**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Póliza de cumplimiento – Contrato de Suministro – Objeto del contrato – Cláusulas contractuales**

Aduce el demandante que cumplió a cabalidad con sus obligaciones, puesto que entregó dentro del término previsto, los bienes y servicios objeto del contrato, y que estos fueron recibidos a satisfacción por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. Al respecto, es importante destacar, que la obligación del contratista no se encontraba limitada solo a la entrega de los bienes objeto del contrato, sino que la cláusula octava del mismo establecía otras obligaciones [...] De lo anterior se desprende, que el proveedor aquí demandante no solo estaba obligado a entregar la mercancía a tiempo a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, sino que también se contemplaba la necesidad de que esta funcionara de manera adecuada, y por tal razón, la posibilidad de que esto no ocurriera, daba lugar a hacer efectiva la póliza de cumplimiento que se había tomado para tal fin. [...] De otra parte, obra en el acervo probatorio, un registro de correspondencia discriminada por cada uno de los vehículos, entre el que se observa que desde la fecha en que eran recibidos los equipos y el momento en que se observaba que estos presentaban fallas, se enviaban al aquí demandante sendas solicitudes exigiendo información acerca de los mismos, pues las demoras entre la solicitud de reparación y el cumplimiento de la obligación contractual, transcurría un lapso superior a un año, hecho este que constituye clara prueba que el incumplimiento contractual devino realmente de la empresa aquí reclamante y no de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. [...] Ahora bien, como se puede observar claramente, no es cierta la afirmación del aquí demandante tendiente a determinar que la maquinaria fue entregada y reparada oportunamente, pues como se desprende de lo antes transcrito, lo ocurrido fue todo lo contrario, y fueron necesarios varios requerimientos por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, sin que el contratista resolviera sus necesidades y cumpliera con su obligación. Además, no puede pasar por alto la Sala que la demandante pretende cuestionar las actuaciones de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, cuando fue esta la realmente afectada con la falta de diligencia y los múltiples incumplimientos a los que fue sometida, sin poder operar la maquinaria que requería, y recibiendo dilaciones, evasivas y hasta actuaciones desleales, pues como se observa, se acordó la entrega de equipos nuevos, y a la postre se entregaron unos viejos con piezas de los equipos rechazados porque nunca funcionaron.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION C**

**Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ**

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00173-01(30297)**

**Actor: SOCIEDAD NEPOMUCENO CARTAGENA G. E HIJOS**

**Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA E.S.P.**

**Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 30 de diciembre de 2004, que dispuso:

*“****PRIMERO:*** *Decláranse no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.*

***SEGUNDO:*** *Deniéganse las súplicas de la demanda.*

***TERCERO:*** *Sin condena en costas.”*

**l. ANTECEDENTES**

* 1. **La demanda**

El día 19 de enero del año 2000, la sociedad Nepomuceno Cartagena G. e Hijos, mediante apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del C.C.A., contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., para lo cual elevó las siguientes,

* 1. **Pretensiones**

*“1. Que se* ***DECLARE LA NULIDAD TOTAL O PARCIAL DE LAS RESOLUCIONES,*** *que constituyen el acto administrativo por medio del cual EL GERENTE GENERAL DE LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. declara la falta de calidad de algunos de los equipos suministrados por la sociedad NOPOMUCENO CARTAGENA G. E HIJOS, en desarrollo del contrato de suministro No O-107-95, y ordena hacer efectivas las pólizas de cumplimiento expedidas por LATINOAMERICANA DE SEGUROS S.A., hoy en día LIBERTY SEGUROS S.A.:*

*Resoluciones Nos. 0492 del 25 de mayo de 1999 y 0878 del 27 de agosto de 1999.*

***2.*** *Que se* ***DECLARE EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO, No. O-107-95 por parte de LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ.***

*3. Que se* ***CONDENE A LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ –ESP-*** *a DEVOLVER a NEPOMUCENO CARTAGENA G. E HIJOS, los valores que se hayan pagado con motivo del acto administrativo que se ataca, directamente o por intermedio de un tercero. Si al tiempo de la sentencia Nepomuceno Cartagena G. e Hijos o un tercero no hubieran pagado a la EMPRESA suma alguna, se declare que NEPOMUCENO CARTAGENA G. E HIJOS – EN CONCORDATO, no está obligado a pagar la suma indicada en la Resolución No. 0492 de mayo 25 de 1999.*

