



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

Magistrado ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá, D.C., dos (2) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 05001-23-31-000-2005-05377-01 (51307)
Demandante: Kuehne & Nagel S.A.
Demandado: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Referencia: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Tema: Daños causado por una empresa de servicios públicos domiciliarios al declarar el incumplimiento de una obligación precontractual y hacer efectivo el siniestro correspondiente a la póliza de garantía de seriedad. **Subtema 1:** Cláusula general de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer de las controversias en las que hagan parte los prestadores de servicios públicos domiciliarios. **Subtema 2:** Régimen de derecho privado para los actos precontractuales y contractuales que profieran los prestadores de servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994). **Subtema 3:** Acción procedente para demandar actos precontractuales emitidos por los prestadores de servicios públicos domiciliarios (reiteración jurisprudencial). **Subtema 4:** Autonomía negocial privada. **Subtema 5:** Irrevocabilidad de la oferta. **Subtema 6:** Precisiones sobre la garantía de seriedad de la oferta en el derecho privado y en el derecho público.

La Subsección resuelve los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y por Liberty Seguros S.A. (vinculado al proceso como litisconsorte necesario activo), contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Decisión, el treinta (30) de septiembre de dos mil trece (2013), que declaró de oficio la excepción de caducidad de la acción y, subsecuentemente, se inhibió para pronunciarse sobre el fondo del asunto.

I. SÍNTESIS DEL CASO

EPM abrió un proceso de contratación con el propósito de recibir ofertas para el transporte marítimo de unos aerogeneradores desde Alemania y Dinamarca, hasta Colombia. Luego, modificó, mediante adendas, la fecha de entrega de las ofertas, el término de fletes para la presentación de las tarifas y recargos, y parte de la información general del pliego de condiciones; asimismo, aclaró que la carga debía ser transportada según las instrucciones del proveedor (Nordex). Kuehne & Nagel S.A. presentó propuesta, que fue aceptada por la empresa contratante, pero aquella, luego, se negó a suscribir el contrato correspondiente, por considerar que, con posterioridad a la aceptación de la oferta, se habían modificado los términos de la invitación. EPM, entonces, decidió hacer efectivo el siniestro correspondiente a la póliza de garantía de seriedad. La sociedad actora aduce que la demandada, con su proceder, le desconoció el derecho a discutir los términos del contrato a firmar, induciéndola a incurrir en pérdidas económicas y negándole, asimismo, la posibilidad de obtener la rentabilidad esperada en esta clase de negocios.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda



2.1.1. El tres (3) de mayo de dos mil cinco (2005)¹, **Kuehne & Nagel S.A.** (en adelante, **la sociedad**) presentó demanda, en ejercicio de la **acción de nulidad y restablecimiento del derecho**, contra **Empresas Públicas de Medellín E.S.P.** (en adelante, **EPM**) con las siguientes pretensiones:

Primera: Declarar la nulidad de la Resolución 351182 de 2003 expedida por Empresas Públicas de Medellín E.S.P. por medio de la cual se resuelve en su artículo 1º “Declarar la ocurrencia del riesgo correspondiente a la garantía de seriedad de los ofrecimientos para la celebración del contrato resultante del proceso de contratación 008732, dentro del cual fue aceptada la oferta presentada por Kuehne & Nagel S.A. y amparada por la póliza 297369, expedida por la compañía Liberty Seguros S.A.”. Artículo 2º “Cobrar directamente a la sociedad Kuehne & Nagel S.A., la suma de ciento cincuenta millones de pesos (\$150.000.000), equivalentes al valor asegurado en la garantía de seriedad, como consecuencia de la modificación de su propuesta con posterioridad a la aceptación de la misma por parte de las empresas y la renuencia para formalizar el contrato”.

Segunda: Declarar la nulidad de la Resolución 413856 de 2004 expedida por Empresas Públicas de Medellín E.S.P. [...] en la que se resuelve no reponer lo decidido mediante la Resolución 351182 de 2003 [...]”,

Tercera: Que como consecuencia de lo anterior, Kuehne & Nagel S.A. no está obligada a pagar la suma de ciento cincuenta millones de pesos (\$150.000.000) equivalente al valor asegurado en la garantía de seriedad.

Cuarta: Como consecuencia de la nulidad, se oficie a las autoridades pertinentes y retiren de la entidad pertinente a Kuehne & Nagel S.A. de cualquier inhabilidad que pudiera surgir como consecuencia de las Resoluciones, de acuerdo con lo establecido en la Ley 80 de 1993 en su artículo 8 aplicable a las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

Quinta: Que se obligue a Empresas Públicas de Medellín E.S.P. al resarcimiento del daño emergente y el lucro cesante por su incumplimiento en la ejecución del contrato, previo la evaluación de peritos profesionales para que determine la cuantía de los perjuicios producidos a Kuehne & Nagel S.A.

Sexta: Que Empresas Públicas de Medellín E.S.P. queden obligadas a dar cumplimiento a la sentencia dentro del término señalado en el artículo 176 del C.C.A.

Séptima: que se notifique a la compañía Liberty Seguros S.A. de los hechos materia de la demanda, para que se haga parte dentro del proceso”.

2.1.2. La sociedad expuso como **sustento fáctico** de sus pretensiones los hechos que la Sala resume a continuación:

- El doce (12) de agosto dos mil tres (2003), EPM abrió el proceso de contratación No. 008732, cuyo objeto era “recibir ofertas para la prestación del servicio de transporte marítimo internacional de quince (15) aerogeneradores y equipos asociados para el Parque Eólico Jepírachi, desde los puertos Rostock (Alemania) y Esbjerg (Dinamarca) hasta Puerto Bolívar en la Guajira (Colombia)”.
- En el pliego de condiciones se fijaron, entre otros elementos, los términos de fletes requeridos para la presentación de las tarifas y recargos, las condiciones de transporte, el programa de despachos y especificaciones de la carga, además, se anexó como parte integral de la invitación a ofertar, el instructivo del proveedor (Nordex) para el manejo de la carga.

¹ Folios 162 a 180 del cuaderno 1.



- EPM modificó, a través de adendas, la fecha de entrega de las propuestas, el término de fletes para la presentación de las tarifas y recargos (pasando de términos FILO a FIO), y parte de la información general contenida en el pliego. Asimismo, aclaró las dudas manifestadas por uno de los proponentes y remitió las respuestas a la Sociedad, de las que se destaca: *“las torres deben ser transportadas según las instrucciones del proveedor (...)”*, afirmación que, según interpretación de la actora, significaba que *“las torres deben ser transportadas con su respectiva cubierta o empaque y las variaciones del manejo logístico con el sistema de estructuras de transporte Nordex o frames”*.
- El veinticinco (28) de agosto de dos mil tres (2003), la sociedad presentó oferta en el mencionado proceso de contratación, con base en el pliego de condiciones, las modificaciones realizadas en las adendas, las aclaraciones expuestas por la empresa contratante y el instructivo del proveedor (Nordex) para el manejo de la carga.
- El nueve (9) de septiembre de dos mil tres (2003), EPM aceptó la oferta presentada por la sociedad e informó que, en consideración a la cuantía del contrato este debía constar por escrito, por lo tanto, procedería a elaborar la minuta del contrato y una vez aprobado por la Unidad Jurídica Corporativa se les enviará dicho documento a fin de que procedieran con las gestiones necesarias que permitan su legalización.
- Una vez enviada la minuta del contrato al representante legal de la sociedad, este decidió no firmarlo ni, tampoco, aportar los documentos necesarios para su formalización, pues alegó que nunca recibió la lista definitiva de empaques que permitiera hacer el plano de estiba del buque, además, consideró que EPM modificó los términos de la invitación a ofertar, principalmente en tres (3) aspectos, a saber: *i) cambio en las clases de contenedores para el embalaje de la carga*: EPM solicitó qué se realizará el embalaje de la carga en contenedores distintos a los estándar previstos en la invitación a contratar, los cuales no estaban contemplados en la oferta y su utilización generaba un mayor costo en el transporte; *ii) variaciones en las listas de empaque de las mercancías*: debido a que la sociedad nunca recibió una lista de empaques definitiva esta siempre trabajó con las tarifas de acuerdo con listas provisionales, sin embargo, el veinticuatro (24) de septiembre de dos mil tres (2003), fecha posterior al de presentación y cierre de la oferta y cuando ya la mercancía se encontraba en el puerto por parte del proveedor, fue entregada la lista de empaques definitiva, que difería sustancialmente de la lista provisional, situación que generaba cambios de procedimiento y de tarifas tanto en las condiciones de la invitación a ofertar, como para la ejecución del contrato, generando sobre costos no previstos ni tenidos en cuenta por la sociedad; y *iii) que el transporte de las torres se hiciera sin el empaque ofrecido*: en el pliego de condiciones se preveía que el transporte de las torres se realizaría con su respectivo empaque o marcos (frames), situación que permitía apilarlas en la plataforma del buque, con lo que se reducía el espacio de ocupación. No obstante, la sociedad encontró, de acuerdo a las comunicaciones cruzadas con Nordex, que EPM nunca contrató el sistema referido, por lo tanto,



sin los empaques los costos generales se incrementarían considerablemente, ya que el buque a contratar necesariamente requería de un mayor tamaño al inicialmente previsto en las tarifas ofrecidas y aceptadas por EPM.

- El veintitrés (23) de septiembre de dos mil tres (2003), la sociedad y EPM sostuvieron, a petición de la primera, una reunión de urgencia para aclarar, entre otras cosas, las modificaciones citadas con anterioridad y buscar soluciones para el cumplimiento del objeto contractual. No obstante, una vez elaborada el acta con el contenido de la reunión, esta no fue firmada por la empresa contratante.
- El veintiuno (21) de octubre de dos mil tres (2003), EPM expidió la Resolución No. 351182 por medio de la que declaró la ocurrencia del riesgo correspondiente a la garantía de seriedad de la oferta, que estaba amparada por la póliza No. 297369 expedida por Liberty Seguros S.A. Sobre este punto la actora afirmó que dicha situación demuestra que *“la empresa ignoró las solicitudes y precisiones expresadas por la sociedad con la finalidad de ajustar el contrato a su verdadera extensión, magnitud y equidad para que ésta no se viera obligada a la ejecución de un contrato en condiciones desventajosas y que le generaban pérdidas económicas”*.
- El veintiocho (28) de noviembre de dos mil tres (2003), la sociedad presentó recurso de reposición en contra de la resolución precitada. En dicho documento reiteró que el motivo por el que no suscribió el contrato correspondiente radicaba en el hecho que EPM nunca entregó una lista de empaques definitiva y, además, modificó los términos de la invitación. [no está contemplado en los hechos, pero Liberty seguros S.A. también interpuso recurso de reposición].
- El veintidós (22) de diciembre de dos mil cuatro (2004), EPM resolvió el recurso interpuesto por la sociedad y decidió no reponer la resolución mencionada.

2.1.3. La demandante esgrimió como **normas violadas** las siguientes: *i)* los artículos 1, 2, 13, 23 y 29 de la Constitución Política; *ii)* el título X, XI y demás normas concordantes del Código Contencioso Administrativo (CCA); y *iii)* los artículos 5, 14, 16 y 27 de la Ley 80 de 1993. Asimismo, determinó que el **concepto de violación** se circunscribía a que: *“EPM desconoció el justo derecho del oferente Kuehne & Nagel S.A. a discutir los términos de un contrato a firmar que difería sustancialmente de la invitación a contratar y de la oferta, negándole la posibilidad de obtener una rentabilidad en esta clase de negociación esperada, además de inducirle a incurrir en pérdidas económicas sobre las tarifas y costos que, de haberse firmado el contrato, generaría al ejecutarse”*. Lo anterior debido a que las variaciones introducidas al pliego, con posterioridad a la aceptación de la oferta, generaban un incremento del precio superior a un veinte por ciento (20%).

2.2. El trámite procesal relevante en primera instancia



2.2.1. El Tribunal **admitió** la demanda² y **notificó** el auto admisorio³, tanto a EPM como a Liberty Seguros S.A., a quien llamó como litisconsorte necesario activo.

2.2.2. Liberty Seguros S.A. **contestó la demanda**⁴ con coadyuvancia de las súplicas de nulidad de las resoluciones No. 351182 y No. 413856 expedidas por de EPM. Asimismo, formuló como nuevas pretensiones las siguientes:

***“Primera.** Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las Resoluciones [precitadas] se declare que Liberty Seguros S.A. no está obligada a efectuar pago alguno”;*

***Segunda:** Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las Resoluciones [precitadas] se condene a la demandada Empresas Públicas de Medellín E.S.P., a restituir a favor de Liberty Seguros S.A., los dineros actualizados que haya pagado o llegare a pagar, en virtud de lo resuelto por los citados actos administrativos”.*

Como fundamento jurídico de sus pretensiones, y dándole la connotación de actos administrativos a las resoluciones atacadas, alegó:

- Nulidad por falta de competencia del gerente general de EPM para expedir las Resoluciones No. 351182 de 2003 y No. 413856 de 2004: Estimó que por la naturaleza jurídica de EPM el proceso de contratación objeto de controversia se regía por el derecho privado, por lo tanto, no era posible dotarlo de cláusulas excepcionales, como —según su criterio— era declarar la ocurrencia del riesgo correspondiente a la garantía de seriedad de los ofrecimientos para la celebración del contrato No. 008732.
- Nulidad por falsa motivación de la Resolución No. 351182 de 2003, mediante la cual se declaró la ocurrencia del riesgo correspondiente a la garantía de seriedad y su confirmatoria, Resolución No. 413856 de 2004: Sobre este punto estimó que ambas resoluciones faltaron a la verdad, en el entendido que: *i)* la sociedad nunca modificó los precios determinados en su propuesta ni el alcance de la responsabilidad en el transporte contratado; *ii)* EPM modificó los términos de la invitación a ofertar, por lo que no era procedente la suscripción del contrato en condiciones diferentes a las inicialmente convenidas; *iii)* el contratista actuó de conformidad con las circunstancias que se le presentaron en ejecución anticipada y desarrollo del contrato, las cuales en su mayoría no tuvieron solución favorable alguna por parte de EPM; *iv)* en términos de los artículos 1054 y 1072 del Código de Comercio (CCO), el riesgo amparado no tuvo plena realización, toda vez que la póliza por seriedad de la oferta solo opera en etapa precontractual, sin embargo, en el presente asunto se estaba adelantando de forma anticipada la ejecución del contrato, es decir, que se estaba surtiendo la etapa contractual y; *v)* las modificaciones que alega EPM en los actos demandados como fundamento para declarar el siniestro no estaban cubiertas por la póliza de seriedad de la oferta, toda vez que fueron esas mismas modificaciones a las condiciones contractuales las que llevaron a que no se suscribiera el contrato de transporte entre las partes, por lo tanto, estas se encuentran expresamente excluidas de cobertura en la póliza de seguros.

² Folios 185 a 186 del cuaderno 1.

³ Folios 189 a 190 del cuaderno 1.

⁴ Folios 195 a 229 del cuaderno 1.



2.2.3. EPM **contestó la demanda**⁵, con oposición a la totalidad de las súplicas en ella formuladas. Al punto, estimó que la motivación de la decisión que declaró la ocurrencia del riesgo, correspondiente a la garantía de seriedad de la oferta (manifestación que considera como un acto administrativo), fue *“seria, adecuada y relacionada con la decisión que se pretende, sin que sean utilizadas fórmulas generales o insuficientes que impidiesen el real ejercicio del derecho de defensa”*.

En tal sentido, arguyó que no le asiste razón al demandante cuando afirma que la causa por la que no suscribió el contrato fue por el hecho de que EPM modificó los términos de la invitación a ofertar, pues lo cierto es que, como quedó consignado en las resoluciones atacadas, la sociedad se abstuvo de suscribir el contrato, porque consideraba que *“el alcance del término de flete marítimo contratado, FIO, no incluía el amarre y la sujeción de la carga y que por lo tanto, no estaban incluidos en la tarifa cotizada. Adicionalmente, mencionó que no tenía certeza en la fecha de ubicación del barco en el puerto de origen y solicitó unos contenedores especiales para el embarque de la mercancía”*.

De igual manera, aseguró, contrario a lo afirmado por la sociedad demandante, que la empresa nunca modificó los términos del pliego de condiciones con posterioridad a la aceptación de la oferta. Afirmación que sustentó en los siguientes argumentos:

- La oferta nunca se condicionó a la entrega de la lista de empaques definitiva, pues, reiteró, en el pliego de condiciones se informó sobre las especificaciones de la carga, con el propósito de que los proponentes conocieran los pesos, volúmenes y dimensiones de esta, para que pudieran consultar con las líneas navieras la mejor forma de transportarla y poder definir las tarifas y recargos que aplicarían por dicho servicio. Asimismo, en el momento que EPM notificó a la sociedad sobre la aceptación de su oferta comunicó quién era el proveedor (Nordex) de la carga a transportar, con el fin de que aquel se pusiera en contacto con este para ultimar los detalles referentes al embarque y transporte de la mercancía, por lo tanto, si para el contratista era tan importante la entrega de la lista de empaques definitiva pudo pedírsela al proveedor directamente. Finalmente, EPM afirmó que *“las variaciones que pudieran presentarse no entorpecían la prestación del servicio, ni alteraban el equilibrio económico del contrato, toda vez que cualquier modificación que incidiera en los precios del contrato sería valorada teniendo en cuenta que las tarifas propuestas por la sociedad, las cuales fueron acordadas por tonelada o metro cúbico y por unidad de contenedores, por lo que el valor del flete sería el correspondiente al valor de las tarifas ofrecidas por el volumen real que ocupara la carga en el buque”*.
- Las características de la carga y sus empaques nunca fueron modificadas, se conservaron las informadas en la invitación a ofertar. Así, el capítulo 5 del pliego de condiciones indicaba toda la información necesaria para efectuar el transporte que se contrataba y los elementos suficientes para que los proponentes elaboraran sus ofertas. En concreto, se observa que la sociedad demandante no

⁵ Folios 274 a 307 del cuaderno 1.



presentó ninguna solicitud de aclaración, ninguna condición o limitación sobre este tema, por el contrario, en las condiciones generales de la tarifa incluidas en la propuesta especificó: *“los valores de carga suelta, contenedores de 20´ y 40´ DRY, advirtiendo que para la carga suelta la tarifa aplicada sería sobrepeso o volumen, la más alta entre ellas y que no se generarían recargas por extradimensiones y extrapesos”*.

- En el anexo al pliego de condiciones (instructivo Nordex) se informó a los proponentes cómo debía ser el manejo y transporte de las torres con empaque y sin empaque, a lo cual el contratista no pidió aclaración alguna en el proceso de contratación, ni efectuó condicionamiento alguno en la propuesta presentada. Sólo fue hasta después de la notificación de la aceptación de los ofrecimientos que hicieron objeciones sobre el transporte de dicha mercancía. En tal sentido, la sociedad en la oferta no precisó las condiciones para el transporte de la carga, lo cual daba a entender que se podían transportar las torres con o sin empaque.

Bajo las consideraciones anteriores, concluyó que *“el contrato debía ejecutarse de acuerdo con los términos contenidos en el pliego de condiciones y sus adendas, sin embargo, quien [intentó] modificar las condiciones contractuales fue la sociedad, al solicitar reducir los amparos que debía cubrir la garantía de cumplimiento, al variar el alcance de su responsabilidad en la ejecución del contrato, al incluir nuevos términos que no fueron presentados en su propuesta”*.

2.2.4. El órgano judicial de primer grado **abrió a pruebas el proceso**⁶, y una vez concluida la etapa probatoria, **corrió traslado** a las partes y al Ministerio Público para que aquellas alegaran de conclusión y este rindiera concepto de fondo⁷.

2.2.5. La sociedad actora⁸, Liberty Seguros S.A.⁹ y EPM¹⁰ **alegaron de conclusión**, con reiteración de los argumentos expuestos inicialmente. El Ministerio Público guardó silencio.

2.3. La sentencia recurrida

El Tribunal Administrativo de Antioquia dictó fallo de primera instancia¹¹, en el que declaró de oficio la excepción de caducidad de la acción y, subsecuentemente, se inhibió para pronunciarse sobre el fondo del asunto. Al punto, aseveró que las Resoluciones No. 351182 del veintiuno (21) de octubre de dos mil tres (2003) y No. 413856 del veintidós (22) de diciembre de dos mil cuatro (2004), por medio de las que EPM declaró la ocurrencia del riesgo correspondiente a la garantía de seriedad y resolvió los recursos de reposición interpuestos contra la decisión antedicha, son actos administrativos expedidos en la fase precontractual de un negocio jurídico que,

⁶ Folios 432 a 433 del cuaderno 2.

