imputable a la entidad demandada.

Con fundamento en la sucesión de razones que ha ofrecido la Sala, procederá a confirmar decisión del *a quo*, en el sentido de negar las pretensiones de la demanda.

5. COSTAS PROCESALES

El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 prevé la condena en costas a la parte que hubiere actuado en forma temeraria. En el presente caso la Sala no observa comportamiento temerario en las actuaciones procesales de ninguna de las partes, razón por la cual no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**F A L L A**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 22 de abril de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Presidenta de la Subsección

**DANILO ROJAS BETANCOURTH RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Magistrado Magistrado

1. La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 19 de septiembre de 2004 (fl. 16, c. 1), surtiéndose la correspondiente notificación de la siguiente manera: Instituto Nacional de Vías - Invías (fl. 21, c.1), y al Ministerio público (fl.17 anverso). [↑](#footnote-ref-1)
2. El recuento fáctico parte del relato de la demanda, pero se complementa con las pruebas que fueron debidamente incorporadas al proceso, con el fin de proveer un entendimiento contextualizado del caso. [↑](#footnote-ref-2)
3. Fecha en la cual se impartió la orden de iniciación del contrato. Cfr. fl. 708, c. 4, de acuerdo con lo cual, el plazo vencería el 20 de junio de 2002. [↑](#footnote-ref-3)
4. Primera prórroga del 20 de junio al 5 de julio de 2002 (fl. 675, c. 4), segunda: del 5 de julio al 5 de agosto de 2002 ( fl. 669, c. 4), tercera: del 5 de agosto al 30 de septiembre de 2002 (fl. 665, c. 4) del 30 de septiembre al 15 de noviembre de 2002 (fl. 661, c. 4). [↑](#footnote-ref-4)
5. De esta se conoce por el contenido de la Resolución de Liquidación Unilateral del Contrato. *Cfr*. fls. 367-370, c. 3. [↑](#footnote-ref-5)
6. (i) 25 de julio de 2003 (oficio STC-023694); (ii) 20 de agosto de 2003 (oficio SRN-026523 y (iii) 22 de septiembre de 2003 (oficio SRN-029985). [↑](#footnote-ref-6)
7. La liquidación se efectuó mediante Resolución No. 001985 del 18 de mayo de 2004, en la cual se estableció que el INVÍAS le otorgó al Contratista a título de anticipo la suma de $3.003.426.974,72, de los cuales éste ejecutó $2.919.116.792,92, registrándose un saldo a favor del INVÍAS de $85.379.881,80 por anticipo no amortizado, más $1.069.697,oo por Iva pendiente de cancelar a la DIAN y $5.966.064,oo por la multa de incumplimiento impuesta. [↑](#footnote-ref-7)
8. *Vid*. fl. 149 (anverso), c. ppal. [↑](#footnote-ref-8)
9. *Vid.* fl. 150, c. ppal. [↑](#footnote-ref-9)
10. El agente del Ministerio Público se pronunció de manera extemporánea. *Cfr*. fl. 191, c. ppal. y 130-136, c. 1. [↑](#footnote-ref-10)
11. *Vid*. fl. 184, c. ppal. [↑](#footnote-ref-11)
12. De acuerdo con los arts. 37 y 40 numeral 6 de la Ley 446 de 1998. [↑](#footnote-ref-12)
13. Fecha en la que se produjo la Resolución No. 001985, mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato No. 0122 de 2001. [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, Sección Tercera – Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022, C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-14)
15. Además y, por fuera de lo previsto en el art. 254 del C.C., existen otros dos eventos en