*4. Que se* ***CONDENE A LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ*** *a pagar a NEPOMUCENO CARTAGENA G. E HIJOS – En Concordato, el valor de la indemnización de los perjuicios que se prueben en el proceso, por incumplir el Contrato O-107-95.*

*5. Que se* ***CONDENE A LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ,*** *en costas y gastos del presente proceso.”*

**1.3. Hechos**

Las pretensiones tienen fundamento en los hechos que la Sala sintetiza de la siguiente forma:

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., abrió una licitación pública para la adquisición de maquinaria para movimiento de tierras, tales como camionetas y volquetas entre otras, y equipos especiales para limpieza y mantenimiento de los sistemas de alcantarillado de la ciudad de Bogotá, y cuyos recursos serían aportados por medio de un contrato de empréstito externo entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y la Overseas Economic Cooperation Fund –OECF- de Japón.

El aquí demandante, conoció el pliego de condiciones en el que se encontraban las especificaciones establecidas por la OECF, y entre ellas se encontraba que los bienes debían ser originarios de Japón o de países en vía de desarrollo, y mencionó algunos entre la lista de “elegibles”, pues el objetivo era darle oportunidad a países cuyos productos no eran considerados de igual calidad que los de Estados Unidos, Alemania, Francia, Canadá e Italia, que no se encontraban en el listado.

Pese al anterior pliego de condiciones, se abrió la posibilidad de que algunos equipos fueran originarios de los países no elegibles, con la condición de que el valor fuera inferior al 50% del valor de todos los productos y servicios ofrecidos.

Una vez verificadas las ofertas y cotejadas con las especificaciones con las del pliego de condiciones, se adjudicó la licitación a la sociedad actora y se procedió a la suscripción del contrato No. 0-107-95 de octubre de 1995.

Como consecuencia del contrato antes mencionado, la empresa demandante procedió a hacer las respectivas importaciones y nacionalizaciones de la maquinaria, así como la entrega de las mismas, cumpliendo con el objeto del contrato, y quedando constancia de ello en acta de entrega final de fecha 22 de mayo de 1997.

Posteriormente, mediante Resolución No. 0492 del 25 de mayo de 1999, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, declaró la falta de calidad de algunos de los equipos entregados por la sociedad actora, y ordenó hacer efectivas las pólizas de cumplimientos expedidas por Latinoamericana de Seguros hoy Liberty Seguros.

Una vez notificada de la resolución, la demandante presentó recurso de reposición contra la misma, el cual fue resuelto en resolución del 27 de agosto de 1999, en la que se confirmó la resolución controvertida en su totalidad, quedando agotada la vía gubernativa.

**1.4. Trámite en primera instancia y contestación de la demanda**

La demanda fue presentada el 19 de enero del año 2000 y admitida mediante auto del 11 de febrero del mismo año, en el que también se ordenó notificar a la Empresa Liberty Seguros su vinculación al proceso en calidad de litis consorte necesario de la demandante.

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, por conducto de su apoderado judicial, contestó la demanda en escrito en el que se opuso a las pretensiones de la demanda, y como argumentos para su defensa señaló que no era viable la declaratoria de la nulidad de las resoluciones impugnadas, con fundamento en la Ley 80 de 1993 y la Ley 446 de 1998, así como tampoco era posible acreditar las violaciones que mencionaba la actora en su demanda.

Como excepciones propuso la indebida acumulación de pretensiones, violación al debido proceso, y falta de legitimación en la causa por pasiva.

El apoderado judicial de la aseguradora contestó la demanda, manifestando que se adhería en un todo a las pretensiones y hechos, hasta tanto no afectaran los intereses de su representada. Sin embargo, formuló sus propias pretensiones y pruebas.

Mediante memorial allegado el 21 de octubre de 2002, Liberty Seguros desistió de las pretensiones de la demanda formuladas en calidad de litisconsorte, y solicitó su desvinculación del proceso, solicitud que fue aceptada en proveído del 12 de noviembre de 2002.

Por auto del 13 de octubre del año 2000, se inició el período probatorio, el cual se extendió hasta el 27 de mayo de 2004, cuando se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

La parte demandada presentó alegatos de conclusión, en escrito en el que reiteró lo expuesto con la contestación de la demanda.