⁷ Folio 921 del cuaderno 3.

⁸ Folios 922 a 926 del cuaderno 3.

⁹ Folios 927 a 959 del cuaderno 3.

¹⁰ Folios 960 a 989 del cuaderno 3.

¹¹ Folios 992 a 999 del cuaderno principal.



por su cuantía, requería de formalidad escrita, conforme a lo dispuesto por el artículo 17 del Decreto 118 de 1998^[12].

En consecuencia, recordó que el artículo 87 del CCA, modificado por la Ley 446 de 1998, prescribía que los actos proferidos antes de la celebración de un contrato eran demandables mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación. Por consiguiente, concluyó que, en virtud a que *“la notificación del acto que resolvió el recurso de reposición se produjo mediante edicto desfijado el once (11) de enero de dos mil cinco (2005)”* y la demanda se presentó el tres (3) de mayo de dos mil cinco (2005), era evidente que la acción, para esa fecha, ya se encontraba caducada.

2.4. Los recursos de apelación interpuestos

2.4.1. La parte actora¹³ y el litisconsorte necesario activo¹⁴ interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de primera instancia, con el propósito que esta sea revocada y, en su lugar, se adopte una decisión de fondo, en la que se acceda a las súplicas de la demanda. Como sustento de inconformidad, aseveraron lo siguiente:

2.4.2. La sociedad estimó que el Tribunal erró al aplicar en el caso *sub examine* el término de caducidad excepcional de treinta (30) días que contemplaba el artículo 87 del CCA, modificado por la Ley 446 de 1998, para solicitar la nulidad de los actos precontractuales, debido a que en el presente asunto las resoluciones atacadas *“no preparaban el contrato”*, por lo tanto, se debía optar por el término de caducidad de cuatro (4) meses contemplados en el artículo 136.2 *ibídem*. La anterior afirmación, la sustentó en el hecho que —a su juicio— las resoluciones atacadas *“no impulsaron o proyectaron el futuro contrato, [por lo tanto] no son actos administrativos previos al contrato, pues su objeto es justamente lo contrario: declarar que el contrato no se podrá perfeccionar con el adjudicatario porque, con falsa motivación, EPM consideró que la sociedad se negó injustificadamente a celebrar dicho negocio jurídico, para declarar el siniestro de seriedad de la oferta e inhabilitarla para contratar con el Estado”*.

Ahora bien, en relación con el fondo del asunto, aseveró que los medios de prueba aportados y practicados en el presente proceso permiten tener por demostrado que: *i)* EPM *“rompió la ecuación económica de equilibrio contractual definida en los pliegos de condiciones y tomada en cuenta por la sociedad para presentar su oferta, al hacer cambios y modificaciones a las condiciones del objeto del contrato”*; *ii)* las modificaciones introducidas por EPM alteraban el valor del contrato y llevaban al oferente, en caso de firmarlo, a sufrir grandes pérdidas económicas y *iii)* la sociedad adelantó las diligencias necesarias para persuadir a EPM acerca de qué los cambios hechos a las condiciones y términos del pliego elevaban en el valor del contrato y, *“en consecuencia se debía realizar por las partes contratantes los ajustes necesarios”*.

¹² Artículo 17. Modalidades de los contratos. Constarán por escrito en documento firmado por las partes, los contratos de cuantía superior a tres mil (3 000) salarios miramos legales mensuales vigentes, en los demás casos bastará la comunicación de la aceptación de la oferta.

¹³ Folios 1001 a 1006 del cuaderno principal.

¹⁴ Folios 1007 a 1012 del cuaderno principal.



para restablecer la igualdad o equivalencia entre obligaciones y derechos surgidos al momento de hacer el llamamiento ofrecer y aceptar la oferta”. Bajo las anteriores apreciaciones, concluyó que las resoluciones atacadas eran ilegales por cuanto su motivación era falsa, pues en realidad, la sociedad no firmó el contrato ofrecido, porque este distaba sustancialmente de los términos y condiciones expuestos en la invitación y la oferta realizada, y no por un desacuerdo en los términos de flete marítimo propuestos.

2.4.3. Liberty Seguros S.A. expresó que *“no comparte la posición asumida por el Tribunal, por cuanto dentro del presente asunto ya existía contrato y por tanto no puede hablarse de que las resoluciones demandadas sean actos administrativos precontractuales”* y mucho menos aplicar el término de caducidad excepcional de treinta (30) días. La posición anterior la soportó en los siguientes aspectos: *i)* el Decreto 118 de 1998 *“por el cual se expiden las normas generales de contratación EPM”*, establece que los procesos de contratación adelantados por dicha empresa se rigen por el derecho privado, por tanto, no se le aplican las normas especiales contenidas en la Ley 80 de 1993; *ii)* conforme lo anterior, el artículo 981 del Código de Comercio (CCO) dispone que *“el contrato de transporte se perfecciona por el solo acuerdo de las partes y se prueba conforme las reglas legales”*; *iii)* en ese orden de ideas, está demostrado que el contrato objeto de controversia nació a la vida jurídica el diez (10) de septiembre de dos mil tres (2003), en el momento en que EPM expidió el oficio No. 1096864 por medio del que notificó a la sociedad accionante la aceptación de la oferta presentada por ella; *iv)* asimismo, sostuvo que el *a quo* erró al determinar que, de conformidad con el artículo 17 del Decreto 118 de 1998, el contrato que se derivaba de la oferta presentada por la sociedad estaba sujeto a una formalidad para su existencia (elevarse a escrito), pues a su juicio dicha norma debe interpretarse en consonancia con el artículo 981 del CCO (precitado), *“por lo tanto, el tema de que el contrato se eleve a escrito no le quita su valor jurídico, sino que debe tenerse como un medio de prueba, mas no como un requisito para su existencia y validez”* y; *v)* finalmente, adujo que denotaba tanta claridad que el contrato de transporte se celebró, que en la misma comunicación de aceptación de la oferta, EPM dispuso autorizar el inicio anticipado del plazo contractual, en atención con lo establecido en el artículo 18 de Decreto 118 de 1998.

2.5. El trámite procesal relevante en segunda instancia

2.5.1. El juzgador de primera instancia **concedió** la alzada¹⁵.

2.5.2. Esta Corporación **admitió** el recurso interpuesto¹⁶ y **corrió traslado** a las partes y al Ministerio Público para que aquellas alegaran y este conceptuara en esta instancia¹⁷.

2.5.3. La parte actora¹⁸, EPM¹⁹ y Liberty Seguros S.A.²⁰ presentaron **escritos conclusivos en segunda instancia**, con reiteración de sus posiciones iniciales,

¹⁵ Folio 1013 del cuaderno principal.

¹⁶ Folios 1020 a 1021 del cuaderno principal.

¹⁷ Folio 1023 del cuaderno principal.

¹⁸ Folios 1024 a 1028 del cuaderno principal.



refiriéndose, además, a que las pruebas aportadas y practicadas en el proceso de la referencia fundamentaban las apreciaciones referidas por cada uno de ellos a lo largo del proceso. El Ministerio Público guardó silencio.

III. PRESUPUESTOS DE LA SENTENCIA DE MÉRITO

3.1. Conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativa de las controversias de naturaleza contractual o extracontractual en las que hagan parte las empresas prestadoras de servicio públicos domiciliarios.

3.3.1. En fallo reciente, la Sección Tercera de esta Corporación unificó su jurisprudencia sobre la jurisdicción que conocería de las controversias de las empresas de servicios públicos domiciliarios, estableciendo que en los eventos que *“no exista norma expresa legal sobre la jurisdicción que debe conocer de controversias en las que haga parte un prestador de servicios públicos domiciliarios, deberá acudir a la cláusula general de competencia del artículo 82 del CCA”*²¹, que prescribe: *“la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”*.

3.3.2. Bajo estos lineamientos, la Sala advierte que, en el presente asunto, la parte demandada, EPM, detenta la condición de empresa industrial y comercial del Estado de orden municipal²², que tiene por objeto la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, energía, distribución de gas y telefonía²³, por ende, no existen dudas de su naturaleza pública, razón suficiente para concluir que **el conocimiento de esta controversia le corresponde a esta jurisdicción**.

3.2. Competencia

Conforme al artículo 129 del Código Contenciosos Administrativo (CCA)²⁴, **la Sala es competente para conocer el asunto de la referencia**, por tratarse de recursos de apelación interpuestos contra una sentencia proferida por un Tribunal Administrativo, en un proceso con vocación de doble instancia, dado que la cuantía de la demanda supera la exigida por el artículo 132.3 del CCA²⁵⁻²⁶, en concordancia con el artículo

¹⁹ Folios 1029 a 1052 del cuaderno principal.

²⁰ Folios 1063 a 1100 del cuaderno principal.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de septiembre de 2020, expediente 42003.

²² Acuerdo 12 de 1998, expedido por el Concejo de Medellín: *“Artículo 1º. Naturaleza Jurídica. La empresa industrial y comercial de Estado EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN ESP., es una persona jurídica del orden municipal, dotada de autonomía administrativa, financiera y patrimonio propio. Sus actuaciones se sujetarán a las reglamentaciones establecidas en la ley y en estos estatutos. Es en consecuencia, sujeto de los derechos y obligaciones inherentes a la personalidad jurídica, de conformidad con las normas generales que para este tipo de entidades le sean aplicables”*.

²³ Acuerdo 12 de 1998, expedido por el Concejo de Medellín: *“Artículo 3º. Objeto social. Las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. tienen como objeto social la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, energía, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, y demás servicios de telecomunicaciones. Podrá también prestar el servicio público domiciliario de aseo, así como las actividades complementarias propias de todos y cada uno de estos servicios públicos y el tratamiento y aprovechamiento de las basuras”*.

²⁴ Artículo 129 del CCA. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia: *“El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales administrativos (...)”*.

²⁵ Artículo 132 del CCA. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. *“Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) 3. De los de nulidad y*



20.2. del Código de Procedimiento Civil (CPC)²⁷.

3.3. Legitimación en la causa

3.3.1. **Por la parte activa**, se observa que Kuehne & Nagel S.A. acreditó que le asiste interés directo en las resultas del proceso, pues este fue el destinatario de las Resoluciones que declararon la ocurrencia del siniestro de seriedad de la oferta e impusieron el pago de una suma fijada como indemnización.

3.3.2. **Por la parte pasiva**, se constata que EPM es la entidad llamada a ejercer el derecho de defensa y contradicción en este asunto, ya que fue esta quien expidió las Resoluciones cuestionadas.

IV. CONSIDERACIONES

4.1 Cuestiones previas

De conformidad con los motivos que fundaron la decisión de primera instancia y las razones de inconformidad exhibidas en los recursos de apelación interpuestos, la Sala deberá establecer, en primer término, si el Tribunal erró al declarar, en el *sub lite*, la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Para cumplir con tal cometido, se examinarán previamente algunas cuestiones, a saber: **i)** naturaleza jurídica de los actos cuya legalidad se cuestiona (en virtud de que la demandante, el litisconsorte necesario y el Tribunal les dio comprensión de actos administrativos); **ii)** acción procedente de acuerdo a la naturaleza de los actos atacados y; **iii)** oportunidad para presentar la demanda según la acción indicada.

Con el estudio de los *ítems* precedentes, la Sala resolverá, solo si a ello hay lugar, el fondo del asunto puesto a su consideración, que será delimitado y definido en forma adecuada.

4.1.1. Naturaleza jurídica de los actos cuya legalidad se cuestiona

4.1.1.1. Las primeras súplicas de la demanda (1ª y 2ª) van encaminadas a que se declare la nulidad de las Resoluciones No. 351182 del veintiuno (21) de octubre de dos mil tres (2003) y No. 413856 del veintidós (22) de diciembre de dos mil cuatro (2004), por medio de las que EPM declaró la ocurrencia del riesgo correspondiente a la garantía de seriedad de los ofrecimientos, cobró directamente a la sociedad el valor asegurado y dispuso que, en el evento que esta se abstuviera de cancelar la obligación, se hará efectiva la póliza de seguro amparada por Liberty Seguros S.A.

restablecimiento del derecho en que se controviertan Actos Administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales”.

²⁶ Según lo expuesto en la demanda, la pretensión mayor equivale a \$150.000.000 (393,18 SMLMV para el año 2005), monto superior a los 300 SMLMV exigidos por el artículo 132.3 del CCA.

²⁷ Artículo 20 del CPC. Determinación de la cuantía. <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 8 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> “La cuantía se determinará así: (...) 2. Por el valor de la pretensión mayor, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones”.



Bajo este entendido, se hace necesario determinar si, en efecto, tales actos pueden calificarse como administrativos, y en general, precisar cual es el régimen que debía observar esta prestadora de servicios públicos domiciliarios para adoptar la decisión mencionada.

4.1.1.2. Como se dejó visto en precedencia²⁸, EPM se encuentra constituida como una empresa industrial y comercial del Estado de orden municipal, que tiene por objeto la prestación de servicios públicos domiciliarios. En tal sentido, por su objeto social, es una empresa que debe ceñirse a las disposiciones normativas que contempla la Ley 142 de 1994, que en sus artículos 31^[29] y 32^[30] dispone un régimen de derecho privado para los contratos y para los actos que estas proferieran.

Dicha normatividad contempló, además, la posibilidad que en casos puntuales los prestadores de servicios públicos domiciliarios pueden proferir actos administrativos, a saber: *“en las situaciones previstas en el artículo 33 (desarrollado por los artículos 56, 57, 116 y ss.); en materia contractual cuando el régimen de estos sea el derecho público y, en tal sentido se les aplique el Estatuto de Contratación Estatal (parágrafo del artículo 31, 39.1), contratos para la concesión de ASES (artículo 40), o limitado a lo relativo a cláusulas excepcionales (artículo 31)). En materia precontractual, en cambio, no existe disposición legal alguna de la que se derive la posibilidad de expedir actos administrativos”*³¹.

La prescripción anterior da a entender a la Sala que, por regla general, todos los actos precontractuales y contractuales emitidos por estas, salvo los expresamente previstos por la Ley, se rigen por el derecho privado, lo cual no obsta *“para que se excluya la aplicación de los principios constitucionales que orientan la función administrativa, sino que debe acompañarse en todo aquello que no desvirtúe su naturaleza y régimen jurídico”*³².

Del derrotero expuesto y orientándolo al caso objeto de estudio, se puede colegir que: *i)* EPM no estaba expresa, legal ni constitucionalmente habilitada para emitir actos administrativos durante el proceso de contratación *sub examine*; *ii)* la decisión

²⁸ Apartado 3.1.2.

²⁹ Artículo 31, modificado por el artículo 3º de la Ley 689 de 2001, *“Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa. //Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.*

³⁰ Artículo 32. *“Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado”.*

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de septiembre de 2020, expediente 42003.

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia de 2 de diciembre de 2013, expediente 76001-23-31-000-2005-02130-01(AP).



de hacer efectivo el siniestro correspondiente a la póliza de garantía de seriedad no está contemplada en la Ley como una de las excepciones en la que es viable dictarla como acto administrativo; **iii)** consecuentemente, los actos enjuiciados no tienen la calidad de actos administrativos (ni por regla general ni por vía de excepción), por lo tanto, estos deben comprenderse como decisiones que se enmarcan en la lógica del derecho privado.

4.1.1.3. Una vez esclarecida la naturaleza jurídica de los actos enjuiciados (actos jurídicos), se percibe en los escritos presentados por las partes a lo largo de este contencioso que existe una pugna sobre el momento en que estos fueron dictados, es por ello por lo que resulta de vital importancia, precisar si estos fueron emitidos en etapa precontractual o contractual del proceso de contratación objeto de estudio.

En concreto, se puede afirmar (debido a que son supuestos fácticos que no están en pugna por las partes procesales) que EPM abrió proceso de contratación No. 008732 con el propósito de recibir ofertas para el transporte marítimo internacional de unos aerogeneradores desde Alemania y Dinamarca, hasta Colombia. Luego, la sociedad demandante presentó propuesta para llevar a cabo el transporte de la mercancía en mención. Bajo tales términos, EPM aceptó la oferta presentada por la sociedad mediante comunicación del diez (10) de septiembre de dos mil tres (2003).

Ahora bien, se debe tener en cuenta, como ya se explicitó anteriormente, que en virtud de que los procesos de contratación adelantados por EPM están regidos por el derecho privado, la invitación a ofertar debía seguir los lineamientos del artículo 860 del Código de Comercio (CCO) que dispone que *“en todo genero de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor”*. De igual manera, al tratarse de ofertas tendientes a prestar el servicio de transporte marítimo internacional de unas mercancías, el contrato a celebrar se enmarcaba en el supuesto del artículo 981 *ibídem* que dispone *“que el contrato de transporte se perfecciona por el solo acuerdo de las partes y se prueba conforme a las reglas legales”*.

De conformidad con la normatividad citada, se entiende que, en principio, una vez aceptada la oferta por EPM nació a la vida jurídica el contrato de transporte marítimo. No obstante, esta Colegiatura observa que en el pliego de condiciones *“celebración y legalización del contrato”* se estableció que, de conformidad con el artículo 17 del Decreto 118 de 1998^[33] *“normas generales de contratación de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P”*, por ser la cuantía del contrato a firmar superior a tres mil (3000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, este deberá constar por escrito. Lo que permite concluir, *a priori*, que la existencia y validez de dicho contrato estaba condicionada a una formalidad escrita.

Sobre este tipo de obligaciones condicionadas en etapa precontractual de un negocio jurídico, la Corte Suprema de Justicia expresó, en el estudio de un caso

³³ Artículo 17. Modalidades de contratos. Constarán por escrito en documento firmado por las partes, los contratos de cuantía superior a tres mil (3 000) salarios miramos legales mensuales vigentes, en los demás casos bastará la comunicación de la aceptación de la oferta.



similar, lo siguiente:

“Aceptada que sea la oferta por el destinatario, si el contrato a que ella se refiere es de aquellos que para su perfeccionamiento no requieren solemnidades, es decir, si es meramente consensual, surge desde entonces a la vida jurídica; lo que no ocurre si se trata de un contrato solemne, pues en este caso, la existencia de este solo se inicia “desde que se cumple la formalidad externa que la ley exige para su perfección”, conforme lo tiene por sentado la jurisprudencia desde antiguo (Sent. Cas. Civil, 11 de octubre de 1929, G.J. tomo XXXVII, pág.283), la que conserva todo su vigor. De manera pues que, si lo ofrecido y aceptado es la celebración futura de un contrato solemne, a la aceptación habrá de seguir o la promesa de contrato con el lleno de los requisitos legales, si así lo quieren las partes, o, si lo prefieren, la celebración directa del contrato a que se refiere la oferta”³⁴.

En fallo más reciente, esa misma Corporación mantuvo su postura y agregó:

“Ahora, si la voluntad adicional en ese sentido debe ser precisa (la exigencia de la solemnidad para perfeccionar el contrato debe aparecer inequívocamente exteriorizada en el itinerario prenegocial y aún concomitantemente con el proyecto del negocio jurídico que alguien sometió a otro u otros para su aceptación o rechazo), es obvio que en caso de aceptación, todos los actos, tratos o conversaciones preliminares llevados a cabo con el fin de perfeccionar el acuerdo de voluntades, en un momento dado resultarían trascendentales, no sólo para desentrañar la verdadera intención de las partes, sino para ver cuales fueron las reglas de juego, inclusive jurídicas, a las que se iban a someter, conductas que, desde luego, cobrarían mayor relieve si después de ocurrida la propuesta, así como su aceptación por el destinatario, aparecen ratificadas de modo expreso o tácito.

