

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RESOLUCIÓN No. 5 3 0 DE

(2 0 DIC. 2011)

Por la cual se resuelve un recuso de reposición

El Presidente de la ANH,

En ejercicio de las facultades legales que le confiere el Decreto 4137 del 3 de noviembre de 2011 que modifica el Decreto Ley 1760 de 2003, y

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

Los supuestos de hecho y de derecho que preceden la presente actuación son los siguientes:

1.1 Que el 14 de marzo de 2011, se suscribió el Contrato de Exploración y Producción de Hidrocarburos No. 19 de 2011, entre la AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS y SERVIOJEDA COMPAÑÍA ANÓNIMA, sobre el Bloque LLA-48, adjudicado mediante Resolución No. 438 del 8 de noviembre de 2010, producto del proceso competitivo Open Round Colombia 2010.

1.2. Que SERVIOJEDA COMPAÑÍA ANÓNIMA, sociedad extranjera, constituida conforme a las leyes de la República Bolivariana de Venezuela, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 10 del Código de Petróleos, el Art. 3° de la Ley 10 de 1961, el Acuerdo 008 de 2004 y el contrato de Exploración y Producción No. 19 de 2011, debía constituir sucursal en Colombia dentro de los 60 días calendario siguientes a la fecha de firma del contrato.

1.3. Que, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 50 del mencionado contrato, el contratista tenía la obligación de otorgar y entregar a la ANH la garantía de cumplimiento de la Fase 1, dentro de los 15 días calendario siguientes a la fecha efectiva.

1.4. Que en razón a que el contratista incumplió con la obligación de constituir sucursal debidamente establecida en Colombia y entregar la garantía de cumplimiento que respaldara las obligaciones de la Fase 1 del contrato dentro del plazo señalado, la ANH dio inicio al procedimiento contemplado en la cláusula 60 del contrato (Condición Resolutoria), solicitándole mediante comunicación ANH-0012-006919-2011-S de 5 de agosto de 2011 las correspondientes explicaciones, en aplicación del debido proceso.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RESOLUCIÓN No. 530 DE 2011

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

1.5. Que dado que de las explicaciones aportadas por el contratista mediante comunicación ANH-0012-008751-2011-E del 11 de agosto de 2011 la ANH no encontró justificación razonable que sustentara el incumplimiento de las obligaciones en comento, la Oficina Asesora Jurídica procedió a emitir concepto ANH-0011-006861-2011-I de 14 de septiembre de 2011, sobre la procedencia de resolver el contrato.

1.6. Que mediante Resolución 426 de 19 de septiembre de 2011, se declaró resuelto el Contrato de Exploración y Producción de Hidrocarburos No. 19, Bloque LLA-48, suscrito el 14 de marzo de 2011 entre la AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS y la empresa SERVIOJEDA COMPAÑÍA ANÓNIMA en virtud a que el contratista incumplió con dos obligaciones sujetas a cláusula resolutoria.

1.7. Que la Resolución 426 de 19 de septiembre de 2011 declaró la ocurrencia del siniestro e hizo efectiva la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento a favor de Entidades Estatales No. 1008988 expedida el 17 de junio de 2010 y sus modificaciones (certificados No. 1 y 2) para amparar la seriedad de la oferta presentada por SERVIOJEDA COMPAÑÍA ANÓNIMA en el proceso de selección Open Round Colombia 2010, para el Bloque LLA-48, dado que el contratista incumplió con la obligación de entregar la garantía de cumplimiento de la Fase 1. Dicha Resolución procedió a estimar los perjuicios causados a la ANH en la suma de CIEN MIL DÓLARES de los Estados Unidos de América (US\$100.000), convertidos a moneda legal colombiana a la tasa representativa de cambio vigente del día anterior a la fecha del pago, certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

1.8. Que la Resolución 426 de 19 de septiembre de 2011 fue notificada a SERVIOJEDA COMPAÑÍA ANÓNIMA y a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS de conformidad con lo estipulado por el Código Contencioso Administrativo.