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

**1.5. Sentencia de primera instancia**

El día 30 de diciembre de 2004, la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia en la que declaró no probadas las excepciones propuestas, y negó las pretensiones de la demanda, al concluir que no había existido violación alguna por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, así como tampoco fue acreditada una nulidad de las resoluciones cuestionadas.

**1.6. El recurso de apelación y trámite en segunda instancia**

Inconforme con la decisión, el 24 de enero de 2005, el apoderado de la parte actora formuló recurso de apelación, el cual fue concedido el 31 de enero de 2005 y admitido por esta Corporación en auto del 6 de diciembre de 2005.

Como sustento de su inconformismo, la parte actora manifestó:

*“El material probatorio obrante en el proceso de la referencia, demuestra que:*

*Las resoluciones No. 492 de 25 de mayo de 1999 y 878 de 27 de agosto de 1999, proferidas por la demandada, infringieron las cláusulas contractuales establecidas en el contrato 0-107-95, al declarar responsable a la Sociedad Nepomuceno Cartagena G. e Hijos –en liquidación obligatoria- por no cumplir las obligaciones del contrato.*

*Por el contrario la demandante cumplió a cabalidad con sus obligaciones como proveedora pues entregó dentro del término contractualmente acordado los bienes y condiciones establecidas en el contrato, que fueron recibidos a satisfacción por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y estuvo presta a prestar las garantías exigidas por la entidad demandada.*

*Obra en la prueba documental allegada, la constancia de Entrega Final y recibo de suministro en donde se señaló por la demandada que los bienes son aptos para el uso.*

*Igualmente se acreditó, que la sociedad Nepomuceno Cartagena G. e Hijos, acudió a revisar los equipos entregados cuando la demandada así lo solicitó. En relación con los tres (3) microcargadores, ellos fueron reparados oportunamente y su operación fue verificada posteriormente.*

*Dentro de la prueba documental aportada, se encuentra el peritazgo rendido por la Asociación Colombiana de Ingenieros Constructores, entidad escogida por la demandada, quien señaló “…estos equipos son aptos para la remoción de las basuras, lodos y escombros de los canales las aguas (sic) lluvias según los pliegos de la licitación de la E.A.A.B.”*

*La prueba pericial obrante en el proceso demuestra los perjuicios causados a mi poderdante, con ocasión de la declaratoria de incumplimiento, daño que ocasionó la entidad pública en abierto desconocimiento a sus responsabilidades contractuales, legales y constitucionales.”*

Por auto del 28 de febrero de 2006, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

La parte accionada presentó escrito de alegatos de conclusión en el que consideró que en el recurso de apelación formulado por la parte actora no existían argumentos que desvirtuaran las consideraciones impresas en la sentencia de primera instancia, y ello se separaría de los fines de la apelación, por lo que habría lugar a rechazar el recurso de apelación, teniendo en cuenta que no se hacía un análisis acerca de lo decidido en la primera instancia.

En cuanto a lo expuesto por la actora en su recurso, estableció que en lo relativo a la violación del contrato con los actos demandados, el *a quo* encontró probado que quien incumplió el contrato fue el demandante, situación que se acreditó plenamente con las múltiples solicitudes elevadas por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá a la sociedad demandante para que cumpliera con los términos del contrato.

En lo que respecta al cumplimiento en la entrega de los bienes por parte de la demandante, asevera que esta nunca cumplió con la entrega de los bienes en el estado en que se necesitaban, y por tal razón, no podría admitirse un cumplimiento del contrato cuando la maquinaria no se encontraba en condiciones óptimas para operar.

Finalmente, sobre el reemplazo de la maquinaria que no se encontraba en condiciones aptas, aduce que la parte actora pretendió defraudar a la demandada, puesto que se comprometió a reponer la maquinaria defectuosa y se limitó a introducirle piezas remanofacturadas y a cambiarle la pintura.

Sin embargo, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado aceptó la novación de los equipos y lo comunicó al aquí demandante, pero este incumplió nuevamente su compromiso, pues no cumplió con el cronograma de entrega, y cuando fueron entregados se observó que dos de los vehículos no eran nuevos y que todas las partes de los mismos correspondían a los que ya había sido rechazados inicialmente, y por último, cuando se ordenó la inspección a las 4 máquinas restantes, también se encontró que estas no cumplían con las condiciones establecidas.

