ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Caducidad de la acción – Cómputo del término de caducidad de la acción – Contrato de derecho privado de la administración – Liquidación del contrato

El término para formular pretensiones mediante la acción de controversias contractuales, según el artículo 136.10 del CCA, es de dos años, que se cuentan desde el día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o derecho que le sirven de fundamento.

[…] Como el convenio se rige por el derecho privado, no estaba sometido a la liquidación prevista en el régimen de contratación estatal y las partes tampoco la pactaron, motivo por el cual el término de caducidad debe contarse conforme al primer inciso del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, esto es, a partir del acaecimiento de los hechos que le sirven de fundamento a la demanda.

EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Derecho privado – Cláusula excepcional – Empresa industrial y comercial del estado – Servidumbre de acueducto – Aplicación – Derecho Público – Excepciones legales

[…] La Ley 142 de 1994 estableció normas orientadas a promover la competencia en la prestación de servicios públicos domiciliarios y fijó un mismo marco jurídico a todos los operadores, con independencia de su naturaleza jurídica —estatal, mixta o privada—. Con sujeción a esos postulados, los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 dispusieron que los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, por regla general, se regirían por el derecho privado.

Esta Sección determinó en sentencia de unificación, y en providencias anteriores, que la remisión al derecho privado excluye la aplicación del derecho público, salvo en aquellos casos puntuales previstos en la ley en los que los prestadores puedan proferir actos administrativos.

[…] Así, las excepciones puntuales a la exclusión del derecho público están previstas en la Ley 142 de 1994, como ocurre con las hipótesis reguladas en su artículo 33 —desarrollado por los artículos 56, 57, 116 y siguientes—. A su vez, en el artículo 35, relativo a la autorización que pueden dar las comisiones de regulación para inclusión de potestades excepcionales, en determinados contratos. También lo hizo en los contratos para la concesión de Áreas de Servicio Exclusivo (art. 40). En suma, los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios sometidos a la Ley 142 de 1994 se rigen por el derecho privado, salvo las excepciones puntuales previstas en la ley.

En materia contractual, el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 dispone que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

CONTRATO DE SERVIDUMBRE – Empresa de servicios públicos domiciliarios – Régimen aplicable

El contrato cuyo incumplimiento se debate en este proceso tuvo por objeto el otorgamiento de una servidumbre por parte de los propietarios de la Finca La Argentina a favor de las Empresas Públicas de La Ceja del Tambo E.S.P., con el fin de terminar la construcción de un acueducto, y como contraprestación dicha empresa adquirió varios compromisos relacionados con infraestructura hídrica para el desarrollo de un proyecto

urbanístico. Su objeto, por tanto, estuvo directamente vinculado a la prestación del servicio público domiciliario de acueducto.

La necesidad que dio origen al convenio, entonces, no supuso el ejercicio de las facultades especiales que el artículo 33 de la Ley 142 de 1994 confiere a los prestadores de servicios públicos para la constitución de servidumbres sobre los bienes que requieran para la prestación del servicio. En ese supuesto, la constitución del derecho real habría operado con sujeción al régimen legal previsto para el efecto y se sometería al control de la jurisdicción contencioso administrativa sobre la legalidad de los actos correspondientes. Lo que ocurrió en este caso fue diferente: los propietarios de la hacienda La Argentina y las Empresas Públicas de La Ceja del Tambo E.S.P. decidieron llegar a un acuerdo mediante el cual los primeros constituyeron la servidumbre de manera consensual, a cambio de compromisos de infraestructura hídrica asumidos por la Empresa.

Al haberse constituido la servidumbre por acuerdo entre las partes y al incluirse estas obligaciones correlativas en favor de los propietarios del predio, el negocio jurídico que la contiene se rige por el derecho privado, en los términos del artículo 32 de la Ley 142 de 1994, vigente para la fecha del contrato.

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL – Fundamentos – Elementos – Fuerza obligatoria del contrato – Buena fe – Incumplimiento contractual – Ejecución del contrato – Daño – Nexo de causalidad – Negocio jurídico

La responsabilidad civil contractual tiene su fundamento: i) en la fuerza vinculante del negocio jurídico celebrado entre las partes, según lo dispone el artículo 1602 del Código Civil, que le confiere efectos de ley entre los contratantes; y ii) en la buena fe (art. 1603 del CC y art. 871 del Código de Comercio), en virtud de la cual los contratos obligan no solo a lo que en ellos se pacta expresamente, sino también a las prestaciones y deberes que emanan de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin necesidad de cláusula especial.

Para que opere la responsabilidad civil contractual, se requiere el incumplimiento del contenido obligacional —que se verifica por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa—, la causación de un daño y la existencia de un nexo causal entre aquel y este.

[…] En definitiva, el primer presupuesto de la responsabilidad contractual es la existencia de un negocio jurídico válido. Como los contratos se celebran para ser cumplidos al tenor de lo estipulado, las partes se obligan a ejecutar sus prestaciones en forma íntegra, efectiva y oportuna. Por ello, su inobservancia —por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa— puede dar lugar a la obligación de reparar los perjuicios causados, siempre que se acrediten el daño y el nexo causal.

CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Cumplimiento de obligaciones – Pago efectivo – Concepto – Artículo 1626 – Código Civil El ordenamiento civil colombiano define el cumplimiento de las obligaciones a partir del concepto de pago efectivo. El artículo 1626 del Código Civil dispone que el pago efectivo es «la prestación de lo que se debe.» La aparente sencillez de esa fórmula encierra una exigencia de precisión absoluta: el cumplimiento no es la ejecución de una conducta parecida,

aproximada o equivalente a la prometida. Es la ejecución exacta de la prestación originalmente contraída, en todos sus elementos y condiciones.

PAGO – Exigencias fundamentales – Cumplimiento del contrato – Prestación exactamente debida – Exigibilidad – Indivisibilidad del pago – Cumplimiento – Total – Completo

[…] El artículo 1627 del mismo estatuto desarrolló esa regla con toda claridad al disponer que el pago debía hacerse «bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación» y que «el acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida.» Esta norma contiene dos mandatos que operan en perfecta simetría. El primero, dirigido al deudor: debe pagar con la prestación exactamente debida, no con un sustituto. El segundo, dirigido al acreedor: no puede exigir una prestación diferente a la pactada, aunque afirme que tiene igual o mayor valor.

Por lo anterior, resulta acertado sostener que son dos las exigencias fundamentales y complementarias las que gobiernan los requisitos del pago. La primera, impone que el cumplimiento se ajuste en todos sus aspectos al contenido exacto de la obligación contraída, de suerte que el acreedor no puede ser compelido a recibir una prestación diferente a la que le fue prometida, aunque quien la ofrezca sostenga que tiene igual o mayor valor. El deudor no tiene la facultad de modificar unilateralmente el objeto de su obligación ni de sustituirlo por otro que considere equivalente: debe ejecutar precisamente lo que prometió, en la forma en que lo prometió.

La segunda exigencia es la de integridad o indivisibilidad del pago: el cumplimiento debe ser total y completo, sin que el deudor pueda imponer al acreedor la recepción fraccionada de la prestación, aun cuando el objeto de la obligación sea por su naturaleza susceptible de división. A estas dos exigencias se suma que el pago de la obligación principal arrastra consigo el de todo lo que le es accesorio, incluyendo los intereses, las cláusulas penales pactadas y las indemnizaciones que resulten debidas al acreedor como consecuencia del incumplimiento.

PAGO – Deudor – Prerrogativa – Extinción de obligación – Cumplimiento – Prestación debida – Deber del deudor

Además, el vínculo obligacional no solo genera cargas para el deudor, sino que le confiere a la vez una prerrogativa: la de extinguir la obligación mediante el cumplimiento cabal de la prestación debida. Correlativamente, el acreedor no es un sujeto pasivo en la relación: sobre él pesa un deber de colaboración que le exige desplegar las conductas necesarias para que el deudor pueda ejecutar la prestación sin obstáculos. El acreedor no debe entorpecer ni frustrar el cumplimiento; hacerlo significaría contrariar la función misma de la obligación, que no es otra que la satisfacción de su interés legítimo a través de la ejecución de la prestación por el obligado.

OBLIGACIONES CONTRACTUALES – Determinación prestación debida – Referente contractual – Elementos naturales – Elementos accidentales

Ahora bien, para establecer qué debe pagarse y cómo debe ejecutarse la prestación, es necesario acudir al contrato: en él están definidos el objeto, las condiciones de modo, tiempo y lugar, y las demás estipulaciones que las partes acordaron como contenido de sus obligaciones recíprocas. Sin embargo, el contenido del contrato no se agota en lo

expresamente pactado. La determinación de lo debido se integra también con los elementos naturales del negocio — aquellos que la ley presume incluidos en ciertos contratos, aunque las partes no los hayan acordado expresamente — y con los elementos accidentales — aquellos que las partes incorporaron mediante estipulación expresa para modificar o complementar el régimen supletivo —. Esa determinación interesa tanto al deudor, que necesita saber con exactitud qué conducta debe desplegar para liberarse del vínculo, como al acreedor, que tiene derecho a exigir la ejecución total, exacta y oportuna de lo que le fue prometido.

Este referente no opera de manera aislada. Los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio imponen que los contratos se ejecuten de buena fe, lo que significa que las partes deben comportarse durante toda la vida del vínculo de manera leal y coherente con las condiciones bajo las cuales contrataron. La buena fe no solo integra el contenido de las obligaciones con todo lo que emana de la naturaleza del negocio, sino que además impide que cualquiera de las partes altere unilateralmente el objeto sobre el cual la otra fundó su consentimiento.

En suma, es el contrato con sus elementos naturales y accidentales, junto con el principio de la buena fe que integra su contenido, el referente a partir del cual puede establecerse qué se debe, cómo debe ejecutarse la prestación y si el deudor quedó liberado de su obligación o el acreedor puede exigir su cumplimiento.

INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO – Intención de las partes del contrato – Reglas de interpretación – Interpretación sistemática – Objeto – Servidumbre de acueducto – Contrato de derecho privado de la administración

Todas esas cuestiones tienen como elemento común la determinación del objeto del convenio: qué fue exactamente lo que las partes acordaron, sobre qué predio y para qué proyecto. Sin esa determinación previa no es posible establecer si las obligaciones fueron incumplidas ni si resultaban exigibles en los términos en que fueron reclamadas. El examen del convenio no es, por tanto, un ejercicio previo y separado del análisis de la apelación, es su núcleo esencial.

Corresponde al juez dilucidar, en cada situación, cuál fue el entendimiento entre las partes y su alcance, conforme a las pautas de interpretación de los contratos y al principio de buena fe en su ejecución. En esa labor, el juez del contrato debe seguir ante todo el criterio establecido en el artículo 1618 del Código Civil, según el cual, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras. Al aplicar esta norma, puede resultar de gran utilidad ubicar temporalmente la voluntad de las partes, esto es, determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se expresó y confluyó su consentimiento.

Esta regla tiene plena aplicación cuando conste de manera inequívoca que la intención de las partes es distinta de lo que expresaron los términos del contrato y supone que, aun siendo «claro» en el sentido lingüístico y literal, ante una divergencia el juez debe precisar e indagar la recíproca intención de las partes, según las circunstancias del negocio jurídico. […] En tal sentido, no solo al interpretar el contrato, sino sus acuerdos modificatorios, debe precisar la finalidad común de las partes, con el fin de determinar el resultado específico perseguido por ellas, de acuerdo con su contenido, alcance, utilidad y función.

Esa doble necesidad es la que explica la estructura del convenio y la lógica de sus obligaciones recíprocas. Se trató de un acuerdo que combinó el otorgamiento de una servidumbre real de acueducto con compromisos de infraestructura y de habilitación técnica para el desarrollo urbanístico. Cada obligación de una parte estaba concebida como contraprestación de la obligación correlativa de la otra.

OBLIGACIÓN CONDICIONAL – Condición resolutoria – Condición suspensiva – Extinción de las obligaciones – Plazo del contrato estatal – Ampliación del plazo del contrato administrativo – Proyecto de infraestructura – Incumplimiento contractual

[…] De manera que la obligación estaba sujeta a una condición resolutoria. De conformidad con el artículo 1530 del Código Civil, la obligación condicional es aquella que depende de «un acontecimiento que puede suceder o no». La condición, entre sus múltiples clasificaciones (v.gr. arts. 1531 y 1534 del CC), puede ser suspensiva o resolutoria.

OBLIGACIÓN – Nacimiento – Exigibilidad – Incumplimiento del contrato – Concepto técnico – Proyecto de urbanismo

El numeral 7º de la Cláusula Segunda del convenio dispuso que las Empresas Públicas de La Ceja del Tambo se obligaron a solicitar a la firma Integral S.A. un concepto técnico sobre el nuevo trazado de la tubería acordado entre las partes, el sitio de ubicación del tanque de almacenamiento y la planta de tratamiento de agua, y la factibilidad técnica sobre posibles derivaciones de agua del proyecto Pantanillo.

[…] Lo que la señora [demandante] pretendió en este proceso no fue que la Empresa solicitara el concepto técnico para el proyecto original del convenio. Lo que reclamó fue que la Empresa debió haberlo solicitado en relación con La Rioja, surgido con posterioridad la partición del predio, sobre el Lote Número Dos en la parte alta de la finca, en suelo rural. No se probó, por las razones ampliamente expuestas al analizar la obligación de factibilidad y de construcción de las obras, que ese proyecto fuera el pactado en el convenio.

A lo anterior se suma que el propio texto del numeral 7º condicionó A lo anterior se suma que el propio texto del numeral 7º condicionó la obligación de solicitar el concepto a la existencia previa de un «nuevo trazado de la tubería acordado entre las partes».

Lo determinante es que las tres materias susceptibles del concepto estaban inescindiblemente ligadas entre sí y todas presuponían la existencia de un acuerdo previo entre las partes. El sitio de ubicación del tanque y la planta de tratamiento solo podía determinarse una vez definido ese trazado, pues su localización dependía precisamente de los elementos técnicos que el recorrido de la tubería imponía. Y la factibilidad técnica de las derivaciones de agua solo podía evaluarse conociendo el trazado y la ubicación de las obras. Las tres materias formaban un sistema técnico encadenado cuyo punto de partida era el acuerdo de trazado entre las partes.