1.9. Que LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, a través de su apoderada PAULA MARCELA MORENO MOYA, presentó recurso de reposición contra la Resolución 426 de 19 de septiembre de 2011 dentro del término legal y de acuerdo con lo señalado en el Código Contencioso Administrativo.

2. FUNDAMENTOS DE INCONFORMIDAD PLANTEADOS EN EL RECURSO

La compañía aseguradora manifiesta su inconformidad contra la decisión de la administración mediante los siguientes argumentos:

2.1 Incumplimiento de obligaciones legales y contractuales, agravación del riesgo

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RESOLUCIÓN No. 530 DE 2011

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Señala la recurrente que, dentro de las obligaciones legales y contractuales del tomador o asegurado de la póliza, al momento de la ocurrencia del siniestro surgen unas obligaciones que inciden de manera directa sobre el pronunciamiento de la compañía aseguradora respecto del pago de la indemnización pretendida y se citan a continuación:

- **Evitar la extensión del siniestro (art. 1074 del Código de Comercio).**
- **Dar aviso del siniestro (art. 1075 del Código de Comercio)**
- Informar sobre la existencia de otros seguros (art. 1076 del Código de Comercio)
- **Demostrar la ocurrencia del siniestro y cuantía (art. 1077 del Código de Comercio).**
- No renunciar a los derechos que puedan impedir la subrogación de la aseguradora (art. 1097 del Código de Comercio).

Aduce la recurrente que la ANH, a pesar de tener conocimiento de la existencia de un siniestro respecto de la póliza referida, no puso en conocimiento de la aseguradora dicha situación, lo que no permitió que ésta requiriera a su afianzado para que cumpliera con sus obligaciones, o en su defecto, expedir directamente la mencionada garantía pudiendo evitar el acaecimiento del siniestro.

2.2 Demostración del siniestro y su cuantía

Señala que es obligación básica del asegurado demostrar la cuantía del siniestro conforme a lo estipulado en el Art. 1077 del Código de Comercio, manifestando que si la obligación de indemnizar depende de la obligación de demostrar la ocurrencia del siniestro y su cuantía, no hay posibilidad jurídica que se pague la indemnización si no se ha probado la cuantía, aunque de los hechos se deduzca un posible perjuicio causado. Manifiesta que dicho perjuicio debe demostrarse clara e inequívocamente y que, en el presente caso, se ha demostrado la ocurrencia del siniestro más no la cuantía. Aduce además, que la póliza ampara la garantía de seriedad de la oferta contemplando una indemnización integral de los daños causados, pero que no basta mencionarlos o suponerlos, es necesaria su demostración, señalando que es indispensable, indefectible y **“obligatoria”** la demostración total de los daños causados al momento del hecho para efectos de que la compañía aseguradora pueda tomar una posición jurídica frente a dicha reclamación, pero sólo cuando esa reclamación cumpla con los requisitos exigidos por la ley.

2.3 Principio de la proporcionalidad

Manifiesta la recurrente que es importante aplicar el principio de la proporcionalidad a las sanciones impuestas por la administración, no pretendiendo una indemnización total del valor asegurado, sin que estén representados legalmente los daños o perjuicios o daños causados en proporción al incumplimiento generado. Señala además que *“dadas las condiciones en que se presenta el siniestro y que no fueron analizados por la administración, como el momento de ejecución del contrato, no desembolso de dinero, no hay detrimento patrimonial, no se determinan el total de gastos administrativos que, en últimas, serían los perjuicios causados, y que llevaron a la adjudicación del contrato, no aviso de siniestro en el momento legal oportuno.”*

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RESOLUCIÓN No. 530 DE 2011

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

3. PETICIONES

Sintetiza la recurrente sus peticiones en que: *“se tacen los perjuicios causados y se demuestren legalmente, como fundamento de una posible indemnización, en consideración a las circunstancias que llevaron la agravación del riesgo por la falta de aviso del siniestro.”*

