

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, cuatro (4) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Magistrado Ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 05001-23-31-000-2005-05411-01 (55.015)
Demandante: LIBERTY SEGUROS SA
Demandado: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN ESP
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: APELACIÓN DE SENTENCIA

Síntesis del caso: la demanda se circunscribe a cuestionar la legalidad de las Resoluciones números 351182 de 21 de octubre de 2003 y 413856 de 22 de diciembre de 2004 proferidas por las Empresas Públicas de Medellín ESP mediante los cuales se declaró el siniestro de seriedad de la oferta constituido en la póliza no. 297369 amparada por la compañía Liberty Seguros SA, por cuanto el contrato de transporte objeto del proceso de selección no. 008732 no fue suscrito por la sociedad seleccionada, dada su negativa y modificación de las condiciones de la oferta presentada.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 15 de agosto de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia - Sala Cuarta de Decisión que declaró de oficio la excepción de caducidad de la acción y se inhibió para pronunciarse sobre el fondo de la controversia (fls. 516 a 323 cdno. ppal.), en los siguientes términos:

“PRIMERO: DECLARAR de oficio, la excepción de caducidad de la acción, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, **INHIBIRSE** para pronunciarse sobre el fondo del asunto.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: En firme esta providencia archívese el expediente”. (fl. 523 *ibidem* – negrillas y mayúsculas fijas del texto original)

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito radicado el 4 de mayo de 2005 en la Secretaría del Tribunal

Administrativo de Antioquia la compañía Liberty Seguros SA, actuando por intermedio de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (fls. 1 a 40 cdno. no. 1) con las siguientes súplicas:

“PRIMERA: Que es NULA la Resolución No. 351182 del 21 de octubre de 2003 expedida por la Gerencia General de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., mediante la cual se resolvió, entre otros aspectos:

´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 la sociedad 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), equivalente 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.

Artículo 3º. En el evento de 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 en el artículo anterior, la cual se halla amparada por la póliza 297369, expedida por la Compañía Liberty Seguros S.A.

Artículo 4º. 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 8, numeral 1, literal e) de la ley 80 de 1993.

(...):

SEGUNDA: Que es NULA la Resolución No. 413856 del 22 de diciembre de 2004, expedida por el Gerente General de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., mediante la cual se resolvió, entre otros aspectos:

´Artículo 1o. No reponer lo decidido mediante la Resolución 351182 de 2003, por medio de la cual se declara 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 la sociedad Kuehne & Nagel S.A., y amparada por la póliza 297369, expedida por la compañía Liberty Seguros S.A.

(...):

TERCERA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 351182 del 21 de octubre de 2003 y la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 413856 del 22 de diciembre de 2004, expedidas por el Gerente General de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., se declare que Liberty Seguros S.A. no esta (sic) obligada a

efectuar pago alguno en virtud de lo resuelto en el artículo tercero de la Resolución 351182 del 21 de octubre de 2003, confirmada por la Resolución No. 413856 del 22 de diciembre de 2004, expedidas por el Gerente General de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P.,

CUARTA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 35351182 del 21 de octubre de 2003 y la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 413856 del 22 de diciembre de 2004, expedidas por el Gerente General de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., se condene a la demandada Empresas Públicas de Medellín E.S.P., a restituir a favor de la demandante Liberty Seguros S.A. los dineros actualizados que haya pagado o llegare a pagar Liberty Seguros S.A., en virtud de lo resuelto por los citados actos administrativos.

QUINTA: Que se condene a las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., a pagar a favor de Liberty Seguros S.A., las expensas y costas del proceso.

SEXTA: Que se ordene dar cumplimiento a la condena de conformidad con los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.” (fls. 2 y 3 cdno. no. 1).

2. Hechos

Como fundamento fáctico la parte demandante expuso en el escrito contentivo de la demanda, en síntesis, lo siguiente:

- 1) El 12 de agosto de 2003, Empresas Públicas de Medellín ESP dio apertura al proceso de selección identificado con el número 008732 para la contratación del servicio de transporte marítimo internacional de quince (15) aerogeneradores y equipos asociados para el parque Eólitoc Jepírachi desde los puertos de Rostock (Alemania) y Elsberg (Dinamarca) hasta el puerto Bolívar en la Guajira (Colombia).
- 2) La mercancía objeto del contrato de transporte en comento fue producto del contrato de compraventa número 030116197 celebrado entre Empresas Públicas de Medellín ESP y la firma alemana Nordex Energy GMBH.
- 3) De acuerdo con el pliego de condiciones, para el proceso de selección número 008732 los proponentes debían presentar junto con su oferta la garantía de seriedad de la misma otorgada por un banco o compañía de seguros, por una cuantía de \$150´000.000 con vigencia de noventa (90) días contados a partir de la fecha del cierre del proceso de selección.