Ese acuerdo previo era presupuesto de nacimiento de la obligación al ser una condición suspensiva (art. 1535 del CC) y no existe prueba en el proceso de que se hubiera producido […].

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Pago efectivo – Objeto – Obligaciones recíprocas entre los contratantes

Pretender que las Empresas Públicas debían cumplir esas obligaciones respecto de un proyecto que no fue objeto del contrato desconoce lo dispuesto en los artículos 1626 y 1627 del Código Civil, referentes al pago como elemento fundamental para el análisis del incumplimiento contractual, conforme a los cuales dicho pago debe hacerse en conformidad al tenor de la obligación y el acreedor no puede exigir cosa distinta a la que se le debe. Por esas razones, la sentencia de primera instancia debe confirmarse.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero Ponente: WILLIAM BARRERA MUÑOZ

Bogotá D.C., primero (1) de octubre de dos mil veintiséis (2026)

Radicación:	05001-23-31-000-2006-03820-01 (48.990)
Actor:	Wilma Sarra Bernardini
Demandado:	Empresas Públicas de la Ceja del Tambo E.S.P.
Proceso:	Acción de controversias contractuales

COPIAS SIMPLES-Valor probatorio. CONTRATOS DE EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS-Régimen jurídico. RÉGIMEN DEL CONTRATO-Los contratos que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado que presten servicios públicos domiciliarios se rigen por el derecho privado. OPORTUNIDAD PARA LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA-Al ser un contrato regido por derecho privado, el plazo establecido en el numeral 10 del artículo 136 del CCA debe contabilizarse a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos por no pactarse liquidación. INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO-El juez debe desentrañar la intención de las partes, teniendo en especial consideración las circunstancias fácticas para el momento en que se celebró. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL-Deben constatarse para que la parte incumplida esté llamada a resarcir los perjuicios sufridos por su cocontratante. CUMPLIMIENTO-Las obligaciones exigidas por el acreedor deben corresponder con las pactadas en el contrato.

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 9 de julio de 2013, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia negó las pretensiones. La decisión fue la siguiente:

> «**PRIMERO: SE NIEGAN** las pretensiones de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva.
>
> **SEGUNDO: Conforme al artículo 55 de la Ley 446 de 1998,** no se condena en costas a la entidad demandada.
>
> **TERCERO:** Ejecutoriada esa decisión, archívese el expediente.»
> (fls. 243-244 c. p.pal.).

I. SÍNTESIS DEL CASO

Wilma Sarra Bernardini y Alberto Serani Velli celebraron con las Empresas Públicas de la Ceja del Tambo E.S.P. un contrato mediante el cual los primeros, en calidad

de propietarios del predio La Argentina, se comprometieron a constituir una servidumbre de acueducto sobre una franja de su terreno. Por su parte, la sociedad se obligó a pagar un precio y a realizar una serie de prestaciones para que los propietarios pudieran desarrollar un proyecto inmobiliario. Wilma Sarra solicitó que se declarara que la demandada incumplió el contrato, y que se le condenara al pago de los perjuicios, derivados principalmente de la imposibilidad de desarrollar el proyecto referido.

II. ANTECEDENTES

Pretensiones

El 11 de diciembre de 2006, Wilma Sarra Bernardini, a través de apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio de la acción contractual contra Empresas Públicas de la Ceja del Tambo E.S.P. —en adelante EPCT o la Empresa— (fls. 2-12 c. 1). La demandante formuló las siguientes pretensiones:

> «PRIMERA: Se declara (sic) que las Empresas Públicas de la Ceja el Tambo E.S.P. son responsables contractualmente por los perjuicios que con el incumplimiento de las obligaciones contraídas en el contrato contenido en la escritura nro. 172 del 18 de febrero de 1999 dada en la Notaría Única de la Ceja, cuyo plazo fue prorrogado por acto posterior, como se ha mencionado en los hechos de ésta demanda, le han causado a los señores Wilma Sarra Bernardini y Alberto Serani Sarra.
>
> SEGUNDA: Como consecuencia de la declaración anterior, Se (sic) condena (sic) a las EMPRESAS PÚBLICAS DE LA CEJA EL TAMBO E.S.P. a pagar, a título de indemnización de perjuicios, a la señora WILMA SARRA B. y a Alberto Serani V. las siguientes sumas de dinero:
>
> - Por concepto de Daño Emergente: La suma de (…) 145’000.000.oo.
>
> - Por concepto de Lucro Cesante: La suma de (…) 3.879’400.000.oo.
>
> - En subsidio del lucro cesante, por la pérdida del Chance u Oportunidad: una suma equivalente al 75% de lo que por lucro cesante hubiere resultado.
>
> TERCERA: Subsidiaria EVENTUAL de la primera: Que se declare que las Empresas Públicas de la Ceja el Tambo E.S.P. son responsables contractualmente de los daños causados a Wilma Sarra Bernardini, con el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas en el convenio contenido en la escritura pública nro. 172 del 18 de febrero de 1999 dada en la Notaría Única de la Ceja y el acto de prórroga posterior.
>
> CUARTA: Se acumula como subsidiaria consecuencial de la TERCERA: Se condena (sic) a las EMPRESAS PÚBLICAS DE LA CEJA EL TAMBO E.S.P. a pagar, a título de indemnización de perjuicios, a la señora WILMA SARRA B., las siguientes sumas de dinero:

- Por concepto de Daño Emergente: La suma de (…) 145’000.000.oo.
- Por concepto de Lucro Cesante: La suma de (…) 3.879’400.000.oo.
- En subsidio del lucro cesante, por la pérdida del Chance u Oportunidad: una suma equivalente al 75% de lo que por lucro cesante hubiere resultado.»

Hechos

En apoyo de sus pretensiones, señaló que Wilma Sarra y Alberto Serani, en su calidad de propietarios del predio La Argentina (en adelante los propietarios), celebraron con la Empresa el contrato de constitución de servidumbre de acueducto. Sostuvo que ese acuerdo de voluntades tuvo por objeto gravar el inmueble con una servidumbre para permitir que la Empresa instalara una tubería en desarrollo del acueducto «Pantanillo». En contraprestación, la demandada se comprometió a una serie de obligaciones.

Afirmó que, para la fecha de presentación de la demanda, la Empresa se limitó a realizar el pago de $9.000 por cada metro cuadrado afectado por la servidumbre, con lo cual incumplió con: i) entregar la factibilidad del servicio de acueducto para la finca y para el proyecto urbanístico que la demandante pensaban ejecutar; ii) solicitar a Integral un concepto sobre el trazado de la tubería, el sitio de ubicación del tanque de almacenamiento y de la planta de tratamiento de agua, así como sobre la factibilidad técnica de posibles derivaciones de agua del proyecto Pantanillo; y iii) construir una serie de obras cuyo costo se sufragaría por partes iguales entre la Empresa y los propietarios.

Esgrimió que, como consecuencia de los incumplimientos, se le impidió materializar el proyecto urbanístico que tenía previsto ejecutar en el predio La Argentina. Arguyó que sufrió perjuicios consistentes en: i) daño emergente, por el 50% del valor de las obras que la EPCT ejecutaría y por los costos en que incurrió para realizar el trazado y los diseños del proyecto urbanístico; y ii) lucro cesante, por las utilidades que habría percibido con el desarrollo del proyecto urbanístico y, en subsidio de este último, la pérdida de la oportunidad.

Oposición de la demandada

El 14 de abril de 2009, la EPCT contestó la demanda. Se opuso a todas las pretensiones.

Sostuvo que, con posterioridad a la celebración del contrato de servidumbre, los propietarios «se adjudicaron» dos predios como consecuencia de un «reloteo». A su juicio, la Empresa cumplió con su obligación cuando otorgó la factibilidad sobre el proyecto urbanístico que Alberto Serani desarrollaría sobre su inmueble, puesto que al momento de la celebración del contrato había un solo terreno. Señaló que la Empresa otorgó dicha factibilidad porque cumplió el procedimiento legal previsto para tal efecto. En cambio, la demandante no satisfizo las exigencias normativas para obtener la factibilidad sobre su predio.

Indicó que, con fundamento en el contrato, la demandada no tenía el deber de dar factibilidad sobre todos los predios que se desenglobaran del existente al momento de su celebración. A partir de la Ley 388 de 1997 y normas reglamentarias, la EPCT no tenía la obligación de dar la factibilidad ni prestar los servicios de acueducto a los predios que se encontraran en área rural, como el de la demandante. Agregó que Wilma Sarra nunca presentó un proyecto formal al municipio y que la Empresa no debía pagar el 50% de las obras consignadas en la cláusula segunda, sino que ese valor estaba a cargo de los propietarios y nunca fue sufragado.

Esgrimió que la demandante incumplió la obligación de ceder los terrenos en los que se construyeran las obras, así como la de constituir la servidumbre sobre el terreno que se utilizaría para las tuberías que conducirían el agua a la planta y al tanque de almacenamiento.

Propuso las siguientes excepciones: cobro de lo no debido, contrato no cumplido, caducidad y prescripción.

Fundamentos de la providencia recurrida

En sentencia del 9 de julio de 2013, el Tribunal Administrativo negó las pretensiones de la demanda (f. 243 reverso c. p.pal.).

Determinó que la demandante desatendió la carga de probar los incumplimientos endilgados a la EPCT. Advirtió que, si bien la Empresa se comprometió a entregar la factibilidad de servicios públicos para el proyecto urbanístico, tal obligación estuvo supeditada a la aprobación de la Dirección Técnica y de Gestión de Proyectos de la Empresa.

Consideró que, una vez los propietarios dividieron su inmueble, cada uno de ellos solicitó a la EPCT la factibilidad sobre sendos proyectos inmobiliarios. La Dirección

Técnica y de Gestión de Proyectos, al revisar los documentos recibidos por Wilma Sarra, hizo una serie de observaciones que no fueron atendidas. Añadió que Wilma Sarra nunca presentó el proyecto ante la Secretaría de Planeación del municipio.

En lo relacionado con el incumplimiento endilgado a la demandada por no asumir el pago del 50% de las obras que se construirían por virtud del contrato, sostuvo que, en realidad, ese costo estaba a cargo de los propietarios y que no se constató que tal pago se realizara.

Concluyó que, para la fecha en que la Empresa debió satisfacer sus obligaciones, no se había establecido formalmente el proyecto de Wilma Sarra, puesto que no se había radicado ante la Secretaría de Planeación del municipio de La Ceja, ni se cumplieron los requerimientos de la Empresa para que otorgara la factibilidad de los servicios públicos.

Finalmente, señaló que la demandante no acreditó el cumplimiento de las obligaciones que asumió al suscribir el contrato.

Recurso de apelación

El 8 de agosto de 2013, Wilma Sarra presentó recurso de apelación en contra de la sentencia (fls. 246-255 c. p.pal.).

Sostuvo que, contrario a lo afirmado por el *a quo*, la demandante cumplió con la carga que le asistía de probar los incumplimientos de la Empresa. Estimó que, en virtud del contrato de servidumbre, no debía surtir el procedimiento que ordinariamente se exige para obtener el certificado de factibilidad de un proyecto urbanístico y que las obligaciones adquiridas por dicha empresa eran exigibles frente a todas las unidades prediales que componían el predio la argentina y respecto de los proyectos que allí se adelantaran.

Manifestó que la EPCT se obligó a solicitar a la sociedad Integral S.A. que hiciera los estudios que determinaran las obras necesarias para que el predio tuviera el servicio de acueducto. Afirmó que la demandante insistió en múltiples oportunidades ante la Empresa en que cumpliera esa prestación, sin que esta accediera a la petición.

Reprochó que el Tribunal determinara que no era posible que la EPCT cumpliera con sus obligaciones porque la demandante no radicó el proyecto urbanístico ante

la Secretaría de Planeación. Según la apelante, no fue posible registrarlo porque no contaba con la factibilidad ni con las obras necesarias para el abastecimiento de agua.

Agregó que no es cierto que Wilma Sarra hubiera dejado de pagar el 50% del costo de las obras a la EPCT. Tal obligación solo surgiría una vez Integral estableciera el presupuesto de las obras, lo cual nunca ocurrió.

Esgrimió que la demandada se negó a construir la infraestructura alegando falta de disponibilidad presupuestal para realizar las actividades y que la contraprestación que recibiría la EPCT sería mucho menor a la inversión requerida.

Trámite del recurso de apelación

Mediante el auto del 20 de agosto de 2013 (f. 256 c. p.pal.), el Tribunal concedió el recurso de apelación. El 31 de octubre siguiente, el Despacho admitió el recurso (f. 261 c. p.pal.). El 28 de noviembre de la misma anualidad (f. 263 c. p.pal.), se corrió traslado a las partes y se otorgó la oportunidad al Ministerio Público para solicitar el trámite previsto en el artículo 210 del CCA, subrogado por el artículo 59 de la Ley 446 de 1998.

Alegatos e intervenciones

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio en la oportunidad otorgada mediante el auto del 28 de noviembre de 2013 (f. 264 c. p.pal.).

