



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A

Bogotá D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil veinticinco (2025)

Radicación N°: 250002336000201900270 01 (68.280)

Demandante: E.S.P. –EAAB–

Demandado: CAJA DE LA VIVIENDA POPULAR –CVP–

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Consejero Ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto que profeso por las decisiones de la Sala, me permito manifestar las razones por las que aclaro el voto en relación con la sentencia dictada el 21 de febrero del año en curso, mediante la cual se revocó el fallo de primera instancia, para denegar, por consiguiente, las pretensiones de la demanda, a excepción de aquella encaminada a la liquidación del Convenio No. 530 del 6 de noviembre de 2013, negocio jurídico sobre el cual recayó la controversia.

1) En primer lugar, respecto del análisis general sobre los convenios interadministrativos, ciertamente, el prisma bajo el cual se deben examinar estos negocios jurídicos es distinto al que guía el estudio de los contratos estatales. Sin embargo, frente a algunos planteamientos que en este contexto fueron esbozados en la sentencia, me permito hacer algunos comentarios:

a) Señala la Sala: *“...no siempre la inejecución de una obligación a cargo de una de las contrayentes conducirá a concluir en su responsabilidad contractual, pues para ello tendrán que concurrir los elementos que la configuran, esto es, un incumplimiento culpable de sus obligaciones y la consecuente generación de un daño”*. Sin embargo, esto aplica en toda controversia contractual relativa al incumplimiento de las obligaciones pactadas, por lo que no sería un aspecto propiamente “distintivo” de los litigios surgidos de convenios interadministrativos.

b) También se afirma en el fallo que la relación entre las entidades que celebran el convenio interadministrativo es horizontal y se da en el plano de una igualdad que

parece describirse como “absoluta”, de forma tal que, según la sentencia, “*no se justifica el establecimiento de prerrogativas en cabeza de alguna, en desmedro de las demás*”. Esta situación no siempre es clara, más bien suele presentarse con matices, a veces muy contrastantes, en determinados convenios interadministrativos, especialmente, aquellos que se celebran entre la Nación y entidades territoriales, o entre órganos que proveen recursos en dinero y entidades que deben destinarlos a la ejecución de obras o proyectos. En esos convenios se estipulan medidas de vigilancia, seguimiento y veeduría de recursos, así como rendiciones de informes y exigencias de aprobación, entre otros elementos, todo lo cual puede desdibujar la igualdad que se pregona frente a esa clase de negocio jurídico.

La distribución de los riesgos -de la que también se habla en la sentencia- efectivamente opera de acuerdo con las competencias y aportes de cada entidad, pero si una de ellas, precisamente por su naturaleza y posición en la Administración y en el convenio, asume riesgos mayores, suele tener igualmente mayores prerrogativas, orientadas ciertamente al fin público perseguido, pero que en todo caso pueden dar una posición de dominio a una de las partes.

c) Destaco también el razonamiento de la Sala, conforme al cual, “*si la causa que impide la ejecución de una determinada obligación, [conduciendo] a la frustración definitiva del fin común perseguido, la constituye la concreción de un riesgo propio del proyecto emprendido de manera mancomunada por las partes para la satisfacción de los fines del Estado, no podrá concluirse en la responsabilidad de la entidad pública que por ese motivo se vio en la imposibilidad de concretar sus compromisos, la cual, por ello, no estará en la obligación de indemnizar o compensar a las demás por los daños que tal circunstancia les pudiera acarrear, pues, se itera, el riesgo general del proyecto se distribuye entre ellas en función de sus aportes, de manera que cada una de las congregadas tendrá la carga de asumir las pérdidas que se le causen*”.

Cabe reflexionar, en este punto, si una entidad, al impedir por mera desidia que la otra parte del convenio cumpla con su meta o implemente su programa de política pública, no adquiere responsabilidad contractual alguna, v.gr., por no adoptar medidas de orden público pese a ser este factor un riesgo propio del proyecto. La afirmación de la sentencia, tal como fue esbozada, parecería señalar que al concretarse un riesgo propio del proyecto objeto del convenio, no conduce a la responsabilidad de la parte a cuyo cargo estaba la ejecución de la respectiva obligación. No obstante, estimo que aún cuando acontezca el riesgo propio del objeto convenido, procede examinar la responsabilidad de las partes, pues puede que el evento que frustra la ejecución de la causa común ocurra por la negligencia de una de las entidades. Y en todo caso, cabe preguntarse: la frustración de esa

meta o proyecto, ¿no constituye daño antijurídico?, y si lo es, ¿no puede la entidad que lo padece, reclamar indemnización judicial?