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

**II. CONSIDERACIONES**

**2.1. Competencia**

La Sala es competente para conocer de la apelación dentro de este proceso suscitado mediante la interposición de la acción de controversias contractuales, competencia que tiene su fuente en lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Reglamento del Consejo de Estado, contenido en el Acuerdo 58 de 1999 (modificado por el artículo 1 del Acuerdo 55 de 2003), en el que se distribuyen los negocios por Secciones.

Así mismo precisa la Sala que, le corresponde resolver el recurso de apelación en consideración a que la providencia apelada fue proferida en proceso de doble instancia, toda vez que la mayor cuantía para la fecha de presentación de la demanda -19 de enero de 2000- era de $ 26’390.000, lo cual conllevó a que el proceso se tramitara en primera instancia ante los Tribunales Administrativos y en segunda instancia ante el Consejo de Estado.

**2.2. Fijación del litigio en esta instancia**

Pretende el apelante que se declare la nulidad de las resoluciones mediante las cuales la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá hizo efectiva la póliza de cumplimiento del contrato de suministro suscrito para la entrega de bienes y equipos.

La demandante divide los puntos de su apelación en tres, los cuales serán estudiados por separado, con el fin de establecer si se encuentran acreditados los supuestos por ella expuestos en su recurso.

**2.2.1. Violación de las cláusulas contractuales establecidas en el contrato 0-107-95, al declarar un incumplimiento de las obligaciones contractuales.**

Aduce el demandante que cumplió a cabalidad con sus obligaciones, puesto que entregó dentro del término previsto, los bienes y servicios objeto del contrato, y que estos fueron recibidos a satisfacción por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

Al respecto, es importante destacar, que la obligación del contratista no se encontraba limitada solo a la entrega de los bienes objeto del contrato, sino que la cláusula octava del mismo establecía:

*“****CLAUSULA (sic) OCTAVA – GARANTIAS (sic):*** *El PROVEEDOR deberá constituir una garantía única que ampare los riesgos relacionados en los literales a) Anticipo b) Cumplimiento c) Funcionamiento y/o Calidad de los equipos suministrados. Para garantizar el cumplimiento general de las obligaciones el PROVEEDOR se compromete a constituir dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la entrega del contrato por parte de la EMPRESA, a su costa y a favor de la EMPRESA las siguientes (sic) garantía, la cual deberá ser otorgada por entidad aseguradora o bancaria legalmente establecida en Colombia, aceptada por la EMPRESA y en forma y contenido satisfactorios para ella y cuya póliza matriz deberá estar ajustada a las disposiciones vigentes. Los reaseguros de esta garantía serán por cuenta del PROVEEDOR y también deberán ser aceptables y aprobados por la EMPRESA: (…) C) Garantía de Funcionamiento y/o Calidad de los Equipos Suministrados: El PROVEEDOR presentará garantía por un valor equivalente al diez por ciento (10%) del valor del material o servicio entregado, con vigencia de veinticuatro (24) meses y de acuerdo con lo estipulado en la oferta por parte del PROVEEDOR, contados a partir de la fecha de la entrega parcial de los lotes de bienes y servicios respectivos del Contrato, destinada a garantizar el buen funcionamiento y/o buena calidad de los equipos, materiales y demás bienes objeto del contrato y el reemplazo o reparación de los suministros en que aparezcan defectos de fabricación después de la puesta en servicio de los mismos o por daños ocasionados en ellos con motivo de tales reparaciones y que sean imputables al PROVEEDOR, durante la vigencia de esta garantía. Durante el período de vigencia de esta garantía el PROVEEDOR se obliga a reemplazar en el menor tiempo posible y sin costo alguno para la EMPRESA cualquier parte del suministro que resultare inaceptable por fallas en la calidad de los materiales y/o por defectos de fabricación.*

Subrayas del texto.

Así mismo, las cláusulas décima tercera y décima sexta, disponían:

*“****CLAUSULA (sic) DECIMA (sic) TERCERA – SUMINISTRO DE BIENES Y SERVICIOS:*** *(…) b) La EMPRESA tendrá derecho a examinar, inspeccionar, presenciar las pruebas y aprobar en taller, en cualesquiera de las etapas de fabricación, los materiales y calidad de trabajo de los bienes que debe suministrar el PROVEEDOR, según este contrato. (…) Los materiales que el PROVEEDOR emplee para los suministros, que no cumplan con las especificaciones o sean de mala calidad, serán rechazados en cualquier momento por la EMPRESA. El PROVEEDOR estará obligado a retirar el material rechazado y a reemplazarlo por el adecuado y el suministro defectuoso se corregirá satisfactoriamente, todo ello sin lugar a pago extra ni a extensiones del plazo. (…)”*