III. CONSIDERACIONES

I. Presupuestos procesales

1. Como la demanda se presentó el 11 de diciembre de 2006 (fls. 2-12 c. 1) el régimen aplicable es el Decreto 01 de 1984 (en adelante el CCA). Conforme al artículo 266 del CCA, en los procesos iniciados antes de la vigencia de ese código, los recursos interpuestos, los términos que comenzaron a correr y las notificaciones en curso, se regían por la ley vigente al momento de esas actuaciones. Por su parte, el artículo 308 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo —que empezó a regir desde el dos de julio de 2012— prevé que las actuaciones administrativas, las demandas y procesos en curso a la vigencia de dicho código seguirían rigiéndose y culminarían conforme al régimen jurídico

anterior, esto es, el CCA. Adicionalmente, conforme al artículo 267 del CCA, en los aspectos no regulados se seguiría el Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC) en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Jurisdicción y competencia

2. La jurisdicción administrativa conoce de las controversias derivadas de la actividad contractual de las entidades públicas, en los términos del artículo 82 del CCA, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998. El Consejo de Estado es competente en segunda instancia para estudiar este asunto de conformidad con el artículo 129 del CCA, según el cual conoce de los recursos de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos. Así mismo, esta Corporación es competente en razón a la cuantía puesto que, de conformidad con el artículo 20.2 del CPC, el valor de la pretensión mayor es de $3.934.400.000, suma que supera los 500 SMLMV exigidos por el artículo 132.5 CCA —subrogado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998—, esto es, $204.000.000[1].

Acción procedente

3. La acción de controversias contractuales es la vía procesal idónea para perseguir la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado cuando se alegan perjuicios originados de una relación contractual (arts. 1546 y 1602 del CC y 87 del CCA).

Demanda en tiempo

4. El término para formular pretensiones mediante la acción de controversias contractuales, según el artículo 136.10 del CCA, es de dos años, que se cuentan desde el día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o derecho que le sirven de fundamento.

La demandada propuso las excepciones tituladas «caducidad» y «prescripción»[2]. Sobre la última, si bien es una figura distinta de la caducidad, la Empresa solo indicó,

---

[1] Suma que se obtiene de multiplicar el salario mínimo de 2006 -$408.000- por 500.
[2] "En su afán desmedido por conseguir a toda costa alto beneficio de parte de la empresa que represento, los demandantes están reclamando perjuicios desde el mes de agosto de 2000, a la fecha de presentación de la demanda, es decir, 12 de diciembre de 2006 han transcurrido más de 2 años, tiempo consagrado por el ordenamiento jurídico para que opere el fenómeno de la caducidad, de acuerdo al artículo 136 del Código

«[p]*roponemos esta excepción debido a que ya les prescribió la acción derivada del convenio antes referenciado*» (f. 112 c. 1). De ahí que, aunque la excepción fue denominada «prescripción», su desarrollo corresponde, en realidad, a la caducidad de la acción.

Como el convenio se rige por el derecho privado, no estaba sometido a la liquidación prevista en el régimen de contratación estatal y las partes tampoco la pactaron, motivo por el cual el término de caducidad debe contarse conforme al primer inciso del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, esto es, a partir del acaecimiento de los hechos que le sirven de fundamento a la demanda.

Wilma Sarra solicitó que se declarara el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la Empresa, que debieron cumplirse a más tardar el 6 de mayo de 2005, según el otrosí del 21 de diciembre de 2000 al contrato —en adelante el Otrosí nº. 1— (fls. 60-61 c. 1). Por lo tanto, la caducidad habría operado el 7 de mayo de 2007. Como la demanda se presentó el 11 de diciembre de 2006 (f. 12 c. 1), la Sala concluye que se interpuso en tiempo, lo que a su vez permite descartar las excepciones de caducidad y prescripción propuestas por la EPCT.

Legitimación en la causa

5. Wilma Sarra está legitimada por activa y la Empresa por pasiva, por ser partes del contrato suscrito el 6 de mayo de 1998, que fue incorporado en la escritura pública n°. 172 del 18 de febrero de 1999.

II. Problema jurídico

6. Corresponde a la Sala determinar si las Empresas Públicas de la Ceja del Tambo E.S.P. incumplieron las obligaciones que asumió en el contrato suscrito con los propietarios del predio La Argentina, particularmente aquellas relacionadas con la factibilidad del servicio de acueducto, la solicitud de un concepto técnico a Integral y la construcción de determinadas obras de infraestructura.

Análisis de la Sala

Contencioso Administrativo, modificado por numeral 10 del artículo 44 de la Ley 446 de 1998. De cualquier forma, en cualquiera de los casos la acción ya le prescribió a los demandantes." Frente a la prescripción indicó: "Proponemos esta excepción debido a que ya les prescribió la acción derivada del convenio antes referenciado."

7. Como la sentencia fue recurrida por la parte demandante, la Sala estudiará el asunto de conformidad con el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil.

8. Las copias simples serán valoradas, porque la Sección Tercera de esta Corporación, en fallo de unificación, consideró que tenían mérito probatorio[3].

El régimen jurídico del contrato

9. La concepción del servicio público ha tenido importantes transformaciones, incluyendo su categorización constitucional. Su evolución en palabras de la doctrina, tuvo que adaptarse *"a la cambiante realidad económica y social y al nuevo papel que se le asigna al Estado como promotor y árbitro de la competencia"*[4].

En el derecho colombiano, la regulación de los contratos vinculados con la prestación de servicios públicos es anterior a la Constitución Política de 1991. Por ejemplo, el Decreto 222 de 1983, estatuto anterior relativo a la contratación de la Nación y sus entidades descentralizadas, incluyó, en el artículo 16.1, los contratos de concesión de servicios públicos dentro de la categoría de contratos administrativos. Aunque todavía no existía la categoría constitucional de los servicios públicos domiciliarios ni el modelo regulatorio que posteriormente los caracterizó, la prestación de estos servicios ya incidía en la determinación del régimen aplicable a los contratos celebrados por las entidades públicas.

Ese esquema se desarrollaba en un contexto en el que la prestación de los servicios públicos estaba concentrada principalmente en el Estado y existían escasos espacios de competencia. Así lo describió, posteriormente, la exposición de motivos del proyecto que dio lugar a la Ley 142 de 1994, al señalar que una de las causas

---

[3] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2013, Rad. 25.022.

[4] CASSAGNE, Juan Carlos. Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización. En Revista de Administración Pública. Número 157. Dialnet. Universidad de la Rioja. España. Páginas 475 y ss. En criterio del autor ella se ha desarrollado en tres sentidos: *"En primer lugar, en cuanto al ámbito o extensión de la propia categoría, que ahora se restringe a las actividades llevadas a cabo mediante prestaciones de naturaleza económica que satisfacen necesidades primordiales o esenciales de los ciudadanos previamente configuradas como tales en la ley. De la exigencia de una previa declaración legislativa para configurar el servicio público se desprende la no admisión del servicio público implícito o virtual, tal como se postulaba en la denominada teoría tradicional. En consecuencia, el criterio material se ha desplazado al criterio subjetivo y la categorización del servicio se produce por obra del legislador (así ha ocurrido en la Argentina en los marcos regulatorios del gas y de la electricidad, entre otros).*
Por otra parte, y tal como se ha visto precedentemente, la gestión privada es el principio que domina la categoría del servicio público, no habiendo reserva alguna a favor del Estado, como ocurrió en algunos ordenamientos comparados. En este aspecto hay que anotar, asimismo, que si no actúa como dueño del servicio (aunque pueda serlo de determinados activos afectados al servicio), sino en el doble papel de concedente y regulador, es decir, en cuanto a su otorgamiento, la determinación de las reglas aplicables a los concesionarios y su control. De esa manera, la concepción actual pone el acento en la función reguladora del Estado y en el control de la actividad de las empresas privadas que gestionan el servicio, control que se asigna a entes independientes, los que sin embargo, antes que crear nuevas reglas (salvo que la ley les delegue atribuciones dentro los límites fijados por el artículo 76 de la Constitución Nacional), tienen por principal misión la de aplicar la regulación que hace el Estado al conceder el servicio y aun a posteriori, dentro del marco contractual preestablecido…"

de la insuficiente cobertura era que *"no ha habido competencia en el sector"* y que, en la práctica, este había estado sujeto a *"monopolios oficiales"*[5].

En efecto, aunque durante la primera mitad del siglo existieron empresas privadas que prestaron servicios de electricidad, agua y telefonía, las limitaciones del mercado de capitales y las dificultades para obtener financiación redujeron progresivamente su participación. Por su parte, la debilidad fiscal de los entes territoriales hizo que el sector central de la administración asumiera un papel cada vez mayor como inversionista y prestador.

Las reformas iniciadas con la Ley 14 de 1983 y la reforma municipal de 1986 comenzaron a modificar ese esquema, transformación que se consolidó con la Constitución de 1991. Los municipios dejaron de ocupar una posición principalmente dependiente de la actuación nacional y asumieron mayores responsabilidades y autonomía en la prestación de los servicios, su calidad y la ampliación de su cobertura. Después de un periodo caracterizado por la centralización, el modelo retornó así a la descentralización y al fortalecimiento de la autonomía territorial.

La Constitución de 1991 introdujo un cambio radical en la regulación de los servicios públicos domiciliarios. De una parte, incorporó expresamente la categoría de los *"servicios públicos domiciliarios"*, que no aparecía bajo esa denominación en el régimen normativo anterior. De otra, estableció un modelo en el que la prestación dejó de estar reservada al Estado y podía ser asumida por este, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, bajo la regulación, control y vigilancia estatal.

En efecto, el artículo 365 de la Constitución dispuso que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, pero admitió que fueran prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. A su vez, el artículo 367 utilizó expresamente la denominación "*servicios públicos domiciliarios"* y atribuyó al legislador la determinación de las competencias y responsabilidades relativas a su prestación, cobertura, calidad, financiación y régimen tarifario.

[5] Exposición de motivos al proyecto de ley n.º 197 de 1992-Senado, en Congreso de la República, Gaceta del Congreso nº. 162, 1992.

Las Leyes 142 y 143 de 1994 desarrollaron ese diseño constitucional. La categoría de los servicios públicos domiciliarios y el modelo de regulación que adquirió forma a partir de la Constitución de 1991 no fueron simples modificaciones terminológicas. Hicieron parte de una transformación dirigida a permitir la concurrencia de distintos prestadores y a introducir y promover esquemas de competencia en la prestación de los servicios públicos, allí donde esta fuera posible.

La exposición de motivos de la Ley 142 permite establecer con claridad esa finalidad. Al explicar los instrumentos necesarios para lograr una prestación eficiente, propuso la *"libertad de entrada"* para quienes quisieran prestar los servicios y la *"competencia entre quienes los presten"*, cuando esta fuera posible. A ello agregó el control sobre quienes actuaran en condiciones de monopolio, así como mecanismos de vigilancia y sanción.

La regulación estatal adquirió un rol central dentro de ese nuevo esquema. La exposición de motivos precisó que "*la función reguladora no debe ser entendida como el ejercicio de un intervencionismo entorpecedor de la iniciativa empresarial".* Por el contrario, debía fomentar *"la competencia en aquellas áreas donde existe y es factible"* y evitar el abuso de las posiciones monopólicas cuando las características del servicio no permitieran la competencia.

El cambio consistió, por tanto, en separar la responsabilidad estatal de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos de la necesidad de que el propio Estado los prestara directamente. La apertura a empresas públicas, privadas y mixtas permitió introducir competencia en aquellos ámbitos en los que esta resultaba posible, mientras el Estado conservó las funciones de regulación, control y vigilancia.

Además, La Ley 142 de 1994 estableció normas orientadas a promover la competencia en la prestación de servicios públicos domiciliarios y fijó un mismo marco jurídico a todos los operadores, con independencia de su naturaleza jurídica —estatal, mixta o privada—. Con sujeción a esos postulados, los artículos 31[6] y 32 de la Ley 142 de 1994 dispusieron que los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, por regla general, se regirían por el derecho privado.

[6] Antes de la modificación del artículo 3º de la Ley 689 de 2001.

Esta Sección determinó en sentencia de unificación[7], y en providencias anteriores[8], que la remisión al derecho privado excluye la aplicación del derecho público, salvo en aquellos casos puntuales previstos en la ley en los que los prestadores puedan proferir actos administrativos. Dicha comprensión guarda consonancia con lo expuesto por el profesor Cassagne:

> «[e]s evidente que el aspecto finalista de la función administrativa ha de orientarse a la realización del bien común, satisfaciendo las exigencias tanto de la comunidad como de los individuos que la integran. Pero, no obstante que el bien común puede alcanzarse por medio de formas y regímenes jurídicos reglados por el derecho privado, deben excluirse de la función administrativa en sentido material todas aquellas actividades típicamente privadas, especialmente la actividad industrial y comercial. Ello no es óbice para admitir la existencia, en tales casos, de actos de régimen jurídico entremezclado, que no trasuntan plenamente el ejercicio de la función materialmente administrativa (…)».[9]

Así, las excepciones puntuales a la exclusión del derecho público están previstas en la Ley 142 de 1994, como ocurre con las hipótesis reguladas en su artículo 33 —desarrollado por los artículos 56, 57, 116 y siguientes—. A su vez, en el artículo 35, relativo a la autorización que pueden dar las comisiones de regulación para inclusión de potestades excepcionales, en determinados contratos. También lo hizo en los contratos para la concesión de Áreas de Servicio Exclusivo (art. 40). En suma, los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios sometidos a la Ley 142 de 1994 se rigen por el derecho privado, salvo las excepciones puntuales previstas en la ley.

10. En materia contractual, el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 dispone que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

El artículo 1º del Acuerdo n°. 032 de 1996 expedido por el Concejo Municipal de La Ceja del Tambo creó la empresa industrial y comercial del Estado denominada Empresas Públicas de La Ceja del Tambo. Su objeto social es la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo (f. 16 c. 1).

En el proceso se acreditó que el 6 de mayo de 1998, Wilma Sarra, Alberto Serani y la Empresa celebraron el contrato que denominaron «Convenio entre los

---

[7] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación del 9 de mayo de 2024, Rad. 53.962 [Fundamento Jurídico 67].
[8] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de septiembre de 1997 Rad. S-701 [Fundamento Jurídico f]; Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 20 de febrero de 2017, Rad. 56.562 [Fundamento Jurídico 1]; sentencia del 8 de junio de 2018, Rad. 38.120 [Fundamento Jurídico 3.6]; sentencia de 30 de septiembre de 2019, Rad. 43036 [Fundamento Jurídico 3.4.1]; Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 3 de septiembre de 2020, Rad. 42003 [Fundamento Jurídico 61].
[9] CASSAGNE, Juan Carlos. *Los grandes principios del Derecho Público*, Editorial Temis, Bogotá, 2018 p. 111.

propietarios de la finca La Argentina y las Empresas Públicas de la Ceja del Tambo» —en adelante el contrato— (fls. 43-46 c. 1).