Así ocurre, por ejemplo, en los contratos que se gestan por el sistema del concurso, donde además de contener el aviso o la invitación las pautas del concurso, generalmente se señalan las características del negocio jurídico proyectado, así como las reglas fundamentales a las cuales quedaría vinculado quien lo convoca, si es que el anuncio o la invitación no constituye una auténtica oferta en los términos indicados en los artículos 845, 846 y 860 del Código de Comercio, pues si lo es, el proponente, anunciante, quedaría vinculado contractualmente si se produce la aceptación por alguno de los llamados a participar en su realización. Con todo, sea que el anuncio o la invitación contenga una verdadera propuesta o simplemente sea una convocatoria a formularla, no queda duda que en caso de participación, ese sólo hecho entrañaría la emisión de una declaración de voluntad, en cuanto conllevaría la aceptación por parte de los concurrentes de las reglas de juego contenidas en el anuncio o invitación a las que igualmente quedarían vinculados”³⁵.

De acuerdo con lo expuesto, se puede afirmar que el trámite de contratación que inicio EPM, se adelantó bajo los lineamientos del poder de autorregulación propio de la autonomía negocial que le reconoció los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994; autonomía que se materializó en una *invitación a presentar ofertas*, como la No. 008732³⁶, en cuanto: (i) así fue titulado el pliego de cargos, con la manifestación expresa del interés de EPM en recibir ofertas; (ii) se hizo explícito que cada propuesta presentada con precisión y coherencia constituiría una oferta, siendo aceptada por EPM la que fuera más favorable; (iii) se fijaron unas formalidades para la existencia y validez del negocio jurídico en ciernes, sometiendo sus condiciones al régimen propio de contratación de la empresa, que como se estableció en el pliego de condiciones, se entiende como parte integral de este; y (iv) fueron individualizados los requerimientos de los buques así como un programa de despachos.

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de marzo de 1995. Exp 4473.

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de agosto de 2002, exp. núm. 6151. (Subrayado añadido).

³⁶ Apartado 4.2.2.1.



Se advierte en este documento, con suma claridad, que la decisión de declarar la ocurrencia del siniestro de seriedad de la oferta se dictó dentro de un proceso licitatorio privado de invitación a presentar ofertas, con antelación a la formalización del contrato (elevar el contrato a escrito), es decir, que dicha decisión se surtió en la etapa precontractual, sin que aun se hubiera materializado el vínculo jurídico con la empresa contratante.

4.1.1.4. De conformidad con el derrotero normativo y jurisprudencial expuesto, no queda ninguna duda que las decisiones adoptadas por EPM, en las que declaró la ocurrencia del riesgo correspondiente a la garantía de seriedad de la oferta y cobró el valor asegurado son actos de naturaleza jurídica dictados en etapa precontractual.

4.1.2. Acción procedente de acuerdo con la naturaleza de los actos atacados

4.1.2.1. La jurisprudencia de la Corporación ha sido pacífica en señalar *“que la fuente del daño determina la acción procedente para analizar los supuestos que fundan la controversia y ésta, a su vez, determina la técnica apropiada para la formulación de las pretensiones de la demanda y la oportunidad en el tiempo para hacerlas valer por la vía jurisdiccional”*³⁷. En este sentido, las normas que regulan las condiciones para el ejercicio de cada tipo de acción no están dispuestas al libre arbitrio de la escogencia del interesado, al tratarse de normas de orden público y de imperativo cumplimiento.

En el *sub examine*, se puede afirmar, en atención a lo considerado en el capítulo anterior, que la fuente del daño es el acto precontractual, de naturaleza privada, por medio del que EPM declaró un siniestro y ordenó el pago del valor asegurado. Empero, se pone de presente que, durante los últimos años, ha existido en la Sección Tercera disparidad de criterios respecto de la acción procedente para demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo este tipo de actos.

Problemática zanjada recientemente, en un fallo de unificación jurisprudencial³⁸, en el que se estableció que cuando en una demanda se controviertan decisiones de carácter precontractual de prestadores de servicios públicos domiciliarios, que no correspondan a actos administrativos, la acción a empelarse es la reparación directa, *“no para controvertir su legalidad, sino para alegar el daño que se derivaría de ella y solicitar los perjuicios correspondientes”*.

Visto lo anterior, es indudable que la sentencia precedente allanó el camino para que las controversias surgidas en decisiones plasmadas en actos precontractuales se traseguen por la misma vía que sigue la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto, ésta entiende que la pretensión declarativa de responsabilidad por *culpa in contrahendo* tiene fundamento en la normativa rectora de la

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 12 de mayo de 2011. Expediente 26.758; Consejo de Estado, Sección Tercera, subsección C, sentencia de 23 de abril de 2020. Expediente 48.444.

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de septiembre de 2020, expediente 42003.



responsabilidad extracontractual³⁹, una modalidad de responsabilidad que en esta jurisdicción tiene cauce por la acción de reparación directa.

4.1.2.2. La unificación en cita estableció, además, que debido a la disparidad de criterios acerca de la acción a emplear para demandar dichos actos y para efectos de garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia, el juzgador de conocimiento de este tipo de controversias deberá resolverlas de fondo, aunque no se haya empleado la acción que corresponda, en el marco del régimen jurídico aplicable a este tipo de actos.

4.1.2.3. En atención a los lineamientos generales expuestos en precedencia, la Sala se permite encauzar la acción procedente de acuerdo a las pretensiones exhibidas por la parte actora y el litisconsorte, que se fundan en su desarmonía con los motivos que llevaron a EPM a declarar la ocurrencia del siniestro de seriedad de la oferta y ordenar el pago del valor asegurado (acto jurídico de naturaleza precontractual), decisión que, a la postre, les causó un daño que pretenden les sea reparado.

Por consiguiente, se concluye que el fundamento de las súplicas, así planteado, encuadra en los cánones de la responsabilidad extracontractual y que, por tanto, la acción pertinente para abordar el estudio del caso *sub judice* es el de reparación directa, contenida en el artículo 86 del CCA.

4.1.3. Oportunidad para presentar la demanda según la acción de reparación directa

4.1.3.1. Conforme al artículo 136.8 del CCA, el conteo del término de caducidad de dos (2) años de la acción de reparación directa inicia *“a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa”*.

4.1.3.2. Se reitera que la fuente del daño radicó en la decisión de EPM al declarar la ocurrencia del riesgo correspondiente a la garantía de seriedad de la oferta, que estaba amparada por la póliza No. 297369 expedida por Liberty Seguros S.A., decisión que fue notificada a la parte demandante por edicto el veinticuatro (24) de enero de dos mil cinco (2005)⁴⁰.

Sobre esta base, se colige que el término bienal para la presentación oportuna de la acción de reparación directa comenzó a correr desde el veinticinco (25) de enero de dos mil cinco (2005), día siguiente a la fecha de notificación. **Por consiguiente, el escrito presentado, el tres (3) de mayo de dos mil cinco (2005), fue oportuno.**

4.2. Cuestiones sobre el fondo del asunto

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de mayo de 1970, Gaceta Judicial, Tomo CXXXIV, núm. 2326 - 2327 - 2328, pp. 112 a 134; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de agosto de 2014, exp. núm. 11001 3103 036 2004 00037 01.

⁴⁰ Folio 184 del cuaderno 1.



Con fines de facilitar el entendimiento de la metodología lógica que sigue este fallo, la Sala se permite sintetizar lo resuelto en los capítulos anteriores de la siguiente manera: La presente controversia se plantea frente a un acto jurídico de naturaleza privada dictado durante la etapa precontractual, que se rige por la normatividad civil y comercial, y no por las reglas propias de los actos administrativos y que, aunque la parte accionante no acertó al haber impetrado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de las decisiones reprochadas, se procederá a hacer un análisis de fondo bajo la égida de la acción de reparación directa.

4.2.1. Problema jurídico y asuntos para resolver

En consonancia con lo expuesto en precedencia, esta Colegiatura se plantea el siguiente problema jurídico:

¿La conducta desplegada por EPM al declarar el incumplimiento de Kuehne & Nagel S.A. respecto de unas obligaciones precontractuales y hacer efectivo el amparo de seriedad de los ofrecimientos causó un daño antijurídico a la parte demandante y al litisconsorte necesario?

Para resolver el interrogante planteado y atendiendo a las pretensiones propuestas por la Sociedad y por el litisconsorte necesario, la Sala procederá a analizar los siguientes asuntos: *i)* hechos probados; *ii)* los motivos que llevaron a EPM a declarar el incumplimiento del oferente en relación con la obligación de suscribir el contrato en ciernes, que sirvió de fundamento para hacer efectiva la ocurrencia del siniestro de seriedad, y los daños derivados de una posible conducta irregular por parte de esta al tomar tal decisión; *iii)* la decisión de ordenar directamente el pago de una suma fija a la sociedad *“cómo consecuencia de la modificación de su propuesta con posterioridad a la aceptación de la misma por parte de EPM y la renuencia para formalizar el contrato”*; *iv)* la decisión que prescribió que en el evento de qué la mencionada sociedad se abstenga de hacer el pago, se hará efectivo el amparo de seriedad de los ofrecimientos por una suma de \$150.000.000, la cual se halla amparada por la póliza 297369.

4.2.2. Hechos probados

Conforme a los elementos de convicción legalmente recaudados y pertenecientes al expediente, la Sala tendrá por probados los siguientes hechos relevantes, que servirán como fundamento para la resolución del conflicto planteado:

4.2.2.1. El doce (12) de agosto de dos mil tres (2003), EPM abrió el proceso de contratación No. 008732, según el informe de autorización de inicio del once (11) de agosto de dos mil tres (2003)⁴¹, cuyo objeto era *“recibir ofertas para la prestación del servicio de transporte marítimo internacional de quince (15) aerogeneradores y equipos asociados para el Parque Eólico Jepírachi, desde los puertos Rostock (Alemania) y Esbjerg (Dinamarca) hasta Puerto Bolívar en la Guajira (Colombia)”*.

⁴¹ Folios 484 a 489 del cuaderno 2.



En el marco de la convocatoria de oferentes referida, EPM elaboró el *pliego de condiciones*⁴², del que se destaca lo siguiente:

[...] CAPÍTULO 1. INFORMACIÓN A LOS PROPONENTES

[...] 1.3. Objeto. Las empresas están interesadas en recibir ofertas para la prestación del servicio de transporte marítimo internacional de quince (15) aerogeneradores y equipos asociados para el Parque Eólico Jepírachi, desde los puertos Rostock (Alemania) y Esbjerg (Dinamarca) hasta Puerto Bolívar en la Guajira (Colombia).

La mercancía se transportará como carga suelta y en contenedores de 20' (DRY, OT, FR) y 40' (DRY, OT, FR y HC). En el capítulo 5 se detalla el programa de los despachos y las especificaciones de la carga.

En el formulario de precios No. 1 se deben informar las tarifas y recargos propuestos en términos de fletes FILO. Las tarifas y recargos solicitados son recalando en los dos puertos de embarque de las cargas y se debe informar el tiempo de prestación del servicio.[...]

[...] 1.8. Lugar, fecha y hora límite de entrega de propuesta. La propuesta deberá ser entregada [...] a mas tardar el 25 de agosto de 2003. [...]

1.9. Interpretación, aclaración y modificación de los documentos. El proponente deberá examinar todas las instrucciones, formularios, especificaciones, condiciones y anexos que figuran en los documentos de la presente contratación, los cuales constituyen la única fuente información para la preparación de la oferta.

Las interpretaciones o deducciones que el proponente haga de las estipulaciones de los documentos de cotización serán de su exclusiva responsabilidad. El hecho de que los proponentes no se familiaricen debidamente con los detalles y condiciones bajo los cuales deberá realizarse el contrato, no se considerará como excusa válida para posteriores reclamaciones. Es por ello por lo que, si el proponente encuentra discrepancias u omisiones en cualquiera de los documentos, o tiene alguna duda acerca de su significado, podrá solicitar aclaración mediante comunicación escrita dirigida a las empresas, a más tardar cuatro (4) días hábiles antes de la fecha límite de entrega de ofertas. Las empresas responderán por el mismo medio a la dirección informada por el proponente y enviarán copia de las aclaraciones relevantes a todos los que hayan adquirido el pliego.

Las empresas podrán modificar, a más tardar dos (2) días hábiles antes de presentar las ofertas, los documentos de la contratación mediante adendas que remitirán a todos los proponentes, las cuales serán de obligatoria observancia para la preparación de las ofertas.

[...] CAPÍTULO 2. ELABORACIÓN Y PRESENTACIÓN DE LAS PROPUESTAS

[...] 2.1. Elaboración de la propuesta. La propuesta deberá elaborarse con base en los requisitos legales, contractuales, comerciales, económicos y en las especificaciones técnicas contenidas en los documentos del presente proceso de contratación.

La presentación de la oferta se considerará como una manifestación expresa por parte del proponente de que conoce y acata el estatuto contractual de las empresas (Decreto 118 de octubre 1º de 1998, 1016 de noviembre 20 de 1998 y 1039 de marzo 24 de 1999), y demás normas que regulan la contratación de esta entidad, que ha examinado completamente el pliego de condiciones y especificaciones, y acepta que los documentos están completos, son compatibles y adecuados para determinar el objeto y las demás estipulaciones del contrato, y que por lo mismo, ha formulado su oferta en forma seria, cierta, precisa y coherente. En consecuencia, las empresas no serán responsables por descuido indebida interpretación que del pliego y demás documentos u otros hechos haga el proponente que puedan incidir en la elaboración de la oferta. [...]

2.2. Precios de la propuesta. El proponente deberá indicar en los formularios correspondientes el precio y la moneda de cotización para cada uno de los ítems [...]. Los

⁴² Folios 490 a 545 del cuaderno 2.



precios no serán reajustables ni ajustables, deberán ser firmes durante la ejecución del contrato, si se cotizan precios reajustables o ajustables la propuesta será eliminada.

[...] **2.7. Garantía de seriedad de la propuesta.** El original de la propuesta deberá estar acompañado de una garantía otorgada por un banco o una compañía de seguros [...]. Será respaldada con la firma del tomador y el comprobante de pago por parte del asegurador o su marca de cancelado. [...] La garantía deberá constituirse por una cuantía de ciento cincuenta millones de pesos (\$150.000.000).

La vigencia de dicha garantía será de noventa (90) días calendario, contados a partir de la fecha de cierre, entendiéndose que esta comienza en la hora cero del día fijado para tal efecto. [...]

Mediante esta garantía el proponente garantiza que mantendrá la totalidad de su propuesta sin modificación de ninguna clase durante su periodo de validez y las ampliaciones a que hubiera lugar, que firmara el contrato, si fuera escrito, que constituirá la garantía exigida por las empresas, que a llegará los certificados de existencia y representación legal y llevar a cabo los demás actos que se requieran para el iniciación y ejecución del contrato.

Si el proponente favorecido no entrega oportunamente los documentos necesarios para la formalización del contrato dentro del plazo fijado, se aplicará lo descrito en el numeral 4.1.

[...] **2.9. Presentación de la propuesta.** [...] la presentación de la propuesta será evidencia suficiente de qué el proponente ha examinado completamente el pliego de condiciones de esta contratación, que obtenido aclaración suficiente y oportuna de las empresas sobre los puntos inciertos o dudosos, así como que acepta jurídicamente los términos y condiciones previstos en el mismo. [...]

[...] **CAPÍTULO 3. ANÁLISIS, EVALUACIÓN Y ACEPTACIÓN DE OFERTA**

[...] **3.6. Aceptación de la oferta.** Las empresas aceptarán la oferta más favorable, siempre y cuando cumpla tanto los aspectos técnicos y contractuales, como los factores de escogencia incluidos en el presente pliego de condiciones y especificaciones, valorados de manera precisa y detallada, de conformidad con los análisis establecidos en este documento. [...] La aceptación de la oferta es irrevocable y obliga a las empresas y al proponente.

[...] **CAPÍTULO 4. CONDICIONES CONTRACTUALES**

4.1. Celebración y legalización del contrato. Para los efectos de esta contratación se entenderá que el contrato se ha celebrado una vez se logre el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación. Para lo cual las empresas deberán manifestar explícitamente la aceptación de la oferta.

Los contratos de cuantía superior a tres mil (3.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes constaran por escrito, según lo dispuesto en el artículo 17 del decreto 118 de 1998.

Si el proponente favorecido no entrega oportunamente los documentos necesarios para la formalización del contrato dentro del plazo fijado, se harán acreedor a la multa establecida en el numeral 0 (SIC).

En el evento de renuencia absoluta para formalizar el contrato o para aportar los documentos necesarios para la iniciación del mismo, el incumplido y el acreedor, además, a la causal de inhabilidad para contratar con las entidades estatales por el término de cinco (5) años, de conformidad con lo previsto en el literal e) numeral 1º del artículo 8º de la ley 80 de 1993 se le hará efectiva la garantía de seriedad de la propuesta.

A partir de la fecha de comunicación el contratista tendrá un plazo de ocho (8) días hábiles para presentar [...] toda la documentación requerida para la formalización del contrato, a saber: i) certificado de existencia representación legal, ii) certificado de inscripción en el Departamento de Impuestos del municipio de Medellín, o la certificación de que no es sujeto pasivo de impuestos de Industria comercio; iii) la garantía con el recibo de pago de la prima correspondiente, o sello de cancelado.



Para el inicio de la ejecución del contrato, deberán estar previamente aprobadas las garantías por parte de las empresas, salvo si se determina autorizar la iniciación anticipada del contrato sin que aún se encuentre formalizado, tal como se estipula en el artículo 18 del decreto 118 de 1998 de la junta directiva de las empresas, en cuyo caso se le comunicará al contratista la decisión pertinente.

4.2. Documentos del contrato. El pliego de condiciones y especificaciones, sus adendas, las demás disposiciones del mismo, la propuesta y sus aclaraciones, la minuta del contrato si el mismo es escrito, la comunicación de aceptación de oferta y las modificaciones acordadas por las partes durante el desarrollo del contrato se entienden incorporadas al contrato, al igual que las normas de la Ley 142 de 1994, la de la Ley 80 de 1993 en cuanto corresponda y el Decreto 118 de 1998 de la Junta Directiva de las empresas, el Decreto 1039 de 1999 y demás normas que regulan la contratación de esta entidad, en cuanto sean aplicables en un caso determinado.

[...] **4.8. Deducciones por incumplimiento (Multas).** [...] las multas se causan:

Por demora en la presentación de los documentos para formalizar el contrato: en caso de que el contratista no entregue oportunamente los documentos necesarios para formalizar el contrato, es decir dentro del periodo fijado por las empresas en este pliego de condiciones, se le hará una deducción del uno por mil del valor del contrato por cada día calendario de retardo. Si el contrato definitivamente se formaliza el valor de la deducción será tomada de cualquier cantidad que se adeuda al contratista durante el desarrollo del contrato, o se hará efectiva de la garantía de seriedad si fuera necesario.

Las empresas reservan el derecho de aplicar opcionalmente la garantía de seriedad o la multa, según conveniencia.