*“****CLAUSULA (sic) DECIMA (sic) SEXTA – RESPONSABILIDAD POR MATERIALES Y GARANTIA (sic) DE LOS ELEMENTOS DEL SUMINISTRO:*** *a) El PROVEEDOR será responsable totalmente de los bienes objeto del contrato, hasta cuando hayan sido entregados en el sitio final de destino y deberá dar las instrucciones precisas y correctas para que la EMPRESA pueda ejercer el buen cuidado y buen manejo que los bienes requieren. B) El PROVEEDOR garantizará la capacidad, rendimiento, calidad y comportamiento de los elementos del suministro objeto del presente contrato, salvo mal uso y desgaste normal, por un término de veinticuatro (24) meses y de acuerdo con lo estipulado en la oferta por parte del PORVEEDOR, contados a partir de la fecha de la entrega parcial de los lotes de bienes y servicios respectivos del Contrato. Además garantiza que los bienes objeto del presente contrato son absolutamente nuevos, y en consecuencia, el PROVEEDOR se obliga a responder a la EMPRSA por todo defecto de fabricación o mala calidad de acuerdo con las especificaciones y con lo estipulado en la cláusula décima tercera de este contrato. Si se presentare que los elementos de los conceptos anotados o dentro del término de garantía previsto en esta cláusula resultaren defectuosos o inservibles, el PROVEEDOR se obliga a revisarlos y repararlos o reemplazarlos por su cuenta.*

De lo anterior se desprende, que el proveedor aquí demandante no solo estaba obligado a entregar la mercancía a tiempo a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, sino que también se contemplaba la necesidad de que esta funcionara de manera adecuada, y por tal razón, la posibilidad de que esto no ocurriera, daba lugar a hacer efectiva la póliza de cumplimiento que se había tomado para tal fin.

De otra parte, obra en el acervo probatorio, un registro de correspondencia discriminada por cada uno de los vehículos, entre el que se observa que desde la fecha en que eran recibidos los equipos y el momento en que se observaba que estos presentaban fallas, se enviaban al aquí demandante sendas solicitudes exigiendo información acerca de los mismos, pues las demoras entre la solicitud de reparación y el cumplimiento de la obligación contractual, transcurría un lapso superior a un año, hecho este que constituye clara prueba que el incumplimiento contractual devino realmente de la empresa aquí reclamante y no de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

Para la Sala es claro que en el *sub examine* no se presentó la supuesta violación de las cláusulas contractuales alegada por la actora, sino que por el contrario, se dieron todos los supuestos exigidos para que la entidad demandada procediera a expedir las resoluciones cuestionadas, y ordenara hacer efectiva la póliza de cumplimiento.

**2.2.2. Cumplimiento en la entrega de los equipos objeto del contrato por parte de la demandante:**

Como ya se estableció anteriormente, la obligación contractual no se agotaba con la entrega de los equipos y la suscripción del acta de entrega, sino que de la lectura del clausulado se desprende que la obligación se extendía en el tiempo, y que el cumplimiento a cabalidad de la misma comprendía el correcto funcionamiento de la maquinaria, y tal como quedó evidenciado por las múltiples solicitudes que fueron necesarias para que el contratista entregara la maquinaria en perfecto estado para su operación, la entrega inicial de las mismas, no implicaba que se había cumplido con la obligación a cabalidad.

**2.2.3. Reemplazo oportuno a bulldozers y minicargadores**

Sobre este punto, resulta pertinente volver a hacer mención al registro de correspondencia que sobre estos se tiene, y de este se destaca:

***BULLDOZERS***

***Correspondencia desde***

***Noviembre 22 de 1996***

***Hasta Noviembre 09 de 1998***

*- El 13 de julio de 1996, la Empresa recibió 6 Bulldozer en virtud del contrato 3-107-95*

*- Una vez recibidos los equipos se procedió a su giro y entrega a los operadores de la E.A.A.B, desde el inicio de su operación, los Bulldozer presentaron reiteradas fallas.*

*- En enero 10 de 1997, mediante comunicación 8400-97-018 se le solicitó al contratista enviara el cronograma de actividades de los trabajos que le iban a ejecutar para garantizar su correcto funcionamiento a los cuatro Bulldozer que se encontraban en las dependencias del contratista y se le informó que se le regresarían los otros dos para que le sean ejecutadas las mismas labores.*