El contrato cuyo incumplimiento se debate en este proceso tuvo por objeto el otorgamiento de una servidumbre por parte de los propietarios de la Finca La Argentina a favor de las Empresas Públicas de La Ceja del Tambo E.S.P., con el fin de terminar la construcción de un acueducto, y como contraprestación dicha empresa adquirió varios compromisos relacionados con infraestructura hídrica para el desarrollo de un proyecto urbanístico. Su objeto, por tanto, estuvo directamente vinculado a la prestación del servicio público domiciliario de acueducto.

La necesidad que dio origen al convenio, entonces, no supuso el ejercicio de las facultades especiales que el artículo 33 de la Ley 142 de 1994 confiere a los prestadores de servicios públicos para la constitución de servidumbres sobre los bienes que requieran para la prestación del servicio. En ese supuesto, la constitución del derecho real habría operado con sujeción al régimen legal previsto para el efecto y se sometería al control de la jurisdicción contencioso administrativa sobre la legalidad de los actos correspondientes. Lo que ocurrió en este caso fue diferente: los propietarios de la hacienda La Argentina y las Empresas Públicas de La Ceja del Tambo E.S.P. decidieron llegar a un acuerdo mediante el cual los primeros constituyeron la servidumbre de manera consensual, a cambio de compromisos de infraestructura hídrica asumidos por la Empresa.

Al haberse constituido la servidumbre por acuerdo entre las partes y al incluirse estas obligaciones correlativas en favor de los propietarios del predio, el negocio jurídico que la contiene se rige por el derecho privado, en los términos del artículo 32 de la Ley 142 de 1994, vigente para la fecha del contrato[10].

Los elementos de la responsabilidad contractual

11. Conforme al régimen aplicable al contrato objeto de la controversia y a las pretensiones, su prosperidad debe ser evaluada de acuerdo con las reglas de la responsabilidad civil contractual y a la luz del régimen de derecho privado.

La responsabilidad civil contractual tiene su fundamento: i) en la fuerza vinculante del negocio jurídico celebrado entre las partes, según lo dispone el artículo 1602 del

[10] De conformidad con el artículo 189 de la Ley 142 de 1994, su vigencia inició a partir de la publicación en el Diario Oficial, lo cual aconteció el 11 de julio de la misma anualidad.

Código Civil, que le confiere efectos de ley entre los contratantes; y ii) en la buena fe (art. 1603 del CC y art. 871 del Código de Comercio), en virtud de la cual los contratos obligan no solo a lo que en ellos se pacta expresamente, sino también a las prestaciones y deberes que emanan de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin necesidad de cláusula especial.

12. Para que opere la responsabilidad civil contractual, se requiere el incumplimiento del contenido obligacional —que se verifica por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa—, la causación de un daño y la existencia de un nexo causal entre aquel y este. En cuanto a la responsabilidad civil contractual por incumplimiento, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que:

> *«(…) Trátese aquí, según puede establecerse, de un proceso de responsabilidad civil contractual, razón por la cual el acogimiento de la acción depende de la demostración,* ***en primer término, de la celebración por las partes del contrato a que se refiere la misma y, en segundo lugar, de los elementos que son propios a aquella, a saber: el incumplimiento de la convención por la persona a quien se demanda; la producción para el actor de un daño cierto y real; y, finalmente, que entre uno y otro de tales elementos medie un nexo de causalidad, es decir, que el perjuicio cuya reparación se persigue sea consecuencia directa de la conducta anticontractual reprochada al demandado.***
>
> *(…) Si los contratos legalmente celebrados "son una ley para los contratantes" (art. 1602 C.C.) y, por consiguiente, "deben ejecutarse de buena fe" y "obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella" (art. 1603 ib.), lógico resulta que su incumplimiento injustificado esté sancionado por la ley misma y que tal comportamiento, por ende, habilite al contratante inocente para solicitar, por una parte, se ordene su cumplimiento forzado o se disponga su resolución y, por otra, cuando la infracción le ha ocasionado un daño, que se le indemnice, reparación que puede reclamar en forma accesoria a la petición de cumplimiento o resolución o en forma directa, si lo anterior no es posible (…).»*[11] *(Negrillas fuera del texto original).*

En otra oportunidad, la misma Corporación señaló que, para que opere la responsabilidad civil:

> *«(…) [Se] exige la existencia y validez de un pacto ajustado entre dos o más sujetos de derecho,* ***la desatención de los compromisos adquiridos por uno de ellos o su ejecución defectuosa o tardía, así como la presencia de un detrimento, y el nexo causal entre tal omisión y su resultado****; además, se funda en los artículos 1602 a 1617 del Código Civil, consagratorios de la fuerza normativa de los contratos, así como en las estipulaciones y términos convenidos por las partes, sin perjuicio de las reglas imperativas, dispositivas y supletorias de la materia.*
>
> *Ello se explica porque los contratos válidos son ley para las partes quienes, desde el momento de su perfección, quedan compelidas a honrar las prestaciones asumidas y de no hacerlo tienen que salir a resarcir los daños que de su apartamiento unilateral deriven para quien sí cumplió o, cuando menos, se acercó a acatar sus deberes en la forma y términos pactados.*
>
> *Precisamente, en CSJ SC5585-2019, se recordó que:*

[11] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 9 de marzo de 2001, Rad. 5659 [Fundamento Jurídico 3].

> *(…) la responsabilidad contractual está edificada sobre los siguientes pilares axiológicos: a) la preexistencia de un vínculo jurídico entre las partes; b) su incumplimiento relevante por quien es demandado; c) la generación de un perjuicio significativo para el actor; y d) la conexión causal entre la referida insatisfacción de los deberes convencionales y el correspondiente daño irrogado».*[12] *(Negrillas fuera del texto original).*

En definitiva, el primer presupuesto de la responsabilidad contractual es la existencia de un negocio jurídico válido. Como los contratos se celebran para ser cumplidos al tenor de lo estipulado, las partes se obligan a ejecutar sus prestaciones en forma íntegra, efectiva y oportuna. Por ello, su inobservancia —por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa— puede dar lugar a la obligación de reparar los perjuicios causados, siempre que se acrediten el daño y el nexo causal.

13. El ordenamiento civil colombiano define el cumplimiento de las obligaciones a partir del concepto de pago efectivo[13]. El artículo 1626 del Código Civil dispone que el pago efectivo es «la prestación de lo que se debe.» La aparente sencillez de esa fórmula encierra una exigencia de precisión absoluta: el cumplimiento no es la ejecución de una conducta parecida, aproximada o equivalente a la prometida. Es la ejecución exacta de la prestación originalmente contraída, en todos sus elementos y condiciones. En este sentido, la doctrina expone frente al pago, lo siguiente:

> «*El deudor debe cumplir, y cumplimiento quiere decir, otra vez, ejecución exacta de la prestación. La exactitud de la prestación, concepto básico en el desenvolvimiento de la relación obligatoria, implica el desempeño previsto por parte del deudor frente al acreedor, lo cual, a su turno hace volver la mirada a la índole misma de la prestación, a lo que ella acarrea en razón de su naturaleza, de las circunstancias y, por supuesto, de las consideraciones que mutuamente se deben las partes y, en materia de obligaciones de origen negocial, tanto de las estipulaciones particulares, como de la clase de negocio jurídico, con acento especial en los principios de lealtad, corrección y buena fe, tomados no sólo como pauta de interpretación, sino como material con el que se integra el contenido del negocio si que (sic) también el de la relación obligatoria*»[14]

El artículo 1627 del mismo estatuto desarrolló esa regla con toda claridad al disponer que el pago debía hacerse «bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación» y que «el acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que

---

[12] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de diciembre de 2020, Rad. SC5142-2020.

[13] Parte de la doctrina considera el pago no debería tratarse en los modos de extinguir las obligaciones, sino en la teoría general del cumplimiento. Cfr FUEYO LANERI, Fernando. Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones, 3ª ed., actualizada por Gonzalo Figueroa Yáñez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, 425

[14]. FERNANDO HINESTROSA, Tratado de las obligaciones, t. I, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pág. 267. Según los MAZEAUD, hay tres principios que rigen el pago: 1) el solvens debe pagar lo debido; 2) debe pagar todo lo debido y 3) no debe pagar más que lo debido, Cfr. MAZEAUD, HENRI, LÉON y JEAN: Lecciones de derecho civil, vol. III, Parte segunda, trad. de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, p. 149. En el mismo sentido BONIVENTO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ JOSÉ. Obligaciones, 1era edición, Legis, pag, 415 y siguientes, CUBIDES CAMACHO Jorge, Obligaciones 8ª edición, Javeriana, pag 393 y siguientes.

lo que se le deba, ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida.» Esta norma contiene dos mandatos que operan en perfecta simetría. El primero, dirigido al deudor: debe pagar con la prestación exactamente debida, no con un sustituto. El segundo, dirigido al acreedor: no puede exigir una prestación diferente a la pactada, aunque afirme que tiene igual o mayor valor.

Por lo anterior, resulta acertado sostener que son dos las exigencias fundamentales y complementarias las que gobiernan los requisitos del pago. La primera, impone que el cumplimiento se ajuste en todos sus aspectos al contenido exacto de la obligación contraída, de suerte que el acreedor no puede ser compelido a recibir una prestación diferente a la que le fue prometida, aunque quien la ofrezca sostenga que tiene igual o mayor valor. El deudor no tiene la facultad de modificar unilateralmente el objeto de su obligación ni de sustituirlo por otro que considere equivalente: debe ejecutar precisamente lo que prometió, en la forma en que lo prometió.

La segunda exigencia es la de integridad o indivisibilidad del pago: el cumplimiento debe ser total y completo, sin que el deudor pueda imponer al acreedor la recepción fraccionada de la prestación, aun cuando el objeto de la obligación sea por su naturaleza susceptible de división. A estas dos exigencias se suma que el pago de la obligación principal arrastra consigo el de todo lo que le es accesorio, incluyendo los intereses[15], las cláusulas penales pactadas y las indemnizaciones que resulten debidas al acreedor como consecuencia del incumplimiento[16].

Además, el vínculo obligacional no solo genera cargas para el deudor, sino que le confiere a la vez una prerrogativa: la de extinguir la obligación mediante el cumplimiento cabal de la prestación debida[17]. Correlativamente, el acreedor no es un sujeto pasivo en la relación: sobre él pesa un deber de colaboración que le exige

---

[15] Cfr. Corte Suprema de Justicia sentencia de 18 junio 1912, , "G. J.", t. XXI, núm. 1913. *"El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban, según el artículo 1649 del Código Civil, y bien puede otorgarse carta de pago por el capital sin mencionar los intereses, pues éstos se presumen cubiertos (artículo 1653 del mismo Código)"*.

[16] Las dos exigencias descritas no son absolutas ni operan con igual rigor en todos los supuestos. Ambas ceden ante la voluntad de las partes (art. 1602 del CC) y admiten excepciones que el propio ordenamiento reconoce. En relación con la identidad de la prestación, nada impide que acreedor y deudor acuerden que la obligación se extinga mediante la entrega de una cosa diferente a la originalmente debida — lo que configura la dación en pago —. En cuanto a la integralidad, la divisibilidad del objeto y la concurrencia de varios sujetos en la relación obligacional pueden determinar que la prestación se satisfaga de manera fraccionada: así ocurre cuando la deuda de un causante se reparte entre sus herederos en proporción a sus cuotas hereditarias (art 1411 del CC), o cuando, siendo el objeto divisible y habiendo pluralidad de deudores sin pacto de solidaridad, cada uno responde únicamente por su parte de la obligación conjunta (art. 1568 del CC). Cabe anotar que el régimen de la pluralidad de deudores difiere según la naturaleza del negocio: en materia civil la solidaridad debe pactarse expresamente, mientras que en el ámbito mercantil se presume cuando son varios los obligados (art. 861 del C.Co).

[17] Cfr. FRANCESCO MESSINEO, Manual de derecho civil y comercial, t. IV, trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, pág. 361.

desplegar las conductas necesarias para que el deudor pueda ejecutar la prestación sin obstáculos. El acreedor no debe entorpecer ni frustrar el cumplimiento; hacerlo significaría contrariar la función misma de la obligación, que no es otra que la satisfacción de su interés legítimo a través de la ejecución de la prestación por el obligado[18].

14. Ahora bien, para establecer qué debe pagarse y cómo debe ejecutarse la prestación, es necesario acudir al contrato: en él están definidos el objeto, las condiciones de modo, tiempo y lugar, y las demás estipulaciones que las partes acordaron como contenido de sus obligaciones recíprocas. Sin embargo, el contenido del contrato no se agota en lo expresamente pactado. La determinación de lo debido se integra también con los elementos naturales del negocio — aquellos que la ley presume incluidos en ciertos contratos, aunque las partes no los hayan acordado expresamente — y con los elementos accidentales — aquellos que las partes incorporaron mediante estipulación expresa para modificar o complementar el régimen supletivo —. Esa determinación interesa tanto al deudor, que necesita saber con exactitud qué conducta debe desplegar para liberarse del vínculo, como al acreedor, que tiene derecho a exigir la ejecución total, exacta y oportuna de lo que le fue prometido.

Este referente no opera de manera aislada. Los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio imponen que los contratos se ejecuten de buena fe, lo que significa que las partes deben comportarse durante toda la vida del vínculo de manera leal y coherente con las condiciones bajo las cuales contrataron. La buena fe no solo integra el contenido de las obligaciones con todo lo que emana de la naturaleza del negocio, sino que además impide que cualquiera de las partes altere unilateralmente el objeto sobre el cual la otra fundó su consentimiento[19].