4) El 28 de agosto de 2003, la sociedad Kuehne & Nagel SA presentó oferta y de conformidad con el pliego de condiciones aportó la póliza única de cumplimiento en favor de entidades estatales número 297369 otorgada por la compañía Liberty Seguros SA.

5) El 10 de septiembre de 2003 Empresas Públicas de Medellín ESP mediante el oficio no. 1096864 comunicaron a la sociedad Kuehne & Nagel SA la aceptación de la oferta presentada y, adicionalmente, solicitaron el inicio anticipado del contrato.

6) A través del oficio no. 1100289 de 25 de septiembre de 2003 el coordinador del equipo de logística de Empresas Públicas de Medellín ESP comunicó al representante legal de la sociedad Kuehne & Nagel SA que su oferta fue aceptada en unas específicas condiciones de fletes marítimos y responsabilidades de cargue y descargue de la mercancía, y que cualquier interpretación contraria no era aceptada, por lo cual otorgó un plazo para definir si se continuaba o no con la relación contractual.

7) El 26 de septiembre de 2003, mediante oficio no. 1100743 el gerente general de Empresas Públicas de Medellín ESP le comunicó a la representante legal de la sociedad Kuehne & Nagel SA la terminación del contrato con la correspondiente declaratoria del siniestro amparado con la garantía de seriedad de la oferta.

8) Tales decisiones anunciadas con el oficio no. 1100743 en comentó se elevaron a acto administrativo a través de la Resolución no. 351182 de 21 de octubre de 2003, determinaciones que posteriormente fueron objeto de recursos de reposición por parte de la compañía Liberty Seguros SA y de la sociedad Kuehne & Nagel SA y, finalmente, confirmadas con la Resolución no. 413856 de 22 de diciembre de 2004.

3. Fundamento de la demanda

En el texto de la demanda la parte actora presentó como fundamentos de derecho y concepto de violación, en resumen, lo siguiente:

1) Las Resoluciones números 351182 del 21 de octubre de 2003 y 413856 del 22 de diciembre de 2004, proferidas por el gerente general de Empresas Públicas de Medellín ESP, fueron expedidas con desconocimiento de lo dispuesto en las Leyes 142 y 143 de 1994, en virtud de las cuales los contratos que suscriban Empresas Públicas de Medellín ESP se rigen por el derecho privado, normatividad que no faculta a la entidad contratante para declarar el siniestro consistente en la garantía de seriedad de la oferta.

2) De otra parte, las resoluciones objeto de la presente demanda adolecen de nulidad por falsa motivación pues, en los fundamentos de tales actos se señaló que la sociedad Kuehne & Nagel SA se abstuvo de suscribir el contrato de transporte, aportar los documentos requeridos y, modificó los valores y responsabilidades presentados con su oferta, cuando ello nunca ocurrió.

4. Posición de la parte demandada

Empresas Públicas de Medellín ESP a través de escrito radicado el 6 de septiembre de 2005 contestó la demanda con oposición a las pretensiones (fls. 234 a 276 cdno. no. 1), con los siguientes argumentos:

1) El pliego de condiciones que definió el proceso de selección estableció claramente que el proponente seleccionado debía hacer entrega de los documentos necesarios para la iniciación del contrato dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la aceptación de la oferta, por lo que la decisión adoptada a través de los actos administrativos acusados goza de presunción de legalidad.

2) El fundamento de las resoluciones acusadas de nulidad precisamente se circunscribe en la omisión de la sociedad Kuehne & Nagel SA de suscribir el contrato, aportar los documentos para la legalización del mismo y mantener las condiciones de la oferta aceptada.

3) La decisión de declarar ocurrido el siniestro por el amparo de seriedad de la oferta estaba previsto en el pliego de condiciones, razón por la que ahora la compañía de seguros demandante no puede pretender desconocer los términos a los que se sometió la sociedad Kuehne & Nagel SA con la participación en el proceso de

selección.

5. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Antioquia en providencia del 15 de agosto de 2014 (fls. 516 a 523 cdno. ppal.) declaró probada de oficio la excepción de caducidad de la acción y se inhibió de resolver el fondo de la controversia, con base en el siguiente razonamiento:

1) Las Resoluciones números 351182 de 21 de octubre de 2003 y 413856 de 22 de diciembre de 2004 son actos administrativos precontractuales, pues, fueron proferidos con anterioridad a la celebración del contrato de transporte.

2) En ese sentido, la oportunidad para demandar los actos administrativos precontractuales fenecía a los treinta (30) días siguientes de la notificación de los mismos.

3) En el expediente obra la constancia de notificación de la Resolución no. 413856 de 22 de diciembre de 2004 del 4 de enero de 2005 mediante la cual se resolvieron los recursos de reposición interpuestos en contra de la Resolución no. 351182 de 21 de octubre de 2003, lo cual quiere decir que la compañía Liberty Seguros SA tenía hasta 17 de febrero de 2005 para formular la acción, pero, como la demanda fue presentada solo hasta el 3 de mayo de 2005 debió necesariamente declararse de oficio la excepción de caducidad de la acción.