*- El 27 de enero de 1997 mediante comunicación 8400-97-079 se le envió al contratista en (sic) reporte detallado de las fallas presentadas por los Bulldozer.*

*- El 28 de enero de 1997 el Contratista reportó que el Bulldozer T024 estaba listo y que el Bulldozer T023 estaría listo el 31 de enero, referente a los otros manifestó que próximamente enviaría el cronograma de trabajos a ejecutar.*

*- El 20 de febrero de 1997 mediante comunicación 8400-97-183 y de acuerdo a lo establecido en reunión del 12 de febrero de 1997, se regresan los Bulldozer al Contratista para que sean revisados totalmente y se le solicita al Contratista el envío del respectivo cronograma.*

*- El 10 de marzo de 1997, mediante comunicación 8400-97-157 se le reitera al contratista la necesidad de que nos envíe en la mayor brevedad el cronograma de entrega de los Bulldozer.*

*(…)*

*- El 8 de abril de 1997 el contratista remitió a la Empresa el cronograma para la revisión, prueba y entrega de los Bulldozer.*

*(…)*

*- El 15 de mayo de 1997 mediante comunicación 8400-97-272 se le reitera al contratista el incumplimiento del cronograma de devolución a la Empresa de los Bulldozer.*

*- El 16 de mayo de 1997 el Contratista reporta a la Empresa que ya han revisado los equipos y que están en condiciones de devolverlos a la Empresa pero que esperemos que ingenieros del fabricante lleguen para que avalen los trabajos ejecutados y sean devueltos a la Empresa según cronograma que deben presentar los ingenieros enviados por el fabricante.*

*- El 27 de mayo de 1997, mediante comunicación 8400-97-314 se le reitera al Contratista el incumplimiento del cronograma de devolución de los Bulldozer a la Empresa.*

*(…)*

*El 19 de junio de 1997, mediante comunicación 8400-97-352 se le solicitó al contratista informara a la interventoria (sic) los motivos por los cuales no había cumplido el cronograma enviado el 8 de abril de 1997 para la devolución de los Bulldozer.*

*- El 24 de junio de 1997, mediante comunicación 8400-97-377, se le informa al Contratista del incumplimiento de lo pactado en la reunión efectuada el 18 de junio, en cuanto a que no había sido remitido a la Empresa el nuevo cronograma de devolución de los Bulldozer.*

*(…)*

*El 23 de julio de 1997, el Contratista remitió a la Empresa el nuevo cronograma de devolución de los Bulldozer.*

*- El 15 de agosto de 1997, mediante comunicación 8400-97-460, la Empresa reportó al Contratista el no – cumplimiento en el nuevo cronograma de devolución de los Bulldozer y se le hace una descripción de las fallas presentadas en los dos Bulldozer que a la fecha se han intentado probar.*

*(…)*

*- El 26 de agosto de 1997, mediante comunicación LP-CP-0047/97 el Contratista le informa a la Empresa que los Bulldozer T023 y T022 será regresados en el transcurso de esa semana y que los otros están a la espera del V°B° de los técnicos chinos.*

*(…)*

*- El 2 de septiembre de 1997, mediante comunicación 8400-97-508 se le reporta al Contratista el incumplimiento del nuevo cronograma de devolución de los Bulldozer.*

*- El 4 de septiembre de 1997, mediante comunicación 8400-97-525, la Empresa le manifiesta al Contratista que dado los reiterados incumplimientos para la devolución de los Bulldozer, obedece a la mala calidad de éstos y le hace saber su intención de rechazarlos definitivamente.*

*(…)*

*- El 23 de septiembre de 1997 el Contratista manifiesta a la Empresa la solución de reemplazar los Bulldozer según lo acordado con el fabricante, previa aceptación por parte de la Empresa de esta solución, para lo cual solicitan una reunión.*

*(…)*

*Dado que las reuniones celebradas para buscar una solución al problema presentado con los equipos chinos, no se había llegado a ningún acuerdo, la Empresa mediante comunicación 8400-97-658, le planteó al contratista las pautas que se requieren para la devolución de los Bulldozer, minicargadores y el pago de perjuicios a la Empresa, originados por el incorrecto funcionamiento de los equipos chinos y se da como plazo el 17 de noviembre de 1997 para que expresen su aceptación a la propuesta hecha por la Empresa.*