En suma, es el contrato con sus elementos naturales y accidentales, junto con el principio de la buena fe que integra su contenido, el referente a partir del cual puede establecerse qué se debe, cómo debe ejecutarse la prestación y si el deudor quedó liberado de su obligación o el acreedor puede exigir su cumplimiento.

El convenio suscrito entre las partes

---

[18] Cfr. FERNANDO HINESTROSA, Tratado de las obligaciones, t. I, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pág. 562.
[19] SOLARTE RODRÍGUEZ Arturo. La Buena Fe Contractual y Los Deberes Secundarios de Conducta, Javeriana Revista Universitas, pags. 281 a 315.

15. La parte actora sostuvo que las obligaciones adquiridas por las Empresas Públicas eran exigibles frente a todas las unidades prediales que componían la hacienda La Argentina y respecto de todos los proyectos que en ellas se adelantaran. Además, en la apelación esgrimió que en virtud del convenio la demandante no debía surtir el procedimiento ordinario para obtener la factibilidad del servicio de acueducto; que la Empresa se obligó a solicitar a Integral S.A. los estudios necesarios para determinar las obras requeridas para abastecer el predio; que no es cierto que la demandante hubiera dejado de pagar el cincuenta por ciento del costo de las obras, pues esa obligación solo surgiría una vez Integral estableciera el presupuesto correspondiente; y que la Empresa se negó a construir la infraestructura alegando falta de disponibilidad presupuestal y desproporción entre la inversión requerida y la contraprestación recibida.

Todas esas cuestiones tienen como elemento común la determinación del objeto del convenio: qué fue exactamente lo que las partes acordaron, sobre qué predio y para qué proyecto. Sin esa determinación previa no es posible establecer si las obligaciones fueron incumplidas ni si resultaban exigibles en los términos en que fueron reclamadas. El examen del convenio no es, por tanto, un ejercicio previo y separado del análisis de la apelación, es su núcleo esencial.

16. Corresponde al juez dilucidar, en cada situación, cuál fue el entendimiento entre las partes y su alcance, conforme a las pautas de interpretación de los contratos y al principio de buena fe en su ejecución. En esa labor, el juez del contrato debe seguir ante todo el criterio establecido en el artículo 1618 del Código Civil, según el cual, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras. Al aplicar esta norma, puede resultar de gran utilidad ubicar temporalmente la voluntad de las partes, esto es, determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se expresó y confluyó su consentimiento.

Esta regla tiene plena aplicación cuando conste de manera inequívoca que la intención de las partes es distinta de lo que expresaron los términos del contrato y supone que, aun siendo «claro» en el sentido lingüístico y literal, ante una divergencia el juez debe precisar e indagar la recíproca intención de las partes, según las circunstancias del negocio jurídico[20]. La labor del juez no se orienta, por

[20] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de noviembre de 2020, Rad. 11001-31-03-019-2011-00361-01 [fundamento jurídico C.1].

supuesto, a «enervar, reemplazar o suplantar a las partes»[21], ni a adulterar sus estipulaciones, sino más bien a la «consecución reflexiva del sentido de una estipulación»[22]. En tal sentido, no solo al interpretar el contrato, sino sus acuerdos modificatorios, debe precisar la finalidad común de las partes, con el fin de determinar el resultado específico perseguido por ellas, de acuerdo con su contenido, alcance, utilidad y función[23].

17. El 6 de mayo de 1998, los señores Alberto Serani Velli y Wilma Sarra Bernardini, propietarios en comunidad proindiviso de la hacienda denominada La Argentina, ubicada en el municipio de La Ceja del Tambo, y las Empresas Públicas de La Ceja del Tambo E.S.P., suscribieron el convenio que constituye el título de las obligaciones cuyo incumplimiento se debate en este proceso (fls. 43-46 c. 1). Para comprender el alcance exacto de las obligaciones de cada una de las partes y el marco dentro del cual deben valorarse las pretensiones de la demanda, es indispensable examinar con precisión el objeto del convenio y la estructura de las obligaciones que de él se derivan.

El convenio, conforme a sus antecedentes, surgió de una necesidad concreta de las Empresas Públicas de La Ceja del Tambo: ejecutar el proyecto de captación, bombeo y conducción de las aguas del río Pantanillo con destino al acueducto municipal, para lo cual era indispensable una tubería que debía atravesar los predios de la hacienda La Argentina. Esa necesidad generó una relación de mutua conveniencia, dado que las Empresas requerían el paso del ducto y los propietarios necesitaban infraestructura hídrica para desarrollar un proyecto urbanístico que tenían proyectado sobre la finca.

Esa doble necesidad es la que explica la estructura del convenio y la lógica de sus obligaciones recíprocas. Se trató de un acuerdo que combinó el otorgamiento de una servidumbre real de acueducto con compromisos de infraestructura y de habilitación técnica para el desarrollo urbanístico. Cada obligación de una parte estaba concebida como contraprestación de la obligación correlativa de la otra.

18. Ahora bien, las obligaciones pactadas no fueron indefinidas ni recayeron sobre cualquier proyecto que los propietarios pudieran concebir en el futuro sobre el

---

[21] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de febrero de 2008, Rad. 2001-06915-01 [fundamento jurídico 1].
[22] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de febrero de 2000, Rad. 5577 [fundamento jurídico 1].
[23] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 1 de agosto de 2002, Rad. 6907 [fundamento jurídico 3].

predio. Fueron adquiridas para un desarrollo urbanístico determinado, existente al momento de la celebración del convenio. Así lo revela una lectura sistemática e integral del texto contractual.

El numeral 1º de la Cláusula Segunda dispuso que la obligación de factibilidad recaía sobre «el proyecto urbanístico que se pretendía desarrollar» en los predios de la finca La Argentina. El empleo del artículo determinado singular no es un detalle gramatical irrelevante: es la expresión de una voluntad contractual precisa. Las partes no concibieron un proyecto futuro e indeterminado, ni a cualquiera que los propietarios pudieran concebir con posterioridad, ni a una pluralidad de desarrollos urbanísticos sobre distintas porciones del predio. Se refirieron a un proyecto específico, ya planeado al momento de la celebración del contrato, que constituyó la causa determinante de las obligaciones recíprocas: la factibilidad del servicio de acueducto y la construcción de las obras de infraestructura, a cambio de la cesión de los terrenos para la servidumbre.

Esta lectura se confirma del estudio del convenio en su conjunto. El antecedente quinto señaló expresamente que «ALBERTO SERANI y WILMA SARRA tienen proyectada la construcción de un proyecto urbanístico» sobre el predio descrito en el hecho anterior (fl. 43 c.1). Ese proyecto ya estuvo concebido y determinado al momento de firmar. No fue una posibilidad futura e incierta sino una realidad existente que motivó el convenio.

Esta misma referencia al desarrollo urbanístico como objeto único y singular apareció de manera reiterada a lo largo de todo el texto contractual, en cada cláusula y obligación. La Cláusula Segunda, numerales 1º y 2º, habló de «el proyecto urbanístico que se pretendía desarrollar» y de «facilitar el desarrollo y construcción del proyecto urbanístico en la finca La Argentina.» El numeral 7º se refirió a «la factibilidad técnica sobre posibles derivaciones de agua (…) para el suministro del servicio al complejo urbanístico proyectado en la finca la Argentina.» La Cláusula Tercera, numeral 3º, mencionó «el acueducto que suministraría agua al proyecto urbanístico que se pretendía realizar en la finca la Argentina.» La Cláusula Cuarta habló de «el proyecto urbanístico en la finca la Argentina.» La Cláusula Sexta se refirió a «futuros usuarios del proyecto urbanístico a desarrollar en la finca la Argentina.» La Cláusula Octava mencionó «el proyecto urbanístico a desarrollar en la finca La Argentina.»

Sin excepción, en las siete cláusulas del convenio, la referencia fue siempre al mismo objeto: un solo proyecto urbanístico, sobre una sola finca, concebido por los

dos propietarios en conjunto al momento de la firma. El convenio constituyó un sistema contractual coherente y unitario construido alrededor de ese único referente.

La consecuencia de esta lectura sistemática fue la siguiente: la obligación consignada en el numeral 1º de la Cláusula Segunda del convenio tuvo por objeto dar factibilidad al proyecto urbanístico que los propietarios ya tenían previsto ejecutar sobre el predio La Argentina al momento de la celebración del negocio jurídico. No se trató de una obligación indefinida de otorgar factibilidad a cualquier desarrollo urbanístico que con posterioridad los propietarios decidieran ejecutar sobre el predio o sobre porciones de este.

19. El convenio no solo identificó el proyecto urbanístico sobre el que debería recaer la factibilidad, sino que lo localizó geográficamente dentro de la finca. El numeral 2.2 de la Cláusula Segunda, al describir la obra de tubería que las Empresas Públicas debían construir, la definió como un tramo que iría «desde el tanque de almacenamiento hasta la parte baja de la finca donde se desarrollará el complejo urbanístico.»

Esta referencia a «la parte baja de la finca» no fue una mención accidental ni un dato técnico irrelevante. Constituyó la localización geográfica precisa del complejo urbanístico dentro del predio La Argentina. El convenio identificó el desarrollo urbanístico no solo como único y singular sino también como ubicado en la parte baja de la finca. Esa doble determinación — un solo proyecto, en la parte baja — fue la que definió con toda exactitud el objeto de las obligaciones entre las partes.

Con el objeto de facilitar la materialización del proyecto urbanístico que los propietarios pretendieron acometer, las partes asumieron una serie de obligaciones. En la demanda y en la apelación se afirmó que la Empresa incumplió tres de ellas: i) dar factibilidad para la prestación del servicio de acueducto; ii) solicitar a «Integral» un concepto técnico; y iii) construir una infraestructura, cuyo costo sería asumido por partes iguales. La Sala analizará los referidos incumplimientos, previa la precisión de los hechos ocurridos durante la ejecución del contrato.

Las circunstancias posteriores a la celebración del contrato:

20. Precisado el objeto y el alcance del convenio corresponde examinar lo ocurrido durante su ejecución. La complejidad de los hechos acaecidos con posterioridad a la firma del contrato hace necesario abordarlos de manera ordenada. Para tal

efecto, la Sala los analizará por fases, con el propósito de establecer de qué manera los acontecimientos que fueron sucediendo desde la constitución de la servidumbre hasta el otorgamiento de la factibilidad al proyecto Poblado Argentina incidieron sobre el objeto del convenio y, en consecuencia, sobre la exigibilidad de las obligaciones cuyo incumplimiento se reclama.

La ejecución inicial del convenio — la servidumbre sobre la finca unitaria

21. Una vez suscrito el convenio el 6 de mayo de 1998, los propietarios procedieron a cumplir su obligación principal. El 18 de febrero de 1999, mediante escritura pública número 172 otorgada en la Notaría Única del Círculo Notarial de La Ceja, los señores Alberto Serani Velli y Wilma Sarra Bernardini constituyeron a favor de las Empresas Públicas de La Ceja del Tambo E.S.P. la servidumbre de acueducto pactada, para el paso de la tubería del proyecto de captación, bombeo y conducción de las aguas del río Pantanillo. En esa misma escritura se protocolizó el convenio (fl. 60-62 c.1).

La escritura 172 se otorgó sobre la hacienda La Argentina como unidad predial, identificada con la matrícula inmobiliaria número 017-0003820 y no sobre una porción de ella. Con ese acto, la ejecución del convenio quedó iniciada en los términos que ambas partes habían acordado: una finca unitaria, identificada con una sola matrícula, gravada con una servidumbre de acueducto a favor de las Empresas Públicas para el paso de la tubería del proyecto Pantanillo. El objeto del convenio era preciso, estaba determinado, y había sido materializado mediante un acto solemne inscrito en el registro inmobiliario. En el folio de matrícula referido se hizo la inscripción de la servidumbre (fl. 171 a 174 c. 2).

La división del predio La Argentina y la ubicación del lote de la demandante

22. Cuatro meses y medio después de otorgada la escritura de servidumbre, el 2 de julio de 1999, los señores Alberto Serani Velli y Wilma Sarra Bernardini otorgaron la escritura pública número 1149 en la Notaría Veintiséis del Círculo Notarial de Medellín (fl. 47-57 c.1). Mediante ese instrumento, los propietarios decidieron dar término a la comunidad que habían mantenido sobre la hacienda La Argentina y procedieron a dividir el inmueble entre sí.

De la división resultaron dos lotes. Al señor Alberto Serani Velli se le adjudicó el denominado Lote Número Uno, con un área de ciento doce mil doscientos sesenta y nueve metros cuadrados con setenta y cuatro decímetros cuadrados (112.269,74

m²). A la señora Wilma Sarra Bernardini se le adjudicó el denominado Lote Número Dos, con un área de ochocientos treinta y siete mil novecientos ochenta y siete metros cuadrados con setenta y nueve decímetros cuadrados (837.987,79 m²).

La escritura 1149 fue registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de La Ceja el 12 de julio de 1999. Con ocasión de ese registro se abrieron dos nuevos folios de matrícula inmobiliaria: el folio 017-0029536, correspondiente al Lote Número Uno adjudicado al señor Serani Velli, y el folio 017-0029537, al Lote Número Dos adjudicado a la señora Sarra Bernardini (fl. 58, 163-166 c.1). El folio de matrícula número 017-0003820, correspondiente a la hacienda La Argentina como unidad predial — el mismo folio sobre el cual fue constituida la servidumbre y sobre el cual recaían las obligaciones del convenio —, quedó cerrado con ocasión de la división del predio (fl. 165 c.1).

Este acto tuvo una consecuencia de primer orden para el objeto del convenio: la hacienda La Argentina como unidad predial, que era el supuesto de hecho sobre el cual estaban construidas todas las obligaciones de las partes, dejó de existir jurídicamente desde el 12 de julio de 1999. En su lugar surgieron dos inmuebles, con matrículas distintas, titulares diferentes y, como se verá, condiciones geográficas y urbanísticas disímiles.