2) En segundo lugar, y ya frente al análisis del caso concreto, si bien comparto la decisión adoptada por la Sala, estimo que el examen del eventual incumplimiento en proyectos tan sensibles y de tan complejas repercusiones presupuestales y económicas, como lo son los de vivienda de interés social o prioritario, debe ser más riguroso.

a) Así, al estudiarse en la sentencia la ejecución del proyecto Arborizadora Manzana 102 sin la carta de compromisos requerida para ello, se indica que la no emisión de ese documento por la EAAB únicamente obedeció a la falta de licencia de construcción vigente, pero no a la ausencia de aprobación de los diseños, ya que si bien no hay noticia de que ésta se hubiera dado (particularmente en los diseños estructurales) y existen documentos de la supervisión que niegan la existencia de ese visto bueno, otros instrumentos también emanados de la supervisión señalan que sí *“existían diseños aprobados”*, y en todo caso, los informes que dan cuenta de la no emisión de carta de compromisos se centran especialmente en que ello obedeció a la falta de licencia de construcción vigente.

En este punto, la solución plasmada es pragmática, al concluir que la sola referencia a *“diseños aprobados”* en algunos documentos del supervisor daba luces de que lo único que faltaba era la licencia de construcción. Esto puede resultar admisible dada la complejidad de un material probatorio tan poco claro sobre el requisito de los diseños aprobados, pero no puede pasarse por alto que, al señalar algunos memorandos e informes de supervisión la existencia de *“diseños aprobados”*, se refería únicamente a los hidráulicos, faltando los estructurales (lo que se infiere de lo dicho en el párrafo 120 de la sentencia). Si bien el diseño estructural no era tan obligatorio como el diseño hidráulico (pues según el contrato sólo era presupuesto de ejecución de obras *“cuando se requiriera”*), fue solicitado por la EAAB para ese proyecto, y al no probarse adecuadamente su aprobación, se duda de si la salida en el juicio era que esa falencia obrara a favor de la parte incumplida, que además ejecutó la obra sin que previamente se designara supervisor técnico, como también estaba previsto en el convenio.

Líneas más adelante, la sentencia dice que, en todo caso, hay prueba de que las redes externas de acueducto y alcantarillado de Manzana 102 se construyeron conforme a los requerimientos técnicos de la EAAB, especialmente, porque así se advirtió en un informe de interventoría hecho por la firma FELD. Pero esto no deja de generar inquietudes en torno a los riesgos que entraña la ejecución de obras en un convenio interadministrativo sin seguir un conducto regular en el que está comprometida la calidad del servicio, en este caso de acueducto y alcantarillado

(era necesaria la aprobación de los diseños), del que es titular la demandante.

2) Siguiendo lo anterior, se tiene que obró en el expediente un memorando de supervisión que indicaba que la carta de compromisos sólo podía expedirse cuando se obtuviera la licencia de construcción y se solucionaran unas “*dificultades de carácter contractual*”. Esto último no fue abordado, posiblemente por no estimarse relevante; sin embargo, considero que para establecer si esas dificultades eran relevantes o no, era conveniente que se mencionaran en la providencia.

3) La Sala concluye, igualmente, a grandes rasgos, que se cumplió el fin público para el cual se celebró el convenio. Sin embargo, considero que debieron abordarse con mayor profundidad aspectos que concernían a ese fin público, v.gr., la debida destinación de los recursos, que por tratarse en este caso de una obra urbanizadora, terminarían en manos de particulares.

Si la Caja extrae sumas de dinero de un patrimonio autónomo (el del proyecto La María, que fue cancelado) con el propósito de ejecutarlas en otro proyecto diferente, cuyo aumento presupuestal no fue discutido ni decidido con la EAAB, al margen de que ésta última no sufra una merma patrimonial clara, no es del todo adecuado y sí puede entrañar riesgos dejar ese asunto sin un juicio de valor o señalamientos de responsabilidad, dejándose esta, expresamente, por fuera del ámbito contractual. Este planteamiento pudo obedecer al hecho de que finalmente se ejecutaron, con instalación de redes externas de acueducto y alcantarillado, los dos proyectos beneficiados con la adición de los recursos que eran de La María, pero surgen interrogantes sobre la cancelación de ésta última y la interpretación que se dio en el fallo al traslado de esos recursos, cuestión que no es de poca monta en el denso y complejo trasegar administrativo de proyectos como el del caso concreto.

En esos términos dejo expuesta mi aclaración de voto.

Respetuosamente,

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN
Consejera de Estado