*(…)*

*- El 27 de noviembre de 1997, el Contratista respondió que aceptaba el cambio de los Bulldozer de acuerdo a lo solicitado por la Empresa, aceptaba las condiciones para probar nuevamente los minicargadores y referente a los perjuicios solicitan iniciar conversaciones sobre este punto y suscribir un acuerdo por separado de cada uno de los puntos.*

*(…)*

*- El 19 de febrero de 1998 el contratista envió comunicación a la Empresa donde manifiesta nuevamente la aceptación del cambio de los Bulldozer por Bulldozer nuevos, las condiciones para las pruebas para los minicargadores y propone tasar los perjuicios en $20’000.000.oo.*

*(…)*

*- El 7 de abril de 1998, mediante comunicación 8400-98-139 en el punto 2 se le manifestó al contratista que dado el tiempo transcurrido se le había enviado toda la documentación a la Secretaría General de la Empresa para que iniciara el proceso de aplicación de la póliza de garantía y que por lo tanto su comunicación del 6 de abril se había remitido a la Secretaría General de la Empresa.*

*(…)*

*El 20 de abril de 1998 mediante comunicación 8400-97-163 en el punto II la Empresa acepta el cronograma de entrega de los 6 nuevos Bulldozer (…).*

*- Mediante comunicación LP-CP-696/98, 695/98, 702/98, 701/98, 699/98 el contratista hace entrega de los Bulldozer al Almacén de la Empresa.*

*(…)*

*- El 10 de septiembre de 1998, mediante comunicación 6200-98-2419 ----- se reporta que los Bulldozer que llegaron no son Bulldoón 6200-98-2419 ----- se reporta que los Bulldozer que llegaron no son Bulldozer nuevos.*

*(…)*

*- Mediante comunicación LP-CP-711-98 el contratista remite comunicaciones del fabricante y la comercializadora donde reconocen haber utilizado partes de los Bulldozer regresados por la E.A.A.B.*

*(…)*

*- Mediante comunicación 8400-98-571 se reporta a la Compañía de Seguros lo acontecido con los Bulldozer.*

*(…)*

*- Mediante comunicación 8400-98-572 se le hace un recuento al contratista sobre los hechos y se le manifiesta el incumplimiento del contrato.*

*(…)”*

Ahora bien, como se puede observar claramente, no es cierta la afirmación del aquí demandante tendiente a determinar que la maquinaria fue entregada y reparada oportunamente, pues como se desprende de lo antes transcrito, lo ocurrido fue todo lo contrario, y fueron necesarios varios requerimientos por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, sin que el contratista resolviera sus necesidades y cumpliera con su obligación.

Además, no puede pasar por alto la Sala que la demandante pretende cuestionar las actuaciones de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, cuando fue esta la realmente afectada con la falta de diligencia y los múltiples incumplimientos a los que fue sometida, sin poder operar la maquinaria que requería, y recibiendo dilaciones, evasivas y hasta actuaciones desleales, pues como se observa, se acordó la entrega de equipos nuevos, y a la postre se entregaron unos viejos con piezas de los equipos rechazados porque nunca funcionaron.

Igual suerte corrió el trámite de los minicargadores mencionados por la actora, los cuales hasta el 4 de noviembre de 1998, fueron cuestionados por su mala calidad e inoperancia.

Corolario de lo anterior, la Sala colige que no hay lugar a despachar favorablemente las pretensiones de la demanda, y que la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada, pues ha quedado demostrado a lo largo del estudio del material probatorio, que la parte que aquí se consideraba afectada en sus intereses, realmente fue la que afectó los intereses de la administración con su actuación desidiosa, desleal e incumplida.

**2.3. La condena en costas**

Teniendo en cuenta la actitud asumida por las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55 de la ley 446 de 1998 que modifica el artículo 171 del C.C.A., y dado que en este caso la Sala observa que la parte actora actuó temerariamente al presentar una demanda en la que debía saber que no le asistía el derecho, deberá ser condenada en costas.

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

**FALLA**

**PRIMERO: Confirmar** la sentencia proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 30 de diciembre de 2004, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO:** Condénese a la Sociedad Nepomuceno Cartagena G. e Hijos en costas.

**TERCERO:** En firme esta providencia envíese el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo, previas las anotaciones de rigor.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**

**Presidenta de la Sala**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**