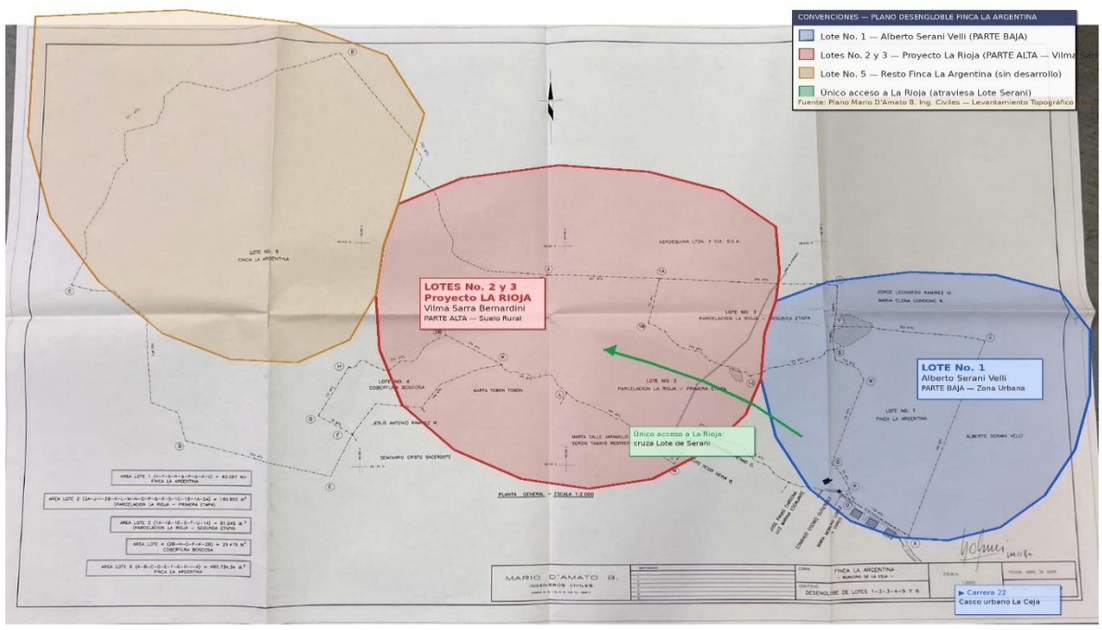
Es necesario destacar que este acto fue realizado de manera exclusiva y voluntaria por los propietarios, motivado por razones de orden personal ajenas al convenio. La propia demandante, Wilma Sarra Bernardini, al rendir interrogatorio de parte ante el Tribunal el 27 de octubre de 2009, manifestó que la división del predio ocurrió después de su divorcio con el señor Alberto Serani (fl. 145-148 c.1). Esa manifestación tiene el valor de una confesión en los términos del artículo 195 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto constituyó el reconocimiento de un hecho — que la división obedeció a razones de orden personal de los propietarios y no a circunstancias derivadas del convenio — que resultó desfavorable a sus propias pretensiones y fue hecho por la parte misma en el curso del proceso.

Por su parte, el señor Carlos Serani Sarra, hijo de la demandante, al rendir declaración testimonial el 20 de octubre de 2009, confirmó que los dos predios se dividieron como resultado del divorcio de sus padres (fl. 133-141 c.1). Ese testimonio merece especial credibilidad por cuanto provino de quien tuvo conocimiento directo de las circunstancias familiares que motivaron la división, participó activamente en la gestión del proyecto La Rioja y fue interlocutor

permanente de las Empresas Públicas en las gestiones que precedieron a la negativa de factibilidad.

23. El Lote Número Uno, adjudicado al señor Alberto Serani Velli, estuvo ubicado en la parte baja de la finca original, con frente directo a la Carrera 22 de La Ceja en zona urbana. La propia escritura de partición señaló que, al Lote Número Dos, adjudicado a la señora Wilma Sarra Bernardini, se accedía por una vía que se iniciaba en la Carrera 22 y que atravesaba el Lote Número Uno (fl. 47 a 57 c.1). Es decir, el Lote de Serani estuvo al frente — en la parte baja — y el Lote de Wilma Sarra estuvo al fondo — en la parte alta —, al que solo se llegaba cruzando el lote del primero.

24. Esta configuración geográfica fue corroborada por múltiples fuentes documentales. Los planos topográficos y de diseño del proyecto La Rioja, elaborados por el Ingeniero Mario D'Amato Bassi y aportados por los propios demandantes como parte de sus gestiones ante las Empresas Públicas, mostraron el Lote Número Uno de Serani en la parte inferior del área, adyacente al sector urbano de La Ceja, y los lotes del proyecto La Rioja en el cuadrante superior, topográficamente más alto (c. 2, fl. 40-90). No existió acceso independiente al predio de Wilma Sarra sin atravesar el predio de Serani:



25. La Secretaría de Planeación Municipal de La Ceja, en el Informativo de Usos del Suelo expedido el 8 de febrero de 2007, identificó el predio de la señora Wilma Sarra Bernardini con la dirección catastral oficial de «LOTE 2 FINCA LA

ARGENTINA PARTE ALTA» (fl. 22-24 c.2). Esa denominación oficial, asignada por la propia administración municipal, confirma, sin lugar a duda, que el predio de la demandante corresponde a la parte alta de la finca original y no a la parte baja donde el convenio situó el complejo urbanístico.

26. El folio de matrícula inmobiliaria número 017-0034192, correspondiente al predio de la señora Wilma Sarra Bernardini, tuvo marcada expresamente la casilla RURAL en la descripción del tipo de predio (c.2, fl. 20-21). El Alineamiento 074-04 expedido por la Secretaría de Planeación el 6 de abril de 2004, a nombre de la señora Sarra Bernardini, identificó igualmente el predio en la Vereda La Milagrosa, sector rural (c.2, fl. 28). La Secretaría de Planeación Municipal confirmó al Tribunal, mediante oficio SP-380 número 001980 del 21 de mayo de 2010, que, de realizarse un proyecto de parcelación en dicho predio, las empresas de servicios públicos no estarían en la obligación de entregar factibilidad ni de prestar servicios públicos, por cuanto según la Ley 388 de 1997 la obligatoriedad de prestación de servicios públicos se circunscribía al suelo urbano (fl. 180-181 c.1).

De lo anterior resulta acreditado que el predio sobre el cual la señora Wilma Sarra Bernardini pretendió desarrollar el proyecto La Rioja fue el Lote Número Dos, ubicado en la parte alta de la finca original, en suelo rural, en la Vereda La Milagrosa, identificado oficialmente por la administración municipal como «PARTE ALTA».

Nacimiento de la obligación de otorgar factibilidad por cumplimiento de la condición pactada

27. El 6 de agosto de 2000 —catorce meses después de la división—, las obras del proyecto Pantanillo fueron concluidas y entregadas (fl. 119 c.1). Con ese hecho se verificó la condición suspensiva bajo la cual estaba sometida la obligación de factibilidad: desde ese momento nació la obligación y se hizo exigible en los términos pactados.

Sin embargo, en ese mismo momento el objeto sobre el cual debía recaer la prestación había desaparecido catorce meses antes. La hacienda La Argentina como unidad predial, a cuyo proyecto urbanístico estaba referida la factibilidad prometida, ya no existía desde el 12 de julio de 1999. El folio 017-0003820 estaba cerrado. En su lugar existían dos predios, dos matrículas distintas y dos propietarios diferentes.

La adición al convenio y la precisión sobre el predio con la servidumbre

28. El 21 de diciembre de 2000, los señores Alberto Serani Velli y Wilma Sarra Bernardini y las Empresas Públicas de La Ceja del Tambo E.S.P. suscribieron la escritura pública número 1273 de la Notaría Única de La Ceja (fl. 60-61 c.1). Mediante ese instrumento las partes ampliaron en veinticuatro meses el plazo de la Cláusula Cuarta del convenio, esto es, hasta el 6 de mayo de 2005.

Para efectos de este análisis, el dato más relevante que contiene la escritura 1273, además de la ampliación del plazo, es la manera en que las propias partes identificaron el objeto del convenio en ese instrumento. Dicha escritura describió el inmueble sobre el que había sido constituida la servidumbre como el denominado La Argentina, identificado con la matrícula inmobiliaria número 017-0003820. Esa matrícula era la de la hacienda La Argentina como unidad predial. La misma que había quedado cerrada dieciocho meses antes, el 12 de julio de 1999, con ocasión de la división.

Ese dato no fue un error notarial irrelevante. Dieciocho meses después de la división, ambas partes — los propietarios y las Empresas Públicas — siguieron entendiendo y tratando el convenio como referido a la hacienda La Argentina como unidad predial, en los mismos términos en que fue suscrito el convenio en mayo de 1998. Ninguna de las partes, al firmar la adición, mencionó la partición, las nuevas matrículas, los dos lotes resultantes ni mucho menos dos proyectos urbanísticos diferentes sobre los predios.

29. El 24 de julio de 2003, mediante escritura pública número 867 de la Notaría Única de La Ceja, comparecieron la señora Wilma Sarra Bernardini — actuando en nombre propio y en representación del señor Alberto Serani Velli —, el señor Carlos Alberto Serani Sarra, el Alcalde del Municipio de La Ceja, el Representante Legal de las Empresas Públicas de La Ceja del Tambo E.S.P. y la señora Gloria Amparo Zuluaga Zuluaga [24](fl. 33-35 c.1).

En ese instrumento los comparecientes declararon conjuntamente que la servidumbre de acueducto constituida mediante escritura 172 del 18 de febrero de 1999 afectaba únicamente el inmueble de matrícula inmobiliaria número 017-0029537, correspondiente al Lote Número Dos adjudicado a la señora Wilma Sarra

[24] Gloria Amparo Zuluaga Zuluaga compareció a la escritura 867 porque era propietaria de la matrícula inmobiliaria número 017-0034279, que era uno de los predios derivados del Lote Número Uno de Alberto Serani Velli. Ese predio tenía inscrita la servidumbre de acueducto y de tránsito como limitación al dominio, pese a que según la escritura 1149 esas servidumbres solo debían afectar los inmuebles cuya propiedad conservaran Alberto Serani Velli o Wilma Sarra Bernardini.

Bernardini, y solicitaron la cancelación del gravamen en los folios de matrícula 017-0029536 — el Lote Número Uno de Alberto Serani Velli — y en sus derivados. Las Empresas Públicas expresaron conformidad y coadyuvaron la solicitud.

El propósito de la escritura 867 fue exclusivamente registral: precisar en cuál de los dos folios de matrícula resultantes de la división debía quedar inscrita la servidumbre de acueducto, dado que la tubería del proyecto Pantanillo atravesaba físicamente el Lote Número Dos de la señora Sarra Bernardini. Fue un acto registral, no una modificación del convenio.

Lo que resulta significativo para este análisis, es que en ninguna de las cláusulas de este instrumento las partes introdujeron modificación al convenio de mayo de 1998. Tampoco expresaron que este quedaba referido exclusivamente al predio de la señora Wilma Sarra Bernardini ni que el predio del señor Alberto Serani Velli quedaba excluido de su objeto. De igual forma, no hubo manifestación de voluntad sobre un proyecto urbanístico distinto en cada lote con derechos independientes derivados del convenio.

Si los propietarios hubieran entendido que la partición había generado para cada uno de ellos un derecho autónomo a exigir factibilidad para un proyecto propio, ese era el momento para decirlo y dejarlo consignado ya fuera en la escritura pública o en documento adicional modificatorio acordado entre las partes. Sin embargo, solo procedieron a resolver la cuestión registral de la servidumbre como si el convenio siguiera siendo lo que fue desde el principio: un acuerdo sobre un predio y un único proyecto urbanístico, sin distinción entre los dos propietarios ni entre los lotes resultantes de la división.

Las gestiones para el proyecto La Rioja y la negativa definitiva a la factibilidad y la ejecución de las obras.

30. El 5 de noviembre de 2004, el señor Carlos Serani Sarra remitió comunicación al Ingeniero Alexander García Henao, Interventor de Construcción de Redes de las Empresas Públicas de La Ceja del Tambo E.S.P., adjuntando memorias de cálculo de caudales requeridos para la planta de tratamiento de agua y el plano de la parcelación con los detalles de localización y longitudes de tubería elaborados por el Ingeniero Mario D'Amato, y solicitando determinar el costo de la planta de tratamiento de agua de la parcelación (fl. 69 c.1). De ese documento queda acreditado que quien gestionaba ante las Empresas Públicas no era ninguno de los propietarios originales del convenio sino el señor Carlos Serani Sarra, hijo de

ambos, y que su interlocutor en la Empresa era el Director Técnico y de Gestión de Proyectos. En esa comunicación no se hizo referencia al convenio de 1998 ni al proyecto urbanístico que en él se contempló como objeto de la obligación de factibilidad.

31. El 3 de diciembre de 2004, las Empresas Públicas expidieron una certificación suscrita por el Gerente General Hernán Andrés Ramírez Ríos, el Director Técnico Alexander García Henao y la Asesora Jurídica Adriana Patricia Arboleda López (fl. 68 c.1). En dicho documento la Empresa certificó que, periódicamente, personal adscrito a esta se había reunido con los representantes del «Proyecto Urbanístico La Argentina» para analizar estudios, cálculos y prediseños de las redes de acueducto y planta de tratamiento de aguas potables, y que se habían realizado visitas técnicas al sector. La certificación fue expedida a petición del interesado para tramitar licencia de construcción ante la Secretaría de Planeación Municipal y la Fiduciaria.

32. El 13 de enero de 2005, la Dirección Técnica de las Empresas Públicas, mediante oficio número DTGP-002-000017 suscrito por el Director Técnico Alexander García Henao y con visto bueno del Gerente General Hernán Andrés Ramírez Ríos, formuló seis observaciones técnicas a los documentos presentados para el proyecto, dirigido a la señora Wilma Sarra Bernardini en su condición de representante de la Parcelación Finca La Argentina (fl. 13-14 c.1).