7. El recurso de apelación

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (fls. 525 a 531 cdno. ppal.) el cual fue concedido por el *a quo* mediante auto de 6 de octubre de 2014 (fl. 532 *ibidem*), impugnación que fue sustentada en los siguientes términos:

1) Contrario a lo manifestado por el tribunal, en el presente asunto ya existía contrato, por lo tanto no puede entenderse que las Resoluciones números 351182

de 21 de octubre de 2003 y 413856 de 22 de diciembre de 2004 son actos precontractuales.

2) En este caso, Empresas Públicas de Medellín ESP aceptó la oferta presentada por la sociedad Kuehne & Nagel SA mediante oficio no. 1096864 de 10 de septiembre de 2003 y se dio inicio a la ejecución del contrato, pues, los negocios jurídicos celebrados por EPM se rigen por el derecho privado y no por la Ley 80 de 1993.

3) En ese sentido, la caducidad de la acción aplicable al caso no es la prevista en el inciso segundo del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y, por ende, deberá revocarse la decisión y proceder con el análisis de los cargos de nulidad planteados con la demanda.

8. Actuación surtida en segunda instancia

1) Por auto de 22 de abril de 2016 (fl. 537 cdno. ppal.) se admitió el recurso de apelación y, posteriormente, el 3 de junio de 2016 (fl. 539 *ibidem*) se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión por el término de 10 días, y vencido este, por el mismo lapso correr traslado al Ministerio Público para emitir el respectivo concepto.

2) En dicho término las partes presentaron sendos escritos con sus alegatos de conclusión (fls. 540 a 563 y 564 a 569 cdno. ppal.); el Ministerio Público guardó silencio (fl. 570 *ibidem*).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, 2) análisis de la impugnación, 3) conclusiones, y 4) la condena en costas y agencias en derecho.

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

1) El objeto de la controversia planteada consiste en la discusión acerca la legalidad de las Resoluciones números 351182 de 21 de octubre de 2003 y 413856 de 22 de diciembre de 2004 proferidas por Empresas Públicas de Medellín ESP, mediante las cuales se declaró el siniestro de seriedad de la oferta constituido en la póliza no. 297369 amparada por la compañía Liberty Seguros SA, por cuanto el contrato de transporte objeto del proceso de selección no. 008732 no fue suscrito por la sociedad seleccionada, dada su negativa y modificación de las condiciones de la oferta presentada.

La Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia declaró probada de oficio la excepción de caducidad de la acción por cuanto, a su juicio, los actos administrativos acusados de nulidad son precontractuales y la demanda fue interpuesta por fuera de los treinta (30) días con que contaba para hacerlo.

2) Por lo anterior, la parte actora interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia sobre la base de afirmar que el contrato de transporte, resultado del proceso de selección no. 008732, se rige por el derecho privado y por tanto existió desde el momento en el que Empresas Públicas de Medellín aceptaron la oferta presentada por la sociedad Kuehne & Nagel SA, y en ese sentido, las resoluciones demandadas no son actos administrativos precontractuales, la demanda fue formulada en tiempo y deberán resolverse los cargos de nulidad formulados.

3) Con fundamento en lo anterior, la Sala revocará la decisión impugnada por cuanto los actos emitidos por las empresas industriales y comerciales del Estado, como es el caso de Empresas Públicas de Medellín ESP, no son actos administrativos, por lo tanto, debe concluirse que el término para acudir a los estrados judiciales no era de treinta (30) días, razón por la cual la acción no está caducada.

4) En cuanto al fondo de la controversia la Sala declarará la nulidad de las Resoluciones números 351182 del 21 de octubre de 2003 y 413856 del 22 de

diciembre de 2004 proferidas por las Empresas Públicas de Medellín ESP por falta de competencia¹.

2. Análisis de la impugnación

En esa directriz, analizadas las pruebas allegadas al proceso se tiene acreditado lo siguiente:

1) El 12 de agosto de 2003, Empresas Públicas de Medellín ESP emitieron el pliego de condiciones del proceso de selección del contratista para la prestación del servicio de transporte marítimo internacional de quince (15) aerogeneradores y equipos asociados para el parque Elótico Jepírachi, desde los puertos de Rostock (Alemania) y Elsberg (Dinamarca) hasta el puerto Bolívar de la Guajira (Colombia) (fls. 43 a 93 cdno. no. 1).

2) El 28 de agosto de 2003, la sociedad Kuehne & Nagel SA presentó una propuesta para el proceso de selección no. 008732 (fls. 129 a 143 *ibidem*) y en el oficio remitido de esta expresamente manifestó que *“de ser aceptada la oferta nos comprometemos a firmar un contrato de conformidad con lo establecido en los documentos de contratación, si fuere 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 comunicada la aceptación de la oferta si él no fuere escrito”* (fl. 129 cdno. no. 1).