[...] **CAPÍTULO 5. PROGRAMA DE DESPACHOS Y ESPECIFICACIONES DE LA CARGA**

Primer despacho	Segundo despacho
<i>Diez góndolas (nacelles). Puerto Rostock. Fecha estimada de embarque: 22 de septiembre de 2003. Peso bruto y volumen de cada pieza (incluyendo empaque): 65 toneladas; 119.4 m3. Dimensiones de cada pieza: largo 10.1 m; ancho 3 m; alto 3.75 m. Peso bruto y volumen en total: 650 toneladas, 1194 m3.</i>	<i>Cinco góndolas (nacelles). Puerto Rostock. Fecha estimada de embarque: 12 de octubre de 2003. Peso bruto y volumen de cada pieza (incluyendo empaque): 65 toneladas; 119.4 m3. Dimensiones de cada pieza: largo 10.1 m; ancho 3 m; alto 3.75 m. Peso bruto y volumen en total: 325 toneladas, 597 m3.</i>
<i>Herramientas y accesorios. Puerto Rostock. Fecha estimada de embarque: 22 de septiembre de 2003. Peso bruto y volumen en total: 19 toneladas, 5 container de 20 pies.</i>	<i>Cinco conjuntos de aspas (blades). Puerto Elsberg. Fecha estimada de embarque: 14 de octubre de 2003. Peso bruto y volumen de cada pieza (incluyendo empaque): 15.8 toneladas; 273 m3.</i>
<i>Diez conjuntos de aspas (blades). Puerto Elsberg. Fecha estimada de embarque: 24 de septiembre de 2003. Peso bruto y volumen de cada pieza (incluyendo empaque): 15.8 toneladas; 273 m3. Dimensiones de cada conjunto: largo 26 m; ancho 4 m; alto 2.5 m. Peso bruto y volumen en total: 158 toneladas, 2730 m3.</i>	<i>Dimensiones de cada conjunto: largo 26 m; ancho 4 m; alto 2.5 m. Peso bruto y volumen en total: 79 toneladas, 1365 m3.</i>
<i>Accesorios de las aspas (stall tips). Puerto Elsberg. Fecha estimada de embarque: 24 de</i>	<i>Cinco conjuntos de torres (towers). Puerto Elsberg. Fecha estimada de embarque: 14 de octubre de 2003. Peso bruto y volumen de cada pieza (incluyendo empaque): cada conjunto está dividido en tres secciones y cada sección tiene el siguiente peso y volumen: 45 toneladas; 249.5 m3; 32.5 toneladas, 188 m3; 25.2 toneladas, 174.6 m3.</i>



septiembre de 2003. Peso bruto y volumen en total: 12.6 toneladas, 2 container de 40 pies. Diez conjuntos de torres (towers). Puerto Elsberg. Fecha estimada de embarque: 24 de septiembre de 2003. Peso bruto y volumen de cada pieza (incluyendo empaque): cada conjunto está dividido en tres secciones y cada sección tiene el siguiente peso y volumen: 45 toneladas; 249.5 m3; 32.5 toneladas, 188 m3; 25.2 toneladas, 174.6 m3. Dimensiones de cada conjunto: cada conjunto está dividido en tres secciones y cada sección tiene las siguientes dimensiones: largo 16.8 m, ancho 4.1 m, alto 3.45 m; largo 17.3 m, ancho 3.45 m, alto 3 m; largo 23.1 m, ancho 3 m, alto 2.4 m Peso bruto y volumen en total: 1027 toneladas, 6120 m3. Diez transformadores (transformer). Puerto Elsberg. Fecha estimada de embarque: 24 de septiembre de 2003. Peso bruto y volumen de cada unidad (incluyendo empaque): 19.4 toneladas; 20.6 m3. Dimensiones de cada unidad de transformador: largo 2.8 m; ancho 2.5 m; alto 2.8 m. Peso bruto y volumen en total: 194 toneladas, 206 m3.	Dimensiones de cada conjunto: cada conjunto está dividido en tres secciones y cada sección tiene las siguientes dimensiones: largo 16.8 m, ancho 4.1 m, alto 3.45 m; largo 17.3 m, ancho 3.45 m, alto 3 m; largo 23.1 m, ancho 3 m, alto 2.4 m Peso bruto y volumen en total: 513.5 toneladas, 3060 m3. Cinco transformadores (transformer). Puerto Elsberg. Fecha estimada de embarque: 14 de octubre de 2003. Peso bruto y volumen de cada unidad (incluyendo empaque): 19.4 toneladas; 20.6 m3. Dimensiones de cada unidad de transformador: largo 2.8 m; ancho 2.5 m; alto 2.8 m. Peso bruto y volumen en total: 97 toneladas, 103 m3.
--	--

Información general.

- Los buques deben contar con grúas con capacidad suficiente para manipular las cargas que se transportan y deben operadas por sus tripulantes. [...]
- Antes de cargar el buque se debe pasar el plano de estiba propuesto, el cual será evaluada por las directivas de Puerto Bolívar, con el fin de hacer las consideraciones del caso y facilitar el descargue de las mercancías. [...]
- [se debe tener en cuenta] el instructivo de Nordex para el manejo de la carga [el cual hace parte integral del pliego de condiciones⁴³].

4.2.2.2. El diecinueve (19) de agosto de dos mil tres (2003)⁴⁴, EPM modificó, mediante adenda No.1, la fecha de entrega de las propuestas (capítulo 1, numeral 8º del pliego de condiciones), al señalar como nueva fecha el veintinueve (29) de agosto de dos mil tres (2003).

4.2.2.3. El veintidós (22) de agosto de dos mil tres (2003)⁴⁵, EPM modificó, mediante adenda No. 2, el término de fletes para la presentación de las tarifas y recargos, y parte de la información general contenido en el pliego, aspectos que —advirtió— los proponentes debían tener en cuenta al momento de preparar la propuesta y los cuales quedaron de la siguiente manera:

⁴³ Folios 536 a 545 del cuaderno 2. (documento en inglés, sin traducción oficial).

⁴⁴ Folios 546 a 548 del cuaderno 2.

⁴⁵ Folios 549 a 551 del cuaderno 2.



TEXTO ORIGINAL	TEXTO MODIFICADO
<i>“En formulario de precios No. 1 se debe informar las tarifas y recargos propuestos en términos de fletes FILO”. (Pliego de condiciones, Cap. 1, num.1.3 “OBJETO”).</i>	<i>“En formulario de precios No.1 se debe informar las tarifas y recargos propuestos en términos de fletes FIO, es decir, sin incluir el cargue y descargue de la carga”.</i>
<i>“Los buques deben contar con grúas con capacidad suficiente para manipular las cargas que se transportan y deben ser operadas por sus tripulantes”. (pliego de condiciones, Cap. 5, “INFORMACIÓN GENERAL”).</i>	<i>Los buques deben contar con grúas con capacidad suficiente para manipular las cargas que se transportan y no requieren ser operadas por sus tripulantes. La carga será descargada por el operador del puerto o por el asignado por EPM”.</i>

4.2.2.4. El veintisiete (27) de agosto de dos mil tres (2003), EPM remitió con destino a la sociedad, mediante oficios No. 1093665^[46] y No. 1093776^[47], “las inquietudes planteadas por una de las firmas que adquirió el pliego de condiciones, y las respuestas dadas por la empresa”. De dicho documento se destaca lo siguiente:

ACLARACIONES SOLICITADAS	ACLARACIÓN DE DUDAS
<i>“En los términos de contratación requerida por ustedes es decir FILO indican que el transportista internacional deja la carga “Under Hook”. Por lo anterior, ¿ustedes realizarán una licitación adicional para el porteo hasta el lugar de almacenaje en el puerto?”</i>	<i>“[...] Mediante adenda 2 al proceso de contratación, se modificó el término de fletes de FILO a FIO, lo cual significa que será por cuenta de EPM el descargue de la mercancía en el puerto de destino”.</i>
<i>“Debido a la combinación de los términos Incoterm FOB (término de entrega del proveedor en el exterior) y naviero FILO (término de contratación solicitado por EPM) debe estar solicitado el costo del trinque y amarre de las piezas, el cual corre por cuenta del transportista (de acuerdo al término de negociación)”.</i>	<i>“De acuerdo con el término FOB, la responsabilidad del vendedor va hasta el momento en que la carga sobrepase la borda del buque en el puerto de embarque convenido, por lo tanto, el vendedor debe contratar el cargue de la mercancía y asumir su costo y la naviera debe hacer la estiba y trincada de la carga y trasladar los costos correspondientes vía tarifa o con un recargo de origen. En el formulario de precios 1 se especifica que los recargos no cotizados se entenderán incluidos en la tarifa básica, para los cuales no hay reclamación alguna”.</i>
<i>“Sobre las recomendaciones de transporte establecidas por su proveedor (Nordex) en anexo del pliego, quisiéramos nos aclarará: (...)”</i> <i>i) ¿EPM tomará la opción “Shrink Wrapping” para la protección de las aspas?</i> <i>ii)Cuál es la opción que ha tomado EPM para el transporte de las torres, transportarlas paradas o con el sistema de “Frame System”. [...] nosotros asumimos que EPM ha optado por esta opción y que estos “Frames” pueden ser devueltos al proveedor, ¿tenemos que incluir estos costos en la oferta?”.</i>	<i>i) Las aspas deben ser transportadas tal cual sean entregadas por el proveedor. De acuerdo con el término FOB, el proveedor le debe dar a la carga el empaque, embalaje y las protecciones adecuadas para el transporte internacional.</i> <i>ii) Las torres deben ser transportada según las instrucciones del proveedor. El proceso de contratación no incluye el regreso de las estructuras. En la propuesta se debe incluir la tarifa y recargo que aplica por el transporte de las cargas entregadas por el proveedor”.</i>

⁴⁶ Folios 559 a 562 y 575 del cuaderno 2.

⁴⁷ Folios 563 a 567 y 592 del cuaderno 2.



4.2.2.5. El veintiocho (28) de agosto de dos mil tres (2003)⁴⁸, la sociedad presentó oferta para ser tenida en cuenta por EPM en el mencionado proceso de contratación y garantizó dicha oferta mediante póliza de seguros No. 297369, expedida por la Compañía Liberty Seguros S.A., por valor de ciento cincuenta millones de pesos (\$150.000.000). Documento del que se destaca lo siguiente:

“CARTA DE PRESENTACIÓN

El suscrito Kuehne & Nagel S.A. habiendo examinado cuidadosamente los documentos de la contratación y sus adendas (No. 1 y 2), recibidas las aclaraciones solicitadas, presento oferta para el proceso del asunto, de acuerdo con las condiciones comerciales y contractuales que se detallan en los documentos de la contratación.

De ser aceptada la oferta nos comprometemos a firmar un contrato de conformidad con lo establecido en los documentos de contratación, si fuera necesario, y a presentar la documentación requerida, dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la fecha en que nos sea entregado el contrato para su firma, o comunicar a la aceptación de la oferta si él no fuera escrito.

Ejecutaremos el contrato por los precios y el plazo señalado en nuestra oferta, en las condiciones contractuales y técnicas exigidas en los documentos de la contratación y previsto por las normas que rigen la contratación con EPM, y de conformidad con la aceptación de nuestra oferta. [...]

FORMULARIO 1. PROPUESTA BÁSICA (FORMULARIO DE PRECIOS)

Descripción	Tarifa en términos FIO	Recargo 1	Recargo 2	Recargo 3
Carga suelta	USD 39 W/M	-----	-----	-----
Contenedor de 20'DRY	USD 1400	-----	-----	-----
Contenedor de 40'DRY	USD 2000	-----	-----	-----

- Tiempo de tránsito directo Puerto Bolívar 18 días.
- Tiempo de tránsito vía México a Puerto Bolívar 26 días.

Condiciones generales de la tarifa

- La tarifa para carga suelta será aplicada sobre peso o volumen, la más alta entre ellas.
- No se generarán recargos por extra dimensión o extra peso.

[SE ANEXÓ PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES]⁴⁹

FORMULARIO 5. ADENDAS Y ACLARACIONES RECIBIDAS POR EL PROPONENTE

Adenda No.	Fecha de recibo
1	19 de agosto de 2003
2	22 de agosto de 2003
Aclaraciones (numero de oficio)	Fecha de recibo
1093776	27 de agosto de 2003
1093665	27 de agosto de 2003

4.2.2.6. El diez (10) de septiembre de dos mil tres (2003)⁵⁰, EPM comunicó al representante legal de la sociedad que la oferta por ellos presentada fue aceptada⁵¹; asimismo, dispuso que:

⁴⁸ Folios 584 a 618 del cuaderno 2.

⁴⁹ Folio 616 del cuaderno 2. “Liberty seguros S.A. certifica que la prima de seguros correspondiente a la póliza de cumplimiento entidades estatales No. 297369 se encuentra pagada en su totalidad por valor de \$233.260. // Vigencia 2003/08/28 – 2003/11/29. // valor asegurado \$150.000.000”.

⁵⁰ Folios 647 a 651 del cuaderno 2.



“En uso de las facultades que confiere el artículo 18 del decreto 118, nos permitimos informar que por ser conveniente y oportuno adelantar la prestación del servicio de transporte marítimo internacional de los equipos, se dispone autoriza el inicio anticipado del plazo del contrato, mientras se gestiona a la legalización del mismo.

Por lo anterior, el plazo total de ejecución del contrato es de 120 días calendario y se contabilizará a partir del 10 de septiembre de 2003. Como el contrato corresponde a escrito (solemnidades plenas) les informamos que EPM elaborará inicialmente la minuta, y una vez esté revisada y aprobada por la Unidad Jurídica Corporativa se enviará dicho documento a fin de qué se proceda con la gestión que permita su legalización”.

4.2.2.7. El once (11) de septiembre de dos mil tres (2003)⁵², EPM envió a la Sociedad minuta del contrato No. 090417269 con el propósito que este fuera aceptado y firmado por esta. No obstante, el dieciséis (16) de septiembre de dos mil tres (2003)⁵³, la sociedad adjudicataria informó al contratante no estar de acuerdo con algunas cláusulas de dicho documento y realizó modificaciones a la minuta del contrato para que fueran tenidas en cuenta. A continuación, se plasmarán, en un cuadro comparativo las diferencias relevantes en cada uno de los contratos propuestos:

Minuta de contrato realizado por EPM	Minuta del contrato realizado por la Sociedad
PRIMERA: OBJETO. Las empresas encargan al contratista y éste se obliga a efectuar para ellas, el servicio de transporte marítimo internacional de quince (15) aerogeneradores Y equipo asociada para el Parque Eólico Jepírachí, desde los puertos de Rostock (Alemania) y Elsberg (Dinamarca) hasta puerto Bolívar en La Guajira (Colombia), sintiéndose a los documentos del contrato, a lo estipulado en el pliego de condiciones y especificaciones de la contratación 008732, y en la oferta del 28 de agosto de 2003.	PRIMERA: OBJETO. Las empresas encargan al contratista y éste se obliga a efectuar para ellas, el servicio de transporte marítimo internacional de quince (15) aerogeneradores Y equipo asociada para el Parque Eólico Jepírachí, desde los puertos de Rostock (Alemania) y Elsberg (Dinamarca) hasta puerto Bolívar en La Guajira (Colombia), sintiéndose a los documentos del contrato, a lo estipulado en el pliego de condiciones y especificaciones de la contratación 008732, y en la oferta del 28 de agosto de 2003. Parágrafo primero. El contratista tendrá la opción de cargar sobre cubierta del buque los ítems “blades” y “tower section”, “loaded on deck at merchants risk”. Parágrafo segundo. La limitación de responsabilidad en el transporte marítimo estará regida por las normas “Haya/Visby Rules y los términos y condiciones del conocimiento de embarque, incluyendo la limitación de la transportista establecida en el mismo. Parágrafo tercero. Dentro de los términos de negociación, el transporte contratado es en términos de fletes FIO, por lo tanto, el cargue, amarre y trincado de los equipos al buque es por cuenta y responsabilidad del vendedor (Nordex) y el descargue por cuenta y responsabilidad del comprador (EPM). Parágrafo cuarto. En cuánto al descargue en Puerto Bolívar, el cual se debe realizar durante luz de día, es

⁵¹ Folios 619 a 646 del cuaderno 2. Se encuentran los siguientes documentos: i) la constancia de recibo de las propuestas, ii) el acta de apertura de ofertas, iii) informe de recomendación para la aceptación de oferta; iv) análisis económico, técnico y ponderación de ofertas; v) informe de asuntos contractuales; vi) aceptación de la oferta.

⁵² Folios 670 a 674 del cuaderno 2.

⁵³ Folios 675 a 678 del cuaderno 2.



	<i>importante el tener suficiente equipo para recibir la carga del buque por parte del operador debajo del gancho (under ship's hook). Las demoras en este sentido serán a cargo de las empresas a razón de USD 9.500 por día/ pro rata a partir del tercer día.</i>
SEGUNDA: VALOR. El valor estimado del contrato es de seiscientos noventa y seis mil cincuenta y seis dólares con 06/100 (USD 696.056,06), a precios firmes, según las siguientes tarifas en términos de fletes FIO: carga suelta: USD 39.00 W/M, contenedores de 20'DRY: USD 1.400 y contenedores de 40'DRY: USD 2.000.	SEGUNDA: VALOR. El valor estimado del contrato es de setecientos sesenta y ocho mil setenta y cinco dólares con ochenta centavos (USD 768.075,80), a precios firmes, según las siguientes tarifas en términos de fletes FIO: carga suelta: USD 39.00 W/M, contenedores de 20'DRY: USD 1.400 y contenedores de 40'DRY: USD 2.000. Está basado en 19,412 metros cúbicos mas 9 TEU, sobre dimensiones incluyendo el embalaje y será liquidado por las dimensiones efectivas de cada embarque.

4.2.2.8. El diecisiete (17) de septiembre de dos mil tres (2003)⁵⁴, EPM envió correo electrónico a la sociedad con algunas consideraciones respecto de los ajustes efectuados a la minuta del contrato. De dicha comunicación, se transcribe los puntos que se consideran relevantes:

“El contrato es el reflejo del pliego de condiciones y de la propuesta presentada, por lo tanto, EPM no puede aceptar que en dicho documento se incluyen aclaraciones o adiciones que modifiquen el contenido de la oferta. El contrato no puede exceder los términos de la negociación inicial, dada su aceptación por el comité de gerencia.

El párrafo primero no requiere ser parte del contrato, pues el cargue de los equipos en los distintos puntos del buque hace parte de su operatividad y depende del plano de estiba que defina el naviero, de común acuerdo con el proveedor, con el fin de prevenir posibles riesgos a la motonave y a la carga.

El párrafo segundo no requiere ser parte del contrato, puesto que las normas que regulan el transporte marítimo y las condiciones del conocimiento de embarque son un complemento del contrato, quiere decir que lo que no está definido en los documentos de la negociación se rige por la normatividad en dicha materia.

El párrafo tercero del contrato debe ser incluido en el mismo con las modificaciones necesarias de acuerdo con la definición del término de fletes FIO. La organización marítima internacional tiene las siguientes definiciones de los términos de flete: FIO (FREE IN AND OUT): Significa que el despachador/consignatario asume(n) el costo de la responsabilidad del cargue y descargue. La naviera hace la estiba y trinca de la carga (coloca todo el material para hacerlo) [...]

El párrafo cuarto no se requiere incluir en el contrato, dado que se tiene definido el tiempo libre para el descargue la mercancía y el costo del stand by por día / pro rata a partir de su vencimiento. Aunque la operación del descargue responsabilidad de EPM, se debe tener en cuenta que la naviera que se contrate debe contar con grúas con la capacidad suficiente para manipular los equipos. El operador de Puerto Bolívar efectuar el descargue de la mercancía, el cual es responsabilidad de EPM.

El valor del contrato es estimado y no debe representar problemas para ustedes, pues en última instancia lo que determina el costo del flete es el volumen real de la carga incluyendo el embalaje, que le informar al proveedor en la lista de empaques, y la tarifa aceptada según su propuesta. El volumen informado ustedes pueden variar dependiendo de los empaques que utiliza el proveedor, los cuales están sujetos al buque que se utilice. Le recordamos que ustedes deben suministrar al proveedor los contenedores ofrecidos en su propuesta, para el llenado correspondiente. [...]

⁵⁴ Folios 679 a 682 del cuaderno 2.



De otro lado, le solicitamos efectuar la reserva en el buque que prestará el servicio de transporte internacional, para la fecha de salida programada por el proveedor”.

4.2.2.9. El dieciocho (18) de septiembre de dos mil tres (2003)⁵⁵, la sociedad respondió el correo electrónico anterior, declarando que no está de acuerdo con el contenido de este por los siguientes motivos:

1. Mediante nuestra oferta del 28 de agosto de 2003 confirmamos inicialmente, basadas en los documentos de contratación y las adendas 1 y 2, de fecha 19 de agosto y 22 de agosto de 2003 respectivamente. [no obstante] su carta del 27 de agosto (aclaración de dudas) nos llegó sólo después de haber enviado nuestra oferta y, debido a ello, no pudieron ser tenidas en cuenta en nuestra oferta. En su citada carta se modificaron nuevamente las condiciones de entrega FOB/FIO/FILO, las cuales tiene una decisiva influencia para el cálculo de los costos de cargue y descargue, y que ahora también han conducido a los problemas de interpretación que se originaron.

Su carta no la consideramos como parte integrante de la licitación en ningún momento hemos confirmado este hecho. Los costos originados bajo la condición de entrega FOB no está incluidos en nuestro precio. [...]

En caso de no estar de acuerdo con estos puntos, lamentablemente debemos rehusar su propuesta de contrato debido a los cambios posteriores de las condiciones y aclarar que un contrato tiene fuerza legal y validez sólo si ha sido aceptado y suscrito de conformidad por ambas partes. Dado a que el punto uno se refiere a un tema de costos, el cual no es claro debido a diferentes condiciones de suministro, estamos dispuestos a presentar alternativas, una vez recibamos su aprobación a los otros puntos.