33. El 29 de abril de 2005, las Empresas Públicas respondieron el derecho de petición formulado por los señores Wilma Sarra Bernardini y Carlos Serani Sarra mediante el oficio número GE-094 000321 (fl. 63-67 c.1). En ese documento la Empresa informó que no existía factibilidad para el proyecto porque nunca había sido expedida; que las obras de infraestructura resultaban imposibles de ejecutar por razones presupuestales y de capacidad financiera; y que el concepto técnico a la firma Integral S.A. no había sido solicitado porque la administración consideraba el proyecto inviable técnica, jurídica y económicamente. La Empresa propuso la «resciliación del contrato» o una «transacción razonable» entre las partes.

Esa negativa, expresada en el oficio 321 de abril de 2005, es el hecho que la demandante identificó como el incumplimiento de la obligación de factibilidad. En efecto, la propia demandante, Wilma Sarra Bernardini, al rendir interrogatorio de parte ante el Tribunal el 27 de octubre de 2009, manifestó que la demanda que presentó no tenía nada que ver con la parte del predio La Argentina que le correspondió a Alberto Serani y que sí adelantó un diseño de un proyecto sobre su

predio pero que no lo pudo ejecutar porque no le otorgaron factibilidad, es decir, que su reclamo se refería al proyecto propio denominado La Rioja (fl. 145-148 c.1). Esa manifestación tiene el valor de una confesión en los términos del artículo 195 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto constituyó el reconocimiento de un hecho que resultó desfavorable a sus propias pretensiones.

De igual forma, en su testimonio el señor Carlos Serani Sarra, hijo de ambos propietarios, al rendir declaración el 20 de octubre de 2009, confirmó que se inició un proyecto y, para tal efecto, se contrató a un ingeniero para que elaborara los diseños entregados a la entidad demandada y cuyas gestiones fueron adelantadas por la señora Wilma Sarra (fl. 133-141 c.1). Ese testimonio merece especial credibilidad por cuanto provino de quien tuvo conocimiento directo de las circunstancias familiares que motivaron la división, participó activamente en la gestión del proyecto La Rioja por encargo de sus padres y fue interlocutor permanente de las Empresas Públicas en las gestiones que precedieron a la negativa de factibilidad.

El ingeniero D´Amato, contratado según la versión del señor Serani Sarra, también rindió su declaración, en la que confirmó que realizó los diseños para el proyecto la Rioja, frente al cual no hubo factibilidad y que motivó la demanda (fl. 142-144 c.1). Además, en el proceso obran los diseños elaborados por este profesional los cuales no correspondieron al predio la Argentina en su totalidad, sino al nuevo proyecto en el predio de propiedad de la demandante (f. 37 a 90 c. 2).

La factibilidad otorgada al proyecto Poblado Argentina.

34. El 28 de enero de 2009, las Empresas Públicas de La Ceja del Tambo E.S.P. otorgaron factibilidad de servicios públicos de acueducto y alcantarillado para el proyecto urbanístico denominado Poblado de la Argentina, a desarrollarse en el lote de propiedad del señor Alberto Serani Velli — el Lote Número Uno, la parte baja de la finca original, con acceso directo a la Carrera 22 en zona urbana —, donde se proyectaba la construcción de ciento setenta y cuatro viviendas unifamiliares y un centro comercial (fl. 122-123 c.1).

Este hecho es de singular importancia para el análisis. Las Empresas Públicas otorgaron factibilidad a un proyecto urbanístico desarrollado sobre el predio que correspondió a uno de los dos propietarios originales del convenio, ubicado en la parte baja de la finca, en zona urbana.

Definidos los hechos relevantes posteriores a la celebración del contrato, se analizará el incumplimiento alegado por la parte actora en el recurso de apelación.

La obligación de otorgar factibilidad del servicio público de acueducto al proyecto urbanístico

35. El numeral 1º de la Cláusula Segunda del convenio dispuso que las Empresas Públicas de La Ceja del Tambo se obligaban a «dar factibilidad del servicio de acueducto a los propietarios de la Finca la Argentina para la ejecución del proyecto urbanístico que se pretendía desarrollar en los predios de la mencionada finca», condicionada a que ello ocurriría una vez terminado el proyecto Pantanillo.

36. La factibilidad del servicio de acueducto es un acto mediante el cual el prestador del servicio público establece las condiciones técnicas, jurídicas y económicas que permiten ejecutar la infraestructura de servicios públicos domiciliarios de acueducto para un proceso de urbanización determinado sobre un predio concreto.

De esta definición se derivaron dos características esenciales que resultaron determinantes para el caso. La primera fue que la factibilidad constituyó un acto referido a un desarrollo urbanístico específico: no existió factibilidad en abstracto -sobre varios predios como unidades independientes y proyectos distintos posteriores- sino relacionada con las condiciones técnicas propias de la realidad predial y urbanística originalmente acordada. La segunda fue que la factibilidad tuvo efectos vinculantes para el prestador: al otorgarla, se comprometió a garantizar el servicio. Por eso, precisamente, la obligación estuvo condicionada a la terminación del proyecto Pantanillo dado que, sin esa infraestructura concluida, la Empresa no habría podido honrar el compromiso vinculante que implicó su otorgamiento.

En el marco del convenio, la obligación de factibilidad adquirió además un contenido adicional que fue más allá del simple pronunciamiento técnico. Las Empresas Públicas no solo se obligaron a declarar la disponibilidad de agua: se comprometieron a crearla, construyendo la planta de tratamiento y el tanque de almacenamiento que harían posible el suministro. La factibilidad no fue la constatación de una capacidad existente sino el compromiso de producirla. Ello explicó la conexión inescindible entre la obligación de factibilidad del numeral 1º y las obras de infraestructura del numeral 2º: unas sin las otras habrían carecido de sustento técnico.

37. La declaración de incumplimiento de una obligación contractual exige como presupuesto lógico e ineludible que la prestación reclamada sea la misma que fue pactada. Cuando lo exigido no coincide con el objeto de la obligación tal como fue acordado, no hay lugar a la responsabilidad contractual. En este caso, ese presupuesto no está satisfecho. La Rioja — respecto del cual la demandante reclamó el cumplimiento de las obligaciones del convenio — es un proyecto diferente al que constituyó el objeto de la obligación contenida en el numeral 1º de la Cláusula Segunda.

38. En primer lugar, el convenio de 6 de mayo de 1998 identificó con toda precisión el objeto de la obligación de factibilidad: el proyecto urbanístico que los propietarios Alberto Serani Velli y Wilma Sarra Bernardini tenían previsto desarrollar en conjunto sobre la hacienda La Argentina como unidad predial. Ese proyecto fue único, singular y referido a la totalidad de la finca, como quedó acreditado con la lectura sistemática de las siete cláusulas del convenio que de manera reiterada e invariable aludieron a «el proyecto urbanístico» en singular, sobre «la finca La Argentina» como unidad.

Ese fue el objeto de la obligación y así debía permanecer, pues las partes no lo modificaron voluntariamente. En efecto, como quedó establecido en el análisis de los hechos ocurridos con posterioridad a la firma del contrato, el convenio fue objeto de una sola reforma a lo largo de su vigencia — la ampliación de plazo contenida en la escritura pública número 1273 del 21 de diciembre de 2000 — y las partes comparecieron ante notario el 24 de julio de 2003 para precisar la ubicación registral de la servidumbre mediante la escritura 867. En ninguna de esas oportunidades se introdujo modificación alguna al objeto del convenio. No se hizo referencia a los lotes resultantes de la partición, a dos proyectos urbanísticos independientes ni se establecieron derechos particulares a favor de cada propietario. El convenio permaneció inalterado en su objeto a pesar de que las partes tuvieron oportunidades para modificarlo.

Fue con posterioridad a esas oportunidades, y como consecuencia de la división del predio derivada del divorcio de sus propietarios, que el señor Alberto Serani Velli y la señora Wilma Sarra Bernardini decidieron de manera independiente impulsar, cada uno por su cuenta, un proyecto urbanístico propio sobre la porción del terreno que les había correspondido en la partición. El señor Serani Velli el proyecto denominado Poblado Argentina, sobre el Lote Número Uno y la señora Sarra Bernardini el proyecto denominado La Rioja, sobre el Lote Número Dos. Esa

decisión fue un acto unilateral de cada propietario, adoptado por razones propias, sin modificación del convenio y sin acuerdo con las Empresas Públicas.

La división del predio por razones ajenas al convenio no tuvo la virtualidad de modificar el objeto de las obligaciones contractuales ni de ampliarlas. Los propietarios no podían, mediante un acto unilateral de partición motivado por circunstancias personales, transformar una obligación única referida a un proyecto conjunto y determinado sobre una finca unitaria en una obligación doble exigible frente a cada uno de los predios resultantes de la partición y en cuanto a cada uno de los proyectos que de manera independiente decidieran impulsar sobre ellos.

Una modificación de esa naturaleza habría requerido el consentimiento expreso de las Empresas Públicas, incorporado al convenio mediante los mecanismos propios de la modificación contractual. Nada de eso ocurrió. El convenio permaneció inalterado en su objeto y en su alcance, y la decisión de cada propietario de desarrollar su propio proyecto urbanístico fue un acto que les es exclusivamente imputable, cuyos efectos no pueden trasladarse a la Empresa para exigirle el cumplimiento de obligaciones que nunca prometió en los términos en que son reclamadas.

39. En segundo lugar, la ubicación geográfica del proyecto La Rioja confirma que no es el proyecto al que se refirió el convenio. Lo que está acreditado en el proceso es que La Rioja se desarrolló sobre el Lote Número Dos adjudicado a la señora Wilma Sarra Bernardini, en la parte alta de la finca original, en suelo rural. Ninguno de esos elementos coincidió con el objeto de la obligación de factibilidad tal como fue pactada en el convenio. Según se indicó, el numeral 2.2 de la Cláusula Segunda situó el complejo urbanístico en la parte baja de la finca, en zona urbana.

De la conclusión anterior se deriva una consecuencia adicional que responde directamente a uno de los cargos de la apelación. Al tratarse de un proyecto nuevo sobre un predio diferente al que fue objeto del convenio, la señora Wilma Sarra Bernardini no podía invocar ese acuerdo para eximirse de cumplir los requisitos que la Ley 142 de 1994 y sus normas reglamentarias establecen para el otorgamiento de la factibilidad del servicio de acueducto en suelo rural. La existencia del convenio no la relevaba de esa carga, porque este no contempló el proyecto que ella pretendía desarrollar. En consecuencia, este cargo de la apelación tampoco está llamado a prosperar.

40. La factibilidad del servicio de acueducto no es una obligación que la empresa debe otorgar espontáneamente y sin contraparte del solicitante. Exige una actuación diligente del interesado: presentar los documentos técnicos completos, subsanar las observaciones se le formulen y cumplir los requisitos legales aplicables.

La demandante no acreditó haber subsanado las observaciones técnicas formuladas por la Empresa en el oficio del 13 de enero de 2005 antes de que se produjera la negativa definitiva del 29 de abril de 2005. Esa omisión es relevante porque sin documentación técnica completa y en regla, la Empresa no estaba en condiciones de otorgar una factibilidad que comprometiera su capacidad de servicio.

A ello se suma que los propietarios incumplieron sus propias obligaciones: nunca pagaron el 50% de los costos de las obras —según certificó la Tesorera General de la Empresa el 14 de abril de 2009 (f. 121 c. 1)— y nunca otorgaron la escritura de los terrenos para la planta de tratamiento. Sin esos aportes, la Empresa no contaba con los recursos ni con los terrenos necesarios para construir la infraestructura que haría posible el suministro de agua y, por tanto, el otorgamiento de la factibilidad.

Al predio del señor Alberto Serani Velli se le otorgó factibilidad una vez agotado el trámite legal correspondiente —como en efecto ocurrió el 28 de enero de 2009 (fl. 122 c.1)—, lo que demuestra que la obtención de la factibilidad era posible para los predios surgidos del desenglobe, pero requería el cumplimiento del procedimiento legal. La señora Vilma Sarra Bernardini pretendió eximirse de ese procedimiento invocando el convenio, pero como quedó establecido, este no contempló su predio ni su proyecto. En esa medida, la demandante estaba obligada a cumplir el mismo procedimiento que siguió el señor Serani Velli para obtener la factibilidad — presentar el proyecto formalmente, cumplir los requisitos técnicos y legales establecidos — y no podía trasladar esa carga a las Empresas Públicas con fundamento en un acuerdo que no la amparaba.

La obligación de construir obras de infraestructura

41. El numeral 2º de la Cláusula Segunda[25] del convenio dispuso que las Empresas Públicas de La Ceja del Tambo se obligaron a ejecutar en la finca La Argentina las

[25] «CLAUSULA SEGUNDA: OBLIGACIONES DE LAS EMPRESAS. Son obligaciones de las Empresas Públicas de La Ceja del Tambo:(…)2. Ejecutar en la finca la Argentina, las siguientes obras de infraestructura para facilitar el desarrollo y construcción del proyecto urbanístico en la finca La Argentina:2.1. Una planta de tratamiento con un tanque de almacenamiento con capacidad para abastecer de agua tratada al total de soluciones de vivienda proyectadas para el complejo urbanístico. Los diseños de la planta y el tanque deben garantizar una cobertura adicional de un 40% sobre el proyecto urbanístico el cual será utilizado por las Empresas Públicas de La Ceja del Tambo para dar factibilidades y suministrar servicios de acueducto a futuros usuarios de la región, diferentes

siguientes obras de infraestructura para facilitar el desarrollo y construcción del proyecto urbanístico: una planta de tratamiento con un tanque de almacenamiento con capacidad para abastecer al total de las soluciones de vivienda proyectadas para el complejo urbanístico, con un cuarenta por ciento adicional de capacidad para futuros usuarios de la región (numeral 2.1); y un tramo de tubería desde el tanque de almacenamiento hasta la parte baja de la finca donde se desarrollaría el complejo urbanístico (numeral 2.2).

42. Por las mismas razones expuestas al analizar la obligación de factibilidad, no está probado en el proceso que las obras reclamadas por la demandante fueran las que las Empresas Públicas se comprometieron a construir en el convenio.