3) El 10 de septiembre de 2003, Empresas Públicas de Medellín ESP a través del oficio no. 1096864 comunicaron al representante legal de la sociedad Kuehne & Nagel SA la aceptación de la oferta presentada al proceso de selección no. 008732 y el inicio de la ejecución del contrato de transporte marítimo internacional *“mientras se gestiona la legalización del mismo”* (fl. 141 *ibidem*).

4) El 25 de septiembre de 2003, Empresas Públicas de Medellín ESP mediante oficio no. 1100289 comunicaron al representante legal de la sociedad Kuehne & Nagel SA, que su oferta fue aceptada por ser conforme a los pliegos de condiciones

¹ Al respecto puede consultarse la sentencia de la Sección Tercera de esta Corporación, Subsección B del 19 de junio de 2019, expediente 39800, MP Alberto Montaña Plata.

del proceso de selección no. 008732, motivo por el cual no era aceptada interpretación alguna sobre los alcances, responsabilidades y costos del contrato de transporte marítimo (fls. 144 y 145 cdno. no. 1).

5) Luego, con radicación no. 1100743 del 26 de septiembre de 2003 Empresas Públicas de Medellín ESP comunicaron a la sociedad Kuehne & Nagel SA la siguiente determinación:

“Teniendo en cuenta su comunicación del pasado 24 de septiembre, en la cual reitera su desacuerdo con el alcance del término del 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 procederán a 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” (fl. 171 ibidem).

6) En consonancia con lo antes referido, el 21 de octubre de 2003 Empresas Públicas de Medellín ESP mediante la Resolución no. 351182 declararon la ocurrencia del riesgo amparado en la garantía de seriedad de la oferta para la celebración del contrato resultante del proceso de selección 008732 *“dentro del cual fue aceptada la oferta presentada por la sociedad Kuehne & Nagel S.A. y amparada por la póliza 297369, expedida por Liberty Seguros S.A.”* (fls. 172 a 174 cdno. no. 1).

7) Contra la anterior resolución tanto la compañía Liberty Seguros SA como la sociedad Kuehne & Nagel SA interpusieron sendos recursos de reposición, los cuales se desataron a través de la Resolución no. 413856 de 22 de diciembre de 2004 en el sentido de confirmar la decisión impugnada (fls. 184 a 193 *ibidem*).

8) El 4 de enero de 2005 fue notificada personalmente la Resolución no. 413856 de 22 de diciembre de 2004 al representante legal de la compañía Liberty Seguros SA (fl. 174 cdno. no. 1).

2.1 El surgimiento del negocio jurídico

1) En relación con este punto nodal de la controversia objeto de examen, es necesario precisar el momento en el cual los contratos, como negocios jurídicos, nacen a la vida jurídica. En este sentido, es especialmente relevante advertir que los contratos regidos por el derecho privado son, por regla general, simplemente *consensuales*, por consiguiente, su perfeccionamiento se produce simplemente con la expresión del consentimiento por las partes acerca del objeto y del precio; por excepción, son *solemnes*, huelga decir, sometidos a requisito de ritualidad o de protocolo legalmente preestablecidos, como por ejemplo, entre muchos otros, los de compraventa de bienes inmuebles que deben celebrarse por escrito y con protocolización mediante escritura pública.

2) Por el contrario, en el derecho colombiano tradicionalmente los contratos estatales -antes denominados contratos administrativos-, los sometidos al Estatuto General de Contratación Pública, son *solemnes*, es decir, que para su perfeccionamiento requieren de ciertas solemnidades o requisitos especiales, así, según lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, su perfeccionamiento se alcanza cuando las partes elevan a escrito (físico o electrónico) su consentimiento sobre el objeto y el precio.

3) En ese sentido entonces, en cuanto a la fuente de la obligación resarcitoria, para este caso resulta oportuno traer a colación lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 23 de noviembre de 1989, en cuanto señaló que la fuente de esa obligación depende de si el negocio jurídico se perfecciona o no, según las reglas de la oferta y la demanda previstas entre las partes y, por lo tanto, que se deben distinguir si se está en presencia de actos contractuales o simplemente precontractuales.

El aparte de la sentencia en comento es como sigue:

“(...) Puestas así las cosas, es evidente que con motivo de la gestación de un contrato por concurso y a raíz de una ruptura arbitraria e intempestiva de la negociación, puede el anunciante incurrir en responsabilidad civil. Sin embargo, tanto el fundamento de la respectiva obligación resarcitoria como los presupuestos de los que depende su reconocimiento y el alcance que pueda llegar a tener desde el punto de vista de la definición del daño indemnizable, no son elementos constantes

y es inevitable acudir de nuevo a los distingos, reparando en las situaciones diferentes que se producen según que el lazo contractual se haya o no perfeccionado.