4.2.2.10. El diecinueve (19) de septiembre de dos mil tres (2003)⁵⁶, EPM le aclaró a la Sociedad, mediante oficio No. 1098868, el alcance del contrato, en los siguientes términos:

“1. Con nuestra carta 1093332 de agosto 22 de 2003, adenda 2, se les informó que el término de fletes FILO se modifica por el término FIO. Éste último término significa que el despachador/consignatario asume(n) el costo y la responsabilidad del cargue y descargue. La naviera hace la estiba y trinca de la carga (coloca todo el material para hacerlo), por lo tanto, en la tarifa propuesta deben estar incluidos dichos costos.

La carta de aclaración de dudas 1093810 del 27 de agosto de 2003, daba respuesta a la inquietud del participante con lo modificado en la adenda 2, la cual no efectuaba cambio alguno al pliego de condiciones. Dichas comunicaciones fueron recibidas por su compañía el 22 y 27 de agosto, respectivamente, lo refiere en la página 27 de su propuesta, formulario 5, la cual está debidamente firmada por usted, y el proceso de contratación cerró el 29 agosto de 2003, por lo tanto, no es cierto que usted recibiera la carta de aclaración de dudas en fecha posterior a la presentación de la oferta.

El término de negociación FOB es informativo para efectos de hasta dónde van las responsabilidades y costos del vendedor y donde comienzan los del comprador. Lo importante para la gente de cargas el término de flete solicitado, para poder determinar los costos de acuerdo con el alcance del servicio y la utilidad esperada, que en última instancia conforman la tarifa”.

4.2.2.11. El veintitrés (23) de septiembre de dos mil tres (2003)⁵⁷, la sociedad y EPM sostuvieron, a petición de la primera, una reunión de urgencia con el propósito de discutir y aclarar algunos puntos referentes a los términos en los que se iba a ejecutar el contrato. Sin embargo, una vez elaborada el acta de la reunión por la

⁵⁵ Folios 683 a 684 del cuaderno 2.

⁵⁶ Folios 685 a 688 del cuaderno 2.

⁵⁷ Folios 118 a 123 del cuaderno 1.



Sociedad, EPM decidió no firmarla pues consideró que el contenido de esta no era del todo veraz.

Sobre este punto, se considera relevante analizar los testimonios rendidos, en este contencioso, por los funcionarios de EPM: Mauricio Munera Aristizábal⁵⁸, José Manuel Duque Velásquez⁵⁹ y Vicente Ignacio José Pieschacón Naranjo⁶⁰, quienes indicaron las razones por las cuales no se firmó el acta referida:

Mauricio Munera Aristizábal: PREGUNTADO: usted recuerda si se llevó acabo una reunión entre funcionarios de EPM y Kuehne & Nagel S.A. para tratar el tema del embarque de la mercancía. CONTESTÓ: Kuehne & Nagel S.A. solicito una reunión para que se le atendiera unos interrogantes que tenía (...) PREGUNTADO: en el expediente aparece el acta de la reunión a la cual usted se acaba de referir, sírvase manifestar, si esta acta fue la misma remitida por Kuehne & Nagel S.A. a EPM. CONTESTÓ: una copia del acta de esta reunión fue elaborada por Kuehne & Nagel S.A. en español y remitida a EPM en español, la traducción que reposa en el expediente está en un formato diferente al recibido (...) en esa acta se mencionan otras consideraciones que ya habían sido resueltas mediante una comunicación nuestra el 19 de septiembre de 2003, por lo tanto no entiendo porque hacen parte de esta acta, al parecer no se trata de un acta sino de un documento elaborado por Kuehne & Nagel S.A. (...) PREGUNTADO: en la demanda se dice “el documento no fue firmado por EPM quien manifestaba que estaba pendiente de recoger firmas” sírvase informar si esta afirmación es cierta o no y explique su respuesta. CONTESTÓ: este documento no fue firmado porque no constituía un documento oficial del proceso de contratación del transporte y además porque no correspondía plenamente con lo acordado en todas las comunicaciones que se habían emitido con anterioridad a esta reunión.

José Manuel Duque Velásquez: PREGUNTADO: usted recuerda si se llevó acabo alguna reunión entre funcionarios de EPM y Kuehne & Nagel S.A. para tratar el tema del embarque de la mercancía. CONTESTÓ: creo que sí, pero el motivo de la reunión era tratar el tema relacionado con la no firma de la minuta del contrato de transporte internacional, puede que allí se haya tratar un tema relacionado con el embarque.

Vicente Ignacio José Pieschacón Naranjo: PREGUNTADO: usted recuerda si se llevó acabo una reunión entre funcionarios de EPM y Kuehne & Nagel S.A. a efectos de discutir el tema embarque de la mercancía. CONTESTÓ: sí, efectivamente hubo una reunión de funcionarios (...). PREGUNTADO: usted recuerda si suscribió un acta o algún documento al respecto. CONTESTÓ: la firma Kuehne & Nagel S.A. elaboró un borrador de acta de dicha reunión la cual no fue de aceptación por EPM y por lo tanto no fue firmada. PREGUNTADO: de conformidad con lo anterior, cuál fue la razón o motivo por la cual EPM no suscribió dicho documento o no firmo dicha acta. CONTESTÓ: EPM no firmó dicha acta básicamente porque no estaban de acuerdo con los reajustes de las tarifas por la estiba de la carga, por que consideraban que estaban incluidas dentro del término del flete FIO.

Jorge Adolfo Escobar Jiménez: PREGUNTADO: dígame al despacho si usted participó en una reunión el día 23 de septiembre de 2003 en las instalaciones de EPM. CONTESTÓ: no estuve en dicha reunión y los documentos que me presentó la abogada representante de EPM figuro en el acta como gerente financiero, situación que no es real.

Jaime Alberto Peláez Zapata: PREGUNTADO: dígame al despacho si usted participó en una reunión el día 23 de septiembre de 2003 en las instalaciones de EPM. CONTESTÓ: en efecto y a la vista del acta de la mencionada reunión, acta que solo conozco hoy, si recuerdo haber participado en ella (...). Mi participación en tal reunión fue solicitada por el personal de dicha unidad con el fin de conocer a la firma que se encargaría de la logística internacional que para ese momento de la reunión nos anunciaban que era la firma Kuehne & Nagel S.A (...). Percibí durante el desarrollo de la reunión que había una situación de interpretación en el alcance de los términos comerciales entre los funcionarios de Kuehne & Nagel S.A y los funcionarios de la unidad de compras (...).

⁵⁸ Folios 447 a 453 del cuaderno 2.

⁵⁹ Folios 455 a 461 del cuaderno 2.

⁶⁰ Folios 464 a 470 del cuaderno 2.



De los apartes de los testimonios transcritos, se observa, como común denominador, el hecho de que la reunión aducida en la demanda, en efecto, se celebró, no obstante, esta no fue firmada por EPM en consideración a que el acta levantada por la sociedad no contenía la realidad de lo allí discutido y solo representaba la interpretación que el suscriptor le dio a dicho encuentro. Por lo anterior, la Sala estima que, de conformidad con el artículo 252 del CPC, el documento puesto a consideración no se presume auténtico, pues este no fue suscrito por uno de los intervinientes. En consecuencia, el contenido de dicha acta no puede ser objeto de valoración y solo se tendrá por demostrado que, en efecto, se celebró una reunión entre ambas partes.

4.2.2.12. El veinticinco (25) de septiembre de dos mil tres (2003)⁶¹, EPM aclaró, mediante comunicación No. 1100289, los términos definitivos en los cuales se debe ejecutar el contrato referido. Documento del que se destaca lo siguiente:

"Punto 1. De acuerdo con las modalidades en la contratación de fletes marítimos, el término bajo el cual se ejecutará el servicio contratado es FIO [...].

Bajo el entendimiento anterior, fue aceptada por las empresas la oferta presentada y en consecuencia, cualquier interpretación contraria no será acogida, ni se hará reconocimiento de costos adicionales, pues esto significaría una modificación sustancial a su oferta, y por lo tanto, un incumplimiento contractual, pues vale la pena notar que el contrato se encuentra celebrado desde el 11 de septiembre, fecha en la cual fue notificada la aceptación de la propuesta, de conformidad con lo señalado en el artículo 864 del Código de Comercio.

Teniendo en cuenta que, hasta la fecha, la sociedad por usted representada ha expresado en diversas oportunidades una interpretación contraria, es necesario que manifieste antes del día 26 de septiembre, su conformidad con las condiciones expresadas en esta comunicación, las cuales se encontraban consignadas en el pliego de condiciones que sirvió de base a la contratación.

Punto 2. La mercancía tendrá el empaque ofrecido por el proveedor, según documento que se les anexó en el pliego de condiciones, por lo tanto, no se harán empaques especiales para una determinada acomodación de la carga en el buque. De acuerdo con las especificaciones de la carga y el empaque de la misma, buscar la motonave apropiada para el transporte internacional.

Punto 3. Teniendo en cuenta que Nordex tiene a disposición los equipos correspondientes al primer embarque, le solicitamos confirmar, a más tardar el 26 de septiembre, la reserva del buque, el cual deberá estar posicionado en el puerto de Rostock, el 3 de octubre de 2003. [...]

4.2.2.13. El veintiséis (26) de septiembre de dos mil tres (2003)⁶², la Sociedad respondió la comunicación No. 1100289 expedida por EPM, en los siguientes términos:

"Respuesta punto 1: Sólo podemos repetir lo que se ha explicado en la reunión y en el acta elaborada el 23 de septiembre:

Costo "free in": Una disputa había surgido debido a los diferentes términos de entrega. Por ejemplo, Nordex suministró términos FOB y el flete marítimo fue contratado "FIO= Free in" entre EPM y KN, lo cual no era consistente.

⁶¹ Folios 689 a 692 del cuaderno 2.

⁶² Folios 693 a 694 del cuaderno 2.



La diferencia fue explicada ilustrada por KN con literatura acerca de los Iconterms 2000 y el “chartering and shipping terms” costo de los operadores en el terminal de Rostock y Esbjerg. [...] Se explicó que estos costos excluyen el amarre y sujeción de la carga (“lashing & securing of the cargo”), los cuales están incluidos en la tarifa de flete marítimo (FIO). [En la reunión se dijo que] EPM aclarará estos costos con Nordex bajo sus términos de entrega y avisará a KN cuales de tales costos serán finalmente pagados por EPM o por Nordex.

Igualmente queremos recordar que inclusive ustedes nos pidieron de cotizar el trabajo en los puertos correspondientes, lo cual se afectó en el día de hoy y que EPM cambiaría los términos de contratación para que KN ofrezca también servicio desde FOB puertos europeos hasta FIO (tal como fue ofrecido nuestra oferta original según el pliego de condiciones y las adendas 1 y 2 respectivamente).

Ustedes mencionan, que el contrato fue celebrado el día 11 de septiembre lo cual no podemos confirmar, porque hasta hoy no ha sido aprobado el borrador que enviamos de vuelta a ustedes con nuestras anotaciones el día 23 de septiembre, basándonos en la reunión y el borrador del contrato que ustedes nos han enviado el día 17 de septiembre, por lo tanto, debemos considerar que no hay contrato aún.

Respuesta punto 2: En nuestra comunicación de ayer 25/09/03 anotamos que hasta el momento no contamos con la lista definitiva de empaque por parte de Nordex. Ver lista numero 03 del 22/09/03 claramente muestra que el “packing type – sealed protected lifttable” no concuerda con las especificaciones de la licitación que claramente muestra las torres con “stackable frames”. Una vez recibida podemos iniciar el plan de estiba para la consecución del buque.

Respuesta punto 3: Tan pronto que tengamos la lista definitiva de empaques, inclusive la confirmación de los “stackable frames”, podemos iniciar de una vez la consecución de la reserva, la cual no podemos garantizar para el 3 de octubre, pero haremos lo máximo para conseguir un buque de las especificaciones y el precio ofrecido dentro de un término prudente”.

4.2.2.14. El veintiséis (26) de septiembre de dos mil tres (2003)⁶³, EPM informó a la sociedad, mediante oficio No. 1100743, que debido a su reiterado “desacuerdo con el alcance del término de flete marítimo FIO, bajo el cual fue aceptada su oferta, y que modifica sustancialmente la propuesta presentada en cuanto a la responsabilidad que le corresponde y los costos asociados al transporte, lo cual significa un incumplimiento de las obligaciones a su cargo, nos permitimos manifestarle que las empresas dan por terminada la relación existente y procederá en adelantar los trámites legales pertinentes, con el fin de hacer efectiva la garantía de seriedad, de conformidad con el numeral 2.7. del pliego de condiciones”.

4.2.2.15. El diez (10) de octubre de dos mil tres (2003)⁶⁴, la Sociedad dio respuesta al oficio No. 1100743, expedido por EPM. Al punto manifestó que “Ni entendemos, ni compartimos la decisión contenida en la comunicación de la referencia, tomada al parecer sin la verificación de la totalidad de lo hechos que rodean este caso, algunos de los cuales hacían imposible el transporte de la carga desde Rostock y Elsberg, dentro de los términos y con los costos establecidos en la propuesta”. Como lo eran la falta de entrega de una lista definitiva de empaques y la definición de como se iban transporte las torres. En este sentido concluyó que “EPM no puede dar por terminada una relación contractual sobre la cual aún faltan por definirse elementos que resultaban esenciales, y más aún, cuando dicha definición dependía exclusivamente de ella. La sociedad que represento estuvo dispuesta a cumplir con

⁶³ Folio 695 a 696 del cuaderno 2.

⁶⁴ Folios 697 a 698 del cuaderno 2.



el transporte, pero la falta de definición de elementos que resultan esenciales al mismo, por parte de EPM, impidió adelantar su ejecución”.

4.2.2.16. El veintiuno (21) de octubre de dos mil tres (2003)⁶⁵, EPM expidió la Resolución No. 351182 por medio de la que resolvió: *i) “declarar la ocurrencia del riesgo correspondiente a la garantía de seriedad de los ofrecimientos para la celebración del contrato resultante del proceso de contratación No. 008732, dentro de la cual fue aceptada la oferta presentada por la sociedad Kuehne & Nagel S.A., y amparada por la póliza No. 297369, expedida por Liberty Seguros S.A.”; ii) “cobrar directamente a la sociedad Kuehne & Nagel S.A., la suma de \$150.000.000, equivalente al valor asegurado en la garantía de seriedad”; iii) “en el evento que la mencionada sociedad se abstenga de hacer el pago, se hará efectivo el amparo de seriedad de los ofrecimientos por una suma igual a la indicada anteriormente, la cual está amparada por la póliza 297369 expedida por la compañía Liberty Seguros S.A.”; iv) “comunicar esta decisión a todas las dependencias de las empresas y a la Cámara de Comercio de Medellín, registro único de proponentes, para efectos de la inhabilidad consagrada en el artículo 8º, numeral 1, literal e de la Ley 80 de 1993”.* Los motivos relevantes de la decisión fueron los siguientes:

“[...] que de conformidad con el pliego de condiciones que sirvió de base al proceso de contratación, el proponente favorecido debía entregar los documentos necesarios para la iniciación del contrato dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la comunicación de aceptación.

Que, en escrito del 26 de septiembre de 2003, la firma Kuehne & Nagel S.A. manifiesta que no está de acuerdo con el alcance del término del flete marítimo contratado, FIO, toda vez que según su entendimiento no incluye el amarre y la sujeción de la carga y que, por lo tanto, no está incluidos en la tarifa cotizada. Adicionalmente, menciona que no tiene certeza en la fecha de ubicación del barco en el puerto de origen y solicitó unos contenedores especiales para el embarque de la mercancía.

Que, de acuerdo con las reglamentaciones de la Haya/Visby, las reglas de Hamburgo, y la DIMAR, el término de contratación de fletes marítimos FIO, significa que el flete cotizado incluye los gastos de estiba, desestiba, trinca y destrinca de la carga, tanto en puerto de origen como destino.

Que, transcurrido el plazo para entregar los documentos necesarios para la formalización del contrato, el contratista se abstuvo de firmar el contrato y aportar los requisitos exigidos por la empresa, además de modificar los precios ofrecidos en su propuesta y el alcance de su responsabilidad en el transporte contratado.

Que, además de lo establecido en el numeral 4.1. del pliego de condiciones, debe tenerse en cuenta que la oferta presentada se sujeta a las disposiciones de la legislación colombiana y, en especial, a lo dispuesto en el código de Comercio, que establece: “Artículo 846. La propuesta será irrevocable, de consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario”.

Que, por las razones expuestas, se procederá hacer efectiva la garantía de seriedad por el valor asegurado, previo agotamiento del cobro directo a la sociedad Kuehne & Nagel S.A.”.

4.2.2.17. El cinco (5) de noviembre de dos mil tres (2003)⁶⁶, Liberty Seguros S.A. interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución No. 351182, los motivos de inconformidad radicaron en que: *i) no existió motivación del acto administrativo*

⁶⁵ Folios 715 a 717 del cuaderno 2.

⁶⁶ Folios 728 a 734 del cuaderno 2.



acerca de los perjuicios cobrados a través de la póliza de cumplimiento; *ii)* el evento surgido no está cubierto por la póliza de cumplimiento, en el entendido que *“no formalización del contrato se debió básicamente a las modificaciones que EPM efectuó frente al empaque de las torres a transportar, situación esta que se encuentra expresamente excluidas de cobertura bajo la póliza que nos ocupa”* y; *iii)* excepción por contrato no cumplido por parte de EPM al modificar las condiciones del mismo.

4.2.2.18. El veintiocho (28) de noviembre de dos mil tres (2003)⁶⁷, la sociedad interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución No. 351182, con el propósito que esta fuera revocada y, en su lugar, se ajustara la oferta a las nuevas condiciones del negocio jurídico. Lo anterior por cuanto aseguró que las razones expresadas por EPM, para que la sociedad no hubiera entregado los documentos necesarios para la formalización del contrato, no son la totalidad de las expresadas por esta en las distintas comunicaciones. De igual manera, expresó que, aun cuando discrepa de la interpretación que esa entidad viene dando al término FIO, esto no era impedimento para el cumplimiento del contrato, pues la verdadera razón por la que no presentó los documentos necesarios para la formalización del contrato fue el hecho de que EPM: *i)* nunca entregó una lista de empaques definitiva, *“pues ellas eran y son totalmente necesarios para determinar la manera como se iba a transportar la carga, y por ende seleccionar el buque adecuado”*; y *ii)* modificó los términos de la invitación debido a la variación de las características de la mercancía a transportar, el cambio en las clases de contenedores en los que se embalaría la carga, y en la exigencia de que el transporte de las torres se realizara sin el empaque ofrecido inicialmente.

4.2.2.19. El veintidós (22) de diciembre de dos mil cuatro (2004)⁶⁸, EPM expidió la Resolución No. 413856 por medio de la que resolvió no reponer la Resolución 351182 de 2003. En dicha decisión EPM refutó los argumentos que le parecieron relevantes de los recursos de reposición interpuestos, tanto por el oferente como por la aseguradora y los cuales se transcriben de la siguiente forma:

“Modificación en los términos del contrato: En la carta de presentación de la oferta, la sociedad manifestó que elaboró su propuesta teniendo en cuenta el pliego de condiciones y las adendas, que recibió las aclaraciones solicitadas y que presenta su propuesta de acuerdo con las condiciones comerciales y contractuales detalladas en los documentos de la contratación.

En el capítulo 5 del pliego de condiciones se incluyó el programa de despachos y especificaciones de la carga, indicando la fecha estimada de embarque, el peso bruto, volumen y dimensiones de cada pieza, así como el peso y volumen total. De igual manera, se incluyó como anexo el instructivo de Nordex (fabricante de los equipos) para el manejo de la carga. Las características de la carga y su empaque no fueron modificadas, se conservaron las informadas en el pliego de condiciones [...]

La sociedad KN no presentó ninguna solicitud de aclaración, ninguna condición o limitación, por el contrario, en las condiciones generales de la tarifa especificó los valores de carga suelta, contenedores de 20’ y 40’ DRY, advirtiendo que para carga suelta la tarifa aplicada sería sobre peso volumen, la más alta entre ellas y que no se generaría recargos por extra dimensiones extra peso.

⁶⁷ Folios 718 a 727 del cuaderno 2.