    los cuales las copias simples cobran valor probatorio: (i) En los trámites de reconstrucción de expedientes, en los términos del art. 133, nº. 6 del C.P.C. (ii) Cuando en la diligencia de reconocimiento de documento, quien es convocado actúa de manera renuente, ya sea porque no concurre, o porque aun concurriendo se niega o evade el acto de reconocimiento (art. 274 C.P.C.). *Íbid*. [↑](#footnote-ref-15)
16. *Vid*. fl. 78-79, c. 1. [↑](#footnote-ref-16)
17. Si bien la objeción por error grave no prosperó, con relación a los soportes de los que se valió el perito para concluir el dictamen, sostuvo el *a quo* que los mismos: “*no fueron aducid[o]s ni decretad[o]s como pruebas en las correspondientes etapas*”. Cfr. fl. 147, c. ppal. [↑](#footnote-ref-17)
18. Al respecto ha dicho esta Corporación: *“Si bien, el objeto del dictamen pericial es la valoración técnica y científica de una situación fáctica que exige ser demostrada por otros medios diferentes a los de las reglas de la experiencia, este no puede ser considerado como un medio de prueba irrefutable que le permita a las partes hacer prevalecer imperiosamente sus pretensiones, todo lo contrario, constituye tan solo un criterio específico que ilumina al juez para adoptar una decisión en los términos del artículo 187 del C. de P.C.”* Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 9 de mayo de 2014, exps. 24.078 y 33685, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-18)
19. *Cfr*. 4, c. 5 de pruebas. Téngase además en cuenta que si bien el tribunal desestimó la objeción por error grave, señaló que: “*los fundamentos considerados por el perito no corresponden a las pruebas decretadas por el despacho, ni a la metodología prevista para los comerciantes en cuanto a sus libros y registros*”. Fl. 145, c. ppal. [↑](#footnote-ref-19)
20. *Vid*. fl. 782, c. 4. [↑](#footnote-ref-20)
21. Fl. 31, c. 2. [↑](#footnote-ref-21)
22. *Vid*. fls. 14-28, c. 2. [↑](#footnote-ref-22)
23. Fls. 750 – 751, c. 4. [↑](#footnote-ref-23)
24. Fls. 3-5, c. 2 [↑](#footnote-ref-24)
25. *Vid*. fls. 52-55, c. 1 [↑](#footnote-ref-25)
26. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-26)
27. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 9 de mayo de 2014, exps. 24.078 y 33685, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-27)
28. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de julio de 2008, exp. 16344, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-28)
29. Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 2007, exp. 19420 C.P. Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-29)
30. Ver entre otras: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 9 de octubre de 2014, exp. 26964. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-30)
31. Ver, entre otras: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre de 2007, exp. 21322, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; de la misma Subsección B: sentencia del 26 de junio de 2014, exp. 25335, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-31)
32. En materia contractual, con fundamento en la buena fe, se han estructurado deberes tanto para el oferente y/o contratista, como para la entidad contratante. Respecto del oferente, por ejemplo*: “i) no incluir en su propuesta información falsa o que no consulte la realidad; ii) no formular propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas; y iii) no ocultar las inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones en las que se pueda encontrar (…) con el propósito de hacer incurrir a la administración en un error y obtener así la adjudicación del contrato, (…) también en los casos en que el proponente retira su oferta o se niega a celebrar el contrato en las condiciones propuestas o aceptadas”.* Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, exp. 24.715, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.En el caso de la administración, por ejemplo: (i) la definición de reglas claras en el pliego de condiciones, (ii) la prohibición de *venire contra factum propium* (nadie puede ir válidamente contra sus propios actos). Vid. entre otras, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de agosto de 2014, exp. 35965, C.P. Hernán Andrade Rincón y, de la misma Sección Tercera: sentencia del 29 de agosto de 2007, exp. 15324. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-32)
33. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, expediente 24715 y acumulados, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Esta sentencia, en lo atinente a, principio de la buena fe, se nutre de las concepciones doctrinarias de los tratadistas Jesús González Pérez y Luis Diéz Picaso. Al respecto, puede verse también, de la misma Sección: sentencia del 10 de marzo de 2011, exp.15935, C.P. Danilo Roja Betancourth. [↑](#footnote-ref-33)
34. La buena fe en el ámbito objetivo no es aquella que se equipara a un error de apreciación, por cuanto no se contrae a la irrebatible convicción interna de estar actuando bien, es decir, un exclusivo fenómeno psicológico, sino que debe acompañarse de la objetivación de comportamientos ajustados a derecho, que por lo mismo pueden ser corroborados o rebatidos por los medios probatorios existentes. [↑](#footnote-ref-34)
35. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2015, exp. 22637. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Si bien el análisis giró en torno a la responsabilidad del Estado legislador, nada obsta para aplicarlo a los diferentes roles del Estado, por cuanto se dijo: “*De esta manera se tiene que las expectativas legítimas y los estados de confianza constituyen el objeto de amparo del principio de confianza legítima y, en virtud de su configuración, surge para todo el poder público la obligación de garantizar y proteger la estabilidad de condiciones jurídicas preexistentes sin incurrir en cambios bruscos”*. Fundamento 10.2.11. [↑](#footnote-ref-35)
36. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 6 de abril de 2011, exp. 14823. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. [↑](#footnote-ref-36)
37. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2015, exp. 22637, fundamento 10.2.5.3., C.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-37)
38. Íbid, fundamento 10.2.6. [↑](#footnote-ref-38)
39. Íbid. [↑](#footnote-ref-39)
40. *Cfr*. hechos 3.6 y 3.9. [↑](#footnote-ref-40)