En efecto, si de lo primero se trata y debe darse por formado el consentimiento de acuerdo con los criterios reseñados en el aparte anterior, existirá sin duda un derecho subjetivo al cumplimiento del contrato y cabe dispensar protección jurídica adecuada a quien pretenda la satisfacción de la prestación prometida por el anunciante, esto por cuanto se le tiene por contractualmente responsable de un comportamiento antijurídico que le es imputable, abriéndose así camino a la reparación del daño compensatorio, vale decir la obligación de restituir al contratante, reclamante de la indemnización, a aquella situación patrimonial en que se hallaría si el negocio hubiese sido cabalmente ejecutado. **En síntesis, lo que en verdad es relevante, ante un estado de cosas así, es el interés positivo que resultaría del contrato perfeccionado, por manera que no se trata de resarcir los perjuicios que resultan de una negociación estéril, sino de tener que cumplir el contrato a cuya concertación ella iba enrumada, desde luego entendiéndose que ese cumplimiento (...)**” (páginas 120 y 121 de la gaceta judicial no. 2435, sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de casación Civil de 23 de noviembre de 1989, con ponencia del Dr. José Alejandro Bonivento Fernández – negrillas adicionales).

4) El Código de Comercio en el artículo 864 señala que el contrato “es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta”.

5) En los términos del artículo 1502 del Código Civil, para que el acuerdo de voluntades surja a la vida jurídica se requiere que *i) las partes sean capaces; ii) el consentimiento no esté viciado; iii) recaiga sobre un objeto lícito y, iv) tenga causa lícita*; requisitos con lo que las partes cumplen a cabalidad, ya que, de una parte, se trata de Empresas Públicas de Medellín ESP, empresa industrial y comercial del Estado, representada por quien fungía como gerente general y, de otra parte, se trata de la sociedad anónima Kuehne & Nagel SA representada legalmente por el presidente, o quien hiciera las veces de este; el negocio versaba sobre el transporte marítimo internacional de quince (15) aerogeneradores y equipos asociados para el Parque Eólico Jepírachi y, en modo alguno las partes manifestaron el uso de la fuerza o constreñimiento para el ejercicio de su voluntad.

6) Ahora bien, en el presente asunto Empresas Públicas de Medellín ESP dieron apertura al proceso de selección de contratistas con el objeto de “recibir ofertas para

la prestación del servicio del transporte marítimo internacional de (15) aerogeneradores y equipos asociados para el Parque Eólico Jepírachi, desde los puertos de Rosstock (Alemania) y Elsberg (Dinamarca) hasta Puerto Bolívar en la Guajira (Colombia)” (fls. 47 y 48 cdno. no. 1); procedimiento que se encuentra expresamente regulado en el artículo 860 del Código de Comercio, disposición normativa que dispone que *“el pliego de cargos constituye una oferta de contrato”*.

7) El artículo 845 del Código de Comercio determina a la oferta como *“el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra”*, documento que además deberá contener los elementos esenciales del contrato y ser comunicada a su destinatario *“cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer”*.

8) En tratándose del régimen de derecho privado, el Código Civil no regula las etapas propias de la formación del contrato mientras que el Código de Comercio las desarrolla en los artículos 845 a 864, disposiciones en las que se determina que los sujetos tienen la libertad de celebrar el negocio jurídico convenido con la aceptación de la oferta o con la suscripción de un documento por escrito en el que se estipulen las condiciones sobre las que se obligan (ya sea de forma verbal, escrita, tácita o condicionada).

Así las cosas, la aceptación de la oferta constituye un acto jurídico unilateral en el que el receptor de la misma manifiesta su adhesión a esta, ya sea en forma expresa o tácita, como lo establece el artículo 864 del Código de Comercio.

9) En el evento que se haga una invitación pública a contratar y esa invitación contenga los elementos propios de una oferta (artículo 845 del Código de Comercio), el contrato nacerá a la vida jurídica con la aceptación de la oferta que emita su receptor.

10) En el presente asunto, se tiene que Empresas Públicas de Medellín ESP abrieron el proceso de licitación no. 008732 con el objeto de *“recibir ofertas para la prestación del servicio del transporte marítimo internacional de (15) aerogeneradores y equipos asociados para el Parque Eólico Jepírachi (...)”* (fl. 48 cdno. no. 1).

En el texto del pliego de condiciones se especificaron y detallaron los requisitos de participación, características del contrato proyectado (entre las que se encuentran el plazo, valor, condiciones especiales, obligaciones recíprocas y forma de pago) y reglas para la vinculación del oferente al proceso.

11) En relación con el momento de finalización del proceso de selección, el pliego de condiciones en el numeral 3.6 determinó que la aceptación de la oferta “es *irrevocable y obliga a LAS EMPRESAS y al PROPONENTE*” (fl. 75 cdno. no. 1).