⁶⁸ Folios 735 a 744 del cuaderno 2.



Ahora bien, el verdadero motivo por el cual la sociedad KN se abstuvo de suscribir el contrato es el término de flete en el que se efectuaría transporte, el cual como se dijo fue modificado antes del cierre del proceso de contratación de FILO a FIO. En efecto, la sociedad en múltiples comunicaciones dirigidas a las empresas manifestó su desacuerdo en el alcance de la responsabilidad del transportador. [...]

[conforme lo anterior, es claro que] quién modificó las condiciones contractuales fue la sociedad, al solicitar modificar los amparos que debía cubrir la garantía de cumplimiento, al modificar el alcance de su responsabilidad y la ejecución del contrato, al incluir nuevos términos que no fueron presentados en su propuesta, por lo que podemos afirmar que, en efecto, se presentó una modificación en las condiciones contractuales, pero no por parte de las empresas sino del adjudicatario.

Lista de empaque definitiva: como se mencionó anteriormente, en el capítulo 5 del pliego de condiciones incluyeron las especificaciones de la carga y se describieron las dimensiones de cada uno de los elementos a transportar, lo cual era suficiente para la ejecución del contrato.

Igualmente, debe decirse que las variaciones que pudieran presentarse no entorpecían la prestación del servicio, ni alteraban el equilibrio económico del contrato, toda vez que cualquier modificación que incidiera en los precios del contrato sería valorada teniendo en cuenta que las tarifas propuestas por la sociedad fueron acordadas por tonelada o metro cúbico y por unidad de contenedores, por lo que el valor de flete sería el correspondiente al valor de las tarifas ofrecidas por el volumen real que ocupara la carga en el buque.

Así las cosas, la ausencia de las listas de empaque definitivas no era un obstáculo para la suscripción del contrato, toda vez que la información necesaria para la ejecución del contrato ya había sido suministrada y en todo caso, si bien esto dificultado la ejecución del transporte lo cual sería responsabilidad de las empresas/ su proveedor, no constituye una razón suficiente para la negativa en el cumplimiento de la obligación a cargo de la sociedad (firmar el contrato y aportar todos los documentos necesarios para su formalización)

No existe motivación en el acto administrativo: [En la Resolución atacada] está plenamente demostrada la ocurrencia del siniestro y el valor a cargo del contratista y de la aseguradora, cumpliendo las obligaciones establecidas en el artículo 1077 del Código de Comercio para hacer efectiva la garantía de seriedad.

Evento no cubierto por la póliza de cumplimiento: cómo se estableció anteriormente, si existió modificación en las cláusulas contractuales la misma ocasionada por la sociedad y no por las empresas (...) por lo anterior, no es aplicable la exclusión anotada en el escrito de recurso presentado por la aseguradora”.

4.2.3. Análisis de los motivos que llevaron a EPM a declarar el incumplimiento del oferente en relación con la obligación de suscribir el contrato en ciernes, que sirvió de fundamento para hacer efectiva la ocurrencia del siniestro de seriedad, y los daños derivados de una posible conducta irregular por parte de esta al tomar tal decisión.

4.2.3.1. La actora y el litisconsorte necesario afirman que EPM fundó la decisión de declarar la ocurrencia del siniestro de seriedad de la oferta en motivos que no son del todo veraces, pues, en los actos que se consideran defectuosos, se plasmó que la sociedad se abstuvo de suscribir el contrato (proceder del que derivó el mencionado incumplimiento), únicamente, por desavenencia con el alcance de los términos de flete marítimo exigidos en la invitación a ofertar⁶⁹. Pero lo cierto —manifestaron— es que la razón para que esto sucediera fue el hecho de que EPM nunca entregó las listas definitivas de empaques (lo que hacía imposible realizar el plano de estiba para la consecución del buque idóneo) y, además, porque el

⁶⁹ Apartados 4.1.16. y 4.1.19.



contratante modificó, con posterioridad a la aceptación de la oferta, los términos de la invitación.

La situación referida anteriormente —concluyeron— conduciría indefectiblemente a que el riesgo amparado no pudiera ser reclamado y a que la sociedad, en caso de seguir adelante con el negocio jurídico, incurriera en pérdidas económicas, máxime cuando se le desconoció el derecho a discutir los nuevos términos contractuales.

Por su parte, EPM sostiene que en el pliego nunca se preceptuó la entrega de una lista definitiva de empaques para la ejecución del contrato y que la oferta presentada por la sociedad nunca se condicionó al aporte de dicho documento, asimismo, que las únicas modificaciones realizadas al pliego de condiciones se surtieron a través de adendas presentadas en el plazo oportuno, por lo tanto, los términos del contrato nunca sufrieron modificaciones con posterioridad a la aceptación de la oferta. En este sentido, aseguró, en lineamiento con las decisiones atacadas, que el único motivo para que la sociedad no suscribiera el contrato fue la desavenencia con el alcance del término de fletes exigidos en la invitación a ofertar, por lo que su incumplimiento se encuentra demostrado.

4.2.3.2. Una vez delimitadas las discrepancias de las partes procesales, la Sala estima conveniente resolver, con las pruebas válidas y legalmente obtenidas en este proceso, los siguientes cuestionamientos: *i)* ¿el pliego de condiciones prescribió la obligación de entregar las listas definitivas de empaques para la ejecución contractual o, en su defecto, la oferta se condicionó a la entrega de dicho documento?; *ii)* ¿modificó EPM los términos y condiciones de la invitación con posterioridad a la aceptación de la oferta? y, finalmente, *iii)* ¿hubo discrepancia de la sociedad con los términos de fletes exigidos en la invitación a ofertar?

Una vez solucionados estos interrogantes, se podrá determinar con certeza si la conducta desplegada por EPM, al declarar el riesgo correspondiente a la seriedad de la oferta, mediante actos jurídicos, estuvo fundamentada en razones objetivas que permitían demostrar el incumplimiento del oferente.

4.2.3.2.1. ¿El pliego de condiciones preceptuó la obligación de entregar las listas definitivas de empaques para la ejecución contractual o, en su defecto, la oferta se condicionó a la entrega de dicho documento?

EPM informó a los proponentes, en la invitación a ofertar, las especificaciones de la mercancía a transportar con sus empaques respectivos⁷⁰. Lista que contenía los pesos, volúmenes y dimensiones de cada componente, la cual fue elaborada con base en el instructivo Nordex⁷¹, anexo al pliego de condiciones y que hacía parte integral de este. Lo anterior, con el propósito de que cada uno de los participantes de la convocatoria tuvieran la posibilidad de consultar con las líneas

⁷⁰ Apartados 4.2.2.1. (Capítulo 5. Programa de despachos y especificaciones de la carga).

⁷¹ Folio 545 del Cuaderno 2. En este instructivo se estableció que a las dimensiones, volúmenes y pesos de cada elemento a transportar se le debía aumentar un 5% correspondiente al empaque.



navieras la mejor forma de transportar la carga y poder definir las tarifas y recargos que le aplicarían por el servicio de transporte.

Se debe agregar además que, para el momento en que EPM abrió el proceso de contratación correspondiente al transporte de los aerogeneradores y los equipos asociados, estos se encontraban en etapa de fabricación, ensamblaje y prueba en fábrica por parte de Nordex⁷², por lo tanto, las listas informadas en el pliego de condiciones sobre los pesos, volúmenes y dimensiones de la carga a transportar con sus respectivos empaques eran provisionales, pues dichas características podían variar levemente una vez se obtuviera el producto final.

Con base en la información otorgada, la Sociedad presentó ante EPM oferta, sin condicionamiento alguno, y advirtió que esta fue realizada luego de examinar los documentos de la contratación, sus adendas y las aclaraciones (solicitadas por otros proponentes pero remitida a ellos); asimismo, se comprometió, en caso de ser elegida, a suscribir el contrato, presentar la documentación requerida y ejecutar el negocio jurídico por los precios y el plazo señalado en dicha oferta⁷³.

Bajo dichas condiciones, EPM aceptó la oferta presentada por la sociedad y allegó los teléfonos del proveedor de la mercancía a transportar (Nordex), para que se contactara con este y ultimaran los detalles referentes al embarque y transporte de la carga⁷⁴. Supuesto que efectivamente sucedió, pues obran en el expediente algunas comunicaciones cruzadas entre la Sociedad y Nordex, en las que esta última le indica a aquella cómo se debía embalar y embarcar cada uno de los elementos a transportar, asimismo, aclaró algunas dudas referentes al empaque ofrecido, fecha de entrega de la mercancía y condiciones de despacho⁷⁵.

Hasta este punto, se puede inferir que EPM en la invitación a ofertar y durante el proceso de selección del contratista no tenía la posibilidad de entregar una lista definitiva de mercancía y empaques, ni se observa que en el pliego de condiciones hubiera preceptuado la obligación de entregar tal documento para el cumplimiento del objeto contractual, máxime cuando el único que podía saber con certeza las características reales de la carga a transportar era el proveedor, una vez finalizada la etapa de fabricación y producción.

Ahora bien, la Sala se pregunta, en lineamiento con los reproches expuestos por la demandante a lo largo del proceso, si la práctica común en este tipo de contratos es que luego de ser escogido el contratista, la empresa se encuentra en

⁷² Folios 259 a 271 del cuaderno 1. El contrato de suministro No. 030116197 celebrado entre EPM y Nordex el 7 de abril de 2003 dispuso que: *"las empresas encargan al contratista y éste se obliga a realizar para aquellas (...) la fabricación, ensamblaje, pruebas en fábrica, pintura, embalaje, suministro, dirección y supervisión del montaje, pruebas en campo y puesta en servicio de los aerogeneradores estándar (...), en la cantidad necesaria para configurar un parque eólico con una potencia total instalada entre 19 y 20 MW, con destino al proyecto piloto parque eólico Jepirachi"*. Esta mercancía fue el objeto de negociación de contrato de transporte objeto de estudio. Los plazos de entrega de los suministros oscilaban entre 50 a 195 días, lo que permite establecer que en el momento que EPM abrió el proceso de contratación para el transporte marítimo de la mencionada carga, esta aun se encontraba en fabricación y producción, por lo tanto, para ese momento, era imposible tener una lista de características y empaque definitiva.

⁷³ Apartados 4.2.2.5. (Carta de presentación).

⁷⁴ Apartados 4.2.2.6.

⁷⁵ Folios 93 a 115 del cuaderno 1.



la obligación de enviarles una lista de empaques definitiva y, en caso de esta variar respecto de la lista provisional, se puedan discutir nuevamente los términos del contrato.

Con el propósito de resolver el interrogante planteado, se consideró pertinente analizar algunos apartes de los testimonios rendidos, en este contencioso, por **i)** Mauricio Munera Aristizábal⁷⁶; **ii)** José Manuel Duque Velásquez⁷⁷; y **iii)** Vicente Ignacio José Pieschacón Naranjo⁷⁸.

Mauricio Munera Aristizábal (coordinador del equipo de logística internacional de la unidad de compras de EPM y quien revisó el proceso de contratación objeto de estudio): “PREGUNTADO: con fecha del 9 de septiembre de 2003, EPM aceptó la oferta presentada por Kuehne & Nagel S.A., sin embargo, las listas de empaque definitivas fueron presentadas por el proveedor Nordex el día 24 de septiembre de 2003, fecha muy posterior a la presentación de la oferta y cuando ya parte de la mercancía se encontraba colocada en puerto por parte del proveedor. Considera usted de mucha importancia que el oferente tuviera a disposición las listas de empaques definitivas para la elaboración de la propuesta. CONTESTÓ: no, de hecho es usual que el transporte internacional se contrate con listas de empaque provisionales puesto que para la realización de estas contrataciones la mercancía ni siquiera se encuentra terminada y lógicamente embalada, se utilizan listas de empaques provisionales y documentos como el aportado por Nordex con el propósito de dar una idea a los oferentes sobre la naturaleza de la carga, por tal razón se contrata con costos unitarios, tanto para el transporte como carga suelta o en contenedor o reconociéndose por fletes de peso o volumen, es decir el mayor de los dos de la carga y para tener el precio unitario de los contenedores, puesto que en el momento de la contratación no se conoce el número definitivo que se requiere de estos, por lo tanto el hecho de no conocer listas de empaques en este momento no significa que no se vaya a pagar por el flete por la carga realmente transportada; en estos procesos de contratación se informa en el pliego de condiciones que los datos relativos de peso y volumen se consideran estimadas y que el proveedor no puede hacer reclamación alguna por diferencia en estos. PREGUNTADO: de acuerdo a su manifestación anterior y con base a lo que EPM no considera relevante la lista de empaques definitivas, lo que supuestamente podría llevar a incurrir en error al oferente en la presentación de la oferta, considera usted que ello significaría una gran diferencia, entre el interpretado por el oferente y la realidad de los hechos. CONTESTÓ: no, porque según lo mencionado anteriormente la contratación se realiza con listas de empaques provisionales, es decir, estimada sobre las especificaciones de carga, en las cuales las diferencias que se pueden presentar con respecto a las definitivas no origina impedimento para que los oferentes presenten su cotización en razón a que finalmente el flete será pagado por el real de la carga entregada, en este caso si las torres hubieran sido entregadas con la estructura, el peso y volumen de la carga sería mayor y esto habría sido reconocido en el costo del flete por tener definidas las tarifas en forma unitaria. Ahora, si el inconveniente, era el hecho de que las torres no serían entregadas con estructuras y requerían para el oferente la consecución de un buque con especificaciones diferentes al necesarios para el transporte sin ellas, esto debió ser indicado en su oferta como propuesta alternativa, puesto como lo dijimos anteriormente que las torres, aspas y demás, serían entregadas con estructuras”.

José Manuel Duque Velásquez (trabajador de EPM a quien le correspondió la ejecución de todas las gestiones y trámites de logística internacional): “PREGUNTADO: conoce usted porque el proveedor Nordex como fabricante de los equipos de las torres y demás elementos que la conforman presenta solamente listas de empaques provisionales, considera de gran importancia para que propones que conozca su número o cantidad definitivo en la elaboración y presentación de la propuesta. CONTESTÓ: cuando se trata de mercancía de fabricación, los proveedores internacionales generalmente manejan listas de empaque provisionales, por cuanto las definitivas únicamente se conoce en el momento de tener listo el embarque de la mercancía. Con estas listas provisionales le es perfectamente posible contratar el transporte internacional, siempre en los pliegos de condiciones se informa que los pesos y volumen son aproximados. PREGUNTADO: con

⁷⁶ Folios 447 a 453 del cuaderno 2.

⁷⁷ Folios 455 a 461 del cuaderno 2.

⁷⁸ Folios 464 a 470 del cuaderno 2.



fecha 9 de septiembre de 2003, EPM aceptó la oferta presentada por Kuehne & Nagel S.A. Sin embargo, el día 24 de septiembre de 2003 fecha posterior la presentación y cierre de la oferta, las listas de empaques definitivas fueron presentadas por el proveedor Nordex. Considera usted, que con ello no se conoce verdaderamente las condiciones específicas por lo que el ofertante pudiera incurrir en un error. **CONTESTÓ:** no conozco esas listas de empaques, creo que va a la experiencia del fabricante este tipo de proyectos, estas listas no deberían conducir a error. [...] **PREGUNTADO:** indique al despacho porque en las diferentes listas de empaques provisionales entregadas a Kuehne & Nagel S.A., variaban en cantidad en volumen las mercancías así como la clase de contenedores para el transporte de las mismas. **CONTESTÓ:** tengo entendido y como lo dije anteriormente, se habla de listas provisionales hasta tanto no esté listo el embarque para el despacho, es frecuente en el transporte internacional que existan variaciones en los pesos y volúmenes internacionales así como la cantidad de contenedores también provisionales como los definitivos. **PREGUNTADO:** a su manera de ver con el listado de empaques provisionales que se entregaron a los oferentes antes de entregar su propuesta, era posible planear el transporte de la mercancía. **CONTESTÓ:** sí, y de hecho las firmas que compraron el pliego de condiciones pasaron una oferta y más aún el proveedor que ejecutó el transporte lo realizó sin trauma alguno. **PREGUNTADO:** sabe usted si los pliegos de condiciones del contrato de transporte internacional estipulaban como una obligación contractual a cargo de las empresas las listas definitivas de embalaje. **CONTESTÓ:** no, dentro del pliego de condiciones establece que las especificaciones de la carga son estimadas y por lo tanto están sujetas a variación”.

Vicente Ignacio José Pieschacón Naranjo (trabajador de EPM a quien le correspondió efectuar la contratación del transporte internacional de los aerogeneradores para el parque eólico JEPPIRACHI): **PREGUNTADO:** cuando Kuehne & Nagel S.A. presenta su propuesta, era porque ya tenía analizado y estudiado todos los aspectos relativos al manejo y transporte de la mercancía bajo las condiciones expresadas en el proceso de contratación. Tenía usted conocimiento si Kuehne & Nagel S.A. Había recibido las listas de empaques definitivos. **CONTESTÓ:** sí Kuehne & Nagel S.A. presenta la propuesta teniendo en cuenta las especificaciones del pliego de condiciones y además teniendo en cuenta una lista de empaques que se anexó a dicho pliego, que aunque no era definitiva porque los equipos no se habían acabado de fabricar, sí orientaba sobre el tipo de carga transportar. Además se anexó un instructivo de Nordex, fabricante de los equipos, el cual explicaba la manera como debía ser manejada a la carga durante todo el transporte internacional. (...) **PREGUNTADO:** Tuvo usted conocimiento que el proveedor Nordex enviaba listas de empaques provisionales y que solamente con fecha posterior a la primera entrega de la mercancía hizo entrega de la lista definitiva. **CONTESTÓ:** el proveedor le entregó al agente de carga y a EPM algunas listas de empaque en las cuales no tuvieron modificaciones importantes respecto a las listas de empaque definitivas que se entregaron y que el agente de carga requería para coordinar con la naviera el plano de estiba”.

Antes de entrar a valorar el contenido de los testimonios transcritos, se pone de presente que aquellos fueron rendidos por funcionarios de EPM, y que aun cuando tales personas pudieran tener un interés indirecto en las resultados del proceso, se considera que sus dichos son ecuanímenes, verosímiles y fueron expresados con conocimiento de causa, además, se debe advertir que en el expediente tampoco existe medio de prueba que pretenda desestimarlos.

De conformidad con lo anterior, para la Sala es claro, de acuerdo al contenido de los testimonios, que en los contratos de transporte marítimo es usual que en el pliego de condiciones se entregue una lista provisional de carga y empaques para orientar a los oferentes sobre las características de la misma y que estos puedan cotizar el tipo de buque necesario para el transporte, así como realizar un plano de estiba según los datos ofrecidos. Lo anterior, debido a que la mercancía que se pretende transportar, normalmente, esta en etapa de fabricación, y solo es posible saber sus características reales en el momento que se tenga listo el embarque de esta; por lo tanto, —los testimonios fueron consistentes en afirmar— que si el oferente consideraba que la lista de empaques definitiva era de vital importancia



para la ejecución del contrato particular, este debió condicionar su propuesta a que se realizara, en una fecha límite, la entrega de dicho documento.

Con todo lo anterior, se entiende que en el caso *sub examine*: *i)* el pliego de condiciones plasmó una lista de mercancía y empaques provisionales, pues para ese momento era imposible saber con exactitud el peso, los volúmenes y las dimensiones definitivas de esta, pues, se itera, estaba en fabricación; *ii)* la sociedad al momento de presentar la oferta no solicitó aclaración o condicionó su oferta a que le fueran entregada una lista de empaques definitiva para el cumplimiento de su obligación; *iii)* la falta de entrega de las listas definitivas de empaques no generaba la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos señalados en la oferta, máxime cuando la práctica común en este tipo de contratos es que se trabaje y se coticen la tarifas sobre listas provisionales.

Así las cosas, la Sala concluye que la falta de entrega de una lista definitiva de características de la carga y empaques no era una razón válida para que la sociedad se abstuviera de suscribir el contrato que debía surgir de la invitación.

4.2.3.2.2. ¿Modificó EPM los términos y condiciones de la invitación a ofertar con posterioridad a la aceptación de la oferta?

La parte actora estimó que las modificaciones al pliego de condiciones radicaron: en la variación de las características de la mercancía a transportar, el cambio en las clases de contenedores en los que se embalaría la carga, y en la exigencia de que el transporte de las torres se realizara sin el empaque ofrecido inicialmente.