La Rioja, respecto del cual la señora Wilma Sarra Bernardini reclamó la ejecución de las obras de infraestructura, fue un proyecto nuevo surgido con posterioridad a la partición del predio, ubicado en la parte alta de la finca original, en suelo rural. Ninguna de esas características coincidió con el objeto de la obligación pactada. Las obras prometidas en el numeral 2º debían ejecutarse para el proyecto urbanístico único que los propietarios tenían previsto al momento de la firma, en la parte baja de la finca.

Las obras requeridas para el proyecto La Rioja, en la parte alta y rural de la finca, habrían tenido necesariamente especificaciones técnicas distintas — diferentes trazados, capacidad, condiciones de presión y distribución — a las que las Empresas Públicas evaluaron al contratar. Exigir la construcción de esas obras para un proyecto en un predio distinto no constituyó el reclamo del cumplimiento de la obligación pactada sino la exigencia de una prestación nueva y diferente a la debida, que las Empresas Públicas nunca consintieron.

La existencia simultánea de dos desarrollos inmobiliarios, sobre los predios resultantes de la partición, introduce una dificultad técnica adicional que no puede ignorarse. El proyecto Poblado Argentina del señor Alberto Serani Velli contempló ciento setenta y cuatro viviendas unifamiliares y un centro comercial sobre el Lote Número Uno (fl. 122 c. 1), mientras que el proyecto La Rioja de la señora Wilma Sarra Bernardini proyectó sus propias soluciones de vivienda sobre el Lote Número Dos, con 47 lotes (fl. 150 a 159 c. 1).

---

a los que se ubiquen en el proyecto urbanístico en la finca la Argentina. 2.2. Un tramo de tubería lo más recto posible y por las vías que cruce el complejo urbanístico desde el tanque de almacenamiento hasta la parte baja de la finca donde se desarrollará el complejo urbanístico.» (f. 44 c. 1).

La concurrencia de ambos proyectos genera una incertidumbre técnica relevante: no está acreditado en el proceso cuál habría sido la capacidad requerida para la planta de tratamiento y el tanque de almacenamiento si las Empresas Públicas hubieran debido responder por los dos proyectos simultáneamente, ni si esa capacidad coincidía con la que las partes tuvieron presente al contratar para el proyecto único original.

Esa incertidumbre es imputable exclusivamente a los propietarios, que dividieron el predio y generaron dos proyectos independientes sin modificar el contrato ni acordar con la Empresa el ajuste de las especificaciones técnicas de las obras. En esas condiciones, pretender que las Empresas Públicas estaban obligadas a construir obras cuya capacidad técnica y costo no fue definida ni acordada para ese nuevo escenario equivale a exigirles el cumplimiento de una obligación cuyo objeto no fue determinado en los términos que el contrato exigía.

43. Con independencia de lo anterior, existe una razón adicional y autónoma que impide declarar el incumplimiento de la obligación de construir las obras: el plazo dentro del cual esa obligación era exigible venció sin que los propietarios hubieran ejecutado el proyecto urbanístico en el porcentaje mínimo requerido por el convenio, lo que produjo la exoneración expresa de las Empresas Públicas prevista en la Cláusula Cuarta.

Dicha cláusula dispuso que las partes iniciarían por etapas las obras de infraestructura para suministrar el servicio de acueducto al proyecto urbanístico en la finca La Argentina, de acuerdo con las necesidades del desarrollo del proyecto. Estableció igualmente que si en el término de cinco años contados a partir de la firma del convenio — es decir, antes del 6 de mayo de 2003 — no se había ejecutado el proyecto en un treinta y cinco por ciento, las Empresas Públicas quedarían exoneradas de cumplir las obligaciones contenidas en los numerales segundo y tercero de la Cláusula Segunda. Los numerales segundo y tercero son precisamente los que contienen la obligación de construcción de las obras de infraestructura y el pago del cincuenta por ciento de su costo.

Ese plazo fue objeto de una única modificación, según se indicó en los hechos referidos con anterioridad. Mediante la escritura pública número 1273 del 21 de diciembre de 2000, las partes acordaron ampliar en veinticuatro meses el término de la Cláusula Cuarta, de modo que el plazo para que los propietarios ejecutaran el proyecto en un treinta y cinco por ciento corrió hasta el 6 de mayo de 2005 (fl. 60-

61 c.1). No consta en el proceso acuerdo alguno entre las partes que hubiera extendido el cumplimiento de esa condición más allá del 6 de mayo de 2005.

De manera que la obligación estaba sujeta a una condición resolutoria. De conformidad con el artículo 1530 del Código Civil, la obligación condicional es aquella que depende de «*un acontecimiento que puede suceder o no*». La condición, entre sus múltiples clasificaciones (v.gr. arts. 1531 y 1534 del CC), puede ser suspensiva o resolutoria. Sobre esta última, la doctrina aclaró:

> *«(…) tratándose de actos o declaraciones de voluntad o en una convención para hacer depender sus efectos de un acontecimiento futuro e incierto; y que por ella se subordina el nacimiento o el desaparecimiento de un vínculo jurídico a un suceso futuro que debe o no acontecer según la voluntad declarada. Si es el desaparecimiento del vínculo jurídico lo que se halla subordinado al suceso futuro que debe o no acontecer, la condición es resolutoria en cuanto desata o resuelve la relación creada por la declaración de voluntad.»*[26]

Por ello, el artículo 1625 del Estatuto Civil (núm. 9º) prevé la condición resolutoria como uno de los modos de extinguir las obligaciones.

44. En el proceso no se acreditó que para el 6 de mayo de 2005 el proyecto urbanístico hubiera sido ejecutado en un treinta y cinco por ciento. Por el contrario, lo que está probado es que para esa fecha La Rioja no había obtenido licencia de urbanismo. El señor Carlos Serani Sarra declaró que la Secretaría de Planeación siempre exigió como requisito fundamental la factibilidad de servicios públicos que las Empresas Públicas no otorgaron, por lo que la licencia nunca fue expedida (fl. 133-141 c.1) —, y que los presupuestos y diseños del proyecto apenas estaban siendo elaborados en esa época, según se acreditó con la comunicación del Ingeniero D'Amato Bassi de agosto de 2005, posterior al vencimiento del plazo (fl. 150-159 c.1).

Si para agosto de 2005 — tres meses después del vencimiento del plazo de la Cláusula Cuarta — el Ingeniero D'Amato Bassi apenas estaba entregando el presupuesto general de obras de la parcelación La Rioja, es porque para el 6 de mayo de 2005 el proyecto no tenía siquiera definidos sus costos de construcción. No había diseños aprobados, no había presupuesto, no había licencia y no había ningún acto de ejecución material.

En esas condiciones, no resulta exacto atribuir el no inicio de las obras exclusivamente al no otorgamiento de factibilidad de las Empresas Públicas ni a la

---

[26] Luis Claro Solar, “Explicaciones de derecho civil chileno y derecho comparado”, Volumen IV, Tomo 12, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992, p. 580.

ausencia del concepto de integral como lo indicó la apelación. Lo que los hechos demuestran es que para cuando venció el plazo convenido, el proyecto La Rioja se encontraba en una etapa de elaboración tan incipiente que ni siquiera contaba con los instrumentos básicos de planeación y costeo que habrían sido necesarios para iniciar su ejecución, con o sin factibilidad. La ausencia de factibilidad no fue el único obstáculo ni necesariamente el determinante: el proyecto simplemente no estaba en condiciones de ejecutarse dentro del plazo que las propias partes acordaron como límite para la vigencia de las obligaciones de la Empresa.

En consecuencia, aun cuando sobre este proyecto existiera la obligación de construcción de las obras, lo cierto es que operó la exoneración prevista en la Cláusula Cuarta. Desde el 6 de mayo de 2005 las Empresas Públicas quedaron liberadas de la obligación de construir las obras de infraestructura de los numerales segundo y tercero de la Cláusula Segunda, por disposición expresa del propio convenio.

La obligación de la Empresa de solicitar un concepto técnico a Integral

45. El numeral 7º de la Cláusula Segunda[27] del convenio dispuso que las Empresas Públicas de La Ceja del Tambo se obligaron a solicitar a la firma Integral S.A. un concepto técnico sobre el nuevo trazado de la tubería acordado entre las partes, el sitio de ubicación del tanque de almacenamiento y la planta de tratamiento de agua, y la factibilidad técnica sobre posibles derivaciones de agua del proyecto Pantanillo. (fl. 44 c.1).

Dicho numeral dispuso que el concepto de Integral S.A. debía referirse al complejo urbanístico proyectado en la finca La Argentina. Como quedó establecido en el análisis de las obligaciones anteriores, ese complejo urbanístico fue el proyecto único que los propietarios tenían previsto al momento de la firma del convenio, sobre la hacienda La Argentina como unidad predial.

Lo que la señora Wilma Sarra Bernardini pretendió en este proceso no fue que la Empresa solicitara el concepto técnico para el proyecto original del convenio. Lo que reclamó fue que la Empresa debió haberlo solicitado en relación con La Rioja,

[27] «7. Solicitar a Integral un concepto técnico por escrito, que tenga igualmente respuesta por escrito sobre el nuevo trazado de la tubería **acordado entre las partes** que suscriben este convenio, el sitio de ubicación del tanque de almacenamiento y la planta de tratamiento de agua y la factibilidad técnica sobre posibles derivaciones de agua del proyecto "captación, bombeo y conducción de las aguas del río Pantanillo" para el suministro del servicio al complejo urbanístico proyectado en la finca la Argentina y futuros suscriptores de la zona periférica del proyecto.» (f. 44 c. 1, destacado intencional).

surgido con posterioridad la partición del predio, sobre el Lote Número Dos en la parte alta de la finca, en suelo rural. No se probó, por las razones ampliamente expuestas al analizar la obligación de factibilidad y de construcción de las obras, que ese proyecto fuera el pactado en el convenio.

46. A lo anterior se suma que el propio texto del numeral 7º condicionó la obligación de solicitar el concepto a la existencia previa de un «nuevo trazado de la tubería acordado entre las partes».

Lo determinante es que las tres materias susceptibles del concepto estaban inescindiblemente ligadas entre sí y todas presuponían la existencia de un acuerdo previo entre las partes. El sitio de ubicación del tanque y la planta de tratamiento solo podía determinarse una vez definido ese trazado, pues su localización dependía precisamente de los elementos técnicos que el recorrido de la tubería imponía. Y la factibilidad técnica de las derivaciones de agua solo podía evaluarse conociendo el trazado y la ubicación de las obras. Las tres materias formaban un sistema técnico encadenado cuyo punto de partida era el acuerdo de trazado entre las partes.

Ese acuerdo previo era presupuesto de nacimiento de la obligación al ser una condición suspensiva (art. 1535 del CC) y no existe prueba en el proceso de que se hubiera producido. En efecto, se acreditó, según se dijo con anterioridad, que el 3 de diciembre de 2004, las Empresas Públicas expidieron una certificación suscrita por el Gerente General Hernán Andrés Ramírez Ríos, el Director Técnico Alexander García Henao y la Asesora Jurídica Adriana Patricia Arboleda López, en la que se indicó que, periódicamente, personal adscrito a esta se había reunido con los representantes del «Proyecto Urbanístico La Argentina» para analizar estudios, cálculos y prediseños de las redes de acueducto y planta de tratamiento de aguas potables, y que se habían realizado visitas técnicas al sector (fl. 68 c.1).

La certificación del 3 de diciembre de 2004 da cuenta exclusivamente de que se celebraron reuniones periódicas entre personal de la Empresa y los representantes del proyecto, y de que se realizaron visitas técnicas al sector. De ella no se desprende que las partes hubieran concertado el trazado de la tubería, aprobado los diseños de las redes de acueducto ni definido el sitio de ubicación del tanque de almacenamiento. La certificación constata un proceso de análisis técnico en curso — reuniones, cálculos, prediseños — pero no su conclusión mediante el acuerdo que el convenio exigía.

En consecuencia, aun cuando la mencionada obligación sí fuera predicable del proyecto la Rioja, el concepto a Integral S.A. no se hizo exigible en los términos del numeral 7º, pues el presupuesto que condicionaba su nacimiento — el acuerdo previo de trazado entre las partes — nunca se acreditó. No puede declararse el incumplimiento de una obligación cuya condición no se verificó, porque de ello dependía su nacimiento.

47. Las consideraciones expuestas respecto de cada una de las tres obligaciones cuyo incumplimiento fue reclamado conducen a una conclusión común. En los tres casos — la factibilidad del servicio de acueducto, la construcción de las obras de infraestructura y la solicitud del concepto técnico a Integral S.A. — la pretensión de la demandante recae sobre un proyecto diferente al que fue objeto del contrato: el proyecto La Rioja, surgido con posterioridad a la partición del predio, sobre el Lote Número Dos de la señora Wilma Sarra Bernardini, en la parte alta de la finca original, en suelo rural. Ese proyecto no es el que los propietarios y las Empresas Públicas identificaron como objeto de sus obligaciones recíprocas al celebrar el contrato el 6 de mayo de 1998, ni es el que las cláusulas del convenio identificaron de manera reiterada y uniforme como referente de todas sus estipulaciones.

Pretender que las Empresas Públicas debían cumplir esas obligaciones respecto de un proyecto que no fue objeto del contrato desconoce lo dispuesto en los artículos 1626 y 1627 del Código Civil, referentes al pago como elemento fundamental para el análisis del incumplimiento contractual, conforme a los cuales dicho pago debe hacerse en conformidad al tenor de la obligación y el acreedor no puede exigir cosa distinta a la que se le debe. Por esas razones, la sentencia de primera instancia debe confirmarse.

Costas

48. De conformidad con el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, no hay lugar a condenar en costas, porque no se evidencia que las partes hayan actuado con temeridad o mala fe.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de julio de 2013 por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE[28]
NICOLÁS YEPES CORRALES

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
ADRIANA POLIDURA CASTILLO

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
WILLIAM BARRERA MUÑOZ

[28] Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/evalidador.
ESR/PT