Ahora bien, como el proceso de selección de contratistas en la modalidad de licitación tenía por objeto el transporte marítimo internacional de quince (15) aerogeneradores y equipos asociados para el Parque Eólico Jepírachi, los elementos esenciales de este negocio jurídico son los determinados en el artículo 981 del Código de Comercio para el contrato de transporte, normatividad que dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 981. <CONTRATO DE TRANSPORTE>. El transporte es un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y entregar éstas al destinatario (...).” (resalta la Sala).

En ese sentido, como el pliego de condiciones emitido por Empresas Públicas de Medellín, esto es, la oferta, cumple con los elementos de la naturaleza del contrato de transporte, como lo son la obligación clara de transporte de quince (15) aerogeneradores y equipos asociados para el Parque Eólico Jepírachi, desde los puertos de Rostock (Alemania) y Elsberg (Dinamarca) hasta Puerto Bolívar en la Guajira (Colombia), vía marítima, en un plazo de ciento veinte (120) días, por el valor de \$1.992.713.219,27; la aceptación de la oferta realizada por la Gerente General de Empresas Públicas de Medellín el 9 de septiembre de 2003 (fls. 140 a 150 cdno. no. 3) y comunicada a la sociedad Kuehne & Nagel SA el 10 de septiembre de 2003 (fls. 153 a 155 *ibidem*) constituye el surgimiento del negocio jurídico.

12) Así las cosas, como con la oferta y su aceptación al que se refiere la presente demanda cumplía a cabalidad con los elementos esenciales del contrato de transporte, contrario de lo manifestado por el *a quo*, el negocio jurídico surgió a partir

del momento en el que Empresas Públicas de Medellín aceptó la oferta presentada por la sociedad Kuehne & Nagel SA, razón por la cual los actos jurídicos contentivos de las Resoluciones números 351182 de 21 de octubre de 2003 y 413856 de 22 de diciembre de 2004 no son precontractuales.

En otros términos, es perfectamente claro que entre las partes hubo consentimiento expreso e inequívoco en cuanto al objeto, el precio y las condiciones del contrato, por lo tanto, al momento de manifestarse la aceptación de la oferta formulada en su momento por EPM el negocio contractual nació a la vida jurídica con la plenitud de sus efectos, por tratarse de un contrato simplemente consensual.

En el expediente obra constancia de la diligencia de notificación de la Resolución no. 413856 de 2004 mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 351182 de 2003, realizada el 6 de enero de 2005 al representante legal de la compañía Liberty Seguros SA (fl. 194 con. no. 1), en ese sentido, la demanda fue interpuesta dentro de la oportunidad legal para ello, pues, se radicó ante la oficina judicial del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia el 3 de mayo de 2005 (fl. 212 cdno. no. 1).

En consecuencia, como la compañía Liberty Seguros formuló demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho sobre asuntos contractuales y, la misma fue propuesta dentro de la oportunidad que para ello dispone el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, se revocará la decisión de declarar de oficio la caducidad de la acción.

Con fundamento en lo anterior, la Sala revocará la decisión impugnada por cuanto los actos emitidos por las empresas industriales y comerciales del Estado², como es el caso de Empresas Públicas de Medellín ESP, no son actos precontractuales, por lo tanto, debe concluirse que el término para acudir a los estrados judiciales no era de treinta (30) días, razón por la cual la acción no está caducada.

En cuanto al fondo de la controversia, la Sala declarará la nulidad de las Resoluciones números 351182 del 21 de octubre de 2003 y 413856 del 22 de

² Véase certificación emitida por el Secretario General de Empresas Públicas de Medellín ESP, visible en el folio 211 del cuaderno número 1.

diciembre de 2004 proferidas por las Empresas Públicas de Medellín ESP por falta de competencia³.

2.2 El caso concreto

1) La Sala pone de presente que, como la entidad contratante es una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios de acuerdo con lo estipulado en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 los contratos que esta celebre no están sujetos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aspecto que fue consignado expresamente en los pliegos de condiciones para el proceso de selección no. 008732 en el acápite 4.16, en el sentido de indicar que el negocio jurídico resultante del proceso de selección se regiría por *“las leyes 142 y 143 de 1994, los Decretos 118 de 1998 de la Junta Directiva y 1016 de 1998 y 1039 de 1999 del Gerente General de las EMPRESAS normas que regulan la contratación de esta entidad, en cuanto sean aplicables en un caso determinado”* (fls. 84 y 85 cdno. no. 1).

2) Al respecto, sobre el régimen jurídico aplicable a Empresas Públicas de Medellín ESP el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 dispone que *“[s]alvo 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.”*

Conforme lo anterior, en garantía del derecho constitucional fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia (artículo 229 CP), la Sala procede a resolver el fondo de las súplicas elevadas con la demanda.

³ Al respecto puede consultarse la sentencia de la Sección Tercera de esta Corporación, Subsección B del 19 de junio de 2019, expediente 39800, MP Alberto Montaña Plata.