Al punto, se observa que el acápite 1.3. del pliego de condiciones determinó que *“la mercancía se transportará como carga suelta y en contenedores de 20’ (DRY, OT, FR) y 40’ (DRY, OT, FR y HC)”*⁷⁹. Asimismo, en el acápite 5 se detalló las especificaciones de la carga, acorde con el instructivo Nordex⁸⁰, y en el que, además, se indicó que para algunos elementos (como las torres) existían dos (2) opciones de empaques y manejo de carga: *i)* el sistema tradicional, en que las torres se acomodaban en el buque en línea de una a una y, *ii)* el “Frame System”, que consistía en una estructura (aportada por el proveedor) que permitía apilar tres (3) torres en un mismo espacio.

Posteriormente, en una aclaración que le hizo EPM a uno de los proponentes refirió que *“el proveedor le debe dar a la carga el empaque, embalaje y las protecciones adecuadas para el transporte internacional (...) y que las torres deben ser transportada según las instrucciones del proveedor. En la propuesta se debe incluir la tarifa y recargo que aplica por el transporte de las cargas entregadas por el proveedor”*⁸¹.

Bajo esos términos, la sociedad realizó una propuesta en la que determinó que la mercancía se transportaría *“como carga suelta; en contenedores de 20’ DRY y en*

⁷⁹ Apartado 4.2.2.1. (1.3 Objeto).

⁸⁰ Folios 48 a 60 del cuaderno 1.

⁸¹ Apartado 4.2.2.4.



contenedores de 40' DRY (esta tipología se refiere a contendores estándar)" y señaló que *"la tarifa para carga suelta será aplicada sobre peso o volumen, la mas alta entre ellas y que no se generarían recargos por extra dimensiones o extra peso"*⁸². Sobre el transporte de las torres nada dijo en su propuesta.

En las condiciones expuestas, EPM aceptó la oferta presentada por la sociedad y debido a que el contrato, por su cuantía, requería de formalidad escrita, le informó que se elaboraría una minuta de contrato y, una vez aprobada por la Unidad Jurídica Corporativa, se enviará dicho documento a fin de qué se procediera con la gestión para su legalización⁸³. Minuta que fue efectivamente enviada a la sociedad y sobre la cual esta realizó algunas modificaciones a considerar por el contratante, entre ellas aumentó el valor del contrato⁸⁴.

Con posterioridad a este hecho, la Sociedad y EPM entraron en una disputa en cuanto a los términos, alcance y valor del contrato a suscribir⁸⁵.

Por una parte, la Sociedad estimaba que si no se aceptaban las aclaraciones y adiciones realizadas por ellos a la minuta del contrato (que incluía un mayor valor y la inclusión de unos parágrafos) les era imposible firmar el documento, debido a que: **i)** las listas provisionales de especificaciones de carga y de empaques, hasta ese momento entregadas, diferían sustancialmente de las comunicadas por Nordex; **ii)** para el transporte de algunos elementos se les exigió unos contenedores distintos a los estándar; **iii)** las especificaciones de la licitación indicaban claramente que el transporte de las torres se iba a realizar con el "frame system" y que al parecer EPM no había contratado dicho servicio con el proveedor⁸⁶, situación que les generaría la obligación de transportar las torres una por una y no apiladas como habían considerado en su propuesta. Todo lo anterior, —concluyó— les generaría sobre costos al tener que conseguir un buque de mayor tamaño.

Por otro lado, EPM señalaba que el contrato elaborado era el reflejo del pliego de condiciones y la propuesta presentada, por lo tanto, no podía aceptar que en dicho documento se incluyeran aclaraciones o adiciones que modifiquen el contenido de la oferta. Sobre los reproches realizados por la Sociedad indicó que desde el inicio de la invitación a ofertar se estableció que: **i)** *"el valor del contrato es estimado y no debe representar problemas, pues en última instancia lo que determina el costo del flete es el volumen real de la carga incluyendo el embalaje, que le informara el proveedor en la lista de empaques, y la tarifa aceptada según su propuesta. El volumen informado por ustedes puede variar dependiendo de los empaques que utiliza el proveedor, los cuales están sujetos al buque que se utilice; ii)* *"le recordamos que ustedes deben suministrar al proveedor los contenedores ofrecidos en su propuesta, para el llenado correspondiente [de lo que se desprende que nunca*

⁸² Apartado 4.2.2.5. (Formulario de precios).

⁸³ Apartado 4.2.2.6.

⁸⁴ Apartado 4.2.2.7.

⁸⁵ Apartado 4.2.2.8; 4.2.2.9; 4.2.2.10; 4.2.2.11; 4.2.2.12; 4.2.2.13; 4.2.2.14 y 4.2.2.15.

⁸⁶ Folios 108 a 115 del cuaderno 1. En comunicación cruzada entre la sociedad y Nordex, este último le indicó al primero que el transporte de las torres bajo el "Frame System" tenía un costo adicional el cual no fue pactado con EPM en el contrato de suministro.



*se hizo una solicitud de contenedores especiales]⁸⁷; **iii)** “la mercancía tendrá el empaque ofrecido por el proveedor, según documento que se les anexó en el pliego de condiciones, por lo tanto, no se harán empaques especiales para una determinada acomodación de la carga en el buque [refiriéndose al “Frame System”. De acuerdo con las especificaciones de la carga y el empaque de la misma, buscar la motonave apropiada para el transporte internacional”.*

De acuerdo a los argumentos expuestos por ambas partes, la Sala considera que: **i)** una vez comparadas la lista provisional de especificaciones y empaques de la carga⁸⁸ y la lista definitiva⁸⁹, se constató que la variación en las características (peso, volumen, dimensiones) de los elementos a transportar en efecto sucedió, aunque fue mínima. No obstante, en virtud de que los precios determinados en la oferta se formularon como costos unitarios y serían cobrados sobre peso o volumen, la más alta entre ellas, dicha variación no rompía la ecuación financiera del contrato a celebrar, pues, si alguna de estas características incrementó, el valor de esto sería reconocido por el contratante; **ii)** no se advierte, de las pruebas traídas al plenario, que EPM hubiera exigido al contratista unos contenedores diferentes a los de 20' DRY y 40' DRY ofrecidos en la oferta para el transporte de la mercancía y; **iii)** tampoco se observa que el pliego de condiciones hubiera establecido para el transporte de las torres el sistema “Frame System”, pues el instructivo Nordex, que hizo parte integral del pliego, indicaba dos (2) opciones de transporte, el sistema tradicional y el “frame system”, y si la sociedad calculó el valor de su propuesta con base en este último debió condicionarla a eso, pero nada se dijo al respecto.

Con todo lo anterior, se concluye que, no le asiste razón al demandante cuando afirma que la razón por la que no suscribió el contrato de transporte fue el hecho que EPM modificó los términos de la invitación con posterioridad a la oferta. Por el contrario, se vislumbra que las condiciones contractuales estuvieron claras desde la apertura del proceso de contratación objeto de análisis y que bajo esos términos la sociedad presentó su oferta, sin condicionamiento alguno.

4.2.3.2.3. ¿Hubo discrepancia de la sociedad con los términos de fletes exigidos en la invitación a ofertar?

En el acápite 1.3. del pliego de condiciones se estableció: “en el formulario de precios No. 1 se deben informar las tarifas y recargos propuestos en términos de flete FILO (free in, line out)”⁹⁰.

Posteriormente, EPM modificó, a través de adenda No. 2, el término de fletes exigido para la presentación de las tarifas y recargos, pasando del término FILO a FIO⁹¹. Que en aclaración posterior, precisó que su alcance estaba determinado por el hecho que “sería por cuenta de EPM el descargue de la mercancía en el puerto de

⁸⁷ Apartado 4.2.2.8.

⁸⁸ Folio 60 del cuaderno 1.

⁸⁹ Folio 701 del cuaderno 2.

⁹⁰ Apartado 4.2.2.1. (1.3 Objeto).

⁹¹ Apartado 4.2.2.3.



*destino". En el mismo documento, agregó "que de acuerdo con el término FOB [cláusula de comercio internacional que se aplicó al contrato de suministro celebrado entre EPM y Nordex y que será estudiada más adelante], la responsabilidad del vendedor va hasta el momento en que la carga sobrepase la borda del buque en el puerto de embarque convenido, por lo tanto, el vendedor debe contratar el cargue de la mercancía y asumir su costo y la naviera debe hacer la estiba y trincado de la carga y trasladar los costos correspondientes vía tarifa o con un recargo de origen"*⁹².

Con base en dicha información, la Sociedad presentó oferta y señaló que esta se realizó luego de examinar los documentos propios de la contratación, las adendas y las aclaraciones oportunamente remitidas. Asimismo, se observa que la sociedad no pidió aclaración, ni manifestó inconformidad con el alcance que la empresa le dio al término de fletes exigido, es decir, FIO. Bajo tales condiciones, EPM aceptó la oferta y precisó que, por la cuantía del negocio jurídico a celebrar, para la formalización del contrato se requería de solemnidad escrita⁹³.

Como ya se vio en pasajes anteriores, una vez enviada la minuta del contrato a la sociedad, ésta aclaró y adicionó algunos puntos para que hicieran parte integral del contrato, entre ellos, se destaca por lo relevante para el punto bajo análisis, el párrafo 3º del numeral 1º, que disponía: *"dentro de los términos de negociación, el transporte contratado es en términos de fletes FIO, por lo tanto, el cargue, amarre y trincado de los equipos al buque es por cuenta y responsabilidad del vendedor (Nordex) y el descargue por cuenta y responsabilidad del comprador (EPM)"*⁹⁴.

Una vez revisados los puntos agregados, EPM manifestó que *"el párrafo 3º del contrato debe ser incluido en el mismo con las modificaciones necesarias de acuerdo con la definición del término de fletes FIO. [para ello] la organización marítima internacional tiene las siguientes definiciones de los términos de flete: FIO (FREE IN AND OUT): significa que el despachador/consignatario asume(n) el costo de la responsabilidad del cargue y descargue. La naviera hace la estiba y trinca de la carga (coloca todo el material para hacerlo)"*⁹⁵.

Se percibe, entonces, que entre las partes existía una discrepancia en el alcance del término de fletes FIO, específicamente, en lo atinente a la responsabilidad que le atañe al transportista. Por un lado, la Sociedad entiende que no le correspondía sufragar los gastos relacionados con el cargue, amarre, y trincado de los equipos, pues esto era responsabilidad del proveedor. En contraste, EPM sostiene que, en efecto, el proveedor asume los gastos de cargue, pero, el porteador deberá responder por la estiba y trinca de la carga, así como los costos asociados a dicho proceder.

⁹² Apartado 4.2.2.4.

⁹³ Apartados 4.2.2.6.

⁹⁴ Apartados 4.2.2.7.

⁹⁵ Apartados 4.2.2.8.



Durante la etapa de formalización del contrato las desavenencias exhibidas siguieron latentes⁹⁶, como se denota en las comunicaciones cruzadas emitidas por los interesados, hasta el punto de que la Sociedad manifestó lo siguiente: **i)** que la comunicación (aclaración de dudas) en la que EPM determinó el alcance del término de fletes FIO no fue oportunamente recibida por ellos, por lo tanto, no constituía parte integrante de la licitación y no fue considerada en la propuesta presentada; **ii)** que no eran consistente los términos de entrega de la mercancía pactados entre EPM y Nordex (FOB) en el contrato de suministro y los términos de fletes exigidos (FIO) en el contrato de transporte marítimo. Al punto, explicó que ambos términos excluyen el amarre y sujeción de la carga (“lashing & securing of the cargo”), por lo tanto, no entendía quien iba a sufragar ese valor, pues en su propuesta estos no fueron incluidos.

Por otro lado, EPM fue consistente en manifestar: **i)** que aun cuando la aclaración de dudas en pugna no efectuaba cambio alguno al pliego de condiciones (pues únicamente reiteró lo dispuesto en adenda No. 2., que pasó de exigir los términos de flete en la modalidad FILO a la modalidad FIO), lo cierto es que dicho oficio si fue considerado en su oferta, pues en el formulario 5 de la propuesta presentada se plasmó que dicha aclaración había sido recibida el 27 de agosto de 2003; **ii)** que la referencia que se hizo al término de negociación FOB es informativa, con el propósito de enterarlo hasta dónde van las responsabilidades y costos del vendedor y donde comienzan los del comprador. Lo importante para el agente de cargas es el término de flete solicitado, para poder determinar los costos de acuerdo con el alcance del servicio y la utilidad esperada, que en última instancia conforman la tarifa; **iii)** que de acuerdo con las modalidades en la contratación de fletes marítimos, el término bajo el cual se ejecutará el servicio contratado es FIO y bajo ese término fue aceptada por las empresas la oferta presentada y, en consecuencia, cualquier interpretación contraria no sería acogida y tampoco se reconocerían costos adicionales, pues esto significaría una modificación sustancial a su oferta.

El análisis de las comunicaciones cruzadas entre EPM y Kuehne & Nagel S.A., pone de presente una conducta por parte de esta última contraria al deber de guardar consecuencia con sus propios actos, pues revela claramente que, como lo ha indicado EPM, la comunicación (aclaración de dudas) en la que la entidad estatal precisó el alcance de fletes FIO, sí fue recibida oportunamente por Kuehne & Nagel S.A., tal y como consta en el formulario 5 de la oferta presentada, en el que ésta hizo constar que dicha comunicación fue recibida por ella el veintisiete (27) de agosto de dos mil tres (2003)⁹⁷. En tales condiciones, dicha comunicación había de entenderse como parte integral del pliego de condiciones, así como de la oferta que dicha sociedad presentó.

Así las cosas, se colige que la conducta desplegada por la sociedad en la etapa precontractual fue contraria al mandato preceptuado en el artículo 863⁹⁸ del C de

⁹⁶ Apartado 4.2.2.8; 4.2.2.9; 4.2.2.10; 4.2.2.11; 4.2.2.12; 4.2.2.13 y 4.2.2.14.

⁹⁷ Apartado 4.2.2.5. (Formulario 5. Adendas y aclaraciones recibidas por el proponente).

⁹⁸ ARTÍCULO 863. <BUENA FE EN EL PERIODO PRECONTRACTUAL>. Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.



Co, que exige a las partes un comportamiento conforme a la buena fe exenta de culpa específicamente en dicha fase negocial, pues, es inconcebible que la acá demandante, conociendo de antemano el contenido de la comunicación del 27 de agosto de 2003, a través de la cual EPM explicó de manera diáfana que *“la naviera [debía] hacer la estiba y trincada de la carga y trasladar los costos correspondientes vía tarifa o con un recargo de origen”*, presentara una propuesta económica sin incluir dentro de la tarifa los conceptos de estiba y trincada de la mercancía, para luego abstenerse de firmar el contrato, so pretexto de que EPM cambió las condiciones fijadas en el pliego. Tal actuar de la sociedad demandante es contraria a la regla de *venire contra factum proprium non velet*, que emana del citado principio, y, en consecuencia, no puede ser avalada para acceder a sus pretensiones.

Ahora, el alcance que fijó EPM frente al flete marítimo FIO, en el sentido de atribuir al transportador las actividades de estiba y trinca de la carga, desvirtúa la supuesta contrariedad —manifestada por la sociedad— consistente en aplicar de manera conjunta aquel y la cláusula de comercio exterior FOB - propia de los Incoterms⁹⁹ 2000 -, pues, atendiendo a que esta última indica que el vendedor (Nordex) realizaba la entrega cuando la mercancía sobrepasara la borda del buque designado por el comprador (EPM) en el puerto de embarque convenido¹⁰⁰, se podía inferir que entre ellas no existía exclusión sino que se complementaban. Esta inferencia toma más fuerza, con el testimonio de José Manuel Duque Velásquez (trabajador de EPM a quien le correspondió la ejecución de todas las gestiones y trámites de logística internacional)¹⁰¹, que manifestó:

PREGUNTADO: dígame al despacho como era la entrega en puerto de Nordex de su mercancía y como esa manera de entrega se complementa con el flete FIO del contratista. CONTESTÓ: el término de entrega por parte del proveedor era FOB puertos de Alemania y Dinamarca, el término FOB significa que las obligaciones de los vendedores es poner la mercancía libre a bordo en el buque que realizara el transporte internacional, o sea que el proveedor incurre en los costos y riesgos del cargue de la mercancía. El término de transporte FIO complementa el término entrega de FOB, por cuanto una vez la mercancía expuesta libre a bordo del buque, es responsabilidad del embarcador, el estibado, amarre y trincado para garantizar el buen desempeño del transporte.

Bajo las consideraciones anteriores, salta de bulto que en el caso *sub examine*, la sociedad, dejó de lado la comunicación del 27 de agosto de 2003 emanada de EPM, desconociendo el alcance que allí se señaló del flete FIO, como la responsabilidad del proveedor (Nordex) para la entrega de la carga que se pactó en términos (FOB). Igualmente, que ya al momento en que debía suscribir el

⁹⁹ Los INCOTERMS son un conjunto de usos internacionales, recopilados por la Cámara de Comercio Internacional, que determinan el alcance de las cláusulas comerciales incluidas en el contrato de compraventa internacional, cuya correcta aplicación permite determinar las obligaciones del comprador y del vendedor sobre la logística de entrega de las mercancías. Los INCOTERMS no son aplicables al contrato de transporte, sino al contrato de compraventa internacional de mercaderías. Al respecto, GUZMÁN ESCOBAR, J. 2001. Incoterms 2000. Sus relaciones con los contratos de transporte y de seguro. Revista de Derecho Privado. 7 (dic. 2001), 51-64; RODRIGUEZ, M. 2010, Los Nuevos Términos Comerciales Internacionales -INCOTERMS- (Versión 2010) y su Aplicación en el Derecho Colombiano. Revista e-mercatoria. 9, 2 (dic. 2010).

¹⁰⁰ En la comunicación del 27 de agosto de 2003 de EPM dirigida a la sociedad demandante se indicó que: *“De acuerdo con el término FOB, la responsabilidad del vendedor va hasta el momento en que la carga sobrepase la borda del buque en el puerto de embarque convenido, (...)”*. Lo anterior, guarda correspondencia con la definición de FOB - *Free on Board o Libre a bordo* - (Incoterms 2000) que indica que el vendedor entrega cuando las mercancías sobrepasan la borda del buque en el puerto de embarque convenido.

¹⁰¹ Folios 455 a 461 del cuaderno 2.



contrato, la sociedad que ha venido a este proceso como demandante, se negó honrar su obligación, pretextando el desconocimiento de la comunicación del 27 de agosto de 2003.

Por consiguiente, el incumplimiento del oferente, en relación con su obligación de suscribir el contrato, está plenamente demostrado y no tiene justificación.

4.2.3.3. Una vez resueltos los cuestionamientos precedentes, viene consecuente afirmar que EPM en ningún momento incumplió con sus obligaciones precontractuales ni tampoco modificó las condiciones de la invitación a ofertar con posterioridad a la aceptación de esta, por lo tanto, la sociedad se encontraba en la obligación de suscribir el contrato en los términos que fueron pactados y sostener su oferta en las condiciones en que fue presentada.

No obstante, necesario es recordar que, una vez elegida la propuesta de la Sociedad y a falta, únicamente, de la suscripción del contrato, esta intentó, ya fuese por una mala interpretación o deducción del contenido del pliego o por un error de cálculos en el estudio de la propuesta, variar los términos del negocio jurídico a celebrar, al incrementar su valor y solicitar unas estructuras especiales para el transporte de las torres. Situación que de acuerdo con el acápite 1.9. de la invitación no era excusa válida ni para renegociar los términos contractuales ni para realizar reclamaciones¹⁰².

En los anteriores términos, las condiciones estaban dadas para que EPM pudiera, ante la renuencia de la Sociedad de formalizar el negocio jurídico, declarar el incumplimiento de las obligaciones precontractuales que tenía esta, traducidas en la irrevocabilidad de su propuesta y adelantar los trámites necesarios con el fin de formalizar el contrato.

Así las cosas, se concluye que la conducta desplegada por EPM al declarar el riesgo correspondiente a la seriedad de la oferta, mediante actos jurídicos, estuvo fundamentada en razones objetivas que permitían demostrar el incumplimiento del oferente. En vista de ello, no hay lugar, en este proceso, a reclamar posibles daños surgidos por esta decisión, en el entendido que la conducta desplegada por EPM guardó perfecta y estrecha armonía con lo realmente acontecido.