4. CONSIDERACIONES DE LA ANH

En instancia de vía gubernativa, procede este despacho a revisar la Resolución 426 de 19 de septiembre de 2011 mediante la cual se resuelve el Contrato No. 19 de 2011, se declara la ocurrencia del siniestro y se hace efectiva la póliza de garantía de seriedad de la oferta, conforme se expone a continuación y teniendo en cuenta los argumentos formulados en el escrito de impugnación:

2.1 Incumplimiento de obligaciones legales y contractuales, agravación del riesgo

La ANH en su momento comunicó a SERVIOJEDA COMPAÑÍA ANÓNIMA la ocurrencia de los hechos que dan lugar a la declaración de resolución del contrato, solicitándole el cumplimiento de la obligación en reiteradas ocasiones y posteriormente las explicaciones que justificaran tal omisión, permitiéndole de esta manera ejercer su derecho de defensa. Lo anterior, teniendo en cuenta que el cumplimiento de la obligación era del resorte del contratista, y que la entidad le hizo múltiples llamados para evitar precisamente llegar al Mediante acto administrativo, esta entidad procedió a resolver el contrato, declarar el siniestro y hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta, comunicando dicha situación a la aseguradora conforme lo señala la Ley 1150 de 2007. Como ocurre en el presente caso, la aseguradora tiene oportunidad de controvertir la decisión haciendo uso del recurso de reposición que consagra el Código Contencioso Administrativo.

Lo anterior es plenamente respaldado por la Superintendencia Financiera, que señala en Concepto de 12 de enero de 2000, No de Radicación 1999073295-1, expedido por el Despacho del Superintendente Delegado para Seguros y Capitalización lo siguiente:

“...Las entidades estatales tienen la facultad de declarar el siniestro mediante acto administrativo y, tal declaratoria será constitutiva del siniestro de incumplimiento, en los términos del último inciso del artículo 18 de la Ley 80 de 1993. Ello implica que las pólizas de cumplimiento a favor de entidades estatales se hacen efectivas por acto administrativo, caso en el cual no resultan aplicables las normas del Código de Comercio relativas a la presentación de la reclamación por parte de los asegurados, así como tampoco la posibilidad de objetar el reclamo por parte del asegurador. En efecto, la respectiva entidad estatal no hace efectiva la póliza por medio de la reclamación según lo establece el artículo 1080 del Código de Comercio, sino mediante la expedición de un acto administrativo, el cual, conforme con lo dispuesto en la Ley en comento, es constitutivo del siniestro de incumplimiento. Por su parte, si la aseguradora tiene motivos de discrepancia

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RESOLUCIÓN No. 530 DE 2011

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

frente a la pretensión de la entidad asegurada estatal debe hacerlos valer no mediante la objeción sino con el ejercicio de los recursos correspondientes en vía gubernativa (...) (subrayado fuera de texto).

Debe tenerse en cuenta que no es dable aplicar todas las normas del Código de Comercio relativas a los seguros en lo que respecta a pólizas de cumplimiento a favor de entidades estatales, como bien lo señala la Superintendencia en el concepto citado. En tanto, y teniendo en cuenta que se siguió con el procedimiento estipulado en la cláusula 60 del contrato, se notificó a los interesados de la Resolución 426 de 2011, y se encuentra plenamente demostrado el siniestro (como bien lo aduce la recurrente en su escrito) y su cuantía, ya que los perjuicios se tasaron anticipadamente en los Términos de Referencia del procedimiento mediante el cual se adjudicó el contrato, no es de recibo el argumento de la recurrente.