2.2 Nulidad por falta de competencia del gerente general de las Empresas Públicas de Medellín para expedir las Resoluciones 351182 del 21 de octubre de 2003 y 413856 de 22 de diciembre de 2004

1) La parte demandante sostiene que las Resoluciones números 351182 del 21 de octubre de 2003 y 413856 del 22 de diciembre de 2004 fueron expedidas por Empresas Públicas de Medellín ESP sin tener competencia para ello, ya que los negocios jurídicos por esta celebrados se rigen por el derecho privado, y esa normatividad no faculta a la entidad contratante para declarar el siniestro consistente en la garantía de seriedad de la oferta.

2) El fundamento con el que abordó el *a quo* la decisión del caso no resulta acertado, por cuanto el presente asunto no versa sobre actos administrativos precontractuales, dado que se trata de unas decisiones unilaterales emitidas por una entidad que no contaba con la competencia legal para hacerlo, como se explica a continuación:

a) La Sección Tercera de esta Corporación en un asunto de similares condiciones, en cuanto se trataba del ejercicio unilateral de facultades en ejecución de un contrato regido por el derecho privado, precisó lo siguiente:

“Así mismo, es necesario señalar que la actividad en materia contractual desplegada por la Administración se encuentra supeditada al principio de legalidad en cuanto que sus decisiones deben encontrarse sometidas a las atribuciones y competencias determinadas expresamente por la Ley.

Ello significa que cuando las entidades del Estado se relacionan con los particulares, mediante el vínculo contractual, el ejercicio de las facultades requiere de definición legal previa y expresa, en tanto que es la propia Ley la que establece límites a la autonomía de la voluntad, por tanto, aunque en virtud del principio de la voluntad, en las cláusulas contractuales se haya pactado la imposición de multas y aunque se hubiere estipulado su efectividad de manera unilateral, mediante la expedición de un acto administrativo, ninguna de las partes podrá ejercer dicha potestad, en tanto la ley no las haya facultado para ello y, se reitera, las competencias como es sabido provienen de la ley y no del pacto contractual (...)”⁴.

b) En esa misma directriz, luego, en sentencia de 2011 la Sección Tercera mantuvo ese criterio y precisó lo siguiente:

⁴ Sentencia de la Sección Tercera de esta Corporación de 16 de diciembre de 1994, expediente 7879 con ponencia del Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

“Esas facultades excepcionales como por ejemplo, la de declarar la caducidad del contrato, según reiterada jurisprudencia, es un juzgamiento que efectúa una de las partes del mismo, la entidad estatal, respecto del comportamiento de la otra parte del negocio jurídico para determinar si existe un incumplimiento de sus obligaciones, rompiendo con ello, el principio de igualdad que tradicionalmente había caracterizado a las relaciones contractuales.

Esta posibilidad es insólita en los contratos de derecho privado celebrados entre particulares y regidos por las normas del Código Civil y del Código de Comercio, régimen jurídico al cual, como se explicó, estaban sujetas las empresas industriales y comerciales del Estado para la fecha del contrato origen de esta controversias y cuyas normas en principio, si bien permiten que en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes puedan pactar sanciones al incumplimiento contractual como la cláusula penal en sus artículos 1592 y 867 respectivamente, no contemplan la posibilidad de que una de las partes pueda por sí y ante sí declarar dicho incumplimiento respecto de la otra, siendo el juez competente para resolver las controversias surgidas de esa relación contractual, quien debe determinar la existencia y extensión de tal incumplimiento y por ende, la procedencia del cobro de la sanción pactada.

Así las cosas, advierte la Sala que las cláusulas (...) del contrato, en tanto facultan a la administración, contratante para imponerlas o declararlas unilateralmente, adolecen de un vicio de nulidad absoluta, esto es, objeto ilícito, al contravenir normas de derecho público y de carácter imperativo, y por tal motivo la Sala, en ejercicio de sus facultades legales, de oficio las declarará nulas (...)⁵ (resalta la Sala).

c) En el presente asunto, está acreditado que Empresas Públicas de Medellín ESP, como empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, no contaban con la competencia de declarar incumplimientos, imponer multas, declarar siniestros ni liquidar unilateralmente sus contratos, por cuanto para ese preciso aspecto no estaba autorizada por el legislador, aun cuando así fueran señalados en el pliego de condiciones no. 008732⁶.

d) De acuerdo con los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes referidos, advierte la Sala que en el presente asunto se aceptó la oferta de la sociedad Kuehne & Nagel SA como seleccionada para ejecutar el contrato de transporte marítimo internacional; sin embargo, ante la negativa de la contratista de dar inicio a la