4.2.3.4. Se agrega además que EPM no solo estaba facultado sino que tenía la obligación de comunicar el incumplimiento de la sociedad, traducido en la renuencia de suscribir el contrato, a efectos de que las autoridades competentes, si así lo consideran, procedan a inhabilitarlo para suscribir contratos futuros, por el término que la Ley determine.

4.2.4. Análisis de la decisión de ordenar directamente el pago de una suma fija a la Sociedad como consecuencia de la modificación a su propuesta con posterioridad a la aceptación de la misma

¹⁰² Apartado 4.2.2.1. (1.9. interpretación, aclaración y modificaciones de los documentos).



4.2.4.1. La Sala encuentra que la decisión de cobrarle directamente a la sociedad el valor pactado en el pliego de condiciones en caso de incumplimiento con su obligación de suscribir el contrato no se originó en la garantía de seriedad de la oferta, sino en la condición legal que tiene la propuesta de ser irrevocable una vez aceptada, prescripción contenida en el artículo 846 del CCO que dispone: *“la propuesta será irrevocable. De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario”*.

Sobre este punto, se deben hacer varias precisiones, a saber: *i)* aun cuando se dieron efectivamente los supuestos que permitían declarar la obligación de pago surgida por la revocación de la oferta (la sociedad pretendía hacer cambios a las condiciones de su oferta aduciendo que sin ellos no suscribía el contrato), esta no podía ser ejecutada por la vía de la jurisdicción coactiva, pues EPM no estaba habilitada para ello; *ii)* sin perjuicio de lo anterior, sí cabía solicitar el pago al deudor (reclamo extrajudicial), que es el modo ordinario de extinción de las obligaciones dinerarias, como procede en el derecho común; *iii)* en caso de que el actor fuera renuente a pagar los perjuicios que con su revocación causó a la entidad, esta podía reclamar vía judicial los perjuicios ocasionados.

4.2.4.2. En el caso bajo estudio, se deduce (no existe prueba de ello), que la sociedad no canceló el valor que EPM le pretendía cobrar. Lo anterior con fundamento en la pretensión 3ª del libro introductorio en la que se solicita a esta judicatura declarar que *“Kuehne & Nagel S.A. no está obligada a pagar la suma de ciento cincuenta millones de pesos (\$150.000.000)”*.

Amparado en estas premisas, la Sala se encuentra en la necesidad de resolver si efectivamente la Sociedad tiene que sufragar el pago de dicha obligación, la que se reitera, se fundamenta en un supuesto legal, el contenido en el artículo 846 del CCO, que dicta que la propuesta es irrevocable y en caso de que el proponente se retracte de ella una vez aceptada hay lugar a indemnizar los perjuicios.

En relación con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha precisado el alcance de dicha norma:

“Conforme a lo dispuesto por el artículo 846 del Código de Comercio la oferta para la celebración de un contrato es irrevocable y, por consiguiente, si el proponente se retracta luego de comunicada, habrá de indemnizar al destinatario los perjuicios que con esa conducta le ocasione, norma esta que guarda perfecta y estrecha armonía con lo preceptuado por el artículo 863 del mismo código, que ordena a las partes indemnización de los perjuicios que se causen cuando una de las partes no actúe con buena fé exenta de culpa en el período precontractual. Ello quiere decir, que por expreso mandato del legislador se incurre en responsabilidad civil siempre que por un error de conducta de una cualquiera de las partes, se irroga sin justificación perjuicio a la otra parte en la etapa precontractual, pues, el legislador, como se puede observar por el texto mismo de las normas citadas, ha rodeado de protección a quienes participan en ella, de manera que, si se sorprende a la contraparte con el rompimiento del proceso de negociación sin motivo justificado y con violación del principio de la buena fe, es apenas natural que, puesto que todavía no ha nacido a la vida jurídica el contrato en vía de formación, no pueda exigirse la reparación del daño causado alegando para el efecto responsabilidad derivada de incumplimiento contractual, lo cual no significa sin embargo que no se haya causado una lesión, un daño a la otra parte, pues es evidente que en la etapa precontractual si se



incurre en ese tipo de conducta, ha de garantizarse el "restablecimiento de la situación patrimonial negativa en la que puedan encontrarse aquellos por la confianza que tuvieron en que el curso normal de la negociación no se interrumpiría. En consecuencia, dicha indemnización tiende a compensar los menoscabos de todo orden, materiales y morales, resultantes de haberse seguido manifestaciones contractuales frustradas, cual lo dijo esta Corporación en sentencia de 23 de noviembre de 1989 (G.J. tomo CXCVI, No.2435, pág. 123), reiterada en fallo No.239 de 27 de junio de 1990 (ordinario Gustavo Arango Escobar y otro contra Fernando Buitrago y la Sociedad Globo T.V. Ltda.)¹⁰³".

Aplicando las nociones precedentes al caso concreto, se puede observar que la Sociedad de manera efectiva incurrió en un error de conducta al intentar cambiar las condiciones de su propuesta una vez esta fue aceptada, desatendiendo los preceptos contemplados en el artículo 846 del CCO, en virtud de ello estaban dadas las condiciones para que EPM pudiera reclamar los perjuicios ocasionados a esta con ocasión de tales supuestos.

No obstante, en el acto jurídico estudiado, EPM no cuantificó los perjuicios que la revocación de la oferta en la que incurrió la sociedad causó efectivamente al patrimonio de EPM, por lo tanto, aun cuando surgió el supuesto que generaba una obligación de pago (revocatoria de la oferta), este no determinó el monto de los perjuicios.

En consecuencia, la Sala entiende que la decisión dictada por EPM de cobrar directamente a la sociedad la suma de ciento cincuenta millones de pesos (\$150.000.000) no es de recibo, pues no demostró que la conducta irregular desplegada por esta hubiera tenido consecuencias negativas en su patrimonio.

4.2.4.3. Conforme lo expuesto, se declarará en este proveído que la Sociedad no está en la obligación de pagar la suma que EPM le cobró como consecuencia de la modificación de su propuesta con posterioridad a la aceptación de esta por parte de EPM y la renuencia para formalizar el contrato.

4.2.5. Análisis de la decisión de hacer efectiva la póliza de seriedad de la oferta amparada por Liberty Seguros S.A. y cobrar el riesgo subsecuente

4.2.5.1. Como se dejó plasmado en capítulos anteriores, el proceso de contratación No. 008732 adelantado por EPM, en el año dos mil tres (2003), se regía por el derecho privado. Por consiguiente, las decisiones que dicha empresa adoptara en la fase previa de formación del contrato corresponden a actos de gestión contractual, iguales a los que podría irrogar un particular, quien, por razón de la autonomía privada¹⁰⁴, define cómo y con quién entablar una relación de naturaleza contractual.

Como expresión de esta autonomía, EPM se encontraba facultado para reglar sus relaciones jurídicas de manera específica y concreta, de acuerdo con sus intereses

¹⁰³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de marzo de 1995. Exp 4473.

¹⁰⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Auto de ponente del 11 de mayo de 2011. Exp 58562 "El ejercicio de la autonomía privada es habilitada por normas que no la obligan ni a actuar, ni a actuar de determinada manera, aunque fijen "cargas de naturaleza formal y sustantiva" que condicionan la validez del producto de su ejercicio; los actos unilaterales expedidos en ejercicio de esa autonomía carecen de fuerza vinculante frente a sus destinatarios mientras estos no consientan en someterse a ellos. El ejercicio de poder público, contrario sensu, es impuesto a su titular, se traduce, para este, en obligación de obrar, y de hacerlo válidamente, y las prescripciones que de él emanan son vinculantes para sus destinatarios".



negociales, por lo tanto, era válido el pacto de pólizas que aseguraran los riesgos derivados de incumplimientos precontractuales (como lo es la garantía de seriedad de la oferta), pero se debe advertir que estas debían desarrollarse dentro de los mismos contornos que esa autonomía les permite a las partes vinculadas por un contrato regido por el derecho privado, mas no podía pretender la administración que estas tuvieran las prerrogativas propias que el Estatuto General de la Contratación Pública consagraba para ellas.

En concreto, se debe recordar que las características de la garantía de seriedad de la oferta difieren sustancialmente en los dos sistemas mencionados, por lo que su diferenciación es de vital importancia para resolver el caso concreto.

4.2.5.2. La Ley 80 de 1993 en su artículo 30.12 dispone que si el adjudicatario de un contrato estatal no suscribía el contrato dentro del término señalado *“quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta”*.

El alcance de esta prescripción fue claramente señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación¹⁰⁵ como se pasa a transcribir (concepto emitido antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007):

“[El numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993] menciona que el oferente debe constituir un depósito o garantía en respaldo de su ofrecimiento, indicando que se trata de una suma determinada, cuyo valor esta señalado en el pliego de condiciones, de acuerdo con los montos establecidos en los reglamentos.

La norma ordena que el valor de esta garantía quede a favor de la entidad licitante, a manera de sanción por el incumplimiento, que como se dijo consiste en la no suscripción y legalización del contrato, significando que el legislador, en vez de exigir la prueba de los perjuicios causados a la entidad pública, estableció un valor único a manera de sanción, de suerte que el licitador no pudiese entrar a discutir el monto de los perjuicios, pues la administración se queda con la garantía por el simple hecho del incumplimiento. [...]

La función de la compañía de seguros, en este caso es la de pagar el valor asegurado que debe coincidir con el valor de la garantía o depósito, de manera que basta con el simple incumplimiento del oferente para que esté obligada al pago del seguro. Se hace notar que en este caso, por expreso mandato legal y para el derecho público, se cambia la regla de la demostración del perjuicio por la del pago automático de una sanción, cuyo valor ha sido preestablecido en los pliegos de condiciones, y que la aseguradora ha aceptado libremente al suscribir su contrato de seguro.

En cuanto al procedimiento no hay duda acerca del mismo, pues la licitación está gobernada por la Ley 80 de 1993 y por el código contencioso administrativo por remisión expresa del artículo 77 de esa ley, según la cual a las “actuaciones contractuales” se les aplica en primer termino la misma Ley 80 de 1993, y en segundo lugar el citado código. Entonces, como la selección del contratista particular se efectúa a través de un procedimiento administrativo, que puede ser una licitación o una contratación directa, es claro que la forma característica como se impulsa y decide es mediante actos administrativos, de lo que resulta que el incumplimiento de la obligación de mantener la oferta por el licitador se define por la administración mediante un acto administrativo, el cual es constitutivo del siniestro de incumplimiento de la misma, (en lenguaje común: se hace efectiva la póliza) y por lo tanto obliga a la compañía aseguradora”.

Con todo lo anterior, se colige que, para el periodo analizado (en vigencia de la Ley 80 pero antes de la entrada en vigor de la Ley 1150), en lo procesos que se

¹⁰⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 30 de marzo de 2006, expediente 1723.



adelanten bajo el Estatuto General de Contratación Pública la garantía de seriedad de la oferta tiene las siguientes características: **i)** se otorga por un valor fijo y en favor de la entidad licitante, que constituirá el monto exacto a reconocer; **ii)** su naturaleza es sancionatoria; **iii)** se puede hacer efectiva cuando se demuestre el incumplimiento del oferente; **iv)** es admisible la derivación de consecuencias de esta a través de un acto administrativo, **v)** procede su ejecución mediante la jurisdicción coactiva.

4.2.5.3. En contraste, en el derecho privado la garantía de seriedad de la oferta, esta incluida en los llamados seguro de daños, caracterizado por ser meramente indemnizatorios, por cuanto tienen como fin último procurar reparar al asegurado o beneficiario de los perjuicios efectivamente recibidos como consecuencia del acaecimiento del suceso incierto determinado en el respectivo contrato de riesgo asegurado. Que en el de seriedad de la oferta, hace referencia a la no suscripción y legalización del contrato.

En relación con su naturaleza meramente indemnizatoria, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha entendido que:

“Esa es la razón, justamente, que le impide al interesado reclamar del asegurador suma mayor que la asegurada, así el daño haya sido superior, ni cifra que exceda del monto del daño, aunque el valor asegurado fuese mayor. El asegurado logra así, a través del contrato de seguro, la posibilidad de obtener la reparación del detrimento que sufre en su patrimonio a causa del acaecimiento del siniestro; su aspiración no puede ir más allá de alcanzar una compensación del empobrecimiento que le cause la ocurrencia del insuceso asegurado; el contrato le sirve para obtener una reparación, mas no para conseguir un lucro.

Las premisas anteriores, dentro de las cuales se desenvuelve el referido principio indemnizatorio, no son más que aplicación del artículo 1088 del Código de Comercio, el cual prescribe que "respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. [...]

Es precisamente por efecto de ese carácter indemnizatorio que, acorde con el artículo 1077 ejusdem, le corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como “la cuantía de la pérdida”; es decir, que al demandar el pago de la indemnización [ya mediante reclamo extrajudicial o ya por vía judicial] debe probar no solamente los hechos a cuyo amparo estima se configuró el siniestro sino también la naturaleza de los daños padecidos y la extensión de los perjuicios sufridos a raíz de la realización del riesgo asegurado.”¹⁰⁶

En consonancia con lo anterior, para la Sala es claro que en lo procesos de contratación que se adelanten bajo el régimen privado la garantía de seriedad de la oferta tiene las siguientes características: **i)** se otorga por un valor fijo y en favor de la entidad licitante que constituirá el monto máximo a reconocer; **ii)** su naturaleza es indemnizatoria; **iii)** se puede hacer efectiva cuando se demuestre el incumplimiento del oferente y se cuantifique la pérdida real que tal acontecer causó en el patrimonio de la asegurada; **iv)** es admisible la derivación de consecuencias de estas, a través de un acto jurídico, pero no mediante un acto administrativo, **v)** procede su ejecución mediante reclamo extrajudicial o por vía judicial.

4.2.5.4. Una vez diferenciada la naturaleza de la garantía de seriedad de la oferta en ambos sistemas y recordando que el proceso de contratación objeto de estudio se tramitó bajo el derecho privado, se colige que EPM podía no solo pactar válidamente

¹⁰⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de noviembre de 2005. Exp 11001-31-03-024-1993-7143-0.



el otorgamiento obligatorio de la garantía de seriedad de los ofrecimientos, con fundamento en el ejercicio de la autonomía privada, sino también declarar su ocurrencia, no a través de un acto administrativo unilateral, sino mediante un acto jurídico, por lo que, como tal, debe surtir su control judicial.

En concreto, la Sala observa que en el pliego de condiciones correspondiente al proceso de contratación No. 008732, se acordó que la propuesta debía estar acompañada de una garantía de seriedad, por un monto de ciento cincuenta millones de pesos (\$150.000.00)¹⁰⁷, que se haría efectiva en caso de demora en la presentación de los documentos necesarios para formalizar el contrato o en el evento de renuencia total. Garantía que fue efectivamente otorgada y prestada por Liberty Seguros S.A.¹⁰⁸, en los siguientes términos:

“1. AMPAROS. 1.1. Amparo de la seriedad de los ofrecimientos: cubre a la entidad estatal contratante contra el incumplimiento por parte del proponente de las obligaciones y, especialmente, de la de suscribir el contrato objeto de la licitación en los términos que dieron base a la adjudicación.

[...] 2. Exclusiones: Los amparos previstos en la presente póliza no operan en los siguientes casos: 2.1. Fuerza mayor o caso fortuito o cualquier otra causal legal de exoneración de responsabilidad del contratista afianzado. 2.2. Los perjuicios que se refieren al incumplimiento originado en modificaciones introducidas al contrato original, salvo convenio expreso que se conste en el correspondiente certificado de modificación de esta póliza. 2.3. Los daños causados por el contratista a personas distintas entidades contratantes.”¹⁰⁹

Como se dejó acreditado en un capítulo anterior¹¹⁰, los supuestos que llevaron a declarar el incumplimiento pactado y, en efecto, a poder hacer efectivo el siniestro, en efecto, ocurrieron, no obstante, la cuantificación del daño efectivamente causado no se probó por parte de EPM. Por esta razón es imperante determinar que la demostración del incumplimiento por parte del obligado, *per se*, no alcanza a configurar el siniestro contemplado en el artículo 1072 del CCO, pues como consecuencia de tal desatención, no se produjo un perjuicio real para el asegurado, vale decir, aquel que se materializaría en un auténtico desmedro patrimonial para este.

Resulta palmario, entonces, establecer que por la naturaleza del seguro de que se trata, la demostración de la extensión del daño padecido por EPM no podría encontrarse en el simple incumplimiento en que hubiera incurrido el afianzado, pues haber dejado de suscribir el contrato no evidencia, por sí solos, el acaecimiento de un perjuicio y menos su cuantía.

La demostración de uno u otro aspecto tampoco surge de los términos de la propia póliza de cumplimiento ni del contenido del pliego de condiciones, por cuanto ninguno de tales medios documentales es indicativo del acaecimiento de lesión

¹⁰⁷ Apartados 4.2.2.1. (acápites 2.7 “garantía de seriedad de la propuesta” y acápite 4.8. “deducciones por incumplimiento”).

¹⁰⁸ Apartados 4.2.2.5.

¹⁰⁹ Folio 616 del cuaderno 2. “Liberty seguros S.A. certifica que la prima de seguros correspondiente a la póliza de cumplimiento entidades estatales No. 297369 se encuentra pagada en su totalidad por valor de \$233.260. // Vigencia 2003/08/28 – 2003/11/29. // valor asegurado \$150.000.000”.

¹¹⁰ Apartados 4.2.3. (Análisis de los motivos que llevaron a EPM a declarar el incumplimiento del oferente en relación con la obligación de suscribir el contrato y los daños derivados de una posible conducta irregular).



alguna y menos del *quantum* de la pérdida patrimonial sufrida por EPM. Pues tales prescripciones, como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, *“no hacen más que referir, en el caso del primero, el total del valor asegurado, sin que por sí mismo demuestre un daño, y, en el del segundo, servir de fuente para establecer de dónde o cómo surgía la suma por la cual la licitante pretendía que cada oferente, junto con la propuesta que presentara, prestara la garantía que amparara la seriedad de la respectiva oferta”*¹¹¹.

En definitiva, la Sala comprende que es verdad irrefutable que EPM no sólo omitió ponderar todo lo relacionado con la naturaleza de los perjuicios que pudo sufrir ante la ocurrencia del siniestro, sino que supuso la prueba de la extensión del daño, al confundir la cuantía de la verdadera pérdida con el monto del valor asegurado y los términos del capítulo *“de garantía de seriedad de la oferta”* del pliego de condiciones. Por consiguiente, la decisión de hacer efectiva la póliza de seriedad de la oferta amparada por Liberty Seguros S.A. y cobrar el riesgo subsecuente no encuentra validez.

4.2.5.5. En esas condiciones, se declarará que Liberty Seguros S.A. no está obligada a efectuar pago alguno y en caso de que esta ya lo hubiera sufragado, se ordenará a EPM restituir los dineros actualizados efectivamente pagados.

5. Condena en costas

Esta Colegiatura considera que no hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se observó en el caso concreto actuación temeraria de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

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

REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Decisión, el treinta (30) de septiembre de dos mil trece (2013), y en su lugar:

PRIMERO: DECLARAR que Kuehne & Nagel S.A. no está obligada a pagar a EPM la suma de ciento cincuenta millones de pesos (\$150.000.000), cobro derivado de la modificación de su propuesta con posterioridad a la aceptación de esta y la renuencia para formalizar el contrato.

SEGUNDO: DECLARAR que Liberty Seguros S.A. no está obligada a pagar a EPM la suma de ciento cincuenta millones de pesos (\$150.000.000), correspondiente a la garantía de seriedad de la oferta, que se encontraba amparada por la póliza No.

¹¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de marzo de 1995. Exp 4473



Expediente: 05001-23-31-000-2005-05377-01 (51307)

Demandante: Kuehne & Nagel S.A.

297369. En caso de que la aseguradora ya hubiera sufragado dicho pago, se ordena a EPM restituir los dineros actualizados efectivamente pagados.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: NO IMPONER costas.

QUINTO: En firme este fallo, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, cúmplase

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Presidente

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Salvo voto

NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado

ATA/4C