2.2 Demostración del siniestro y su cuantía

Con respecto a los argumentos esbozados por parte de la PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS en lo atinente a la demostración del siniestro y su cuantía, debe precisarse que el seguro de cumplimiento de contratos es un seguro accesorio al contrato y de carácter patrimonial, que tiene como objeto amparar al asegurado y beneficiario del incumplimiento de las obligaciones del contratista. Por tanto, la indemnización corresponde, dentro de los límites de valor asegurado, a los perjuicios patrimoniales que se deriven el incumplimiento demostrado del contratista. La Corte Suprema de Justicia en sentencia de 7 de mayo de 2002, Sala de casación Civil, Expediente 6181 refiriéndose al seguro de cumplimiento creado por la Ley 225 de 1938, manifestó:

“...Esta especie de contrato, que es una variante de los seguros de daños, tiene por objeto servir de garantía a los acreedores de obligaciones que tengan venero en el contrato o en la Ley, acerca de su cumplimiento por parte del obligado. Por virtud de él la parte aseguradora, mediante el pago de una prima, ampara al asegurado (acreedor) contra el incumplimiento de obligaciones de la estirpe señalada. En él, bajo la forma de seguro, se garantiza “...el cumplimiento de una obligación, en forma tal que en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste en el no cumplimiento, el asegurador toma a su cargo hasta por el monto de la suma asegurada, por los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación” amparada (CSJ, Set. mar. 15/83).

(...) Bajo tal perspectiva, acaecido el siniestro, con la realización del riesgo asegurado, es decir, con el incumplimiento de la obligación amparada, del cual dimana la obligación del asegurador, incumbe al asegurado demostrar ante el asegurador la ocurrencia del mismo, el menoscabo patrimonial que le irroga (perjuicio) y su cuantía, para que éste a su turno deba indemnizarle el daño padecido, hasta concurrencia del valor asegurado.

A propósito del perjuicio en este tipo de seguro y la prueba del mismo, la corporación en sentencia del 21 de septiembre de 2000, explicó lo siguiente: “En lo que toca con la carga probatoria sobre el monto de los perjuicios debe decidirse que su imposición y satisfacción por el asegurado se explica, de un lado, porque la aseguradora no hace las veces de fiador de deuda ajena, pues asume la propia estipulación en la póliza, de carácter condicional,

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RESOLUCIÓN No. 530 DE 20 DIC. 2011

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

por supuesto distinta de la que contrajo el deudor del contrato objeto de aseguramiento¹”
(subrayados fuera de texto)

El siniestro en las pólizas de seguros que garantizan el cumplimiento de las obligaciones de un contratista frente al Estado se produce con la expedición del acto administrativo que declara el incumplimiento o la realización del riesgo amparado, para el caso que nos ocupa el incumplimiento por la no constitución de la garantía correspondiente a la Fase 1 del contrato de Exploración y Producción de Hidrocarburos. Debe además la entidad contratante demostrar en ese acto administrativo la cuantía de la pérdida, como en efecto lo hizo, siguiendo lo estipulado en los Términos de Referencia del proceso competitivo que contemplaba la estimación anticipada de perjuicios.

En ese mismo sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha señalado:

“...Por último, ha precisado la sala, que el acto que expide la administración pública con el fin de hacer efectiva alguna de las garantías que prestó el contratista para amparar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, no es en estricto sentido el ejercicio de una potestad exorbitante en la actividad contractual, como quiera que el acto es la forma de acreditar el siniestro y de integrar con la póliza el título ejecutivo, en los términos del art. 68 del C.C.A...²”

La ANH, en observancia de la obligación de demostrar el siniestro y su cuantía procedió a señalar los hechos que dieron lugar al incumplimiento y a estimar los perjuicios en la suma de US\$100.000,00. Como se manifiesta en el numeral 11 de dicho acto administrativo esta suma corresponde a la estimación anticipada de perjuicios señalada en el capítulo 4.3 de los Términos de Referencia del Proceso Competitivo mediante el cual se adjudicó el contrato. El mencionado numeral señala de manera expresa y clara que la suma asegurada corresponde a los perjuicios tasados anticipadamente en el evento de incumplimiento de obligaciones amparadas por la garantía de seriedad de la oferta, como ocurre en este caso, ordenando la cancelación de dicha suma por parte de la aseguradora y dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 1077 del Código de Comercio.

2.3 Principio de la proporcionalidad

Para analizar el argumento de principio de proporcionalidad contenido en el recurso, debemos puntualizar sobre las garantías y los amparos que estas contemplan para cada contrato en particular. De acuerdo con lo establecido en el artículo 25 numeral 19 de la Ley 80 de 1993 y el Decreto Reglamentario 679 de 1994, normas remplazadas por el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 y por el Decreto 4828 de 2008, las garantías de cumplimiento no fueron concebidas para un resarcimiento de perjuicios proporcional al incumplimiento de los contratistas, sino para que la Administración pueda hacer efectivo el valor de los perjuicios sufridos, teniendo como límite el valor asegurado asignado a cada amparo. En lo

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: doctor José Fernando Ramírez Gómez, Expediente 6181, mayo 7 de 2002

² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque, Bogotá, D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 73001-23-31-000-1997-05495-01(15936)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RESOLUCIÓN No. 530 DE 20 DE C. 2011

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

que corresponde a amparos de aplicación precontractual, como la garantía de seriedad de la oferta, donde se exigen prestaciones de hacer o dar para garantizar la debida protección de los fines estatales, se permite hacer efectiva la garantía hasta el monto límite asegurado precisamente para resarcir al Estado de los perjuicios que le causa tal incumplimiento.

Ahora bien, respecto de la garantía de seriedad de los ofrecimientos, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto radicado con el No. 1723 de 30 de marzo de 2006, manifestó lo siguiente:

"La Corte Suprema de Justicia, al interpretar las obligaciones de un seguro de cumplimiento tomado entre particulares, explicó su naturaleza y efectos en la siguiente forma:

"1. El contrato de seguro de cumplimiento, por el cual una compañía aseguradora se compromete a pagar los perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones a cargo del tomador dimanantes de un contrato, clasifica en la especie de los seguros de daños, y, por ende, se aplica el principio de indemnización que los inspira, el cual se concreta en que, respecto del asegurado, "serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento", de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1088 del C. de Comercio; el riesgo lo constituye, entonces, la eventualidad del incumplimiento del deudor."

(...)La institución del seguro de cumplimiento descrita en los párrafos de la jurisprudencia citada, es utilizada por la ley 80 de 1993 para que sirva de garantía del cumplimiento de las obligaciones tanto del oferente como del contratista particular, haciéndole algunas adaptaciones que se derivan de la naturaleza pública de la garantía de los contratos estatales y de los fines que ésta cumple. De las varias modificaciones que le introdujo el derecho público, la Sala se ocupará de dos de ellas, que permiten explicar las respuestas que se dan al final del concepto, a saber: en relación con la garantía de seriedad de la oferta, la ley determina un valor fijo a manera de sanción por el incumplimiento del oferente, y en lo referente a la renovación del amparo de cumplimiento, analizará la Sala cómo la ley 80 de 1993 obliga al asegurador a mantener vigente la póliza. A estos temas se limita el concepto, aclarando que no se referirá al procedimiento licitatorio expuesto en la consulta.

La responsabilidad del oferente y del asegurador derivada de la obligación de garantizar la seriedad de la oferta.

Para efectos de hacer el análisis correspondiente, se transcriben, en lo pertinente, las reglas de la ley 80 de 1993 que regulan la garantía de seriedad de la oferta:

"Artículo. 25.-Del principio de economía. En virtud de este principio: (...) "19.- "..... " Igualmente, los proponentes prestarán garantías de seriedad de los ofrecimientos hechos.

"Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RESOLUCIÓN No. 530 DE 20 DIC. 2011

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

"Artículo. 30.-De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas: (...)

"12. Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya 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, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía."

En la utilización de dichas garantías de seriedad de la oferta en contratos con entidades estatales probar los perjuicios no es requisito, considerando lo estipulado en el numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. Esta norma señala que se establece un valor único en calidad de sanción por el incumplimiento, no habiendo lugar a discutir el monto de los perjuicios, pero sí permitiendo que la Administración pueda reclamar al particular un monto superior en caso de que los perjuicios excedan el amparado por la póliza.

El artículo tercero de la Resolución 426 de septiembre 19 de 2011, ordena declarar conforme al capítulo 4 de los términos de Referencia del Proceso Competitivo Open Round 2010 los perjuicios causados a la ANH por razón del incumplimiento de otorgar la garantía de la primera fase para el Bloque LLA – 48 hasta por el límite del valor asegurado para el amparo de la Seriedad de la Oferta, dando cabal cumplimiento a las normas que rigen la materia y a los mencionados Términos de Referencia.

En síntesis, lo esgrimido por parte de la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS no es de recibo, puesto que la ANH en su momento informó sobre el incumplimiento de las obligaciones y solicitó al contratista las explicaciones correspondientes, conforme a lo estipulado en el contrato Contrato de Exploración y Producción de Hidrocarburos No. 19, Bloque LLA-48. La Resolución 426 de 2011 fue notificada al contratista y a su garante de acuerdo a lo establecido para tal efecto por el Código contencioso Administrativo, dando lugar a que los interesados interpongan los recursos consagrados por la ley.

En lo relativo a la demostración del siniestro, como bien lo aduce la recurrente, se encuentra plenamente evidenciado en la Resolución recurrida. En cuanto a la cuantía, teniendo en consideración que los Términos de Referencia del proceso mediante el cual se adjudicó el contrato estipulaban la estimación anticipada de perjuicios, la entidad se acogió a esto (como se manifiesta en el numeral 11 de la parte motiva), solicitando a la aseguradora el pago hasta el límite amparado por la póliza. Si bien la cláusula de proporcionalidad en este caso no es aplicable, la ANH reclamó hasta el límite del amparo contenido en la póliza por considerar este monto proporcional al daño.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Presidente de la Agencia Nacional de Hidrocarburos,

RESUELVE

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RESOLUCIÓN No. 530 DE 20 DIC. 2011

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

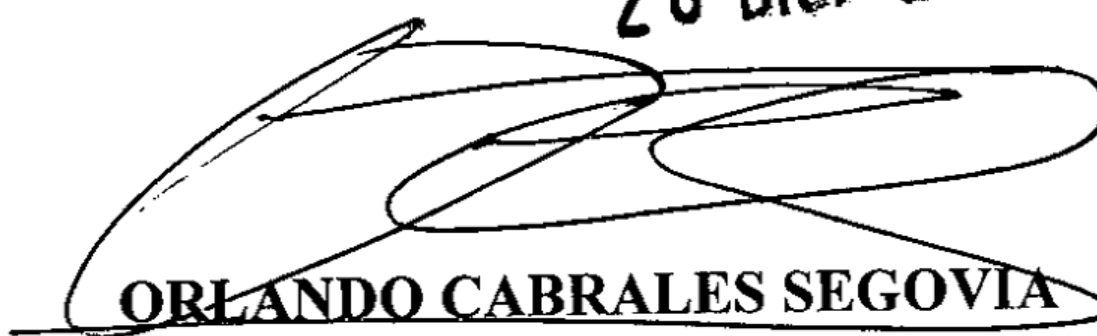
ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar la Resolución 426 de 19 de septiembre de 2011, mediante la cual se declara resuelto el contrato de Exploración y Producción de Hidrocarburos No. 19 de 2011, LLA-48, se declara la ocurrencia del siniestro y se hace efectiva una póliza.

ARTICULO SEGUNDO: Notificar personalmente el presente acto administrativo a la representante legal de SERVIOJEDA COMPAÑÍA ANÓNIMA y a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS en los términos del artículo 44 y subsiguientes del Código Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO CUARTO: La presente resolución rige a partir de su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE, dada en Bogotá D.C. a los

20 DIC. 2011


ORLANDO CABRALES SEGOVIA
Presidente