⁵ Sentencia de la Sección Tercera de esta Corporación de 28 de septiembre de 2011, expediente 15.476 con ponencia de la Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶ Al respecto, pueden consultarse las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado de: 7 de octubre de 2009, expediente 18.496 con ponencia de la Dra. Ruth Stella Correa Palacio; 19 de junio de 2020, expediente 46.589 con ponencia de la Dra. María Adriana Marín; 19 de junio de 2020, expediente 42.974 con ponencia de la Dra. María Adriana Marín; 19 de junio de 2020, expediente 44.420 con ponencia de la Dra. María Adriana Marín.

ejecución, dada su inconformidad en los términos de fletes, obligaciones de cargue y descargue de la mercancía, el negocio jurídico contractual no se cumplió a cabalidad.

e) En ese sentido, para la Sala es claro que las Resoluciones números 351182 de 21 de octubre de 2003 y 413856 de 22 de diciembre de 2004 son nulas por cuanto Empresas Públicas de Medellín ESP, en calidad de empresas industriales y comerciales del Estado, no contaban con la competencia de emitir actos administrativos de manera unilateral.

f) Ahora bien, como procede la declaración de nulidad de los actos demandados por razón de la falta de competencia de las Empresas Públicas de Medellín ESP para expedirlos, la Sala se abstendrá de estudiar los demás cargos de la demanda.

3. Conclusiones

En el presente asunto, muy al contrario de lo estimado por el tribunal de primera instancia los actos cuya anulación se piden con la demanda no son precontractuales sino, unas expresiones de voluntad con efectos jurídicos emitidos cuando entre las partes ya se había perfeccionado un contrato, por consiguiente, la decisión del *a quo* de declarar de oficio la caducidad de la acción e inhibirse para resolver del fondo la controversia fue desacertada, razón por la cual la Sala la revocará para en su lugar declarar la nulidad de las Resoluciones números 351182 de 21 de octubre de 2003 y 413856 de 22 de diciembre de 2004 expedidas por las Empresas Públicas de Medellín ESP, por falta de competencia para expedirlas.

4. Condena en costas y agencias en derecho

Por último, no habrá de condenarse en costas a la actora porque no está probada en la actuación una conducta temeraria, situación calificada exigida por la regulación procesal contenida al respecto en el artículo 55 de la ley 446 de 1998 para tal decisión.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA –SUBSECCIÓN B-**,

Expediente no. 05001-23-31-000-2005-05411-01 (55.015)

Actor: Liberty Seguros SA

Nulidad y Restablecimiento del derecho

Apelación de sentencia

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1º) Revócase la sentencia de 15 de agosto de 2014 proferida por la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia y, en su lugar, se dispone lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad de las Resoluciones números 351182 de 21 de octubre de 2003 y 413856 de 22 de diciembre de 2004 expedidas por las Empresas Públicas de Medellín ESP, por falta de competencia.

SEGUNDO: En firme esta providencia, **archívese** el expediente”.

2º) Abstíñese de condenar en costas.

3º) Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen con las correspondientes constancias.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente de la Subsección
(firmado electrónicamente)

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado Ponente
(firmado electrónicamente)

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado
(firmado electrónicamente)
(con aclaración de voto)

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados integrantes de la Sala de decisión en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 2 del Decreto Legislativo 806 de 2020.



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B**

Consejero Ponente: Fredy Ibarra Martínez

Bogotá D.C., cuatro (4) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Radicación: 05001-23-31-000-2005-05411-01 (55015)
Demandante: Liberty Seguros S.A.
Demandado: Empresas Públicas de Medellín ESP
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Tema: Caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.
Solemnidad para el perfeccionamiento del contrato estatal.

Aclaración de voto del magistrado Martín Bermúdez Muñoz

Aunque comparto la decisión de revocar la sentencia de primera instancia porque no se configuró la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y de declarar la nulidad del acto administrativo demandado, aclaro mi voto porque no comparto la consideración según la cual la aceptación de la oferta por parte de EPM dio origen al negocio jurídico y, por ello, los actos administrativos demandados eran contractuales.

1.- Sobre el particular, resulta preciso destacar que tanto el pliego de condiciones como la oferta presentada por Kuehne & Nagel S.A. evidenciaban que el contrato debía ser elevado a escrito, razón por la cual no resulta admisible considerar que la aceptación de la oferta hubiera dado origen al negocio jurídico.

2.- Sin embargo, comparto la decisión de revocar la sentencia de primera instancia que declaró probada de oficio la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en aplicación del artículo 87 del CCA. Ello, por cuanto el término de caducidad de treinta (30) días establecido en la referida disposición normativa solo era aplicable en la medida en que se hubiera suscrito el contrato y ello no ocurrió en este caso.

3.- Considero que el término de caducidad aplicable al caso concreto era el de 4 meses establecido en el numeral segundo del artículo 136 del CCA. Así pues, como quiera que el acto administrativo que resolvió el recurso de reposición fue comunicado el 6 de enero de 2005 y la demanda fue presentada el 3 de mayo del mismo año, la misma fue oportuna.

Fecha *ut supra*,

Firmado electrónicamente
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado