

Laudo Arbitral

Cerro Matoso S.A., The Chase Manhattan Bank N.A. y otros

v.

Compañía de Seguros La Andina y otras

Junio 9 de 1989

Acta 51

En la ciudad de Bogotá, D.E., dentro de la hora de las dos de la tarde del nueve de junio de mil novecientos ochenta y nueve, fecha y hora señaladas, para el proferimiento del laudo, en providencia dictada dentro de la audiencia celebrada el pasado 10 de abril, se reunió en su sede el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir en derecho las controversias existentes entre Cerro Matoso S.A. y varios bancos, de una parte, y de otra Compañía de Seguros La Andina S.A., y cuatro aseguradoras más.

Reunidos en la Cámara de Comercio de Bogotá los árbitros, doctores César Gómez Estrada, Carlos Holguín Holguín y Hernando Tapias Rocha, así como el secretario Rafael Arenas Ángel, el segundo de los nombrados, obrando en su condición de presidente, declaró abierta la audiencia a la que concurrieron los apoderados de las partes, doctores William Salazar Lujan portador de la tarjeta profesional 6.127 y Roberto Hinestrosa Rey portador de la tarjeta profesional 17.840 a quien el tribunal reconoció personería para actuar en este proceso conforme al memorial de su situación a su favor que fuera presentado el 31 de mayo último.

A continuación, el presidente autorizó al secretario para que procediera a dar lectura al siguiente:

Laudo arbitral

I. Antecedentes

A partir de la puesta en marcha de la explotación de ferróníquel por parte de la empresa Cerro Matoso S.A. (en adelante Cerro Matoso y en algunos casos CMSA), esta contrató con un grupo de compañías aseguradoras, de las cuales la Suramericana de Seguros era la líder, con un 40% de riesgo, y el saldo distribuido entre Seguros La Andina, la Nacional de Seguros, La Aseguradora Grancolombiana y Skandia, cada una con un 15% del riesgo, dos (2) pólizas de seguros, a saber: a) la primera de incendio INC-222697; y b) la segunda de lucro cesante LC-6266. Dentro de la póliza de incendio, que contempla diferentes riesgos, vale la pena destacar el punto 5, que es idéntico al de la póliza INC-32372 a que nos referiremos más adelante.

Desde el 2 de septiembre de 1983, se excluyó a Skandia como coaseguradora y se la reemplazó por Seguros Colmena, con la misma participación del 15%.

Las pólizas originales tenían vigencia del 1º de junio de 1982 al 1º de junio de 1983.

Posteriormente se renovaron las pólizas del 30 de mayo de 1983 al 1º de junio de 1984.

En 1982 y 1983 ocurrieron accidentes menores que no dieron lugar a controversias entre las partes.

Estando en vigencia estas pólizas ocurrió un accidente el 28 de noviembre de 1983, consistente en un derrame de material en fusión con el consiguiente daño al horno eléctrico y a otros bienes, e interrupción del negocio. Cerro Matoso formuló la correspondiente reclamación. La compañía líder, a nombre de las aseguradoras, objetó la reclamación, fundándose en que “no hay cobertura para los daños que sufrieron el horno y el crisol y, por consiguiente, tampoco hay amparo por lucro cesante por la consecuencia de tales daños”.

El 1º de junio de 1984 la Suramericana renovó por dos (2) meses la póliza de incendio INC-222697, y la LC-6266 de lucro cesante.

Posteriormente, en el mismo año de 1984, Seguros La Andina sustituyó a la Suramericana como líder, asumiendo el 40% del riesgo, y quedando el 60% distribuido entre la Nacional, Grancolombiana, Colmena y Suramericana, con el 15% cada una.

La Andina, en su carácter de líder, expidió nuevas pólizas en favor de Cerro Matoso, o sea la póliza de seguro de incendio INC-32372 y la de lucro cesante o suspensión del negocio LC-1266, ambas del 31 de julio de 1984, más pólizas de maquinaria y correlativa de lucro cesante, MAQ-192 y LC(M) 102. Estas últimas no se han invocado en el presente proceso. Todas estas pólizas tenían vigencia del 1° de agosto de 1984 al 1° de junio de 1985.

El 3 de junio de 1985, las aseguradoras prorrogaron las pólizas de incendio y lucro cesante por 30 días y excluyeron el amparo por “derrame de material en fusión”.

El 2 de julio de 1985 las aseguradoras renovaron las pólizas de incendio y lucro cesante desde el 1° de julio de 1985 hasta el 1° de junio de 1986. El mismo día 2 de julio de 1985, las aseguradoras modificaron las pólizas de incendio INC-32372 y de lucro cesante LC-1266 para incluir nuevamente el seguro de daños por “derrame del material en fusión”.

Cabe anotar que el contenido de las distintas pólizas de incendio y lucro cesante ha sido idéntico, salvo durante el mes transcurrido entre el 3 de junio y el 2 de julio de 1985 en que se suspendió en ambas pólizas el amparo sobre derrame del material en fusión.

El texto de la póliza de incendio INC-32372 de La Andina, como líder, y de las otras aseguradoras, tiene la misma estipulación sobre derrame de material en fusión de la póliza anterior, con la sola corrección gramatical, que señala el apoderado de Cerro Matoso, de haber corregido “efectos”, por “defectos”, habiendo quedado así:

“... Condición segunda – Riesgos cubiertos

“La compañía indemnizará al asegurado las pérdidas o daños materiales que sufran los bienes amparados, como consecuencia directa de los riesgos que se anotan a continuación...:

“5. Daños o pérdidas cuando sean directamente causados por el derrame de material en fusión que escape accidentalmente del cuerpo continente, siendo entendido que tales pérdidas o daños no sean causados por riesgos excluidos de esta póliza”.

“No se indemnizará la pérdida del material escapado, ni el costo de la remoción o recuperación de tal material, ni el de reparación de los defectos que hubieran dado lugar al escape accidental...”.

“Condición novena – Ampliación del amparo

“La presente póliza cubre, de acuerdo con sus condiciones, las pérdidas o daños que sufran los bienes asegurados, causados por los riesgos cubiertos, en las siguientes situaciones, eventos y circunstancias:

“... 6. Alteraciones o reparaciones ... Se autoriza al asegurado para efectuar las alteraciones y/o reparaciones dentro del riesgo, que juzgue necesarias (sic) para el funcionamiento de la industria. En este caso el asegurado estará obligado a avisar por escrito a la compañía dentro de los sesenta (60) días comunes a partir de la iniciación de estas modificaciones.

“El amparo otorgado por esta cláusula (sic) a partir de los sesenta (60) días estipulados si no se ha dado el aviso correspondiente”.

La póliza de lucro cesante LC-1266 contiene en lo pertinente las siguientes estipulaciones:

“Condición primera - Amparo

“La compañía se obliga a indemnizar al asegurado, con sujeción a las condiciones de esta póliza, las pérdidas por interrupción del negocio como consecuencia de la destrucción o del daño de cualquier edificio u otros bienes o cualquier parte de los mismos ..., causados por los riesgos amparados y definidos por la condición segunda de la

póliza de incendio y rayo 32373 (en adelante llamado “daño”) ...”.

“Los riesgos amparados por la presente póliza son:

“Incendio, rayo.

“Explosión por cualquier causa.

“Huracán, tormenta, tempestad, granizo, aeronaves u objetos que caigan de ellas, vehículos y humo.

“Anegación.

“Motín, conmoción, huelga, asonada, vandalismo y actos mal intencionados de terceros.

“Terremoto, temblor y/o erupción volcánica.

“Incendio y rayo en aparatos eléctricos.

“Derrame de materiales en fusión

“Suspensión de los servicios de energía eléctrica y/o gas” (resalta el tribunal).

El párrafo de la condición primera dispone:

“Para los efectos del amparo otorgado por la presente póliza, es condición que en el momento de presentarse el “daño” de la propiedad del asegurado en el establecimiento, su interés en la misma esté asegurado bajo póliza contra incendio y/o rayo y que la compañía o compañías que lo hayan asegurado bajo dicha póliza hayan pagado o reconocido su responsabilidad con respecto a él”.

“Si por razón de los deducibles estipulados en la póliza contra incendio y/o rayo que asegura el establecimiento, no hay lugar de pago ni a declaración de responsabilidad de la compañía únicamente porque el “daño” no excede del monto de los deducibles, no operará lo establecido al respecto en esta condición, siempre que la responsabilidad de la compañía hubiera existido de haber excedido el “daño” los deducibles citados”.

No se alude por ahora a la condición sexta, porque ella se refiere a la forma de calcular el lucro cesante. Su análisis se hará en el capítulo correspondiente.

Después de la reparación del daño ocurrido el 28 de noviembre de 1983, el horno siguió funcionando correctamente. Sin embargo, Cerro Matoso, preocupada por el anterior accidente, se dedicó a hacer estudios de fondo, con asesoría nacional y extranjera, para introducir reformas al horno con dos finalidades principales, a saber: mejorar las llamadas “campañas”, o sea la duración entre las paradas voluntarias con el fin de hacer las necesarias reparaciones periódicas, y eventualmente poder aumentar la potencia del horno a fin de aumentar la producción. En el dictamen técnico los peritos consideran que lo fundamental era mejorar las campañas.

Como resultado de todos estos estudios, Cerro Matoso desactivó y desenergizó el horno en el mes de junio de 1985, (la parada se había previsto inicialmente para mayo), y se reparó el horno. Las modificaciones introducidas fueron básicamente las siguientes: a) se cambió el material de los ladrillos del refractario, que eran de magnesita, por cromo-alúmina, pues se estimó que este último material era más resistente al ataque de la escoria fundida; b) se modificó el sistema de refrigeración, en consistía en enfriar exteriormente la lámina de acero que forma el casco del horno por medio de duchas de agua, y en su lugar se colocaron bloques de cobre entre la coraza o casco de acero y la pared del refractario, los cuales se refrigeraban por agua introducida por tuberías a través de la lámina; se estableció, además, un sistema de anclaje.

Reparado así el horno, a los pocos días, el 13 de agosto de 1985 se presentó un nuevo derrame de material en fusión y daños en el horno eléctrico, que determinaron una nueva parada del mismo, con interrupción del proceso industrial de Cerro Matoso, sucesos estos que precisamente motivan el presente proceso.

Cerro Matoso formuló su reclamación a La Andina, compañía líder, el día 8 de octubre de 1986. En los anexos de

la reclamación, Cerro Matoso estimó el valor del daño ocasionado en el horno y en otros bienes en la cantidad de US\$ 1.143.589 y el valor del lucro cesante por interrupción del negocio en la cantidad de US\$ 23.319.000.

Las aseguradoras encomendaron el ajuste del siniestro a la firma Mitchell Holley y Partners Ltda., y en especial al señor Robin Mitchell, el cual vino a Colombia, estuvo en la planta de Cerro Matoso y rindió un informe preliminar a las aseguradoras el día 12 de septiembre de 1985. Las aseguradoras entregaron este informe a la compañía asegurada.

Posteriormente el señor Mitchell se asesoró de un experto técnico, el señor Jhon Persson, y de una compañía de contadores, Campos & Stratis. Tanto el señor Mitchell como el señor Persson y el señor Elia Stratis rindieron amplias declaraciones ante este tribunal. El dictamen preliminar y la declaración del señor Robin Mitchell fueron claramente adversos a la reclamación de Cerro Matoso, y sus conclusiones fueron acogidas por las compañías de seguros. No consideramos necesario referirnos íntegramente al dictamen provisional del señor Mitchell, pues sus conceptos fueron prácticamente acogidos por las aseguradoras cuando objetaron el reclamo. Así lo hizo La Andina, en su carácter de líder, el día 5 de diciembre de 1986, en extensa comunicación, de la cual deben destacarse los siguientes conceptos en cuanto al daño del horno:

Principia por afirmar que la compañía asegurada, buscando el máximo de rendimiento en la operación, trabajó el horno con una potencia de 42 MW cuando se había concluido la labor de encendido posterior a la obra ejecutada, potencia que llegó a sobrepasar los 45 MW. Durante la labor de encendido del horno no se dispuso del instrumental técnico que permitiera el monitoreo de la operación, su control y la corrección de los aspectos negativos que se fueran presentando.

Agrega que “la obra iniciada por esa empresa el 4 de junio de 1985 consistente en el cambio del material refractario del horno eléctrico por otro de distintas características, constituye por sí misma una alteración en el bien asegurado”, y cita la condición novena, punto 6, de la póliza de incendio, según la cual el amparo de los riesgos se extiende a cubrir los bienes que el asegurado voluntariamente altere a condición de que este notifique “por escrito a la compañía dentro de los sesenta (60) días comunes contados a partir de la iniciación de estas modificaciones. El amparo otorgado por esta cláusula cesará a partir de los sesenta (60) días estipulados si no se ha dado el aviso correspondiente”.

Afirma que la fractura del horno trajo como consecuencia el derrame del material en fusión. Después de transcribir la póliza, dice que la cobertura es la de indemnizar las pérdidas que puedan resultar directamente de la acción de tal material en fusión “una vez derramado sobre los intereses asegurados”. Agrega que el derrame, como hecho físico, está configurado por la acción de transponer el contenido la totalidad de las paredes que configuran el cuerpo continente y emerger al exterior del mismo y que en consecuencia la póliza contempla como riesgo la acción del material una vez derramado. La fractura o rompimiento del cuerpo continente es un hecho anterior al derrame. Por ello los daños presentados en el horno no provinieron ni del derrame del material en fusión ni de ninguno de los riesgos asegurados.

En cuanto al término “accidental”, que dice es un hecho que se presenta en forma imprevista y puramente casual, expresa que el riesgo “no puede provenir de factores directamente imputables a la conducta potestativa del asegurado”, o sea, que “no pueden tener su origen en una conducta del asegurado que pueda calificarse de imprevista o imprudente (culpa grave)”, eventos que la ley trata como inasegurables. Concluye:

“...del estudio realizado sobre las condiciones técnicas del horno, de su operación, del cambio de material refractario, del proceso de encendido y de su operación, de la potencia a que fue operado y de las temperaturas a que fueron sometidas las paredes del cuerpo continente, demuestran que fue voluntad absoluta de esa empresa la operación del alto riesgo que se efectuó y que no se tomaron las medidas y previsiones que técnicamente debían ser tomadas para garantizar un funcionamiento normal y seguro del horno”.

Igualmente concluye que la obra de reparación del horno iniciada el 4 de junio de 1985, constituye una alteración en el bien asegurado, de lo cual no se informó a las aseguradoras dentro del plazo de sesenta (60) días, según las estipulaciones de la póliza.

En cuanto a la póliza de lucro cesante manifiesta que la primera condición es que la interrupción de las actividades provenga de la realización de uno de los riesgos asegurados bajo los términos de la póliza de incendio INC-32372. Dice que “La suspensión en la operación del horno y la interrupción de las actividades se debieron exclusivamente a la fractura del horno y no a la subsiguiente acción del material en fusión que de él escapó”. Afirmo que para que surja la obligación del asegurador, la segunda condición “es que este tenga responsabilidad bajo los términos de la póliza de incendio y/o rayo”, INC-32372, y concluye que “dado que no hay responsabilidad del asegurador en relación con tal póliza de incendio y/o rayo, tampoco la hay en relación con la póliza LC-1266”.

Manifiesta que las aseguradoras están relevadas de entrar a considerar el monto de la indemnización, pero que sin embargo le ha llamado la atención el monto calculado, pues el período de indemnización no correspondería al que toma Cerro Matoso; y que en el evento en que hubiera una indemnización el monto sería ostensiblemente inferior, por el denominado “principio de indemnización” ya que no es función de los aseguradores dar satisfacción a las expectativas del asegurado.

Como en este caso la póliza contenía cláusula compromisoria, las partes, en desarrollo de dicha cláusula, constituyeron el presente tribunal de arbitramento.

Las partes en el proceso están constituidas, de un lado, por Cerro Matoso S.A. tomador y asegurado de las pólizas, así como por los bancos acreedores de aquella, conforme a la condición particular de “endoso por pago de siniestro” prevista en las pólizas, bancos estos que son The Chase Manhattan Bank N.A., Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, Export-Import Bank of the United States, Algemene Bank, Nederland, N.V., Bankers Trust Company, Canadian Imperial Bank of Commerce, Grindlays Bank p.l.c. (antes Grindlays Bank Limited, Chemical Bank, The Royal Bank of Canada, Lloyds Bank international (Bahamas) Limited, The Bank of Nova Scotia International Limited, National City Bank, Society National Bank of Cleveland, Central National Bank of Cleveland y Banco de Bogotá, S.A. Panamá, estos últimos 14 bancos representados por el primero, como agente suyo, y de otro lado por Compañía de Seguros La Andina S.A., Compañía Suramericana de Seguros S.A., Compañía de Seguros Colmena S.A. Aseguradora Grancolombiana S.A. y La Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A., quienes expidieron como aseguradoras las pólizas INC-32372 y LC-1266.

Las partes en el proceso concurren al mismo mediante apoderados debidamente constituidos y su existencia y representación está legalmente acreditada en el expediente. La competencia del tribunal fue analizada por este en providencia de 10 de noviembre de 1987, encontrándose así y por lo demás satisfechos todos los presupuestos procesales.

Conforme al acta de desarrollo de las cláusulas compromisorias, suscrita el 11 de agosto de 1987, las pretensiones de las partes quedaron concretadas a lo siguiente:

II. Acta de desarrollo de las cláusulas compromisorias

A. Pretensiones de Cerro Matoso y los bancos

“1. Que se declare que las aseguradoras deben cumplir en favor de Cerro Matoso y de los bancos, en el orden de preferencia que les corresponda y hasta por el valor de los intereses asegurables concurrentes de cada uno de ellos, según aparezca demostrado en el proceso, los contratos de seguros de incendio y de lucro cesante contenidos en las pólizas”.

“2. Que, así mismo, se declare la ineficacia o, subsidiariamente, la nulidad relativa o, subsidiariamente, la inaplicabilidad de la primera de las cláusulas de las condiciones generales de la póliza de seguro de lucro cesante LC-1266, en aquellas partes según la cual “para efectos del amparo otorgado por la ... Póliza, es condición ... que la compañía o compañías ... hayan pagado o reconocido su responsabilidad con respecto a él” bajo la póliza contra incendio 32372.

“3. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones o de solamente una de ellas, si el tribunal la juzgare suficiente, se condene a las aseguradoras a pagar a Cerro Matoso y a los bancos, en el orden de preferencia que les corresponda y hasta por el valor de los intereses asegurables concurrentes de cada uno de ellos, según aparezca demostrado en el proceso, el valor total de la indemnización, menos el deducible, a que tienen derecho bajo la

póliza de seguro de incendio 32372 expedida por la Compañía de Seguros La Andina S.A. como líder y suscrita por las restantes aseguradoras como coaseguradoras, en la cuantía en dólares de los Estados Unidos de América que se acredite dentro del proceso, y el valor total, menos el deducible, de las pérdidas por interrupción del negocio sufridas como consecuencia del daño de bienes utilizados por Cerro Matoso en la planta de Montelíbano para efectos del negocio, pérdida causada por el derrame del material en fusión ocurrido el 13 de agosto de 1985, a cuya correspondiente indemnización tienen derecho mis mandantes bajo la póliza de seguro de lucro cesante 6266, expedida por la misma aseguradora líder y suscrita por las restantes aseguradoras como coaseguradoras, en la cuantía en dólares de los Estados Unidos de América que se acredite dentro del proceso. Para efectuar la liquidación de la condena en dólares en antes solicitada, pido que si de las probanzas aducidas en el proceso aparecen evaluadas en pesos colombianos las pérdidas objeto de indemnización a favor de Cerro Matoso y de los bancos y a cargo de las aseguradoras, su conversión a dólares se haga a la tasa oficial de cambio vigente el 13 de agosto de 1985 para la liquidación en dólares del monto de las pérdidas sufridas por el asegurado amparadas bajo la póliza de incendio y a la tasa oficial de cambio vigente para el lapso durante el cual se presentó la interrupción del negocio para la conversión a dólares del valor de las pérdidas sufridas por el asegurado como consecuencia de la mencionada interrupción que se encontraba amparada bajo la póliza de lucro cesante. Todo ello con el fin de indemnizar el monto del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario en los términos del artículo 1089 del Código de Comercio. La condena se hará en proporción de un cuarenta por ciento a cargo de la compañía de seguros La Andina S.A. y de sendos porcentajes del 15 por ciento a cargo de cada una de las restantes aseguradoras.

“4. En subsidio de la pretensión tercera anterior y como consecuencia de las declaraciones contenidas en los numerales 1° y 2° precedentes, o de solamente una de ellas, si el tribunal la juzgare suficiente, se condene a las aseguradoras, en la proporción indicada para cada una, a pagar a Cerro Matoso y a los bancos, en el orden de preferencia respectivo y hasta por el valor de los intereses asegurables concurrentes de cada uno, según aparezca demostrado en el proceso en moneda legal colombiana el valor total de la indemnización, menos el deducible, a que tienen derecho bajo la póliza de seguro de incendio 32372 expedida por la Compañía de Seguros La Andina S.A. como líder y suscrita por las restantes aseguradoras como coaseguradoras, en la cuantía en dólares de los Estados Unidos de América que se acredite dentro del proceso, y el valor total, menos el deducible, de las pérdidas por interrupción del negocio sufridas como consecuencia del daño de bienes utilizados por Cerro Matoso en la planta de Montelíbano para efectos del negocio, pérdidas causadas por el derrame de material en fusión ocurrido el 13 de agosto de 1985, a cuya correspondiente indemnización tienen derecho mis mandantes bajo la póliza de lucro cesante 6266, expedida por la misma aseguradora líder y suscrita por las restantes aseguradoras como coaseguradoras, mediante la correspondiente indemnización en dólares de los Estados Unidos de América convertidos a pesos colombianos, a la tasa oficial de cambio vigente en la fecha en que se efectúe el pago por las aseguradoras”.

“5. En subsidio de las pretensiones tercera y cuarta precedentes y como consecuencia de la primera y segunda declaraciones o solamente de una de ellas, si el tribunal la juzgare suficiente, que se condene a las aseguradoras, en la proporción indicada para cada una, a pagar a favor de Cerro Matoso y a los bancos, en el orden de preferencia que les corresponda, hasta por el valor de los intereses asegurables concurrentes de cada uno, según aparezca demostrado en el proceso, en moneda legal colombiana, el valor total de las pérdidas, menos los correspondientes deducibles, sufridas como consecuencia del derrame del material en fusión ocurrido el 13 de agosto de 1985 en su planta de Montelíbano, departamento de Córdoba, a cuya correspondiente indemnización tienen derecho mis mandantes bajo las pólizas”.

“6. Que, como consecuencia de las declaraciones primera y segunda o de solamente una de ellas, si el tribunal la juzgare suficiente, y de las pretensiones de condena, bien se acoja la principal o una de las subsidiarias anteriores, se condene, igualmente, a las aseguradoras, en las respectivas proporciones, a pagar a Cerro Matoso y a los bancos, en el orden de preferencia que les corresponda y hasta por el valor de los intereses asegurables concurrentes de cada uno, según aparezca demostrado en el proceso, en dólares de los Estados Unidos de América, si prospera la pretensión cuarta o la quinta, la indemnización de los daños y perjuicios que la mora de tales aseguradoras haya causado a mis mandantes, en la forma prevista por el segundo inciso del artículo 1089 del Código de Comercio. La condena deberá comprometer los perjuicios sufridos por mis mandantes por concepto de lucro cesante y daño emergente, e incluir dentro del cálculo de la indemnización, en el evento de que prospere la pretensión cuarta o la

quinta, la pérdida del valor adquisitivo de las condenas en moneda colombiana”.

“7. En subsidio de la pretensión (sic) anterior y como consecuencia de las declaraciones primera y segunda o de solamente una de ellas, si el tribunal la juzgare suficiente, y de las pretensiones de condena, bien se acoja la principal o una de las subsidiarias, se condene a las aseguradoras, en las mismas proporciones señaladas, a pagar a Cerro Matoso y a los bancos, en el orden de preferencia que les corresponda y hasta por el valor de los intereses asegurables concurrentes de cada uno de ellos, según aparezca demostrado en el proceso, en dólares de los Estados Unidos de América, si prospera la pretensión tercera, o en moneda legal colombiana si prospera la pretensión cuarta o la quinta, además de la obligación a su cargo a que tienen derecho mis mandantes bajo las pólizas o sobre el importe de la condena, intereses moratorios a la tasa del 18 por ciento anual desde la fecha en que incurrieron en mora hasta cuando el pago correspondiente se efectúe, todo ello de conformidad con el primer inciso del artículo 1080 del Código de Comercio”.

“8. En subsidio de todas las pretensiones anteriores, solicito que se declare que las aseguradoras incumplieron las obligaciones que asumieron con mis mandantes en las pólizas y que, consecuentemente, se decrete la terminación de los tantas veces mencionados contratos de seguro de incendio y de lucro cesante en ellas contenidos, y se declare a las aseguradoras civilmente responsables de los perjuicios sufridos por mis mandantes en razón de tal incumplimiento, condenándolas al pago de la correspondiente indemnización que deberá comprender el lucro cesante y el daño emergente e incluir dentro del cálculo del perjuicio la pérdida del valor adquisitivo de las condenas en moneda legal colombiana”.

“9. Que, en subsidio de todas las pretensiones anteriores, se declare que las aseguradoras incumplieron las obligaciones que asumieron con mis mandantes en las pólizas y que, consecuentemente, se declare a las aseguradoras civilmente responsables de los perjuicios sufridos por mis mandantes, en razón del mencionado incumplimiento, condenándolas al pago de la correspondiente indemnización se deberá comprender el lucro cesante y el daño emergente e incluir dentro del cálculo del perjuicio la pérdida del valor adquisitivo de las condenas en moneda colombiana”.

“10. Que se condene en costas a las aseguradoras”.

B. Réplica de las aseguradoras

Las aseguradoras se oponen a la prosperidad de íntegras las pretensiones de la parte asegurada: Cerro Matoso S.A., y los bancos prestamistas que demandan junto con ella, tanto las principales, como las distintas subsidiarias, y solicitan el pronunciamiento de laudo totalmente absolutorio, con costas a cargo de la parte asegurada, a cuya solicitud se ha convocado el tribunal, en todos los rubros contemplados por la ley al respecto.

El término de duración del tribunal fue previsto inicialmente en ocho (8) meses, contados a partir de su instalación, 30 de septiembre de 1987, término que fue posteriormente ampliado en dos oportunidades, con vencimiento final dispuesto para el próximo 30 de junio de 1989.

Durante el trámite de este proceso se practicaron numerosas pruebas, entre las cuales declaraciones de las partes y de terceros, inspecciones judiciales, un dictamen técnico de ingenieros metalúrgicos y dos dictámenes de expertos financieros y contables, con sus respectivas aclaraciones. Después de haber oído a los apoderados de las partes, es la oportunidad de proferir el laudo correspondiente.

III. Consideraciones del tribunal

Para analizar los aspectos fundamentales del proceso, el tribunal estima que deben considerarse los siguientes temas, lo que hará en el orden en que se enuncian:

A. Respecto de la póliza de incendio INC 32372

1. Si los daños causados por el accidente del 13 de agosto de 1985 se produjeron como consecuencia del “derrame del material en fusión”, riesgo amparado en la póliza.

2. Si, en el caso de hallarse que los daños fueron ocasionados por el derrame del material en fusión, el accidente del 13 de agosto se causó por culpa o culpas del asegurado Cerro Matoso S.A. que excluyen el amparo.

3. Si la obra realizada por Cerro Matoso en junio y julio de 1985 constituye una alteración del bien asegurado, de que no se informó por escrito a la aseguradora en los 60 días posteriores, para efecto de mantener la cobertura de los riesgos.

B. Respecto de la póliza de lucro cesante LC-1266

1. Si es condición para la aplicación de esta póliza que la suspensión del negocio, amparada por ella, haya sido causada por un daño que esté, a su turno, asegurado en la póliza de incendio y que las aseguradoras hayan reconocido o pagado el seguro principal respectivo.

C. Respecto de las dos pólizas

1. En caso de que haya configurado el siniestro amparado por las mencionadas pólizas, cuál es la forma de cálculo de las indemnizaciones respectivas:

a) Daño emergente en la póliza de incendio INC 32372

b) Lucro cesante en la póliza LC-1266

i. Porcentaje de utilidad bruta

ii. Ingreso anual

iii. Período de indemnización

iv. Ingreso normal

v. Tendencias del negocio y circunstancias especiales

2. Monto de las indemnizaciones y moneda en que debe hacerse el pago.

a) Valor o liquidación de las indemnizaciones

b) Perjuicios

c) Moneda de pago

A. Póliza de incendio INC-32372

1. Derrame de material en fusión

El primer tema se refiere a saber si los daños causados a Cerro Matoso S.A. en el accidente del 13 de agosto de 1985 se debieron a “derrame del material en fusión”.

Las aseguradoras han sostenido que el accidente del 13 de agosto de 1985 no está amparado por la póliza de incendio INC 32372, que contiene el seguro por riesgo del “derrame del material en fusión”. Se fundan para ello en que la rotura del horno y los daños del mismo ocurrieron con anterioridad al derrame y fueron causa y no efecto del derrame. Los daños causados después de la salida del material en fusión fueron mínimos y estarían comprendidos dentro del deducible de la póliza, como lo alega el apoderado de las aseguradoras.

Como consecuencia de lo anterior, las aseguradoras afirman que la fractura o rompimiento del cuerpo continente (la estructura del horno) que hace posible que el contenido traspase el límite físico que se le ha impuesto, es un hecho anterior al derrame en sí mismo considerado y constituye un daño cuya causa no se encuentra en el derrame, que es un hecho posterior. A tal efecto señalan que:

“En el caso que nos ocupa debe tenerse presente que el cuerpo continente (horno) está constituido por una

estructura compleja cuyos diversos elementos heterogéneos trabajan al unísono para contener el material en fusión y realizar un proceso industrial. En su naturaleza el horno debe ser considerado como una unidad constitutiva de cuerpo continente para el material en fusión puesto que sus diversas partes, consideradas en forma aislada e independiente, no constituyen por sí mismas cuerpo continente” (fl. 52 cdno. 2).

El apoderado de las aseguradoras considera que el material refractario también está excluido del amparo de la póliza de incendio con base en la carta de Cerro Matoso del 11 de abril de 1984, que se refiere a un caso en que esta compañía aceptó que un accidente ocurrido en agosto de 1982 fue causado por el refractario, “que fue el defecto que dio lugar al escape del material en fusión”. En ese caso no hubo lugar a proceso alguno entre las partes.

A propósito de dicha carta el apoderado de las aseguradoras saca la consecuencia de que “el no cubrimiento del material refractario era algo indiscutible, que el asegurado aceptó expresamente, como consta en la citada carta del 11 de abril de 1984 ...” (fl. 429 cdno. 1).

A juicio del tribunal esa carta no afirma tal cosa. Se refiere ella a un caso concreto en que Cerro Matoso aceptó que el derrame se había causado por el refractario. Pero de allí no se infiere que ello sea la regla general ni que el refractario esté excluido del amparo de la póliza de incendio, pues dicha póliza solo excluye los defectos que dieron causa al accidente, lo mismo que el material escapado y el costo de su remoción o recuperación, así como otras exclusiones ya señaladas.

El mismo apoderado en las conclusiones de su alegato cita la póliza de rotura de maquinaria que excluye del amparo el material refractario, pero esta póliza no ha sido invocada en este proceso, ni hay lugar a considerarla.

El tribunal entra a demostrar cómo, aun admitiendo la tesis de las aseguradoras de que el derrame del material en fusión solo existe cuando dicho material haya traspasado el límite exterior del casco del horno, existió siniestro en el accidente del 13 de agosto de 1985, por haber ocurrido el daño, al menos en su mayor parte, después del derrame del material en fusión.

A tal efecto, debe analizarse, en primer lugar, la forma como se produjo el accidente del 13 de agosto de 1985.

Sobre este aspecto del problema existen las siguientes pruebas, decretadas y practicadas por el tribunal: a) Testimonios de Idinael Patiño, José Fernando Velásquez y Peter Bergsneider, entre otros, declaraciones estas que serán analizadas a medida que se estudien los distintos puntos que interesan a esta decisión; y b) Un dictamen pericial técnico rendido por los peritos ingenieros eléctricos Gonzalo Ramírez Rodríguez y Efraín Castañeda Peñarete.

El dictamen técnico original fue presentado el día 12 de julio de 1988 y está contenido en un volumen de 206 páginas. Fue complementado, para responder las solicitudes de aclaración presentadas por las partes, en un estudio contenido en un segundo volumen de 285 páginas, presentado el 15 de septiembre de 1988.

El apoderado de las aseguradoras objetó el dictamen por error grave. Solicitó como pruebas de la objeción que se recibiera la declaración del testigo señor Jhon Persson y que se practicara otro dictamen pericial, habiendo allegado también nueva documentación. El tribunal decretó la práctica de estas pruebas. Posteriormente el apoderado de las aseguradoras desistió de la práctica de la prueba pericial, pero sin desistir de la objeción.

El tribunal en audiencia celebrada el día 7 de marzo de 1989 resolvió la objeción presentada por el apoderado de las aseguradoras, y desechó la formulada por error grave. Se fundó el tribunal en que la tacha no era concreta y en que no se produjeron pruebas que acreditaran la existencia de un error grave y manifiesto. Con todo, el tribunal aclaró que la circunstancia de no declarar probado el error grave no le confería al dictamen pericial objetado valor distinto del que tiene en sí mismo y que esta prueba debía ser apreciada en el laudo, dentro de las amplias facultades que confiere al juez el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, en conjunto con el resto de las pruebas practicadas, como se procede a hacerlo. De dicho dictamen interesa ahora destacar los siguientes puntos:

2. Forma como se produjo el accidente y causas

El dictamen de los peritos sobre lo que pasó y cuáles fueron las causas inmediatas del accidente, se transcribe a continuación:

“5.1. ¿Qué paso?”

El día 13 de agosto de 1985 se presentó, en el horno eléctrico de Cerro Matoso S.A., una salida intempestiva e incontrolable, de 200 t. de metal y de 1.200 t. de escoria, aproximadamente, que se encontraban en estado líquido y a altas temperaturas.

Esto ocasionó daños a parte del horno propiamente dicho y a algunas instalaciones fuera del mismo.

5.2. ¿Cuál fue la causa directa?

El contrato directo de escoria y/o metal con uno de los bloques de cobre instalados dentro del horno: por este bloque de cobre no estaba circulando suficiente flujo de agua. El material a altas temperaturas logró fundirlo.

5.3. ¿Cuál fue la causa indirecta?

La ausencia total del refractario, que compone el muro del horno, frente al bloque de cobre deficientemente refrigerado.

5.4. ¿Cuáles fueron las causas circunstanciales?

— Destrucción total del refractario en la zona afectada, debido al ataque químico y físico de la escoria generada dentro del horno.

— Formación rápida de vapor dentro del bloque de cobre.

— Flujo de calor superior al de capacidad de evacuación de calor por parte del bloque.

— Penetración de material en fusión en las juntas de los ladrillos del revestimiento refractario instalado con uniones de expansión demasiado frecuentes.

— Existencia de perforaciones en el casco del horno, hechas al modificar el sistema inicial de refrigeración del horno” (fls. 3030 a 3032 cdno. 4).

Las razones que sustentan los conceptos de los peritos sobre qué pasó y cuáles fueron las causas del accidente, motivo del litigio, se desarrollan en la respuesta a la pregunta 4 del cuestionario de Cerro Matoso S.A. y otros, capítulo IV, C. Transcriben al efecto la descripción del accidente hecha, en el acta 17 de agosto de 1985, por el doctor Carlos Ruiz. De esta se transcribe lo siguiente:

“... Ellos me llamaron y noté que de los tubos de retorno 6 u 8 salía vapor y agua caliente. Inmediatamente tratamos de quitar los tubos, pero estaban demasiado calientes”.

Aproximadamente 10 segundos más tarde salió una llama verde de un tubo. Luego, del primer tubo de retorno, o del segundo, salió material fundido. Tratamos de quitar el tornillo izquierdo de este bloque porque se estaba enrojando. En este momento ordené apagar el horno y llamé al I.P. y a H. Mera y al supervisor de turno.

El operador trató de controlar el punto caliente con manguera de agua. H. Mera trató de quitar las mangueras para poner más agua en este circuito y verificar si el agua estaba fluyendo por los otros dos circuitos. Solamente un circuito estaba sin agua. Entonces tratamos de abrir la piquera de metal pero en este momento oímos pequeñas explosiones y decidí evacuar el área” (fls. 3058 y 3059 cdno. 4).

Citan el libro de operaciones y el informe del señor Colin Jardine, vicepresidente de operaciones, en esa época, de Cerro Matoso, que confirman el derrame, el 13 de agosto, de escoria y metal, en estado líquido y a altas temperaturas (200 ts. de metal más 1.200 ts. de escoria).

Al contestar la pregunta D del mencionado interrogatorio describen el recorrido más probable del derrame,

ilustrado por el diagrama 4, así:

“... En dicho diagrama se indica el recorrido más probable de la escoria primero, acompañada de metal después, así:

a) Momentos antes o previos al derrame. El material en fusión, luego de quemar el bloque de cobre había pasado a través o al lado del mismo, al espacio antes lleno de “carburit” entre el casco y el bloque”.

b) Punto de salida. Este punto se muestra en el diagrama, sobre la superficie externa de la lámina de acero que conforma el casco del horno. En realidad, es el área comprendida entre el círculo exterior de la tubería de del agua (sic) de refrigeración (del bloque de cobre) y el círculo de la perforación del casco, (para dar acceso a la tubería conductora de agua al bloque). Esta área se muestra al lado del diagrama 4.

Como se puede observar, el material en fusión no alcanzó la superficie exterior del casco a través de la lámina de acero que lo conforma, “quemándola” o perforándola”.

“El material en fusión pasó por el área libre, de una perforación existente en la lámina de 1” de espesor que conforma el casco del horno.

c) Después del derrame. Una vez el material en fusión alcanzó el punto (área) de salida, por acción de la fuerza de gravedad empezó a fluir hacia abajo fundiendo la lámina del casco, en área cada vez mayor y en dos sentidos”:

Uno, hacia el exterior del horno:

Otro, hacia el interior del horno, este último hasta alcanzar bloques de cobre y los anillos “skews” en la parte inferior del muro del horno. A medida que aumentó el flujo de material en fusión por aumento del área de salida, iba desapareciendo la lámina del casco y el punto de salida se localizaba hacia el bloque afectado inicialmente.

Con base en lo descrito anteriormente, se da respuesta a esta pregunta. Se anota además que los términos “como consecuencia” se interpretan aquí como: a) “después del”; b) “a causa del”; c) “con motivo del”.

Los daños que se presentaron “en dicho horno” se han catalogado en: A. Los ocasionados al casco y parte interna del horno y B. Los ocasionados a “otras instalaciones” se catalogan como “fuera del horno ...” (fls. 3061 a 3064 cdno. 4).

Presentan el siguiente cuadro:

La zona afectada fue el área cercana al hueco de colada escoria 2, con extensión de dos metros en sentido horizontal y 1.5 m en sentido vertical (en el horno) y el área frente al horno, fuera del mismo (longitudes aproximadas).

Con la distribución mostrada en el cuadro anterior, los daños que se presentaron “como consecuencia del derrame”, son los que aparecen en las columnas “A2” y “C” de dicho cuadro” (fls. 3064 y 3065 cdno. 4).

Más adelante, en la parte tercera, respuesta al cuestionario 3 de Cerro Matoso, explican las razones técnicas que llevaron a Cerro Matoso S.A. a cambiar el “skew” superior e inferior del horno y dicen:

“... Durante el accidente del horno el 13 de agosto de 1985, el material en fusión, una vez salido del horno comenzó a fundir la lámina del casco y parte de dicho material, a circular entre el casco y a través del material de contacto (carburit) hasta alcanzar, en el área del derrame, parte de los anillos “skews” inferior y superior. Al tratar el personal de Cerro Matoso S.A. de apagar el fuego con agua, esta entró en contacto con los “skews” y los hidrató.

En consecuencia, los anillos de transición “skews” se afectaron y tuvieron que ser demolidos y reconstruidos, para garantizar la hermeticidad del fondo y la transmisión de esfuerzos de manera adecuada, durante el calentamiento posterior del crisol y de las paredes del horno” (fl. 3145 cdno. 4).

Relación de principales daños sufridos por el horno

Cuadro 3

“(En la zona afectada por el material en fusión)”

Localización “A”		Fuera del horno
Casco y parte interna del horno		Fuera del horno
Antes del derrame “A 1”	Después del derrame “A 2”	Después del derrame “C”
— Ladrillo refractario de cromoalúmina en la línea de escoria (y sistema de anclaje Didier)	— Lámina del casco	— Tubería de alimentación y de evacuación de agua de refrigeración de los bloques de cobre
— Capa interna de expansión	— 5 bloques de cobre	— 2 vigas de soporte de estructura del horno (parte)
Primer bloque de cobre afectado	— Anillo “skew” superior (varios ladrillos)	— Parte piso concreto 6 m ² aprox.
Capa externa de relleno (Legrit)	— Anillo “skew” inferior (varios ladrillos)	— Cables de interconexión eléctrica (parte)

Se transcriben además los siguientes apartes del dictamen:

“El material en fusión derramado, cortó parte, primero hacia abajo en 1.5 m de longitud y luego horizontalmente en extensión de cerca de dos metros, la lámina de acero de 1” de espesor que constituye la parte cilíndrica del casco del horno” (fl. 3150 cdno. 4).

Los peritos contestaron el cuestionario de Seguros La Andina y otros. Después de repetir los conceptos de derrame o escape, de cuerpo continente, de “colada”, etc. y de señalar las distintas formas que presentan los derrames, dicen:

Se presentan casos, como el que nos ocupa, en que además del desgaste total del refractario en una área, así sea pequeña, el material en fusión no encuentra la lámina del cuerpo continente, por alcanzar una perforación preexistente en la lámina” (fl. 3182 cdno. 4).

Luego dicen:

“Con la definición de “derrame” de material en fusión como “la salida incontrolada e incontrolable de escoria y metal en estado líquido y a altas temperaturas” dada en la respuesta a la pregunta anterior, en el diagrama se indica el “punto de salida”.

“Todo lo que sucedió antes de este punto (en realidad un hueco), en el sentido del flujo del material, se cataloga aquí como causal o “cómo se produjo”.

“Todo lo que sucedió después del punto (o hueco de salida) se cataloga aquí como “consecuencia”, “efecto”, “con motivo” del derrame” (fl. 3183 cdno. 4).

Explican nuevamente que el derrame consistió:

“En el siguiente recorrido del material en fusión:”

“1. Emergencia en el punto de salida”.

2. Por acción de la fuerza de la gravedad, recorrido en sentido vertical. Esto, fundiendo la lámina del casco del horno cada vez en mayor extensión. Se anota:

“a) Que “el derrame total fue de cerca de 1.200 t escoria y 200 t de metal”.

“b) Que tanto la escoria como el metal tenían temperaturas superiores a la de fusión de la lámina de acero del casco (o coraza) del horno”.

“c) Que a medida que la lámina era fundida, por sustracción de materia, el punto de salida quedaba localizado en la cara externa del material de relleno entre el casco y los bloques de cobre. Finalmente, localizado en la cara externa del primer bloque de cobre”.

“3. Luego de barrer la cara vertical externa del horno el derrame llegó a la parte más baja del mismo afectando ladrillos que componen los anillos “skew” superior e inferior. Ya en la base, extensión fundida de la lámina de acero sobrepasó la longitud de 2 m”.

“Hasta aquí lo referente a “en qué consistió el derrame ...” (fls. 3184 y 3185 cdno. 4).

Y al responder “cómo se produjo”, dicen:

“Básicamente por el recorrido, sin obstáculo alguno, desde el interior del horno hasta el punto de salida del material en fusión, localizado dentro del horno, a nivel superior al del punto de salida (por acción de la presión hidrostática”...) (fl. 3185 cdno. 4).

Explican luego por qué no se pudo “colar” el metal. En otro lugar dicen:

El daño ocurrió como lo han afirmado los peritos, después de que ocurrió el derrame, o sea después de la salida, súbita e incontrolable, del material en fusión” (fl. 3212 cdno. 4).

“Para cuando ocurrió el derrame del 13 de agosto de 1985 el daño de los “skews” no había sucedido y estos se encontraban en buen estado dentro del horno” (fl. 3213 cdno. 4).

Reiteran cuáles daños se causaron directamente al horno dentro y fuera del mismo (fls. 3216 y 3217 cdno. 4). Luego dicen:

“Ninguna instalación de Cerro Matoso S.A. fuera de los “límites de batería” del horno eléctrico, sufrió daño alguno causado por el derrame” (fl. 3218 cdno. 4).

En el dictamen complementario rendido el día 15 de septiembre de 1988, para responder las aclaraciones solicitadas por las partes, especialmente por las aseguradoras sobre el recorrido del material en fusión, presentaron varios diagramas. En el 4A1, muestran el primer bloque afectado, en contacto con la escoria y el metal, luego de la destrucción del refractario de la pared interna, por el ataque de la escoria. Señalan el volumen de as 1.200 ts. de escoria evacuadas del horno, 600 m^3 , altura de 1.68 m. y, el de las 200 ts. de metal, que ocuparon aproximadamente 25 m^3 y una altura de 7 cm.

“En (el diagrama 4A2) se muestra el primer bloque perforado por falta de refrigeración adecuada y porque el calor aportado por la escoria a 1.650 C., es superior al de fusión del cobre electrolítico a 1.100 C., material del cual el bloque está fabricado. También se muestra la escoria pasando por el hueco preexistente en la lámina del casco proyectándose sobre el piso de concreto por acción de la presión hidrostática y de la gravedad. Del material en fusión (escoria más metal) lo primero que salió fue escoria” (fls. 3803 y 3810 cdno. 4).

El diagrama 4A3, “indica que el flujo de escoria aumentó el diámetro del hueco de salida hasta que la parte inferior de este estuvo a 7 cm por debajo del nivel del metal.

“De esta manera, escoria y metal salieron del horno, ya sin menor fuerza, por la menor altura y presión hidrostática de la escoria cuyo nivel ya había bajado, más de 7 cm de columna de metal por esto ni la escoria ni el metal se proyectaron hasta el piso de concreto, algo distante, sino que “escurrieron” por la lámina del casco fundiéndola

poco a poco y en mayor extensión hacia abajo (acción de gravedad)” (fl. 3810 cdno. 4).

El diagrama 4A4 y 4A5 “muestra ya la lámina del casco desaparecida entre el hueco de salida y la base del horno y cómo el material en fusión (escoria más metal) alcanzó la parte baja del crisol hasta tocar los ladrillos skew por su cara externa (resaltan los peritos).

“No fue por lo tanto un regreso del material en fusión al interior del horno sino hacia la cara externa de los bloques inferiores, fundiéndolos y afectando luego la cara externa de los ladrillos skews de esa sección del horno” (fl. 3811 cdno. 4).

Al responder aclaraciones solicitadas por las aseguradoras sobre “cuándo y en qué momento concluyó”, dicen que el hueco inicial de salida era de 4” de diámetro, el cual se aumentó después a más de 25 cm. y calculan la velocidad promedio de salida de la escoria en 6.6 m/seg. y la del metal en 2.7 cm/seg. y que el tiempo total del derrame fue de 4 horas, desde las 12:30 a las 16:30.

Dicen que por la localización del hueco de salida, primero se evacuó la escoria; luego, al aumentar la sección del hueco y llegar por debajo del nivel del metal este comenzó a salir hasta alcanzar el punto inferior de la vía de salida. Si el punto hubiera estado más abajo habrían salido más de 200 ts. de las 2.000 que permanecen en el crisol del horno (fls. 4022 a 4024 cdno. 4).

En otro lugar, al tratar sobre la fuerza resultante del vapor de agua, dicen que esta fue prácticamente instantánea. Agregan que ella no se aplicó a la misma área, porque se desarrolló dentro de la tubería de refrigeración del bloque de cobre, y que fue esa presión la que impidió la entrada de agua al bloque y la destrucción del mismo por el calor de la escoria (fl. 4026 cdno. 4).

Al responder la pregunta sobre la órbita recorrida por el material en fusión luego de haber traspasado la coraza o casco del horno por todo el tiempo que duró el derrame, contestaron:

“1. No tuvo un recorrido orbital, o sea alrededor de un punto o de un eje.

2. Estuvo siempre impulsado por la combinación de:

a) La presión hidrostática.

b) La fuerza de la gravedad.

Tuvo en consecuencia un recorrido regido por las leyes físicas, desde el momento de iniciarse hasta que, por no existir presión hidrostática, sobre materias por salir, se detuvo.

3. El recorrido o cauce dependió además de los obstáculos que trataron de impedir su paso. Fue un recorrido aún zigzagueante en el sentido vertical.

4. Ni en su inicio, ni durante, ni para su detención, pudo haber acción humana” (fls. 4029 y 4030 cdno. 4).

Luego dicen:

“... Como se explicó al responder el numeral anterior el material en fusión “escurrió” por la lámina del casco, fundiéndola y afectando seis bloques de cobre y el 5% de los ladrillos que conforman los anillos skew, por su cara externa”.

“Por lo tanto:

— No se está indicando que el material en fusión, para salir, tomó una dirección diagonal de arriba abajo;

— Si se está indicando flujo de dentro hacia afuera, que es lo que trataron de indicar los peritos en el diagrama 4, pero aparentemente mal entendidos.

— Los peritos no están sosteniendo que la escoria y metal líquidos luego de haber escapado y rebasado el límite

exterior del horno, retornaron al interior del horno.

— Los peritos han querido decir que, por destrucción de la lámina del casco, la cara externa de los bloques de la parte de carburit y la cara externa de los skews, (que momentos antes estaban dentro del horno), se convirtieron automáticamente y por sustracción de materia (la lámina del casco) en la superficie externa del horno” (fls. 4030 y 4031 cdno. 4).

Y más adelante agregan:

“Este diagrama (4A1 – 4A5) permite también mostrar:

— Que los ladrillos inmediatamente abajo del hueco de salida fueron atacados por la escoria.

— Que el primer ladrillo de la pared del horno, localizado sobre el anillo skew superior no fue atacado por la escoria por estar permanentemente por debajo del nivel del metal.

— Que si la línea inferior del hueco de salida hubiera alcanzado la parte inferior del anillo skew (superior) el crisol del horno se hubiera desocupado. Al romperse el anillo skew superior todo el ladrillo del crisol del horno se hubiera aflojado y flotado por tener densidad (del orden de 3) inferior a la del metal (del orden de 8).

En este caso el derrame del material no hubiera sido de solo 200 t. sino de todo el contenido del crisol (del orden de 2.000 t. de metal).

En consecuencia, el ladrillo por debajo del orificio localizado sobre el nivel de escoria, se afectó durante el derrame.

En el diagrama 4A5 se puede apreciar que algún ladrillo del crisol también se afectó” (fls. 4032 y 4033 cdno. 4).

Más adelante, se completa y aclara la descripción del accidente, así:

“Con los diagramas 4A1 y 4A5 los peritos aspiran a aclarar cronológica y geográficamente, lo sucedido durante el derrame.

Una vez salido, el material en fusión comenzó a afectar todo lo que encontró a su paso, en los sentidos horizontal y vertical, simultáneamente, así:

1. En sentido horizontal (de fuera hacia adentro):

a) Primero, la tubería de entrada del agua de refrigeración, del primer bloque de cobre.

b) Posteriormente, la lámina de acero del casco del horno.

c) Después, el material carburit instalado entre la lámina de acero y los bloques de cobre, localizados debajo del primer bloque afectado.

d) Finalmente, la cara externa del refractario, de la zona de transición crisol-pared. Es decir los ladrillos interiores de la pared y los ladrillos “skew” de los anillos “skew”.

2. En sentido vertical:

a) Primero, los ladrillos instalados en la pared del horno, por debajo del hueco de salida y por encima del nivel del metal.

b) Posteriormente, los ladrillos localizados a nivel del metal y debajo de este.

c) Después el ladrillo “skew” del anillo superior.

d) Finalmente, el ladrillo “skew” del anillo inferior”.

“En consecuencia, se tiene que:

1. El metal contenido en el horno (1.65 m de escoria por encima del nivel de metal y 7.3 cm de metal, por debajo de su nivel normal) estuvo siempre saliendo del horno (de adentro hacia afuera), por acción de la presión hidrostática y la fuerza de la gravedad.
2. El material, una vez salido del horno, se movió principalmente en sentido diagonal (de afuera hacia adentro y de arriba hacia abajo) con avance en plano inclinado ...”.

(Sic).

Lo esencial de los diagramas y de las declaraciones de los doctores Ruiz y Patiño, así como las consecuencias sacadas por los peritos, es que la escoria fundida salió primero por el hueco de la tubería en la lámina y que después, a medida que empezó a disminuir la presión y a agrandar el hueco, en forma de parábola por la fuerza decreciente de la expansión hidrostática y la creciente de la gravedad, fue escurriendo y carcomiendo la lámina. Lo fundamental de todas estas pruebas es que primero fue el derrame, después la destrucción de lámina, posteriormente la del carburit y luego la de los ladrillos refractarios hacia abajo y de los skews por su cara exterior. Así se llega a la conclusión de que gran parte de los daños causados al horno tuvo lugar después del derrame, aun considerado apenas como salida del casco de acero; y desde afuera y hacia adentro, no porque el material regresara, sino por el orden en que se destruyeron los elementos del horno, después de producido el derrame. Es claro que hubo alguna destrucción previa de elementos dentro del horno, como la del refractario hasta llegar al bloque de cobre, mal refrigerado, que se fundió y entonces se produjo la salida del vapor y de la escoria por la tubería de refrigeración del bloque hasta salir al exterior de la lámina del casco. De aquí la clasificación de los daños que hacen los peritos, algunos antes de salir el material al exterior, dentro del horno, y otros después, dentro y fuera del horno.

Sea oportuno advertir en este momento a propósito del anterior concepto técnico, así como de los otros acompañados por el apoderado de las aseguradoras a su alegato, que ellos solo pueden considerarse por el tribunal como argumentos de dicho alegato a la luz del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil.

No existe ninguna indicación en las pruebas que respalde la inferencia del ingeniero Bautista en el concepto a que nos referimos atrás, sobre la forma como pudo desarrollarse el accidente, en el sentido de que el líquido después de pasar la pared de ladrillo “se expandió por los bloques de cobre y el legrit y permaneció en este estado de cosas durante algún tiempo, más bien como un proceso de “hemorragia interna”, durante el cual el material fundido avanzó por dentro de la pared bajando consigo el bloque de cobre fundido mientras la pared de acero retenía todo esto dentro del tanque”. Agrega que “la probabilidad es muy alta de que el material fundido hubiera caído sobre esta parte del horno antes de que la presión y la temperatura de la escoria alcanzaran a vencer la pared de acero” (fl. 562 cdno. 1).

Además de que no existen pruebas para desvirtuar la afirmación de los testigos ingenieros Ruiz y Patiño y las conclusiones de los peritos, la suposición del ingeniero Bautista parece contradecir las mencionadas pruebas en el sentido de que conforme a ellas la escoria en fusión salió por el hueco de la tubería de refrigeración a través de la lámina de acero, antes de fundirla. Si el material en fusión se hubiera depositado entre el carburit y la lámina de acero, como el ingeniero Bautista lo imagina, esta se habría enrojecido y luego se habría fundido. Pero ello no fue lo que ocurrió, según declararon los testigos presenciales, sino la salida súbita por el hueco de la tubería de refrigeración en forma de chorro, sin que previamente se hubiera roto la coraza de acero y aunque las cosas hubieran sucedido como el ingeniero Bautista las intuye, lo cierto es que, como se verá posteriormente, la concepción integral del derrame hace que los daños sufridos por el horno sean consecuencia directa del mismo “derrame”.

El tribunal observa que el dictamen pericial de los ingenieros metalúrgicos es una prueba válidamente practicada que le merece confianza en cuanto a sus conclusiones, sin perjuicio de que algunos pasajes del mismo requieran ser adecuados o corregidos, para analizarlos dentro del contexto general y a la luz de las demás pruebas del proceso. Lo anterior es tanto más razonable cuanto que el apoderado de las aseguradoras, aunque objetó el dictamen por error grave, desistió de la prueba pericial que había pedido con la pretensión de desvirtuarlo, prueba,

la desistida, que habría sido la adecuada para ello. En efecto, las demás pruebas producidas a propósito de aquella objeción, como la declaración del señor Persson, no son apropiadas para invalidar aquel dictamen. Por esta razón no comparte el tribunal la apreciación del apoderado de las aseguradoras cuando dice al respecto:

“...VI ... Y una nota final dentro de este tema: estimo que no es menester el concepto de otra pareja de peritos ingenieros para dar por demostrados los yerros y la inconsistencia del dictamen que se examina. El dictamen es del todo infundado, cuando no inválido” (fl. 475 cdno. 1).

Así resulta que, dentro de la concepción de “derrame” que traen las aseguradoras, la mayor parte de los daños causados al horno, amparados por la póliza de incendio INC 32372, se causaron como consecuencia del derrame de material en fusión que escapó accidentalmente del cuerpo continente cuyo límite exterior estaba formado por la lámina de acero que forma el casco del horno.

Sin embargo, esta no es la única interpretación de la noción de “derrame de material en fusión”. En efecto, el apoderado de Cerro Matoso rechaza la concepción de las aseguradoras y afirma que el planteamiento de estas no corresponde al de la póliza.

En efecto, dice que la póliza en el numeral 5º de su condición 2ª establece el riesgo cubierto, que es el de “daños o pérdidas cuando sean directamente causados por el derrame de material en fusión que escape accidentalmente del cuerpo continente ...”. Afirma que las aseguradoras agregan a lo anterior la expresión: “una vez derramado sobre los intereses asegurados”, lo cual no está previsto en la póliza.

Dice el apoderado de Cerro Matoso que la tercera de las acepciones del término “derrame” que trae el Diccionario de la Real Academia consiste en “Lo que se sale y pierde de las especies líquidas por defecto o rotura de los vasos que las contiene”. Concluye que el derrame presupone necesariamente el defecto o rotura de los vasos, evento accidental que no fue expresamente excluido por las aseguradoras, como causa u origen del siniestro.

Expresa que la póliza de incendio, luego de describir el amparo de derrame de material en fusión, estipula que “no se indemnizará la pérdida del material escapado, ni el costo de remoción o recuperación de tal material, ni el de reparación de los defectos que hubieren dado lugar al escape accidental”. Concluye “... *a contrario sensu* ... el costo ... de la reparación de los bienes no defectuosos que hubieren dado lugar al escape accidental sí es indemnizable, lo cual por contera permite aseverar que el cuerpo contiene el material en fusión y la reparación que fuera menester hacerle por la realización del mencionado riesgo, se encontraban asegurados” (resalta el apoderado, fl. 298 cdno. 1).

Comenta que este es el único sentido que tiene el seguro de riesgo por derrame del material en fusión.

Agrega el apoderado de Cerro Matoso que la estipulación de la cláusula contiene “una exclusión objetiva” y no “causal”; que excluye ciertos bienes, lo cual nada tiene que ver con el origen del siniestro sin afectar la reparación, reemplazo o reposición, según fuere el caso, de todos los intereses restantes que no hubieren sido expresamente excluidos. Anota más adelante que en el literal c) del acápite exclusiones de la condición primera, igualmente se excluyeron varios materiales. Expresa que se trata siempre de bienes excluidos (exclusión objetiva) y no de riesgos excluidos (exclusión causal). Tales son los vehículos o equipos de transporte, las embarcaciones, aeronaves, la materia prima, las vías de acceso, el equipo móvil. Posteriormente reitera estos conceptos al afirmar que en ninguna parte se excluyó como riesgo la fractura o rompimiento del cuerpo continente.

El tribunal considera aceptable la interpretación del apoderado de Cerro Matoso. En efecto, el contenido del punto 5 de la condición segunda de la póliza expresamente excluye de la indemnización ciertos bienes y en especial aquellos defectuosos que dieron causa al accidente, lo mismo que el material escapado y el costo de su remoción o recuperación. Además están excluidos la materia prima, las vías, los vehículos, las embarcaciones y aeronaves, el equipo móvil de valor inferior a US\$ 80.000 y los materiales minerales que se hallen en vetas o socavones. Todos los demás bienes, como son los no defectuosos, pero afectados por el derrame, son indemnizables.

Sobre el riesgo por derrame del material en fusión amparado por la póliza INC 23272, las aseguradoras afirman que él “está configurado por la acción de traspasar el contenido la totalidad de las paredes que configuran el cuerpo continente y emerger al exterior del mismo”, o sea traspasar el límite exterior de la lámina de acero que forma el

casco o coraza del horno. Pero a juicio del tribunal, ello no resulta de la póliza. No estando definida legal ni contractualmente la expresión “derrame”, esta debe entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras (C.C., art. 28). Por ello el tribunal entiende que la póliza la emplea en la primera acepción del Diccionario de la Real Academia, como sinónimo de “derramamiento”. Este significa “acción y efecto de derramar”, cuyo sentido es “verter”, esparcir cosas líquidas ...”. Al hablar “derrame del material” es obvio que se refiere a la acción y efecto de derramar dicho material, y no al material mismo, que “se sale y pierde por defecto o rotura de los vasos que la contienen”, que es la tercera acepción del vocablo.

Por esta razón puede afirmarse que el cuerpo continente del material en fusión está constituido por todos los elementos estables o permanentes que encierran el material en fusión (escoria y metal en estado líquido), o sean el caso o coraza, el material de relleno de carburit, las placas de cobre y las paredes del ladrillo refractario, así como, en la parte inferior, los skews y los ladrillos que forman el crisol del horno. Por este aspecto, desde el momento en que el material en fusión destruye o carcome la pared del refractario se estará produciendo derrame, porque el material sale del cuerpo continente, el cual está formado, como ya se dijo, entre otros elementos por las propias paredes del ladrillo refractario.

Aun a riesgo de aparecer repetitivo, el tribunal insiste en que por “derrame” debe entenderse no única y exclusivamente el final del proceso de salida al exterior del material en fusión, sino también el comienzo o iniciación de ese proceso; o sea que el “derrame” supone la totalidad de ese proceso y cada uno de los momentos sucesivos que lo integran, momentos que considerados aisladamente, o en su conjunto, constituyen la manifestación de que un estado de normalidad anterior o preexistente ha sido alterado, o sea de que se ha pasado al campo de lo anormal o irregular. Concebido el “derrame” de esa manera integral, cuanto ocurre por virtud de cada uno de sus pasos y de la totalidad de ellos, es naturalmente efecto suyo y lo tiene a él como causa. De ahí que si en el caso de autos la primera manifestación de ese tránsito a la anormalidad denominada “derrame”, se produjo con destrucción de la pared interna del horno, construida con ladrillo refractario, en el punto en que precisamente se inició la salida del material, es ya “derrame”; y si el “derrame” así iniciado, culmina en salida del material al exterior, primero en forma de chorro y luego, por disminución de la fuerza hidrostática y aumento de dimensión del orificio de salida, en escurrimiento por la pared metálica o cara exterior del horno, todos los daños sufridos por este en el recorrido del material en fusión con efectos directos de tal “derrame”.

Valga tener en cuenta, además, en apoyo de la tesis que ve en el “derrame” todo un proceso, que la póliza de incendio habla de “daños y perjuicios cuando sean directamente causados por el derrame del material en fusión ...”, y no de daños y perjuicios causados por material en fusión ya derramado. O sea que la póliza toma en cuenta el material en fusión como objeto inmediato del derrame y en el momento de operar la causa que lo desplaza; porque si se hablara de daños causados por material “ya derramado”, no habría que pensar sino en el material mismo, independientemente de las causas de su desplazamiento. Si la póliza habla del hecho en el primer sentido, no en el segundo, que es el que en el fondo alega el apoderado de las aseguradoras, esto es ya razón suficiente para desechar la tesis de estas.

No sobra agregar que siendo imposible en el horno eléctrico el derrame por rebosamiento, todo derrame de material en fusión tiene que provenir de la ruptura del cuerpo continente, incluyendo las paredes del ladrillo refractario, los bloques de cobre, el carburit y finalmente la lámina de acero del casco.

El concepto de que el derrame empieza cuando se rompe o destruye el primer elemento fijo o estable que contiene el material en fusión, se ilustra con la imagen que trae el concepto del ingeniero Rafael Bautista, que acompañó a su alegato el apoderado de las aseguradoras, Cuando lo compara con una “hemorragia interna”. Evidentemente la comparación es pertinente en el sentido de que la hemorragia interna se produce por la rotura de los vasos sanguíneos. Y en el lenguaje vulgar también se le llama “derrame” por ejemplo, el derrame cerebral. Pero, en este caso, la hemorragia se produce desde el momento en que la sangre sale de las venas o arterias sin que necesariamente salga al exterior. Ello no ocurre en la hemorragia cerebral, pues el cráneo no se rompe, y solo aparece en las que encuentran orificios de salida, como la nariz, la boca o heridas.

No sobra recordar que en el contrato de seguro el siniestro, o sea, la ocurrencia del riesgo, constituye una condición suspensiva de la obligación del asegurador y que como tal está sometida a las disposiciones

correspondientes del Código Civil.

El artículo 1540 de esta obra dispone:

“La condición debe ser cumplida del modo que las partes han probablemente entendido que lo fuese, y se presumirá que el modo más racional de cumplirla es el que han entendido las partes”.

El tribunal considera que la interpretación que le ha dado a la expresión “derrame del material en fusión” es la más racional y por lo mismo la que más se acomoda al tenor de la cláusula contractual comentada y al sentido del texto legal transcrito.

De lo contrario no tendría sentido ni aplicación el seguro de derrame de material en fusión, y, menos, el de lucro cesante por este mismo riesgo. En efecto, si se excluye el horno mismo de los mencionados seguros, de modo que estos solo amparen los pocos elementos o materiales que puedan encontrarse fuera del horno, como lo entienden las aseguradoras, no tendría sentido haber contratado un seguro de daño por ese riesgo, que asciende, en el momento del siniestro, a la suma de US\$ 225.561.210, ni una póliza de lucro cesante por interrupción del negocio, por la suma de US\$ 66.000.000. Si, por hipótesis, según la tesis de las aseguradoras, el derrame del material en fusión excluye el horno mismo, porque los daños causados a este serían anteriores al derrame y causa del mismo, no se ve cuándo el derrame podría dar lugar a un siniestro hasta por tan alta cuantía ni que diera lugar a una interrupción del negocio que causara lucro cesante.

Lo anterior se confirma por la circunstancia de haber elevado el deducible, por el riesgo de derrame, a la cantidad de US\$ 200.000, en vez de US\$ 100.000 de los riesgos de incendio y/o rayo, porque esto demuestra que las partes estimaron que el derrame de material en fusión era un riesgo más frecuente o más costoso que el de incendio y/o rayo y que justificaba un mayor deducible. Ello resulta incompatible con la afirmación de que el riesgo solo ampara los daños causados después de que el derrame haya salido del horno, pues no era difícil prever que siempre serían mínimos, como efectivamente vino a demostrarlo el accidente del 13 de agosto de 1985, seguramente inferiores al deducible.

Por las razones anteriores, el sentido de “derrame del material en fusión”, en los riesgos amparados por la póliza INC-32372 y, consecuentemente, por la póliza LC-1266, no puede ser el de que solo exista derrame cuando el material en fusión, después de traspasar todos los elementos estables del horno como cuerpo continente, emerja al exterior de la lámina que forma la coraza o revestimiento externo, pues ni gramatical ni jurídicamente según la póliza, ello es así, sino que en dicha noción se comprende todo el proceso de destrucción del cuerpo continente desde el momento mismo en que se inició por el deterioro del ladrillo refractario.

Y que “cuerpo continente” es todo el horno y no tan solo su pared o límite exterior, lo precisan las mismas aseguradoras en la carta de objeción al reclamo de Cerro Matoso, cuando, antes de decir que el material en fusión tenía que “emerger” para ser o constituir derrame, afirmaron lo siguiente:

“En el caso que nos ocupa debe tenerse presente que el cuerpo continente (horno) está constituido por una estructura compleja cuyos diversos elementos heterogéneos trabajan al unísono para contener el material en fusión y realizar un proceso industrial. En su naturaleza el horno debe ser considerado como una unidad constitutiva de cuerpo continente para el material en fusión puesto que sus diversas partes, consideradas en forma aislada e independiente, no constituyen por sí mismas cuerpo continente”.

Se llega así a la conclusión de que todos los daños causados al horno, desde la erosión del ladrillo refractario hasta el rompimiento de la lámina de acero del casco están comprendidos en el riesgo amparado por la póliza de incendio. Para este efecto, no hay necesidad de hacer la distinción de los peritos técnicos entre daños ocasionados dentro del horno, antes y después del derrame.

Para terminar este primer tema sobre el alcance del amparo, debe estudiar el tribunal algunos argumentos del apoderado de las aseguradoras expuestos en el alegato final.

Dice este apoderado, que la póliza de incendio y la consecencial de lucro cesante son pólizas de “riesgos nombrados”, esto es, de riesgos específicos, porque no existen pólizas de todo riesgo, dando a entender que las

coberturas que contienen han de ser interpretadas a la luz de su redacción literal. Agrega, que las pólizas fueron redactadas a la medida de las necesidades de Cerro Matoso, por sus corredores de seguros, De Lima y Cía., y que las aseguradoras se limitaron a aceptar las cláusulas que estos le propusieron. Y sugiere, en consecuencia, que si alguna ambigüedad pudiera resultar de sus cláusulas, no sería imputable al asegurador sino al hecho del asegurado.

Sin perjuicio de anotar que nada se opone a que existan pólizas de todo riesgo, pues el asegurador puede, a su arbitrio, asumir “todos” o algunos de los riesgos a que estén expuestos la persona, los bienes o el patrimonio del asegurado (C. Co., art. 1056) y que concretamente, en el seguro de transporte se parte del criterio contrario (art. 1120), con relación al primer argumento, no puede el tribunal dejar de precisar que, no es porque las pólizas digan, con mayor o menor precisión, cuáles son los riesgos que asume el asegurador, que se pueda dejar de lado la especial responsabilidad de los aseguradores en la redacción de los amparos, derivada del poder a él conferido, como con particular énfasis lo dijo la más adelante citada exposición de motivos del proyecto que finalmente vino a ser el actual Código de Comercio, poder y responsabilidad correlativos que no permiten tampoco invertir el principio, conforme al cual la intención de las partes prefiere sobre lo literal de las palabras. Si esto fuera cierto, ninguna dificultad habría tenido para el tribunal y las partes conocer el sentido de la expresión “derrame”, al cual aquellas y este dedica tantas páginas, ni habría merecido tanto esfuerzo, para llegar a ser entendido, primero en su tenor literal, después en función del contexto de las pólizas para preferir aquel sentido en que la cláusula pueda producir algún efecto y no en el que no produzca ninguno, y por último, tratando de saber el tribunal, cómo o de qué manera fue interpretada la expresión con anterioridad al presente proceso.

Sin tanta incertidumbre ha habido para conocer el sentido de la expresión “derrame”, no puede menos que afirmarse así su ambigüedad, que permitiría interpretar la cláusula que la contiene de quien la ha extendido, con lo cual refuta el tribunal el segundo argumento del apoderado de las aseguradoras.

En efecto, esa ambigüedad no es producto de la intervención de los corredores de seguros. Ellos, concedores de la situación de los mercados, acercan a las partes para que puedan contratar. Los corredores en general y los de seguros en particular, no contratan en lugar o sustitución de aseguradores o asegurados, pues legalmente no pueden ser representantes, subordinados, socios ni mandatarios de las partes (C.Co., art. 1340).

Conclúyese así, que la responsabilidad correlativa al poder que tienen los aseguradores de asumir los riesgos a su arbitrio, todos o algunos, sigue quedando a su cargo aunque el negocio se celebre con la mediación de corredores.

3. Culpas graves del asegurado según los aseguradores

Antes de entrar en el análisis concreto de las eventuales culpas graves de Cerro Matoso, considera el tribunal necesario analizar cuáles fueron las causas determinantes del accidente del 13 de agosto de 1985. En esta forma, ellas podrán compararse con la conducta observada por Cerro Matoso en la reparación del horno en junio y julio de 1985 y en la etapa inmediatamente anterior al accidente.

El tema toca con las causas del accidente, que es complejo. Los peritos lo tratan en forma extensa. Distinguen varias causas del accidente, previa declaración de que este no fue ocasionado voluntariamente por Cerro Matoso S.A., lo cual es obvio, y que fue un hecho accidental (fl. 3025 cdno. 4).

Señalan una causa primaria, que fue la decisión del comité del horno eléctrico, en 1984, de modificarlo, para mejorar las campañas, es decir el lapso entre dos reparaciones voluntarias, hasta 5 o 7 años.

Para los peritos, en efecto, las causas directas del accidente consistieron en el mal funcionamiento del sistema de enfriamiento, de un lado, y de otro en los amplios espacios de las juntas de dilatación.

Respecto a lo primero, los peritos explican que en la reparación de junio y julio de 1985 se cambió el sistema de refrigeración, pues inicialmente se refrigeraba por fuera la lámina de acero que forma el casco. Después de la reparación de junio se colocaron bloques de cobre dentro del horno, que debían refrigerarse a través de tuberías y con mayores cantidades de agua. El sistema de refrigeración fue de la firma Outokumpu, siguen diciendo los peritos, el cual requiere, para que los bloques de cobre puedan resistir el metal líquido a 1.530 C, que en cada uno de ellos circulen 13 m³/hora de agua de refrigeración de alta calidad, y concluyen: “Para 148 bloques se requerían (y se requieren) 148 x 13 = 1.924 m³/hora que Outokumpu no exigió en su debido tiempo (junio-julio/85) sino

luego del accidente” (fl. 3115 cdno. 4) y, en el folio 3156 cuaderno 4 reiteran que Outokumpu debió exigir adecuada refrigeración, y no lo hizo.

Este concepto de la mala refrigeración se reitera por los peritos en varias oportunidades. En ellas anotan que Cerro Matoso necesitaba producir esa cantidad de agua de refrigeración, pues requería instalar una nueva torre de enfriamiento y que estos problemas solo se arreglaron después del accidente. Cuando se hizo la reparación del accidente, se triplicó el flujo de refrigeración con destino al horno (fl. 3072 cdno. 4).

Los peritos reiteran que el problema fundamental en esta materia es la refrigeración, por la capacidad que tienen los materiales calentados de transmitir el calor, y explican que, por ello, aunque una superficie se ponga en contacto con un material cuyo calor sea superior al punto de fusión de aquella superficie, esta no se quema si está debidamente refrigerada, porque transmite el calor hacia afuera. En el dictamen complementario para responder aclaraciones dicen:

“La coraza (o casco) del horno de Cerro Matoso está fabricado en acero de calidad normal. La temperatura de fusión de este tipo de acero es del orden de 1.400 C. Las temperaturas del metal y de la escoria son de 1.450 C. y 1.650 C., respectivamente”.

“Sin embargo, la temperatura de los cuerpos, por sí sola no es la determinante para que un cuerpo “funda” al otro. Si uno de ellos está bien refrigerado, el otro a mayor temperatura no podrá fundirlo. Por eso es que se utiliza la técnica de refrigeración. Los bloques de cobre funden a 1.100 C., ni el metal ni la escoria podrán fundirlos, si los bloques están bien refrigerados” (fls. 3889 y 3890 cdno. 4).

En el dictamen complementario de aclaración, los peritos explican que Outokumpu hizo “la recomendación a Cerro Matoso S.A. de aumentar la capacidad del sistema de refrigeración al horno hasta 2.900 m³ /hora después del accidente, pero no antes del mismo, al vender los bloques a Cerro Matoso S.A. Es que los peritos vituperan a Outokumpu. Porque actuó como vendedor y no como ingeniero...” (fl. 3866 cdno. 4).

Para concluir dicen que:

“Como ninguna de las causas del accidente se atribuyen a fallas mecánicas de los bloques o de las tuberías, se puede ... (sic) que Cerro Matoso S.A. sí cumplió con las instrucciones que Outokumpu señaló en el documento 46” (fl. 3860 cdno. 4).

Surge así que en esta deficiencia no aparece una culpa de Cerro Matoso, y menos culpa grave, sino falta de información adecuada de los fabricantes.

Tangencialmente con estos problemas se suscita una hipótesis acerca de la forma como operaría el horno, expuesta en varias de las declaraciones. Se trata de la idea de que la escoria, en contacto con la pared refrigerada del muro, debería formar una capa congelada o “costra”, que serviría a su turno de protección del muro contra la escoria fundida. Igual concepto se aplicó a los bloques de cobre, pues se dijo que “el sistema completo sería instalado en 1985 y ha sido diseñado de tal manera que cualquier ferróníquel que se ponga en contacto con los bloques quedaría solidificado” (destacan los peritos).

Sin embargo, los peritos afirman en el dictamen complementario:

“En cuanto a la formación de “costra” de protección en la cara caliente del refractario, cualquiera que él sea y con cualquier tipo de refrigeración, los peritos consideran que esta “costra” es muy difícil que se forme porque, a la alta temperatura de “otra escoria”, que entre en contacto con la “costra” inicial, esta será fundida” (fls. 3854 y 3855 cdno. 4).

Así lo reiteran en la página 194 (fl. 4015 cdno. 4):

“Continuando con el concepto de los peritos sobre imposibilidad física de formación de costra, de manera permanente en la zona de interfase, fue precisamente la ausencia de dicha costra la que permitió el contacto directo de la escoria con el refractario, por tiempo aunque parezca relativamente corto, lo que condujo a la destrucción del

revestimiento entre julio y agosto de 1985”.

La hipótesis de la “costra”, tan esgrimida por el apoderado de las aseguradoras, es negada aquí por los peritos, rechazo que el tribunal no tiene cómo desatender, faltando como falta en el proceso prueba adecuada que permitiera dar otra solución distinta a la adoptada por los peritos.

El apoderado de las aseguradoras funda básicamente, en el informe del señor Colin Jardine, alto funcionario de Cerro Matoso, las críticas que formula contra el dictamen pericial en puntos del mismo relacionados con las causas del accidente.

Las conclusiones preliminares del informe del señor Jardine son las siguientes:

“1. La selección del ladrillo y/o calidad de él con relación a las especificaciones fue una razón primaria de la rotura prematura.

2. El suministro de agua por los bloques de cobre no fue adecuado.

3. La temperatura del metal fue excesivamente alta durante el proceso de producción que antecedió a la rotura.

4. La transferencia de calor del refractario al sistema de refrigeración no fue adecuada, como se comprueba con la baja temperatura diferencial relacionada con el diseño en el punto de equilibrio.

5. No hubo un sistema de supervisión (“monitoring”) del refractario, siendo ello esencial para la operación del horno.

6. La desaparición del refractario, por sí sola, tuvo que contribuir a la rotura prematura.

7. La curva de calentamiento fue excesiva para una operación controlada en forma segura...”.

Encuentra el tribunal que este informe coincide con el dictamen pericial en varios puntos, en especial en que la causa principal del derrame consistió en un sistema inadecuado de transferencia de calor, por el inadecuado sistema de refrigeración. Los peritos anotan igualmente que el revestimiento de ladrillo refractario había desaparecido cuando la escoria lo atacó, precisamente por la falta de refrigeración. El señor Jardine agrega el movimiento de la concha, el calentamiento acelerado, la alta temperatura del metal y la falta de instrumentos adecuados para el control de la operación. El informe Jardine habla de “la selección del ladrillo y/o calidad de él con relación a las especificaciones...” así, expresa la duda de si entre las causas del accidente estuvo la selección del ladrillo de cromo-alúmina o la mala calidad del mismo.

A continuación señala el tribunal las culpas graves que las aseguradoras atribuyen a Cerro Matoso.

El apoderado de las aseguradoras empieza por plantear las que considera culpas graves de Cerro Matoso, culpas que también invocan las aseguradoras en la objeción a la reclamación de Cerro Matoso S.A.

Es de advertir que en la enumeración de tales culpas no mencionan ninguna que hubiera conducido a la deficiente refrigeración de los bloques de cobre y consiguientemente de la pared del refractario, ni a las dimensiones excesivas de las juntas de dilatación que permitieron o hicieron posible que la escoria penetre la pared del refractario, hechos que fueron las principales causas del accidente según el informe Jardine y el dictamen técnico de los peritos. Solo mencionan la excesiva potencia del horno, su calentamiento y la falta de instrumental técnico que permitiera el monitoreo de la operación, así como el cambio del material refractario. Dicen:

“Las conclusiones que se derivan del estudio realizado sobre las condiciones técnicas del horno, de su operación, del cambio de material refractario, del proceso de encendido y de su operación, de la potencia a que fue operado y de las temperaturas a que fueron sometidas las paredes del cuerpo continente, demuestran que fue voluntad absoluta de esa empresa la operación de alto riesgo que se efectuó y que no se tomaron las medidas y previsiones que técnicamente debían ser tomadas para garantizar un funcionamiento normal y seguro del horno” (fl. 55 cdno. 2).

Además del cambio de refractario, el apoderado de las aseguradoras sintetiza tales culpas en el alegato de conclusión así:

“...e) Que, habiendo procedido a un calentamiento excesivamente acelerado del horno y aplicando una carga eléctrica excesiva entre el 4 de julio y el 13 de agosto de 1985, durante el proceso de calentamiento del horno que siguió a su reconstrucción, se combinaron dos factores fatales, ambos producto de culpa grave de Cerro Matoso, que determinaron la catástrofe en los términos y con las proyecciones que ocurrió: 1. La exageración en la velocidad del calentamiento, y el exceso de carga eléctrica, y 2. La carencia de instrumentos de medición, que de haber existido habrían dado la “voz de alarma” y habrían evitado la fractura del horno y el derrame” (fl. 479 cdno. 1).

Previamente había dicho que todas las pruebas que obran en el expediente: testigos ingenieros de Cerro Matoso S.A., “Highlights”, informe Jardine y hasta los propios peritos coinciden en resaltar que “la erosión acelerada del refractario, determinante de la fractura del horno, a su turno, causante del escape del material en fusión, obedece, por definición y explicación físico-química elemental, a un exceso de temperatura del material contenido en el horno, impuesto por una carga eléctrica también excesiva”.

El análisis de estas culpas es el siguiente:

a) Cambio del material refractario

Sobre el cambio del material refractario del muro, aparece que Cerro Matoso hizo estudios muy minuciosos para escoger el material que mejor resistiera el ataque de la escoria, dadas las muy difíciles características físicas y químicas del mineral del Cerro Matoso. Los peritos señalan las pruebas de laboratorio realizadas, una de cuyas conclusiones fue la de que “el ladrillo de cromo-alúmina es de mayor resistencia a la erosión” (fl. 3097 cdno. 4).

Es verdad que dicho material no resultó inmune al ataque de la escoria en fusión y que después del accidente el material fue cambiado para volver al de magnesita. Sin embargo, los peritos explican que aunque el ladrillo de cromo-alúmina era menos atacado que el de magnesita, “como el coeficiente de transmisión térmica del ladrillo de cromo-alúmina es inferior al del ladrillo de magnesita, era imperativo con este cambio activar la refrigeración del nuevo revestimiento” (fl. 3171 cdno. 4).

Sin embargo, anotan que no hay ningún refractario que resista directamente la acción del material en fusión si no está bien refrigerado y, a la inversa, la capacidad de los materiales refractarios y de otras sustancias de transmitir el calor permite, como se vio atrás, que una sustancia a temperaturas superiores a la de fusión de otra que está en contacto con aquella no la funda cuando la segunda está bien refrigerada. Así, el problema de la calidad del ladrillo refractario no fue tomada en el concepto de los peritos como causa del accidente; en cuanto a la coraza, los peritos anotan que esta se había debilitado por el sistema de perforaciones para introducir las tuberías de enfriamiento.

Señalan igualmente otras deficiencias, como la eventual mala calidad de los ladrillos, tomada precisamente del informe Jardine y la circunstancia de que la pared del refractario estaba floja por la excesiva amplitud de las juntas de dilatación, también señalada por el informe Jardine. Por otra parte, aparece que el cambio del material refractario no fue la causa del accidente. En efecto dicen los peritos que “no hay refractario que resista el ataque de la escoria”. Anotan que para defender el material refractario se diseñó el horno más grande del mundo. Existen algunos refractarios que son “menos atacados” por el material en fusión (fl. 3027 cdno. 4).

La circunstancia de haber vuelto a cambiar el material refractario de cromo-alúmina por magnesita, aunque pudiera sugerir que aquel había resultado inadecuado, visto el accidente ocurrido, y en parte así lo admiten los peritos, sin embargo, estos dan otra explicación de por qué no volvieron a utilizarse los ladrillos refractarios de cromo-alúmina. Ella consistió en que haber pedido dicho material habría requerido solicitar las respectivas patentes de Didier, lo cual habría implicado mayores demoras y costos, mientras había la facilidad de adquirir los ladrillos de magnesita (fl. 3152 cdno. 4). Los peritos señalan otras deficiencias de la instalación de los ladrillos refractarios. Así, afirman que se dejaron espacios muy amplios entre los ladrillos, aplicando el ciento por ciento de su capacidad de dilatación a pesar de que a esa expansión no se llega siempre, por esto se presentó infiltración de material en fusión entre las juntas verticales de los ladrillos, lo cual agravó el ataque químico y físico de la escoria

y fue una de las causas circunstanciales del accidente del 13 de agosto de 1985.

Se anota que Didier utilizó la totalidad del coeficiente de expansión del ladrillo de cromo-alúmina para establecer el espesor y frecuencia de las uniones de expansión. Ha debido utilizar solo el 50% de dicho coeficiente para el cálculo correcto, opinan los peritos.

Estos errores, sin embargo, son imputables a Didier y no a Cerro Matoso, S.A. Observan los peritos que el pedido a Didier no incluyó la posibilidad de instalar el refractario (fl. 3109 cdno. 4). Ello, sin embargo, tampoco constituye una culpa grave por parte de Cerro Matoso.

Así que, como se anticipó atrás, los peritos señalan prácticamente las mismas causas del accidente que el señor Jardine, pero ponen énfasis en que la causa determinante fue la falta de la adecuada refrigeración y las juntas de dilatación y anotan que las otras causas no fueron determinantes.

Como consecuencia de lo anterior, ... (sic) que de acuerdo con los estudios realizados, el cambio de material refractario no implica una culpa de Cerro Matoso, ni él fue la causa determinante del accidente.

b) Carga eléctrica

Señala el apoderado de las aseguradoras, que las cargas eléctricas del 4 al 13 de agosto de 1985 fueron: 42.5; 45.2; 45; 43.9; 43; 43.6; 45; 44.8; 37.4; 34.9 y 32.9 y comenta que no vale la afirmación de los peritos, que califica de "argumento de distracción", de que la potencia promedio fue solo de 40.6 M.W. (fl. 475 cdno. 1).

Observa el tribunal que aunque los peritos señalan el mencionado promedio de calentamiento del horno, no niegan que hubieran existido los datos de potencia aplicados al horno en la etapa del 4 de julio al 13 de agosto citados por el apoderado de las aseguradoras. Por el contrario, indican expresamente, en el punto 2.g, cuando operó el horno con una potencia superior a 42 MW entre el 27 de julio y el 13 de agosto de 1985 y presentan un cuadro diario de dicha potencia a partir del 4 de julio (fls. 4010 y 4011 cdno. 4).

Lo que afirman los peritos es algo diferente, o sea que esas cargas no fueron excesivas ni constituyeron la causa principal del accidente del 13 de agosto de 1985. Dicen al efecto, en el informe complementario, para aclarar las preguntas de las partes:

"Por otro lado, el circuito de alimentación de potencia al H.E. de Cerro Matoso S.A., está capacitado para suministrar hasta 51 MW. Físicamente es imposible sobrecargarlo porque su sistema de protección actuaría desconectando el horno. Lógicamente que el horno se recalentaría si los MWH suministrados (o sea la potencia X tiempo de aplicación de la misma) son superiores a las exigencias térmicas del horno".

"Por esto se puede afirmar que, con aplicación continua de potencia hasta de 51 MW no se puede sobrecargar al horno, siempre y cuando la alimentación de calcina en t/hora sea la adecuada para absorber adecuadamente los MWH suministrados al horno".

"Aun más, con la aplicación continua de 51 MW será muy difícil alcanzar, con el diseño y consumos específicos actuales, la producción de 50 millones de lb/año, según tabla 13 A Producción obtenible v. Programación" (fls. 3822 y 3823 cdno. 4).

Y al responder la pregunta 4, en el acápite 5.h. dicen:

"El horno eléctrico de Cerro Matoso S.A. ha sido diseñado de tal manera que puede consumir 51 MW, bajo condiciones adecuadas de operación. En el diagrama 3 se indica que, entre los electrodos y el muro del horno se localiza la calcina.

"Las temperaturas interiores del horno dependen, no solo de la potencia aplicada, sino del tonelaje/horario fundido. Además del tiempo de duración de la potencia aplicada" (fl. 4059 cdno. 4).

Luego indican la fórmula de potencia aplicada y tiempo Pt y expresan:

“La temperatura máxima dentro del horno, incluido el refractario, fue normal, similar a la de la escoria, 1.650 C. aunque la del metal en el crisol fue más baja, del orden de 1.450 C. Como se ha afirmado en el dictamen, antes del derrame las temperaturas de la escoria y del metal estuvieron siempre dentro de límites normales”.

“Por lo tanto, durante dicho período la potencia promedia aplicada fue la requerida por la producción horaria obtenida. La potencia promedia aplicada durante dicho período estuvo además, por debajo de la de diseño que es de 51 MW” (fls. 4060 y 4061 cdno. 4).

Y más adelante reiteran su pensamiento, así:

“De todas maneras, con la aplicación continua de 45 MW y aún de 50 MW, no se está sobrecargando eléctricamente al horno, siempre y cuando el tonelaje horario en calcina, alimentado al horno sea el requerido para absorber 45 o 50 MWH/H” (fls. 4062 y 4063 cdno. 4).

Finalmente dicen:

“En conclusión:

“a) El nivel de potencia aplicada al horno, la consiguiente temperatura y la ausencia de costra en la cara caliente de la pared, no son parámetros que individual o colectivamente causaran el accidente”.

“b) Si uno o varios de los parámetros arriba citados hubiera sido causal del accidente, los peritos los habrían mencionado en cualquiera de las ocho páginas que ocupan a partir de la página 165 del dictamen, al contestar la pregunta 3 de Seguros La Andina, sobre “¿cuál fue la causa del accidente?” (fl. 4063 cdno. 4).

Por todo lo anterior, no puede admitirse que hubo culpa de Cerro Matoso S.A. en el caso comentado.

c) Velocidad de calentamiento del horno después de la reparación

Los peritos al responder las aclaraciones a la pregunta sobre cuáles fueron las recomendaciones de Didier Werke en cuanto a temperatura del horno y a la medición de ella en la zona de “interfase”, durante el proceso de calentamiento, se refieren al documento 12 del dictamen “Heat Transfer Calculations and Heating ap Schedule”. Transcriben los apartes sobre “procedimientos de calentamiento”, “posiciones para medición de temperaturas”, “secciones refrigeradas del refractario”, “velocidad permisible del calentamiento” (anotan los peritos que se dan para varias calidades pero no para el ladrillo de cromo-alúmina), y, “recomendaciones prácticas”.

Concluyen los peritos:

“En resumen, Didier suministró a Cerro Matoso S.A. recomendaciones “teóricas” y recomendaciones “prácticas”.

“Desde el punto de vista “teórico” se debería calentar el revestimiento según la curva (de c/día) por ellos suministrada”.

“Sin embargo, ante la imposibilidad de cubrir con termopares toda el área de interfase (cerca de 125 m²) y sobre todo de escoger puntos representativos de medición, Didier hizo las “recomendaciones prácticas”.

“Sobre aumento paulatino de 2.7 KW/día durante 20 días; permanecer en 46 MW durante 2 a 3 semanas y luego alcanzar 51 MW en otro período de 2 semanas” (fls. 4018 y 4019 cdno. 4).

Más adelante al responder la siguiente pregunta sobre cómo procedió Cerro Matoso en cuanto a aplicación de carga eléctrica, elevación de temperatura y medición de esta en la zona de “interfase” en el período de calentamiento del horno, elaboraron el diagrama L.2A sobre tales variaciones frente a las recomendaciones de Didier y concluyen:

“...b) Esta variación es más lenta y es siempre inferior a la variación sugerida por Didier...” (fl. 4021 cdno. 4).

El tribunal observa que así aparece ostensiblemente en el gráfico correspondiente.

Los peritos contestaron en el punto 5.q.1 la aclaración a la pregunta 20 de las aseguradoras, sobre relación entre potencia eléctrica y temperatura y sobre la curva de calentamiento del horno, comparada con la advertida por Didier.

Expresan los peritos:

“Por lo tanto, los peritos no pueden tener en cuenta “la relación entre potencia y temperatura” porque, en especial para el horno eléctrico de Cerro Matoso S.A., dicha relación no existe”.

“Los conceptos anteriores condujeron a los peritos a afirmar, como lo afirman en respuestas a esta solicitud de aclaración, que ...

“3. En consecuencia, no se puede presentar una comparación entre lo sugerido por Didier como curva de calentamiento y lo practicado por Cerro Matoso S.A. entre el 2 de julio y el 13 de agosto de 1985”.

Al afirmar lo anterior los peritos siempre han hecho referencia a la curva de calentamiento “Temperatura v. Tiempo” sugerida por Didier, para compararla con la “variación diaria de megawatios” presentada a los peritos por Cerro Matoso S.A., como “Curva de calentamiento”.

“Ahora bien, sin tener en cuenta la “relación entre potencia eléctrica y temperatura” la cual como se afirmó anteriormente, no existe, los peritos han procedido a comparar la “variación diaria de megawatios” sugerida por Didier, en su nota del 13 de mayo de 1985 dirigida a Cerro Matoso S.A., con la “variación diaria de megawatios” practicada realmente por Cerro Matoso S.A. entre el 1º de julio y el 13 de agosto de 1985”.

“Estas dos variaciones sí técnicamente comparables. Para dicha comparación se ha elaborado el diagrama L2A que se presenta a continuación de estas aclaraciones”.

“Del análisis de dicha comparación se puede concluir que la “variación diaria de megawatios” realmente practicada por Cerro Matoso S.A. siempre fue inferior a la propuesta por Didier” (fls. 4089 y 4091 cdno. 4).

De acuerdo con lo que resulta del dictamen y demás documentos allí citados, ha de concluirse en que tampoco cabe imputarle a Cerro Matoso S.A. culpa alguna por el aspecto considerado en este aparte.

d) Ausencia de termocuplas o termopares

Las aseguradoras y su apoderado han invocado, según se vio atrás, como otra culpa grave de Cerro Matoso, no haber instalado en la reparación del horno de junio y julio de 1985, los medidores de temperatura llamados termocuplas (thermocouples) o termopares. Dice a este propósito el apoderado de las aseguradoras que la asegurada olvidó tomar las precauciones más elementales para su seguridad y que tales instrumentos son esenciales para una operación estable y confiable de cualquier horno. Agrega que no fue que lo olvidara “sino que, advertida por sus asesores y por sus propios ingenieros de esa necesidad, decidió suprimir esos medidores (“thermocouples”) propios del diseño y que hasta entonces habían funcionado con éxito para salvaguardia de la integridad del horno, no reinstalarlos, emprender el calentamiento y el inicio de la producción sin ellos no obstante que ese es el período en el cual son más útiles, por decir lo menos, argumentando que más tarde lo haría y aduciendo “*a posteriori*” razones baladíes e insostenibles”. Cita al respecto las declaraciones de los ingenieros Patiño, José Fernando Velásquez y Peter Bergsneider y del doctor Ricardo Gómez Delgado, antiguo presidente de Cerro Matoso S.A. así como el informe Jardine (fls. 476 y 479 cdno. 1).

Ante todo, el tribunal hace la observación, de simple sentido común, de que la existencia de esos medidores no impedía los posibles accidentes. Es cierto que se citan casos en que ellos sirvieron de advertencia, pero su existencia no impidió el accidente del mes de noviembre de 1983, semejante al del 13 de agosto de 1985, objeto de otro litigio, cuando existía el antiguo sistema de refrigeración del casco del horno, con paredes de refractario que no eran de cromo-alúmina y dotado de termocuplas o medidores de temperatura. Esta simple observación parece descartar que la causa del accidente que dio origen al presente litigio, fueran el nuevo material refractario de cromo-alúmina y la ausencia de las termocuplas.

Los mencionados testigos dan distintas razones para no haber instalado las termocuplas. Básicamente ello se motivó, no en que se desconociera su utilidad, sino en que el nuevo sistema de enfriamiento dentro del horno mediante los bloques de cobre, hacía muy compleja la instalación de tales medidores y su funcionamiento.

Los peritos dicen al respecto:

b) No había termopares porque, para cubrir la totalidad del ladrillo, se necesitaban miles de termopares, para cubrir más de 120 m² de la zona afectada” (fls. 4065 y 4066 cdno. 4).

No sobra recordar que las causas determinantes del accidente fueron, según los testigos, los peritos y el informe Jardine, la falta de refrigeración adecuada de los bloques de cobre y por tanto de la pared del refractario, así como las amplias juntas de dilatación que dejaron el refractario flojo. Por ello, aun admitiendo que hubiera habido alta potencia en el horno, o calentamiento rápido, ello no habría sido causa determinante del accidente. Si hubiera habido refrigeración adecuada, la potencia y el consiguiente calentamiento de la escoria habrían sido absorbidos por los bloques de cobre y transmitidos al agua de refrigeración, impidiendo la erosión del refractario, la fusión de los bloques de cobre y el consiguiente derrame del material en fusión.

A falta de otro dictamen pericial que hubiera desvirtuado el de los peritos Gonzalo Ramírez y Efraín Castañeda Peñarete, no tiene el tribunal elemento de juicio ciertos que le permitan rechazar las anteriores afirmaciones de los mencionados expertos metalúrgicos.

Además de lo dicho para desechar cada una de las culpas graves imputadas a Cerro Matoso S.A., valga hacer, con igual finalidad, las siguientes observaciones:

4. El concepto de riesgo asegurado en la ley y en la póliza

Se ha sostenido en el proceso por parte de las aseguradoras que según la póliza y los conceptos técnicos que presiden el concepto de riesgo, es este un hecho puramente accidental, en cuya realización, por tanto, no pueden concurrir ni la voluntad del asegurado ni en particular hechos de este que puedan ser constitutivos de culpa grave al tenor de la ley.

El asegurado ha discutido a su vez esa concepción. Sostiene que la concepción actual del riesgo en la legislación colombiana, a diferencia de la que presidía el viejo Código de Comercio de 1887, no es la del riesgo como sinónimo del caso fortuito, sino una distinta en la cual todo suceso de ocurrencia futura e incierta puede ser asegurado con tal de que su posibilidad de realización no quede en manos del asegurado.

La diferencia entre las dos posiciones es nítida. Si se acoge la primera, la del riesgo como sinónimo de accidente, de probarse que la rotura del horno o del escape del material en fusión son consecuencia directa de las reparaciones o reformas que se hicieron al horno por el asegurado, no tendrían responsabilidad en el hecho las aseguradoras. Pero si se acoge la segunda, según la cual lo que permite precisar si hay siniestro no es que el asegurado haya realizado o querido las reformas del horno, sino que no haya concurrido a la realización del accidente, de tal manera que el accidente no se presente como un efecto necesario y adecuado del comportamiento del asegurado, o al menos como la consecuencia de una acción u omisión particularmente torpe del comportamiento debido por el asegurado, habría entonces siniestro, y las aseguradoras no podrían alegar que, por ser el accidente una consecuencia meramente probable o puramente posible de esa intervención, están exentos de su responsabilidad conforme a la ley y el contrato.

Sirvan para precisar cuál es el criterio seguido por el Código de Comercio en punto al riesgo, las siguientes palabras, tomadas de la exposición de motivos del proyecto de Código de Comercio sometido a consideración del Congreso Nacional en 1959, que fue materia de revisión por la comisión que redactó el código actual conforme a la autorización de la Ley 16 de 1968:

“2. El riesgo: A este respecto también hemos procurado modernizar la legislación vigente. Tal ha sido al menos nuestro propósito. Establecer tan solo las fronteras estrictamente indispensables para que el orden público y la moral cristiana no sufran menoscabo alguno. Y darle a aquella noción un contenido más acorde con su evolución doctrinaria.

“El actual Código de Comercio (art. 635, inc. 2º) presenta una definición realmente anacrónica. “Se entiende por riesgo —dice— la eventualidad de todo caso fortuito...”. Si no fuera porque ha habido en el país cierta tolerancia consciente o inconsciente por parte de los organismos que tienen a cargo la supervigilancia de las compañías de seguros, a esta hora no habríamos superado la etapa de los seguros de incendio o de naufragio, o de los amparos contra los riesgos catastróficos. Porque además constituye serio obstáculo al progreso del seguro el precepto consignado en el artículo 676, que en nuestro proyecto aparece implícita o explícitamente derogado.

“El caso fortuito es incompatible con la noción de culpa. Y esta es básica en el principio de la responsabilidad. Luego no podría otorgarse ningún seguro de responsabilidad, o solo podría darse con tales limitaciones, que sería inoperante”.

“Teniendo en cuenta lo anterior se ha adoptado una definición de riesgo (art. 877) que permite ampliar en forma admirable el marco jurídico de la asegurable de los riesgos. Cuando se afirma que el riesgo es “suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, asegurado o beneficiario...”, se quiere significar, no que debe depender de la voluntad del asegurado y de una causa adicional, sino que puede ser la resultante de un acto voluntario del asegurado y de otro factor que le sea extraño. En el concepto anotado se entienden incluidos una serie de hechos que ostentan un común denominador: el suceso propiamente fortuito (tempestad, naufragio), el hecho culposo que supone un acto voluntario y un resultado hasta cierto punto eventual (responsabilidad civil) y el acto voluntario pero no eficiente por sí solo como causa del efecto (matrimonio, nacimiento de un hijo, etc.). ¿Cuál es el común denominador de estas situaciones? Simplemente que ninguna de ellas depende exclusivamente de la voluntad del asegurado. Por tal motivo cada una de ellas implica un riesgo.

“Que esta concepción no daría base al reconocimiento de la indemnización de los siniestros intencionalmente provocados, como pudiera creerse a primer golpe de vista, lo demuestra el artículo 878 del proyecto. Se estatuye en él que “el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del asegurado son inasegurables”. No habrá, pues, base alguna para invocar la posibilidad de un seguro para los siniestros cuya consumación sea provocada intencionalmente”.

“La incertidumbre subjetiva —según el mismo art. 878— no constituye riesgo. Aunque es el caso de advertir que en seguro marítimo quizás se adopte la tesis contraria para guardar la más absoluta lealtad a la tradición de ese tipo de cobertura”.

“El seguro de las sanciones penales o policivas es inadmisibles (art. 878), por contrario al orden público, y porque pugnaría con el carácter personal de las penas”.

“Con un simple cambio de redacción, se reproducen en el proyecto (art. 879) el artículo 660 del Código de Comercio actual. Queda, pues, consagrada, la autonomía del asegurador para asumir los riesgos siguiendo sus conveniencias técnicas. Se le impone sí la obligación de ser muy explícito en cuanto a la enumeración de los riesgos excluidos. Se indica, además el momento a partir del cual, en defecto de acuerdo, se entiende que comienzan a correr los riesgos por cuenta del asegurador (art. 880)”.

El criterio que acogió el Código de Comercio es pues aquel que estima inasegurable toda conducta humana que pueda causar daño y que dependa de la sola voluntad del asegurado. No son asegurables, por tanto, ni los hechos futuros pero cuya realización esté al arbitrio del asegurado, ni aquellos que con las mismas características, muestren una conducta del asegurado, equivalente casi a querer que ocurra el daño.

En el curso de este proceso se han fundado las aseguradoras en el criterio del accidente como hecho súbito y fortuito para negar su responsabilidad en el derrame del material en fusión, como que de una parte, en ese criterio se fundó el señor Robin Mitchel para considerar que el presunto siniestro no estaba amparado, y de otra parte las aseguradoras así lo sostuvieron al objetar la reclamación presentada por Cerro Matoso con el argumento de que en la ocurrencia del accidente incurrió el asegurado en culpa grave.

Sin embargo, el que a la luz de la ley y el contrato sea inasegurable el siniestro ocurrido como consecuencia de culpa grave del asegurado, resulta en parte inconciliable con la idea de que siniestro tenga que ser el accidente, pues en esta hipótesis, que es la invocada por las aseguradoras, cualquier intervención del asegurado en la

ocurrencia del hecho previsto como riesgo, así sea meramente casual, excusa al asegurador de su compromiso, al paso que en la primera que, como se vio, es la aceptada por la ley colombiana, dado que se parte del supuesto de que la voluntad humana puede intervenir en el riesgo con tal de que no sea determinante del siniestro, esa intervención excusa el compromiso del asegurador tan solo cuando el asegurado quiso su realización, o intervino en él de manera tan torpe y grosera que simplemente equivalga esa intervención a ser indiferente con el resultado.

Corrobora esta aserción el que la póliza no prevea como exclusión la culpa grave del asegurado, pues si, como lo dicen las aseguradoras, se funda ella en que todo siniestro tiene que ser un suceso súbito y fortuito en el que no intervenga de manera alguna la voluntad del asegurado, obviamente no tiene porqué incluir, como circunstancia exoneratoria de las consecuencias del hecho, el que este provenga o no de un determinado y reprochable comportamiento del asegurado.

Se entiende, pues, que cuando las aseguradoras objetaron la reclamación presentada por el asegurado argumentando que el accidente había sido provocado por grave culpa de este en las reparaciones hechas al horno, o por las condiciones de alto riesgo a que el horno fue sometido, se apoyaban para ese fin en que es inasegurable la culpa grave del asegurado, según la ley colombiana, y no en que la exclusión de tal especie de culpa haya sido consecuencia de la aplicación de una regla contractual.

Pero aun así, aceptando por vía de hipótesis que no sea contradictorio alegar que el concepto de riesgo contenido en la póliza no cubra las intervenciones voluntarias del asegurado, como que estas estarían permitidas con tal de que no constituyan culpa grave, ¿basta para que se califique de culposa la acción del asegurado que se esté o no de acuerdo con los criterios que informaron esas reparaciones a través del tiempo, o con los resultados que ellas produjeron, o con las técnicas que las presidieron?

Se ha dicho, al menos en relación con la culpa extracontractual, que es ella un error de conducta en que no habría incurrido una persona prudente y diligente colocada en las mismas circunstancias externas del autor del daño. Para evitar pues, como ocurre en materia penal, el tener que adentrarse en la intimidad del ser humano a fin de averiguar los motivos de su acción u omisión, se sustituye esta introspección por una simple comparación. Compara entonces el juez lo que hizo el demandado con lo que ha debido hacer. Cuando lo que ha debido hacer el demandado está establecido, diseñado, en la ley o en el contrato, la comparación no es difícil; pero cuando esa conducta no está predeterminada, cuando tan solo se tiene en frente las consecuencias dañosas del obras mas no se sabe cómo ha debido comportarse el demandado para evitar el daño, no se puede hacer esa comparación.

Parecería, además, que cuando el Código de Comercio dispuso la inasegurabilidad de la culpa grave, se refirió directamente a la culpa contractual, esto es, a la que puede incidir en el cumplimiento de las obligaciones que provienen de los acuerdos de voluntad, como quiera que es tan solo esta variedad de la culpa la que puede ser calificada de grave, leve o levísima, según la utilidad que el negocio proporcione al acreedor o al deudor (C.C. arts. 63 y 1604), pues la culpa extracontractual no admite esas clasificaciones dado que en ella, cualquiera que haya sido el comportamiento del autor del daño, basta con que se haya incurrido en levísimo error para que se comprometa su responsabilidad, conforme al adagio que expresa el principio: *In lege aquilia es levissima culpa venit*.

O será que ¿lo que el Código de Comercio quiso al prescribir la inasegurabilidad de la culpa grave fue que se definieran contractualmente las conductas del asegurado constitutivas de esta especie de culpa, para evitar que los aseguradores puedan constituirse en deudores por razón de hechos del asegurado que no son eventuales?

Inclinándose el tribunal por esta última posición, pues no es aceptable que las aseguradoras puedan asumir riesgos cuya realización dependa del propio asegurado, no entiende que sea después de ocurrido el siniestro que el asegurador califique la conducta del asegurado de errónea, por comparación con lo que él hubiera hecho, o a la luz de sus personales convicciones (con no se sabe cuál conducta), siendo así que de esta unilateral actitud dependería su compromiso contractual, por lo cual no le queda por examinar al tribunal, aún con este criterio que no comparte, sí puede calificarse de gravemente culposa la conducta del asegurado en el caso que ha de decidir.

Las aseguradoras dijeron al fundar su objeción al reclamo presentado por el asegurado que fueron las condiciones de alto riesgo en que operó el horno lo que provocó la rotura de la parte externa del horno que determinó el

derrame de material en fusión. Y esas condiciones de alto riesgo las dedujeron de haberse llegado en el calentamiento del horno a más de 40 megawattios de potencia.

Sin embargo, el dictamen de los peritos técnicos que, además está debidamente fundamentado y explicado para permitir la convicción del tribunal, no fue a este respecto materia de objeción por las aseguradoras, sostiene que la causa de la rotura o fractura del horno fue el “error de ingeniería conceptual” consistente en no haberse tenido en cuenta en el diseño estructural del horno la necesidad de una adecuada cantidad de agua destinada a la refrigeración, cantidad que ni siquiera en el momento del accidente estaba el asegurado en condiciones de proveer para la operación del horno.

¿Podrá constituir culpa grave del asegurado el error de concepto en el diseño o en las reparaciones del horno que provoquen a su vez la fractura del recipiente por excesiva corrosión de las paredes internas destinadas a impedir el contacto del material en estado de fusión con el acero que constituye la pared exterior del horno, así este error esté a su vez animado por la soberbia, la jactancia o la personal experiencia en el manejo de esa especie de hornos, como lo pretende el apoderado de las aseguradoras?

Nadie pudo dentro del proceso dar al tribunal una convicción acerca de la imprudencia, impericia o descuido con que el asegurado condujo la operación del horno con anterioridad al derrame de material en fusión, así hubieren dado su concepto técnicos y expertos llamados a declarar por una parte o la otra, nacionales o extranjeros. Si el error grave es, al compás de una concepción más vulgar que jurídica, una equivocación grosera, torpe, si resulta de una conducta abiertamente opuesta a las que correspondía emplear, justamente lo que no se comprobó en el proceso arbitral fue que el asegurado en la operación del horno hubiera incurrido en tal equivocación.

Cerro Matoso procedió en la reparación del horno de junio y julio de 1985 a las que estimó que eran mejoras sustanciales que permitirían “campañas” más largas de 5 a 7 años entre las reparaciones periódicas voluntarias y que permitirían aumentar la potencia del horno y su productividad. Fue una reparación muy onerosa, hecha a su propio costo, y después de consultar a expertos de altas calificaciones internacionales, previos largos estudios y experimentos, dirigidos por una comisión de expertos, que no puede descalificarse, así hubieran podido incurrir en errores que solo aparecieron como experiencia dejada por el accidente. No sobra de paso observar que aún el mismo experto, señor Persson, cuyo testimonio invocan las aseguradoras, fue consultor de Cerro Matoso y no se opuso a la reparación.

Las culpas graves invocadas por las aseguradoras, como el cambio de material refractario, el proceso de calentamiento del horno después de la reparación, el exceso de potencia del mismo y la ausencia de termocuplas, fueron descartadas por los peritos como causas determinantes del accidente, pues este se produjo a juicio de ellos por falta de refrigeración adecuada, por los excesivos espacios en las juntas de dilatación y por algunas circunstancias adicionales como la existencia de huecos en la coraza del horno, por la eventual mala calidad del refractario o, como lo agrega el informe Jardine, por el movimiento de la concha.

Además, aparece del dictamen de los peritos que Cerro Matoso cumplió las instrucciones de los fabricantes respecto al revestimiento, a las juntas de dilatación, así como del calentamiento del horno y de su potencia. Outokumpu no señaló las necesidades de refrigeración adecuada, sino después del accidente, cuando ellas se corrigieron. La falta de las termocuplas se explica por el nuevo diseño del horno y aunque ellas hubieran sido de utilidad plausible, el hecho de no haberlas instalado no puede llegar a calificarse como una culpa grave asimilable al dolo y como causa del siniestro, pues su existencia tampoco impidió el accidente de noviembre de 1983.

5. Aviso de modificaciones

Como se vio atrás, las aseguradoras al objetar el reclamo, y su apoderado en el alegato de conclusión, sostienen que la circunstancia de que Cerro Matoso no hubiera informado por escrito a las aseguradoras, dentro de los sesenta (60) días de iniciada la reparación del horno, sobre los cambios que se introducirían, hizo perder al horno el amparo del seguro de incendio, según la póliza INC 32372.

En tal sentido señalan que en la reparación del horno hecha en los meses de junio y julio de 1985, se introdujeron modificaciones sustanciales, especialmente las consistentes en el cambio del material refractario de magnesita por

el de cromo-alúmina, y en el sistema de refrigeración, mediante la introducción de las láminas de cobre, y concluyen:

“A este propósito, debe observarse que según establece la condición novena, punto 6, de la póliza de incendio, el amparo que ella otorga por los riesgos asegurados que contempla, se extiende automáticamente a cubrir los bienes asegurados que el asegurado voluntariamente altere, a condición de que este notifique por escrito a la aseguradora sobre el hecho de la alteración dentro del plazo de sesenta días calendarios contados a partir de la iniciación de la alteración (fl. 56 cdno. 2).

Al respecto anota el tribunal:

Según se ve en los anexos INC-25131 y LC-716 de 3 de junio de 1985, las pólizas respectivas fueron prorrogadas por 30 días desde su fecha de vencimiento, o sea que el vencimiento se postergó para el 30 de junio siguiente. Pero en la misma fecha en que se pactó la prórroga de cada póliza, se acordó también una modificación del contenido de las mismas en punto afectado por su correlatividad: se excluyó del amparo o cobertura propios de cada una el “derrame del material en fusión”, conforme se lee en los citados anexos.

Vencidas las prórrogas aludidas, con fecha 2 de julio siguiente las pólizas en referencia fueron objeto de sendas renovaciones para el período comprendido entre el 1º de julio de 1985 y el 1º de junio de 1986, renovaciones que se hicieron constar en los anexos INC-01/03727 y LC-02/00047. Y en la misma fecha de las renovaciones aludidas, el 2 de julio como se dejó dicho, tales pólizas fueron nueva y paralelamente modificadas en el sentido de incluir en su cobertura o amparo, con retroactividad al 30 de junio, el “derrame del material en fusión”, bajo los mismos términos y condiciones en que ese amparo había venido figurando desde un principio, es decir, antes de ser abolido en la reforma de 3 de junio, y así se hizo constar en los anexos INC-25198 y LC-717.

Vale decir, pues, que durante el mes de junio de 1985 estuvo desprovisto de los amparos de las pólizas en referencia, el riesgo definido en ellas como “derrame de material en fusión”.

Ahora bien, coincidiendo precisamente con ese mes de junio de 1985, Cerro Matoso inició obras en el horno eléctrico consistentes, de un lado, en sustitución por ladrillo de cromo-alúmina del de magnesita de la pared interna del horno, en la zona de escoria o interfase; y, de otro, en sustitución del sistema de refrigeración exterior del horno, por otro interior con circulación de agua a través de bloques de cobre.

Con apoyo en estas reformas al horno y en lo dispuesto a propósito de ampliaciones y reparaciones de los bienes asegurados en la condición novena, punto 6, de la póliza de incendio, como ya se dijo, las compañías aseguradoras montaron una de las razones que adujeron para objetar la reclamación que les formuló Cerro Matoso, en solicitud del pago de los seguros. Efectivamente, en su comunicación fechada el 5 de diciembre de 1986, el presidente de La Andina, en su condición de administrador y líder del grupo de aseguradoras, expuso sobre el particular lo que a continuación se transcribe, reiterado también en el presente proceso:

“La obra iniciada por esa empresa el 4 de junio de 1985 consistente en el cambio del material refractario del horno eléctrico por otro de distintas características, constituye por sí misma una alteración en el bien asegurado”.

“A este propósito debe observarse que, según establece la condición novena, punto 6, de la póliza de incendio, el amparo que ella otorga por los riesgos asegurados que contempla se extiende automáticamente a cubrir los bienes asegurados que el asegurado voluntariamente altere, a condición de que este notifique por escrito a la aseguradora sobre el hecho de la alteración dentro del plazo de sesenta días calendario contados a partir de la iniciación de la alteración”.

“Vale decir que, en este caso concreto, esa compañía debió hacer notificado por escrito a la aseguradora sobre el hecho de la alteración al horno en el lapso comprendido desde el 4 de junio de 1985 hasta el 3 de agosto del mismo año, inclusive. Es la estipulación de la póliza, y tiene fuerza obligatoria para los contratantes”.

“Es clara la póliza al establecer que si, transcurridos los sesenta días de plazo para efectuar la notificación escrita que ella prevé esta no se ha producido, el bien alterado queda por fuera de la cobertura otorgada por la póliza”.

“Así las cosas, y habida cuenta que Cerro Matoso S.A. no notificó por escrito a la aseguradora de la alteración de que era objeto el horno eléctrico por virtud de la obra iniciada el 4 de junio de 1985 dentro del plazo que terminó el 3 de agosto de 1985, es claro que el día 13 de agosto de 1985 tal horno eléctrico no constituía un bien asegurado bajo los términos de la póliza INC-32372 y, por consiguiente, los daños que en tal oportunidad pudiera haber sufrido no son responsabilidad del asegurador”.

Pues bien, planteada la cuestión a que ahora se hace referencia en los términos que se dejan transcritos, este tribunal se apoya en las siguientes razones para desechar la defensa que con ella invocan las aseguradoras.

A. En efecto, como fácilmente se advierte haciendo la correspondiente comparación de fechas, si las reformas al horno fueron adelantadas en el período en que no existía amparo por derrame de material en fusión, parece obvio que en lo que a ese riesgo respecta, que es el que aquí interesa, no pudo Cerro Matoso haber infringido la condición novena, punto 6 de la póliza de incendio. Reincorporado ese mismo riesgo a la póliza, a partir del 1º de julio, solo desde esta fecha entró a quedar sometido a la condición en referencia, y no le es aplicable lo ocurrido con anterioridad. Cuando ocurrió el accidente no habían transcurrido los sesenta (60) días desde la vigencia del amparo de ese riesgo, que solo vencía el 2 de septiembre.

B. Por otra parte, hablando ya con proyección sobre el contenido total de las pólizas, y partiendo de la base de que las obras de reparación del horno se ejecutaron con anterioridad a la fecha de renovación de los seguros, y además bajo el entendido de que “renovación” no significa “prórroga” de contrato anterior, sino celebración de contrato nuevo, jurídicamente distinto, así su contenido coincida con el de otro precedente y se celebre entre las mismas partes, no cabe duda acerca de que lo que eventualmente haya podido afectar el contrato anterior, no habría de tener repercusión sobre el nuevo, destinado como estaba a regular solo situaciones y relaciones posteriores a su perfeccionamiento.

Siendo de anotar, adicionalmente, que no se advierte cómo una transgresión contractual que estaba potencialmente llamada a culminar, en su más grave consecuencia, con la terminación del respectivo contrato o de un efecto suyo, pueda ser compatible con un nuevo contrato entre las mismas partes cuyo contenido sea repetición del anterior. Lo menos que puede significar el nuevo contrato, es que él produce una especie de amnistía (indulto) de las transgresiones del anterior, y la apertura de un período de paz contractual entre las partes. Lo anterior tanto más cuanto que, como ocurrió en el caso de autos, presumiblemente los aseguradores tuvieron conocimiento de las obras que Cerro Matoso adelantaba en el horno, según lo expresaron en sus respectivas declaraciones los testigos John Phillips (fl. 148 cdno. 2) y Jorge Marmorek (fl. 204 cdno. 2).

B. Póliza de lucro cesante

1. Vinculación de la póliza de lucro cesante a la de incendio

En relación con esa póliza se hace necesario analizar su vinculación con la póliza de incendio y la circunstancia de saber si para su efectividad se requiere que las aseguradoras hayan reconocido o pagado el seguro principal asegurado.

El párrafo 1º de la condición primera de la póliza de lucro cesante dispone:

“Para los efectos del amparo otorgado por la presente póliza, es condición que en el momento de presentarse el “daño” de la propiedad del asegurado en el establecimiento, su interés en la misma esté asegurado bajo póliza contra incendio y/o rayo y que la compañía o compañías que lo hayan asegurado bajo dicha póliza hayan pagado o reconocido su responsabilidad con respecto a él...”.

En el “acta de desarrollo de la cláusula compromisoria” sometió al tribunal de arbitramento el siguiente punto:

“2. Que, así mismo, se declare la ineficacia o subsidiariamente la nulidad absoluta o, subsidiariamente, la nulidad relativa, o subsidiariamente, la inaplicabilidad de la primera de las cláusulas de las condiciones generales de la póliza de seguro de lucro cesante LC-1266, en aquella parte según la cual “para los efectos del amparo otorgado por la ... póliza, es condición ... que la compañía o compañías ... hayan pagado o reconocido su responsabilidad con respecto a él “bajo la póliza contra incendio 32372”.

Cerro Matoso ha sostenido, a través de su apoderado en este proceso arbitral, que la transcrita cláusula de la póliza de lucro cesante es nula, resulta inválida o no es eficaz para regir las relaciones entre las partes, porque sujeta la obligación del asegurador a una condición que depende de su mera voluntad cual es la de que esté el interés del asegurado amparado por póliza de incendio o rayo, y haya el asegurador pagado o reconocido su responsabilidad con respecto a esta póliza. Precisa así Cerro Matoso que si la obligación del asegurador del lucro cesante se funda en el hecho de reconocer o pagar el seguro de incendio o rayo, aquella obligación queda dependiendo de ese reconocimiento o pago, o sea de hechos del asegurador que deja en sus manos el nacimiento del débito a su cargo, particularmente en el caso de que sean unos mismos los aseguradores de todos los riesgos.

Por el contrario, las aseguradoras, a través también de su apoderado, sostienen “que no se trata de una condición puramente potestativa, que pudiera afectar su validez, como quiera que no hay ninguna posibilidad de que en ni el pago de la indemnización ni el reconocimiento de la responsabilidad por un seguro, sean resultados que dependan exclusivamente del arbitrio del asegurador deudor, y baste tener en cuenta que el asegurado en desacuerdo tiene franco acceso a la jurisdicción para que esta la establezca” (fl. 434 cdno. 1).

Y agregan las aseguradoras, como explicación y antecedentes del tenor de la cláusula, que llamada ella en el Reino Unido “condición de daño material” y siendo de uso común, “...el objeto primordial de esta condición es garantizar que el asegurado tendrá capacidad financiera para subsanar cualquier daño que haya sufrido su propiedad, edificios o elementos. De otra manera, el restablecimiento de un negocio podría dilatarse o hacerse imposible y en ese evento parte de la pérdida consecuencial no tendría como causa próxima el daño, sino la carencia del asegurado de medios financieros para rehabilitarlo...”.

El argumento central para negar validez, eficacia o efecto vinculante a la “condición de daño material”, contenida en esta cláusula, es para el asegurado el que ella sujeta el nacimiento de la deuda del asegurador a la ulterior voluntad del mismo asegurador, o sea que es expresiva la cláusula de una típica condición “*si volueris*” que hace nula la obligación al tenor de la regla especial del artículo 1535 del Código Civil, aplicable en materia mercantil por expresa referencia del artículo 822 del Código de Comercio.

No parece ser este el momento para hacer profundas reflexiones o lucubrar alrededor del concepto que esa norma expresa. Baste que ella repudia el que la obligación pueda quedar diferida en su nacimiento a la sola voluntad del deudor, así como que en nada se afecta la obligación si la condición de la cual depende consiste en un hecho voluntario de su parte, del acreedor, de ambos y aún de un tercero.

Pero será que la llamada por los aseguradores “condición de daño material” ¿equivale a hacer depender el nacimiento de la obligación del asegurador, en el seguro de lucro cesante, de la mera voluntad del asegurador? ¿Equivaldrá esta condición a una “*si volueris*”?

Examinado, en primer lugar, el texto de la cláusula, no resulta nítida la equivalencia entre una y otra. Ella no dice, en verdad, que en el seguro de lucro cesante el asegurador se obliga si así lo quiere, sino que para que opere el seguro de lucro cesante es requisito indispensable que los bienes materiales no solo estén asegurados contra los riesgos de incendio y rayo, sino que el accidente que constituya la causa de la interrupción del negocio del asegurado, constituya siniestro a la luz de aquel contrato.

¿Y será que el reconocimiento y pago de un seguro es materia que depende exclusivamente de la sola voluntad del asegurador?

El tribunal no lo cree así. Superficialmente examinado el punto, parecería que aceptar y pagar un seguro depende del arbitrio del asegurador. Es esta la opinión del común, pero no puede ser ella la docta que impone y preside la solución del juez.

En efecto, en todo seguro la obligación del asegurador está sujeta a una condición que la ley ha considerado suspensiva y que consiste en que ocurra el siniestro, esto es, que se realice el riesgo asegurado, tal como haya asumido por el asegurador, dibujado por él, descrito a su antojo, precisado, entonces sí, a su arbitrio. Pero esta descripción del riesgo asumido por el asegurador constituye a su vez el marco de su responsabilidad en frente del asegurado, marco que ni aquel ni este pueden desconocer ni sobrepasar porque resulta del acuerdo de voluntades

que, animado por diversos motivos, tiene por finalidad el otorgar una protección a cambio de un precio. El asegurador, por tanto, no puede desconocer el alcance de su responsabilidad, delimitada por la descripción del riesgo que asume, sino violando el contrato. Y si bien toda violación de un contrato por sí misma es ilícita, como que el acuerdo crea la regla de conducta a la cual se someten las partes y prometen cumplirla, y si el incumplimiento no es nada distinto del desconocimiento de aquella regla de conducta, no todo incumplimiento de esa regla de conducta resulta ser intencional, ni en todos es meramente culposa, porque en muchos lo que ocurre ciertamente es que el incumplido habrá querido el resultado, en otros lo habrá previsto, mas no buscado, y en otros, en fin, el resultado le será imputable tan solo como simple consecuencia de la técnica jurídica, apoyada en presunciones que permiten suponer que el no alcanzar el fin prometido por el deudor es porque en alguna debilidad ha incurrido.

La idea, pues, de que reconocer y pagar la indemnización que surge a cargo del asegurador, por la ocurrencia de un siniestro, es un acto puramente potestativo del asegurador, equivale a entender que la obligación del asegurador está también sujeta en su nacimiento a una condición puramente potestativa: la de que quiera hacer ese reconocimiento y pago; y no la de que esté a ello obligado conforme a la ley y al contrato, como es la realidad jurídica y material en el contrato de seguro, en el que esa obligación nace de la realización del riesgo asegurado, esto es por la ocurrencia de la condición en que consiste el siniestro.

El tribunal observa que respecto de la póliza de incendio es obvio que las aseguradoras no pueden rechazar el pago del siniestro sino por la no existencia del amparo y que cualquier controversia al respecto tiene que ser decidida por el juez.

Ahora bien, establecido por el tribunal de arbitramento que ocurrió el riesgo amparado por la póliza de incendio, es obvio que esta declaración tiene que producir efecto en este (sic) aseguradoras objetaron inicialmente, sin razón, el reclamo sobre la póliza de incendio. Por todo lo anterior la interpretación razonable de esta estipulación es la de que la póliza de lucro cesante requiera que el hecho causante de la suspensión del negocio esté asegurado y se reconozca la procedencia de la indemnización, sea por el asegurador mismo o por el juez o tribunal de arbitramento que declare que el riesgo está asegurado bajo la póliza de incendio y que ocurrió el siniestro.

C. Monto de la indemnización según las dos pólizas

1. Forma de cálculo

El monto de la indemnización corresponde a los dos conceptos generales consagrados en el Código Civil sobre daños y perjuicios, a saber: a) el daño emergente y b) el lucro cesante. En materia de seguros estos dos conceptos tienen modalidades especiales y en el presente proceso su indemnización está amparada por dos pólizas diferentes, a saber, la de daño, o sea la INC-32372, que ampara los riesgos de incendio y/o rayo y derrame del material de fusión, y la LC-1266, de lucro cesante o interrupción del negocio. Ambas amparan los mismos riesgos aunque presenten modalidades de redacción y en el presente caso el que se invoca es el de derrame de material en fusión.

Como se dejó ya aclarado, las dos pólizas están vinculadas entre sí en el sentido de que la indemnización por lucro cesante está condicionada a que el riesgo esté amparado por la póliza de incendio y a que proceda la indemnización prevista por esta última póliza por haberse producido el siniestro. El tribunal estima que la interpretación de dicha cláusula permite concluir que lo fundamental reside en que, sea la propia aseguradora o el juez competente, en nuestro caso el tribunal de arbitramento, quien declare que procede la indemnización amparada por la póliza de daño, dado que en ningún caso está al arbitrio del asegurador denegar la deuda a su cargo, cuando ha sucedido el evento cubierto por ella. Menos puede hacerlo cuando entre las razones aducidas para ello está la de que el daño amparado por las pólizas fue inferior al deducible, pues la excepción no se aplica en este caso, según estipulación expresa de la póliza.

Procede el tribunal a analizar los daños amparados por las respectivas pólizas.

a) Daño emergente amparado (póliza inc. 32372)

Observa el tribunal que según lo expresado en la primera parte de este laudo, sobre ocurrencia del siniestro, ha de considerarse que existe derrame del material en fusión desde el momento en que la escoria en estado líquido atacó

física y químicamente la pared del material refractario y el bloque de cobre, pues estos elementos forman parte del continente del material en fusión. Por este aspecto, la destrucción parcial del refractario y del bloque de cobre, aunque se encuentren dentro del horno, forman parte de los bienes afectados por el derrame del material en fusión.

Tales bienes están amparados por la póliza y no están excluidos.

En efecto, la póliza:

“Ampara, con sujeción a sus condiciones, los bienes de propiedad del asegurado o de terceros por los cuales sea responsable, que al momento de ocurrir un siniestro amparado, se hallen dentro de los predios de las plantas o dependencias que se relacionan más adelante, bienes que consisten principalmente en edificios, estructuras, instalaciones y servicios, maquinaria y equipo, equipo de transporte, muebles, enseres y equipos de oficina, otros bienes y existencias de materiales (no excluidos más adelante), accesorios y repuestos, de acuerdo con la relación de predios y valores que forman parte de la póliza”.

“Sistemas de generación y redes de transmisión de energía de propiedad de Cerro Matoso S.A.”.

“Plantas de tratamiento de agua potable, tuberías y tanques de almacenamiento y distribución, así como tuberías, equipos y planta de tratamiento para el sistema de drenaje y aguas negras”.

“Gasoducto de propiedad de Cerro Matoso S.A.” (resalta el tribunal).

Tales bienes no están excluidos, pues no se trata de “la pérdida del material escapado, ni el costo de la remoción o de recuperación de tal material ni el de reparación de los defectos que hubieran dado lugar al escape accidental”. Respecto de este último punto el tribunal ha considerado, con fundamento en el dictamen pericial, que el material escogido para formar las paredes del refractario en la reparación de junio y julio de 1985, no fue causa determinante del accidente. Las causas principales del accidente fueron, según los peritos, la falta de refrigeración adecuada de los bloques de cobre y, consiguientemente, del refractario, así como las amplias juntas de dilatación entre los ladrillos del refractario que permitieron la infiltración del material en fusión por entre dichas juntas. Según el mencionado dictamen, los distintos tipos de material de revestimiento presentan ventajas e inconvenientes; ninguno es inmune al ataque fisicoquímico de la escoria o el metal fundido cuando no están suficientemente refrigerados, y cualquiera puede ser utilizado cuando existen sistemas de enfriamiento adecuados.

Tampoco se trata de los otros bienes excluidos en las excepciones correspondientes, o sea: vehículos o equipos de transporte, las embarcaciones, aeronaves, la materia prima, las vías de acceso, el equipo móvil.

Ya se analizó cómo la afirmación del apoderado de las aseguradoras de que el refractario está excluido de la póliza carece de todo fundamento en ella. La carta de Cerro Matoso es que aquel se basa, se refiere a un caso en que el asegurado reconoció que el refractario había sido la causa de un siniestro.

El valor de los daños amparados por la póliza de incendio, calculados por los primeros peritos doctores Jorge Ramírez Ocampo y Werner Zitzman, debidamente certificados por el auditor señor Alberto Paz y aceptado por los segundos peritos, doctores Horacio Ayala Vela y Luis Augusto Murcia Caro, es la cantidad de US\$ 1.143.589, de la cual se sustrae el deducible de US\$ 200.000, lo que da un neto de US\$ 943.589.

Es oportuno tratar aquí algunas de las cuestiones suscitadas por el apoderado de las aseguradoras en relación con el punto de saber si algunos de los costos de la reparación no correspondían propiamente a daños causados por el accidente, sino a mejoras introducidas al horno. La cuestión relacionada con eventuales demoras en la reparación, también planteadas por el mencionado apoderado, corresponde a aspectos de la póliza de lucro cesante y al período de suspensión del negocio y será tratada en su lugar.

A este propósito anota el tribunal que, en principio, la reparación del horno tiene que hacerse para dejarlo en perfectas condiciones de funcionamiento. Establece si algunas de tales obras no constituyen reparación sino mejoras habría requerido una prueba concreta al respecto, no solo en cuanto a saber qué trabajos habrían consistido en mejoras, sino a establecer su valor. Estos elementos no fueron objeto de los dictámenes periciales técnico ni contable, ni se les formularon a los peritos preguntas al respecto.

El tribunal no puede ahora entrar a discriminar, entre las obras de reconstrucción del horno cuáles corresponden a reparación y cuáles a mejoras, como lo pretende en su alegato final el apoderado de las aseguradoras.

b) Lucro cesante amparado (póliza L.C.1266)

La póliza LC-1266 sobre suspensión del negocio, cuyas cláusulas se transcribieron atrás en lo relacionado con el amparo y la condición de que el hecho estuviera asegurado por la póliza de incendio, trae una minuciosa reglamentación sobre la forma como se deben calcular los perjuicios causados por la interrupción del negocio. Al respecto la condición sexta de la mencionada póliza dispone:

“1. La compañía indemnizará al asegurado la pérdida de utilidad bruta causada únicamente por la disminución de los ingresos y el aumento de los gastos de funcionamiento”.

“El monto de la indemnización se establecerá en la siguiente forma:

“a) Con respecto a la disminución de los ingresos del negocio: la suma que resulte de aplicar el porcentaje de la utilidad bruta, al monto en que a consecuencia del “daño”, se hubieren disminuido los ingresos normales del negocio, durante el período de indemnización”.

“b) Con respecto al aumento de los gastos de funcionamiento: los gastos adicionales en que necesaria y razonablemente incurra el asegurado con el único propósito de evitar o reducir la disminución de los ingresos normales del negocio que hubiere ocurrido durante el período de indemnización, si tales gastos no se hubieren hecho, pero sin exceder, en ningún caso, en total, la suma que resulte de aplicar el porcentaje de utilidad bruta al valor de la rebaja evitada por tales gastos”.

“Se deducirá cualquier suma economizada durante el período de indemnización con respecto a aquellos costos y gastos del negocio que hayan podido suprimirse o reducirse a consecuencia del “daño””.

2. Para todos los efectos del presente seguro, los términos que se mencionan enseguida, tienen el significado que aquí se les asigna.”

“a) Año de ejercicio:

Significa el año que termina el día en que se cortan, liquidan y fenecen las cuentas anuales en el curso ordinario del negocio”.

“b) Utilidad bruta

Es el monto por el cual los ingresos del negocio y del valor del inventario al fin del año de ejercicio, excede la suma total del valor del inventario al comienzo del mismo año de ejercicio más el valor de los gastos específicos de trabajo”.

“**Nota:** Para llegar a los valores de los inventarios, se tendrá en cuenta el sistema contable que utilice el asegurado aplicando las respectivas depreciaciones”.

“c) Gastos específicos de trabajo:

1. Todas las compras (menos los descuentos otorgados).
2. Fletes.
3. Fuerza motriz.
4. Materiales de empaque.
5. Elementos de consumo.
6. Descuentos concedidos”.

“d) Ingresos del negocio:

Son las sumas pagadas so(sic) pagaderas al asegurado por mercancías vendidas y entregadas y por servicios prestados en el curso del negocio en el establecimiento”.

“e) Período de indemnización:

Es el período que empieza con la ocurrencia del “daño” y termina a más tardar 12 meses después del mismo y durante el cual los resultados del negocio están afectados a causa del “daño””.

“f) Porcentaje de utilidad bruta:

Es la relación porcentual que representa la utilidad bruta respecto a los ingresos del negocio durante el año de ejercicio inmediatamente anterior a la fecha del “daño””.

“g) Ingreso anual:

Es el ingreso durante los 12 meses inmediatamente anteriores a la fecha del “daño””.

“h) Ingreso normal:

Es el ingreso durante aquel período dentro de los doce (12) meses inmediatamente anteriores a la fecha del “daño”, que corresponda con el período de indemnización”.

Nota 1: “Para establecer el porcentaje de utilidad bruta, ingreso anual e ingreso normal, las cifras deben ajustarse, teniendo en cuenta las tendencias del negocio y las circunstancias especiales y demás cambios que le afecten antes o después del “daño” y también aquellos que le habrían afectado sino hubiera ocurrido el “daño”, de tal suerte que, después de ajustadas, las cifras representen hasta donde sea razonablemente posible, las que se hubieren obtenido durante el período correspondiente después del “daño”, si este no hubiere ocurrido...”.

De la mencionada cláusula resulta que deben tomarse en cuenta básicamente cinco factores, a saber:

a) El porcentaje de utilidad bruta.

b) El ingreso anual.

c) El período de indemnización.

d) El ingreso normal, o sea el ingreso anual que corresponde al período de indemnización.

e) Establecer si el porcentaje de utilidad (sic) el ingreso anual y el ingreso normal deben ajustarse teniendo en cuenta las tendencias del negocio y las circunstancias especiales.

Procede el tribunal a analizar los expresados factores.

i. Porcentaje de utilidad bruta

El porcentaje de utilidad bruta según el reclamo de Cerro Matoso era del 67.81%. Los peritos doctores Ramírez Ocampo y Zitzman calcularon, en primer lugar, el porcentaje de “utilidad bruta” con base en el año del ejercicio inmediatamente anterior a la fecha del año, que fue del 1º de enero al 31 de diciembre de 1984, teniendo en cuenta los “gastos específicos enumerados en la póliza”.

El porcentaje calculado por Cerro Matoso fue reajustado por los mencionados peritos al 67.36%, por cuanto excluyeron de la producción algunas cantidades que había incluido Cerro Matoso. Cerro Matoso pidió aclaración sobre ese porcentaje, pero los peritos no la aceptaron y el asegurado no objetó el dictamen.

Los segundos peritos, doctores Ayala Vela y Murcia Caro, ratificaron el cálculo del porcentaje de utilidad bruta hecho en el dictamen original por los doctores Ramírez Ocampo y Zitzman, con base en la producción del año fiscal anterior al accidente, del 1º de enero al 21 de diciembre de 1984.

Para ello se fundan en las disposiciones de la póliza. Descartan la posibilidad de tomar en cuenta el año anterior al año (ago. 12/84 a ago. 12/85), no porque los datos correspondientes de los balances de prueba de Cerro Matoso no sean confiables, sino porque la póliza se remite en esta materia a balances aprobados y ellos solo son los que se producen a 31 de diciembre de cada año. Anotan que lo propio sucedería a cualquier otra empresa que corte su ejercicio fiscal en 31 de diciembre.

Por la razón anterior, mantienen el porcentaje de utilidad bruta que calcularon los peritos originales, doctores Ramírez Ocampo y Zitzman, en la cifra del 67.36%.

El apoderado de las aseguradoras, en el punto 33 de su alegato (fl. 487 cdno. 1), comenta el índice de utilidad bruta, no critica el sistema empleado para calcularlo, pero observa que dicho margen puede estar afectado por cambios anteriores o posteriores al daño, por las condiciones del comercio en los precios de las cosas, el costo de los salarios, etc.

Campos y Stratis en la opinión dada al apoderado de las aseguradoras con fecha 5 de abril de 1989, que este acompañó a su alegato, dicen al respecto que utilizaron los costos variables de los propios documentos de Cerro Matoso S.A. para llegar al porcentaje de utilidad bruta y se refieren a los estados financieros mensuales de Cerro Matoso S.A. (punto 2 letra a). Luego, en varios puntos, como en las letras c) y d), alude a los mencionados balances mensuales. Finalmente, se refieren a los ajustes correspondientes a la baja del precio del níquel en el mercado mundial.

El tribunal considera que ambos grupos de peritos, en los dos dictámenes, tienen razón al tomar como base para calcular el porcentaje de utilidad bruta el año fiscal anterior, cortado el 31 de diciembre de 1984, porque esa es la regla de la póliza cuando lo define en la letra b) de la condición sexta así: “es el monto por el cual los ingresos del negocio y del valor del inventario al fin del año de ejercicio, excede la suma total del valor del inventario al comienzo del mismo **año de ejercicio...**”. Además, el “año de ejercicio” está definido en la letra a) de la citada condición sexta así: “significa el año que termina el día en que se **cortan, liquidan y fenecen las cuentas anuales en el curso ordinario del negocio** (resalta el tribunal).

Es obvio que el año de ejercicio corresponde al año en que se fenecen y aprueban las cuentas anuales de la empresa y ello ocurre normalmente a 31 de diciembre de cada año, cuando se aprueban el balance y los inventarios, salvo en aquellas empresas que tienen ejercicios semestrales, que no es el caso de Cerro Matoso. Como lo anotan los peritos Ayala y Murcia, esto no significa que no sean confiables los balances mensuales de prueba de Cerro Matoso, sino que ellos no están cortados, liquidados ni fenecidos, como lo manda la póliza, y que lo mismo ocurre con cualquier otra empresa que corte y apruebe sus balances anualmente.

En relación con la baja del precio de níquel, más adelante, al tratar específicamente tal tema, se establecería su influencia en el cálculo del porcentaje de utilidad bruta.

ii. Ingreso anual

A diferencia del porcentaje de utilidad bruta, que se calcula con fundamento en el año de ejercicio, que como se ha dicho es aquel en que las cuentas anuales se cortan, liquidan y fenecen en el curso ordinario del negocio, el “ingreso anual” es “el ingreso durante los doce (12) meses inmediatamente anteriores a la fecha del “daño” (letra g), con base en las “sumas pagadas o pagaderas al asegurado por mercancías vendidas y entregadas y por servicios...” (letra d).

Aquí se trata del año calendario anterior al accidente, o sea, en nuestro caso, del 13 de agosto de 1984 al 12 de agosto de 1985.

Cerro Matoso en su reclamo y los primeros peritos, no tomaron como base ese año. Calcularon el níquel dejado de producir durante el período comprendido entre el 13 de agosto de 1985, fecha del accidente, y el 12 de agosto de 1986, (esto es, el año completo posterior al accidente), “tomando en cuenta la producción real frente a la producción planeada para el mismo período”; de esa cantidad dedujeron la producción realizada durante tal año, para encontrar la cantidad de níquel dejada de producir. Llegaron así a la conclusión de que el lucro cesante es igual a la cantidad de níquel dejada de producir durante el año posterior al daño multiplicada por el porcentaje de

utilidad bruta, lo que da según los peritos la cantidad de US\$ 24.327.738.

En la aclaración a la solicitud del apoderado de las aseguradoras, en su segundo trabajo, presentado el 7 de julio de 1988, los primeros peritos aceptaron la observación de que la base del cálculo no debe ser el níquel dejado de producir, sino la cantidad en que se hubieran disminuido los ingresos normales del negocio; por este motivo, revisaron sus cálculos para que se reflejara el desfase de tiempo y de precios entre la producción y la venta de aproximadamente un mes.

Sin embargo, presentaron una alternativa, la número 3, para el evento de que el tribunal llegara a considerar que la base de comparación para determinar el lucro cesante no sea la producción planeada sino el ingreso normal, es decir durante los 12 meses inmediatamente anteriores a la fecha del daño. Para este caso revisaron sus cálculos, los cuales darían un lucro cesante de US\$ 22.300.000. Observan que los resultados obtenidos concuerdan con aquellos a que habían llegado con la base original.

Los segundos peritos descartaron el procedimiento empleado por los primeros y rechazaron el sistema de calcular el lucro cesante utilizado por Cerro Matoso y por los primeros peritos. En su dictamen anotan que Cerro Matoso utilizó en su reclamación para calcular el lucro cesante, las cifras de la producción que esperaba obtener a partir de la reparación del horno, que se había proyectado para el mes de mayo de 1985, y que se realizó solo en junio de ese año. Observan que las directivas de Cerro Matoso, en septiembre de 1984, planearon la producción de los años siguientes, hasta 1991. Para 1985 la producción del horno eléctrico la estimaron en 33.903.000 ls.; para 1986, en 48.132.000. Dichos cálculos fueron revisados, para el presupuesto de 1986, el 1º de noviembre de 1985, oportunidad en que la estimación se redujo a 43.861.000 libras y que, finalmente, las directivas de Cerro Matoso hicieron una nueva revisión del presupuesto el 18 de noviembre de ese año y la calcularon en 39.586.000, revisión que fue aprobada por la junta directiva el 20 de enero de 1986.

Dicen que la “producción esperada” puede ser calculada, estimada, presupuestada o programada, que se base en factores de producción. Analizan lo que es el presupuesto, como un elemento de la producción y especialmente de control para verificar las causas de la desviación de la producción real.

Anotan que las cifras del presupuesto planeado en 1984 para 1985, hasta el accidente, presenta una diferencia con la producción real de tolerancia aceptable; pero que el cálculo para 1986 presenta desviaciones permanentes superiores en todos los meses en más del 25%.

Los cálculos para 1986, que podían ser confiables en 1984, debían adecuarse a las nuevas circunstancias y la empresa los revisó en noviembre de 1985. Lo anterior, porque la producción planeada para 1986 tuvo en cuenta el proyecto de modificación del horno para mejorarlo y aumentar su producción.

La producción presupuestada para 1987 fue menor y se basó en la producción real anterior. Así, las coincidencias del presupuesto y la producción para los años de 1984 y 1985, hasta la parada del horno, son lógicas y de resultados realistas, los mismo que la de 1987. Pero en el presupuesto hecho en 1984 sobreestimaron la producción de 1986.

Los nuevos peritos no hacen sus cálculos basados en el presupuesto ni en la producción planeada, sino en la producción real correspondiente al año inmediatamente anterior al daño. No utilizaron ni la mayor producción planeada como consecuencia de la mejora del horno, esperada para después de la reparación de junio de 1985, ni la disminución que resultó de la baja de la potencia del horno efectuada después del accidente.

El tribunal considera que este es el procedimiento adecuado, según la póliza, para calcular los “ingresos del negocio” y el “ingreso anual”, el cual sirve como base para calcular el “ingreso normal” que corresponde al período de indemnización.

Como el ingreso anual debe calcularse con base en el valor de los ingresos provenientes de las ventas de la producción del año anterior, los peritos se encontraron con la circunstancia de que los dos (2) últimos meses de dicho año, junio y julio de 1985, el horno había estado parado por la reparación mayor efectuada entonces. Para calcular esa producción tomaron en su primer dictamen las correspondientes a los meses de junio y julio de 1986, respectivamente. En la aclaración del dictamen sustituyeron estos valores por los correspondientes al promedio de

las ventas de los doce (12) meses anteriores en que hubo producción, esto es, de mayo de 1985 a junio de 1984.

El tribunal encuentra que este último procedimiento no es el adecuado, por cuanto la póliza ordena tener en cuenta las cifras correspondientes tan solo al año inmediatamente anterior, en el lapso que corresponde al período de indemnización, razón por la cual para asignar los valores que corresponden a junio y julio de 1985 habrá de promediarse los datos obtenidos para los días anteriores al 14 de agosto de 1985, que corresponde al período de indemnización según se expresa más adelante, teniendo en cuenta el menor número de días que surge por la parada del horno.

iii. Período de indemnización

Se expresó atrás, que según la póliza, el período de indemnización es aquel en que el negocio ha sido afectado por el daño.

Respecto a ese período, las partes han invocado diferentes circunstancias para pretender que dicho período se amplíe o se restrinja.

Por un lado, Cerro Matoso, tanto en el reclamo como en el alegato apoderado, calculó el período de indemnización como el del año posterior al accidente, del 14 de agosto de 1985 al 13 de agosto de 1986, aunque con deducción del valor de la producción real de ese período. Este mismo procedimiento se utilizó por los primeros peritos economistas, doctores Ramírez Ocampo y Zitzman.

Las aseguradoras, por su lado, en estudios presentados, apoyados especialmente en el primero de Campos y Stratis y en la declaración del señor Elías E. Stratis, han sostenido que por haberse demorado injustificadamente Cerro Matoso en la reparación del horno, el tiempo de suspensión del negocio debía reducirse. Así, el señor Stratis propuso que este se limitara hasta el 31 de octubre de 1985. Igualmente el apoderado de las aseguradoras pidió a los peritos contables que hicieran sus cálculos hasta esa fecha.

El punto de las demoras se tratará en su lugar

Los segundos peritos contables doctores Ayala y Murcia, se abstuvieron de pronunciarse sobre la duración del período de indemnización, por estimar que él depende de elementos que corresponden decidir al tribunal. En consecuencia, calcularon el monto de la indemnización por lucro cesante mes por mes hasta un año, plazo señalado como máximo en la póliza.

Estima el tribunal que de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente y especialmente los “Highlights”, el horno recobró su normalidad en el mes de noviembre de 1985. En el cuadro presentado por los peritos, sobre reparación del horno aparece que la recuperación del horno terminó a finales de noviembre de 1985.

No sobra agregar que el concepto de Campos y Stratis presentado por el apoderado de las aseguradoras como parte integrante de su alegato, presenta dos cuadros, el número 1 con el período de indemnización hasta el 31 de octubre de 1985 y el número 2 hasta noviembre 30 de 1985. Los cuadros 3 y 4 están elaborados igualmente a 31 de octubre y a 30 de noviembre, respectivamente, pero modificando la producción prevista. Los anteriores conceptos pueden estimarse como aceptados implícitamente por el apoderado de las aseguradoras, ya que los presentó con su alegato y que la ley estima que tales conceptos equivalen a un alegato de la parte (CPC, art. 238).

Por lo anterior, el tribunal considera que el término de indemnización corresponde al lapso comprendido entre el 14 de agosto y el 30 de noviembre de 1985.

Con base en este tiempo, como suspensión del negocio, calculará el lucro cesante correspondiente.

iv. Ingreso normal

Según la póliza, el ingreso normal corresponde al ingreso anual durante el período de indemnización.

Los segundos peritos en su primer dictamen calcularon el ingreso normal mes por mes con la producción correspondiente al mes respectivo del año anterior al accidente. Dedujeron de la producción esperada la

producción real del mes. El resultado lo multiplicaron por el precio de venta del níquel en el mes siguiente.

El tribunal estima que el procedimiento adecuado no es el seguido por los peritos, sino el de considerar, como producción esperada, en cada mes, no la del mes correspondiente del año anterior sino el promedio de la producción en el lapso anterior de igual duración al del período de indemnización. Ello porque según la póliza, la producción del año anterior al accidente que determina el ingreso anual, habrá de tomarse por el término que corresponda al período de indemnización, para encontrar el ingreso normal. Así se liquidará.

v. Tendencias del negocio y circunstancias especiales de ajuste

Ambas partes se han fundado en la disposición de la expresa nota a fin de solicitar, sea un incremento, sea una disminución, del monto de la indemnización correspondiente a la suspensión del negocio.

Por una parte, Cerro Matoso, al formular el reclamo, y los primeros peritos financieros, doctores Ramírez y Ocampo y Zitzman Riedler, se fundaron en esta cláusula para basar sus cálculos en la planeación realizada por Cerro Matoso en 1984 con destino a los bancos acreedores, publicada en la “Financing Review” por el Chase Manhattan Bank N.A. Esta planeación partía de la base de considerar que las reformas que se proyectaban introducir al horno eléctrico en el mes de mayo de 1985, y que se efectuaron en los meses de junio y julio de ese año, producirían mejoras en el horno que darían por resultado el aumento de las “campañas” o sea el lapso entre las reparaciones voluntarias, e igualmente la posibilidad de aumentar la potencia energética del horno y por consiguiente la producción. Como se expresó atrás, las cifras de la producción planeada o esperada para después de la reparación del horno y especialmente para el año de 1986, no correspondieron a las previsiones de la empresa, según lo expresan los segundos peritos. Por ello Cerro Matoso modificó los presupuestos para los años de 1986 y 1987, pero el reclamo se formuló con base en las mencionadas cifras de la planeación de 1984, como producción esperada si no se hubiera presentado el daño.

El tribunal en el auto de fecha 7 de marzo de 1989, por medio del cual rechazó la objeción por error grave del dictamen de los primeros peritos, observó que la póliza no prevé que el “ingreso anual” y por lo tanto el “ingreso normal” se calculen con base en planes, programas, estudios de factibilidad, presupuestos, cálculos o conjeturas, especialmente cuando ellos no están respaldados por cifras de la producción. Tanto más, en el presente caso, cuando los presupuestos de Cerro Matoso fueron reajustados para acomodarlos a las realidades de la producción. No considera el tribunal que pueda tomarse como “tendencias del negocio”, las proyecciones hechas con base en proyectos cuya realización práctica no alcanzó los resultados esperados.

Por otra parte, las aseguradoras, por conducto de su apoderado y de sus consultores contables, especialmente la firma Campos y Stratis y el señor Elia G. Stratis, se fundan igualmente en la mencionada nota número 1 de la condición sexta para rebajar las cifras de la indemnización por lucro cesante con base en los siguientes factores: i) la reducción de la potencia del horno; ii) la baja del precio del ferróníquel en el mercado internacional; y iii) diversos factores de la reparación del horno eléctrico después del accidente del 13 de agosto de 1985 y en particular por demoras en dicha reparación.

A continuación el tribunal analiza cada una de estas circunstancias.

— Reducción de la potencia del horno

Sobre la reducción de la potencia del horno con posterioridad al accidente del 13 de agosto de 1985, ambas partes la han alegado como causa de la disminución de la producción. Cerro Matoso, como ya se dijo, ha sostenido que la baja de la potencia del horno fue consecuencia de una condición establecida como “garantía” por las aseguradoras, según instrucciones verbales y escritas dadas con posterioridad al accidente, confirmadas por el télex del 17 de febrero de 1986. Este télex, según el apoderado de Cerro Matoso, se limitó a confirmar órdenes verbales anteriores, en el sentido de no sobrepasar los 35 MW hasta la renovación de la póliza. A su turno, las aseguradoras dicen, en agosto de 1986, que se había sobrepasado el límite de 40 MW; los corredores comentan que se podría solicitar a las aseguradoras su aumento de 42 MW; y en marzo de 1987 las aseguradoras expresan que se cancelaría el seguro de rotura si se continuaba operando en exceso de la garantía máxima, y solicitan explicaciones.

El apoderado de Cerro Matoso saca la conclusión de que las aseguradoras son responsables de la disminución de la producción después del accidente y que, por consiguiente, la producción esperada habría sido la planteada en 1984, para 1986. De aquí infiere que esa producción planteada debe ser la base para calcular el lucro cesante, como lo hizo Cerro Matoso S.A. en su reclamo y como lo establecieron los primeros peritos. Dice al respecto: “Sea suficiente lo anterior para que ese honorable tribunal no limite el período de indemnización, como lo sugieren las aseguradoras, al mes de noviembre de 1985 sino que, conforme a las pruebas que se acaban de analizar, tal límite se señale al 12 de agosto de 1986, o sea al máximo estipulado en la póliza LC-1266” (fl. 291, cdno. 1).

Las aseguradoras, por su parte, sostienen que la reducción de la potencia del horno fue una medida de prudencia, adoptada desde el mes de noviembre de 1985 por las directivas de Cerro Matoso, como surge de los “Highlights”. Agregan que la expresada condición o garantía fue una recomendación que se hizo en relación con la póliza de rotura de maquinaria, y que, en consecuencia, no opera sobre la póliza de incendio y su complementaria de lucro cesante. Expresan que las compañías de seguros no pueden dar órdenes al asegurado y que solo este puede tomar decisiones relacionadas con la producción, ya que cuando no está de acuerdo con las condiciones establecidas por el asegurador, puede abstenerse de mantener el seguro y contratarlo con otra compañía.

El apoderado de Cerro Matoso ha redargüido que se trata de las mismas aseguradoras y de los mismos bienes asegurados, y que la condición o garantía impuesta respecto de un seguro sobre funcionamiento del horno, no puede dejar de tener consecuencias sobre los otros seguros que amparan el mismo horno.

Las aseguradoras concluyen que se debe reducir el porcentaje de utilidad bruta, el ingreso anual y el ingreso normal, de conformidad con la nota uno de la condición sexta de la póliza de lucro cesante, por tratarse de la tendencia del negocio y de circunstancias especiales que afectan la producción.

Los primeros peritos, doctores Ramírez Ocampo y Zitzman, no consideraron la baja de la producción como una consecuencia de la disminución de la potencia del horno, ni como factor para reducir el monto de la indemnización, pues dijeron que ese hecho se había presentado “con posterioridad al accidente y a consecuencia de este”.

Los segundos peritos conceptuaron que la baja de la producción parecía tener como causa la reducción de la potencia del horno. Agregan que no tienen elementos de juicio para establecer cuál fue la causa de la baja de la producción, si fue política de Cerro Matoso o condición de las aseguradoras o si fue consecuencia del accidente, temas todos que corresponden a la decisión de los árbitros. En consecuencia, no modifican los factores de porcentaje de utilidad bruta ni de ingreso anual e ingreso normal.

Observa el tribunal que Cerro Matoso, indudablemente y como medida de prudencia, empezó a calentar el horno, después del accidente del 13 de agosto de 1985, en forma paulatina. Según los “Highlights” citados por el apoderado de las aseguradoras, las cifras de la potencia del horno después de su restablecimiento en noviembre de 1985 son las siguientes: en diciembre la carga se aumentó de 25 a 33 MW y se dice que se programa operar el horno a esa carga durante dos (2) meses. En enero de 1986 operó con carga de 33.1 MW. En febrero fue incrementada a 37 MW. En marzo el promedio fue de 35 MW. En abril se dice que al fin del mes se estableció un parámetro de 40 MW.

El apoderado de las aseguradoras cita un informe de la junta a la asamblea de Cerro Matoso de marzo de 1986 en que dice que la producción ha alcanzado un nivel estable, a un 70% de la capacidad de diseño.

De todo lo anterior no resulta que Cerro Matoso hubiera adoptado una política definitiva para operar el horno a menos de 40 MW o 42 MW, pues al respecto existió controversia con las aseguradoras hasta el extremo de que estas amenazaran con cancelar la póliza de rotura de maquinaria.

Para el tribunal la garantía exigida por las aseguradoras sobre operación del horno en relación con el seguro de rotura de maquinaria, obviamente tiene consecuencias sobre los seguros de incendio y/o rayo y derrame del material en fusión, así como sobre la póliza de lucro cesante, pues el horno no puede operarse con determinada carga para algunos efectos y no para otros.

No resulta lógica que las aseguradoras establezcan, como garantía de un seguro, que el horno se opere a

determinada carga, que protesten por la violación de esa garantía y que invoquen la reducción de la potencia del horno como causa de la menor producción y venta para disminuir el ingreso normal que hubiera podido tener el horno.

Pero, por otro aspecto, considera el tribunal que aun admitiendo que la baja de producción hubiera sido consecuencia de la garantía exigida por las aseguradoras, la consecuencia no es la que solicita el apoderado de Cerro Matoso o sea extender el período de la indemnización a un año. El período de indemnización está definido en la póliza como el lapso en que el negocio ha sido afectado por el daño. La póliza no prevé extensión de ese período por causas diferentes al daño mismo, ni por factores relacionados con las tendencias del negocio o circunstancias especiales, las cuales tienen efecto sobre el cálculo del porcentaje de utilidad bruta, ingreso anual e ingreso normal, pero no sobre el período de indemnización.

El tribunal considera que, aun aceptado que la baja de producción y de ventas fuera consecuencia de la disminución de la potencia del horno, esta medida de prudencia, ya fuera resultado de la decisión de Cerro Matoso, de la garantía impuesta por las aseguradoras, o de acuerdo o coincidencia de ambas partes, es una medida coyuntural, que puede modificarse por decisión de la parte que la adoptó, o de ambas, y no es un factor que determine la capacidad de carga del horno, ni de la producción. Por lo tanto, no puede tomarse en cuenta como una tendencia del negocio, ni como una circunstancia especial que modifique el cálculo del porcentaje de utilidad bruta, del ingreso anual y del ingreso normal. El tribunal considera que las tendencias del negocio y las circunstancias especiales deben ser realidades objetivas y no simples medidas de prudencia. Si no hubiera ocurrido el accidente del 13 de agosto de 1985, lo probable hubiera sido que se mantuviera al menos la producción anterior al daño, que es la base prevista en la póliza para calcular el ingreso anual y, en consecuencia, el normal durante el período de indemnización.

Por lo anterior el tribunal está de acuerdo en este aspecto con el segundo dictamen pericial. Por una parte, no existen bases suficientes para suponer que la reforma del horno habría aumentado la producción tal como había sido planeada en 1984, porque ella en ninguna forma tuvo realización práctica. En vez de aumentar, la producción disminuyó, como aparece en los propios documentos de Cerro Matoso. Los simples proyectos, planes, proyecciones o presupuestos no son la base para calcular el ingreso anual, ni el normal. La póliza de normas objetivas al respecto, con fundamento en la producción del año anterior al daño, que no puede desatenderse sino por factores objetivos que indiquen una modificación de la tendencia del negocio o por circunstancias especiales reales. No es verosímil que después de la reforma y de la reparación de 1985, la capacidad del horno sea menor que la que tuvo en 1984/5, salvo que se considerara que tal reducción es una consecuencia del accidente, como lo dijeron los primeros economistas y, en el tal caso, tampoco deberá bajarse el ingreso normal.

— Baja en el precio del níquel

Este es otro elemento que las aseguradoras han presentado como una “tendencia del negocio” o “circunstancia especial” de las previstas en la nota 1 de la condición sexta de la póliza de lucro cesante. En efecto, se ha establecido que el precio del níquel bajó en los mercados internacionales en 1985. Sin embargo, ni los primeros peritos economistas, doctores Ramírez y Zitzman, ni los segundos, doctores Ayala y Murcia, consideraron que debieran tomar en cuenta ese factor.

Los primeros peritos expresaron en forma sintética que la baja en dólares del precio del níquel había sido favorable a Cerro Matoso. Los segundos peritos hicieron un estudio cuidadoso al respecto y anotaron que en el año 1985 la devaluación del peso frente al dólar fue del 51%, en tanto que la inflación de costos en el país fluctuó entre el 20% y el 30%. Estudian los índices para la industria de minería y explican cómo, aunque el precio del níquel hubiera bajado en el mercado internacional, esta baja se compensó con el mayor índice de la devaluación, pues Cerro Matoso recibió por las ventas en dólares una suma mayor en pesos, y sus insumos que prácticamente se hacen todos en pesos, pues son muy pocos los materiales importados, no aumentaron en la misma proporción. En esta forma, el efecto combinado de la devaluación y la inflación daría un resultado favorable a Cerro Matoso. En su segundo trabajo, sobre aclaración de su dictamen, los mencionados peritos hicieron una evaluación de este efecto, para llegar a la conclusión de que si se hubiera calculado el porcentaje de utilidad bruta tomando en consideración aquellos factores, dicho porcentaje habría subido al 67.59% en vez del 67.36%. Sin embargo no modificaron el

cálculo de este porcentaje.

El apoderado de las aseguradoras critica el concepto de los peritos. Dice así:

“Además, también se hizo la revisión de los costos y gastos de Cerro Matoso S.A., convertidos a dólares, y la conclusión fue la de que los costos, convertidos o reducidos a dólares, se mantuvieron estables, es decir, que durante el período hipotético de indemnización no hubo ninguna compensación entre la baja de ingresos por caída de los precios internacionales del níquel y la supuesta, pero no real, disminución de los costos de producción, convertidos a dólares, dada la devaluación acelerada del peso con relación al dólar”.

“Repasando los informes de contabilidad de Cerro Matoso S.A. a disposición de los peritos, se pudo observar cómo esos costos, que en un 66% están formados por el precio de la electricidad y el de gas natural, en términos de dólares, no bajaron, con lo cual resalta la inconsistencia del dictamen. Si el precio en dólares bajó y el costo de origen en dólares o convertido a dólares no bajó, sino que, en el mejor de los casos se habría mantenido sin variaciones significativas, el margen de utilidad no pudo haberse conservado, sino que, por el contrario, hubo de bajar y, en efecto, bajó”.

A continuación señala que no es el caso aplicar los índices de costo de vida en general y de costos en la actividad minera, que es tan heterogénea, y que Cerro Matoso hace la conversión de sus costos y gastos en pesos a dólares, periódicamente. Presenta al respecto un estudio elaborado por Campos y Stratis sobre ese punto.

Considera el tribunal que es un hecho indudable acreditado en el proceso, que el precio del níquel bajó en los mercados internacionales durante el año de 1985, especialmente a partir del cuarto trimestre, que corresponde al período de indemnización.

Estima el tribunal que la baja en precio del níquel después del accidente del 13 de agosto de 1985, constituye evidentemente una tendencia del negocio, la cual, aunque no fuera permanente, operó durante los años 1985 y 1986, y que por tal motivo debe ser tomado en cuenta por el tribunal para modificar el porcentaje de utilidad bruta. En cuanto al efecto de la baja del precio del níquel sobre el ingreso normal, durante el período de indemnización, los segundos peritos lo tuvieron en cuenta cuando calcularon el valor de la producción perdida, multiplicando el monto de la producción esperada por el precio del níquel en el mes respectivo.

Considera el tribunal que, comprobada la baja del precio del níquel en el mercado internacional, la neutralización de su incidencia por el efecto combinado de la devaluación y la inflación, para el caso concreto de Cerro Matoso, no está igualmente acreditada. Para el tribunal no es suficiente, a este propósito, invocar los índices de incremento del costo de la vida y de la minería, sino que habría sido necesario analizar en específico si los costos reales de los insumos de Cerro Matoso S.A. pudieron compensar o no la baja en el precio del níquel, teniendo en cuenta la devaluación.

El tribunal, ejerciendo la facultad que le confiere el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil de apreciar el dictamen pericial, se aparta en este punto de la conclusión de los segundos peritos, pues su respetable criterio financiero debe ajustarse por el tribunal a la realidad procesal y probatoria que surge del expediente.

En consecuencia, el tribunal disminuirá el porcentaje de utilidad bruta, en cuanto al efecto correspondiente a dicha baja en el período de indemnización.

— Otras causas de disminución del ingreso

La principal de las demoras en la reparación del horno que invoca al apoderado de las aseguradoras es la remoción y reemplazo total de los “skews”, el cual, según él, no era necesario. Se funda en que el informe Jardine, a raíz del accidente, dice que se planteaba reemplazar los “skews” destruidos. Señala, además, que en el accidente de noviembre 1983 se repusieron los skews dañados o averiados, y cita el concepto del ingeniero Persson en ese sentido.

Los peritos técnicos, ingenieros Ramírez y Castañeda, dijeron:

“Los ladrillos de transición “skews”, se afectaron y tuvieron que ser demolidos y reconstruidos, para garantizar la hermeticidad del fondo y la transmisión de esfuerzos de manera adecuada” (fl. 3145, cdno. 4).

“Si algunos de los anillos ... que lo conforman son hidratados o quemados, no basta reemplazarlos por nuevos. Esto porque el horno eléctrico de Cerro Matoso S.A., luego de ser afectados los anillos no se trataba simplemente de un problema de estética o de reconstrucción geométrica del anillo”.

“El problema de Cerro Matoso S.A. en esos momentos era de “garantizar la hermeticidad de a zona de transición crisol-muro, para lo cual era imperativo:

“a) Remover los ladrillos que conforman los anillos, para reajustar su instalación” (fls. 4038 y 4039, cdno. 4).

Objeta el apoderado de las aseguradoras el proceso de reparación de los skews y critica el procedimiento empleado en cuanto a esperar, para la remoción de los anillos, a disponer de los ladrillos importados”.

Realiza el apoderado de las aseguradoras largas consideraciones sobre la longitud de la circunferencia de los anillos, según el diámetro interno del horno, la anchura de cada ladrillo, su número y la existencia de los ladrillos skews en la planta, todo para concluir que hubo una demora injustificada en la reconstrucción del horno.

Lo mismo ocurre en otras supuestas demoras, como el orden en que se realizaron los trabajos.

Entiende el tribunal que estos puntos, que corresponden a cuestiones altamente técnicas, puedan ser objeto de diferentes apreciaciones. Sin embargo, el tribunal carece de toda base científica para adoptar una decisión técnica propia en estas materias que le permita desestimar un dictamen pericial técnico.

Como se expresó atrás, a otro propósito, el tribunal debe atenerse al dictamen pericial, que es una prueba válidamente decretada y practicada en el proceso. Aunque fue objetado por error grave por el apoderado de las aseguradoras, el tribunal no declaró probada la objeción, sin perjuicio de estudiar el dictamen, al lado de las otras pruebas, en el laudo, como lo hace ahora.

La prueba pericial es, tratándose de cuestiones científicas o técnicas, la prueba que procede. Como lo dice el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil:

“...para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos...”.

A lo anterior se agrega que el apoderado de las aseguradoras desistió de a práctica de la prueba pericial en la objeción por error grave al dictamen de los peritos, la cual habría sido el medio probatorio adecuado para impugnar los aspectos técnicos del dictamen objetado.

En relación con el segundo dictamen de los peritos, ingenieros Ramírez y Castañeda, en lo relativo al tiempo de reconstrucción y reparación del horno, el apoderado de las aseguradoras dice:

“A este respecto debo dejar una constancia terminante: los peritos procedieron sobre datos que no fueron traídos al proceso regularmente y que no fueron controvertidos (“durante la última visita de los peritos y con datos suministrados por Cerro Matoso S.A., sobre comienzo y terminación reales (no programadas) de las principales labores, se ha establecido lo siguiente”) (cuadro 2, informe, 1ª pág. 67), por lo cual tales suposiciones y cálculos carecen de mérito, toda vez que la pericia no es un vehículo para allegar documentos o testimonios irregularmente (arts. 174, 183, 219, 228, 253, 268 y 237 CPC; cas. 4 dic. de 1981, ord. Hotel Panorama v. Ideboy y cas. 10 dic. 1981, ord. Fumigaciones Aéreas Contento Ltda. v. Crediauto Ltda.)”.

“Pero, es más, y esta anotación corresponde a todos los “documentos” supuestamente emanados de Cerro Matoso S.A., relacionados por ellos en la segunda parte de su dictamen que no fueron exhibidos en su oportunidad, ni pudieron ser apreciados por el tribunal, que no fueron controvertidos y que, por último, tampoco obran en el expediente: Los peritos, en respuesta a la solicitud final mía en el pliego de adiciones y aclaraciones: “los peritos indicarán con precisión y plenitud las fuentes de los “datos suministrados por Cerro Matoso S.A. sobre comienzo y terminación reales de las principales labores” de la reparación de agosto-noviembre de 1985 y cuáles fueron los

informes al respecto y quién los suministró” (pág. 31).

A continuación transcribe lo que dijeron los peritos en el sentido de que la información había sido suministrada por la división jurídica de esa compañía, y por los ingenieros, de su archivo. Más adelante, el apoderado de las aseguradoras invoca el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil según el cual toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.

Observa el tribunal que la norma mencionada se refiere al fundamento de las decisiones judiciales. Es obvio que los peritos deben fundarse en pruebas legalmente aportadas al proceso. Pero, respecto de los peritos, la misma ley tiene mayor amplitud sobre el particular. En efecto, el artículo 237 del Código de Procedimiento Civil, numeral 2º dispone:

“Los peritos examinarán conjuntamente las personas o cosas objeto del dictamen y realizarán personalmente los experimentos e investigaciones que consideren necesarios, sin perjuicio de que puedan utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad; en todo caso expondrán su concepto sobre los puntos materia del dictamen”.

Y según el punto 3 pueden aun recibir información de terceros, y solo si el juez lo estima necesario puede recibir a estos declaración.

Además, en relación con las partes, estas tienen un deber especial de colaboración con los peritos.

“Las partes tienen el deber de colaborar con los peritos, de facilitar los datos, las cosas y el acceso a los lugares que ellos consideren necesarios para el desempeño de su cargo, y si alguna no lo hiciera se hará constar así en el dictamen y el juez apreciará tal conducta como indicio en contra, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 39...” (CPC, art. 242).

Considera el tribunal, por otra parte, que la protesta del apoderado de las aseguradoras carece de fundamento, porque las pruebas en que se fundaron los peritos fueron legalmente producidas mediante la exhibición e inspección judicial practicadas sobre los documentos de Cerro Matoso en sus oficinas de Montelíbano (Córdoba) en la diligencia que se inició el 14 de abril de 1988 y terminó el 15 del mismo mes, y en las oficinas de Bogotá el 20 de abril del mismo año.

En efecto, la diligencia en Montelíbano, después de la visita a la mina e instalaciones y al horno, se extendió tanto a los documentos de naturaleza técnica como a los documentos contables.

En ella, el apoderado sustituido de Cerro Matoso, dijo:

“De otra parte y como segundo punto de la inspección esta, ya versando sobre documentos, entiendo que comprende dos grandes secciones; uno, sobre documentos de carácter y de naturaleza técnico que versan sobre la vida, de origen mismo, operación y siniestros que ha sufrido el horno y, por último, de otra parte la inspección pues, es sobre documentos pero ya de naturaleza contable. Bajo ese entendido existe una documentación muy amplia a disposición de los señores árbitros y de los señores peritos y, obviamente, de la parte integrada por las compañías de seguros, también con el ofrecimiento de los documentos que las compañías han pedido les sean exhibidos, esperamos que en su totalidad estén aquí y si alguno de ellos no se encuentra, se encuentra en otra dependencia, con mucho gusto lo suministraremos” (fl. 179, cdno. 4).

Después de una extensa enumeración de las carpetas sobre los aspectos técnicos del horno, en sus distintas etapas, antes y después del accidente, expresó el apoderado de Cerro Matoso:

“Yo entiendo que los documentos de naturaleza técnica son bastante numerosos y sobre algunos de ellos tengo especial interés en que se incorpore copia de los mismos al expediente. En cuanto a los otros, me parece que los ofrezco a consideración de la parte contraria y de los señores peritos para que sean ellos los que los consulten y si la parte contraria desea que se incorpore alguno de ellos, pues con el mayor gusto. A los señores peritos les quedarán a disposición aquí en la sede de Cerro Matoso, donde nos encontramos, porque son bastantes y son documentos necesarios para la misma operación del horno” (fl. 180, cdno. 4).

Como los peritos economistas no asistieron a la diligencia en Montelíbano, se acordó que los libros de contabilidad se trasladaran a Bogotá y fueran examinados por dichos peritos en la diligencia que se haría en las oficinas de esta ciudad.

Respecto a los documentos técnicos no se consideró conveniente enviarlos a Bogotá.

En la diligencia de Montelíbano, las partes solicitaron incorporar al expediente aquellos documentos que estimaron de especial interés.

Como consecuencia de todo lo anterior, el tribunal dispuso lo siguiente, en auto dictado dentro de la diligencia:

“El tribunal accede a la incorporación de los documentos que se han mencionado, en atención a que ellos están exactamente dentro de los documentos solicitados y dentro del objeto de la exhibición. Como es natural, en el fallo el tribunal se pronunciará sobre su valor probatorio.

Por otra parte ordena de antemano la traducción al español de los documentos en idioma extranjero, especialmente el inglés.

Por otra parte considera que la empresa tiene el derecho de conservar aquí los documentos que le son indispensables y que los peritos pueden venir en la oportunidad que les convenga a examinar aquellos que no son los que se han incorporado al expediente, los cuales van a tenerlos a su disposición” (fl. 195, cdno. 4).

Posteriormente, el día 20 de abril, se llevó a cabo la diligencia de exhibición e inspección judicial en las oficinas de Cerro Matoso en Bogotá. A esta diligencia asistieron los peritos economistas, doctores Jorge Ramírez Ocampo y Zitzman, con el objeto de que se exhibiera y examinaran los libros de contabilidad en la empresa y algunos otros documentos, así como para recibir la declaración del contador de la empresa, doctor Humberto Sánchez.

Esta diligencia es complementaria de la realizada en Montelíbano. Por consiguiente, como en esta última se dejó abierta y a disposición de los peritos toda la documentación tanto técnica como contable exhibida por Cerro Matoso, es claro que unos y otros peritos, así como las partes y sus apoderados, tenían acceso a dicha documentación, que había sido exhibida con gran amplitud. Conforme a lo expresado por el tribunal en aquella diligencia, los documentos incorporados al proceso a petición de las partes no eran los únicos que formaban parte de la prueba.

El tribunal observa, de otro lado, que el tiempo de duración de la reparación del horno y su costo surgen de otras pruebas, como los “Highlights” y la contabilidad, pruebas legalmente aportadas al proceso.

La observación del apoderado de las aseguradoras es, a su turno, generalizada y no se sabe cuáles son los documentos que, según su tesis, no pueden haber tenido en cuenta los peritos. Para el tribunal los documentos que fueron objeto de la exhibición no son solo los que se incorporaron al expediente sino que también lo son los que quedaron a disposición de los peritos y de las partes.

En todo caso, la observación del apoderado de las aseguradoras se refiere al capítulo IX de su alegato sobre “tiempo de la reconstrucción y la reparación”. Su comentario no se refiere, obviamente, a los datos básicos del cálculo del lucro cesante, porcentaje de utilidad bruta, ingreso anual, ingreso normal y período de indemnización, factores todos que forman parte de la contabilidad legalmente exhibida en la segunda diligencia de Cerro Matoso en sus oficinas de Bogotá.

En realidad podrían referirse al factor de demoras injustificadas en la reconstrucción y reparación el horno.

Sin embargo, como ya se dijo, el tiempo y los factores de reparación del horno surgen de otras pruebas y a ellas se refieren las aseguradoras y sus consultores Campos y Stratis y el señor E. Stratis cuando proponen que el lapso de interrupción del negocio se reduzca hasta el 31 de octubre de 1985, en vez del mes de noviembre cuando se regularizó la operación del horno según los “Highlights.

2. Monto de las indemnizaciones y moneda en que debe hacerse el pago

Para la liquidación de las indemnizaciones surgidas a favor de Cerro Matoso por razón del accidente ocurrido el 13 de agosto de 1985, el tribunal tendrá en cuenta los distintos dictámenes periciales rendidos en el proceso así como las observaciones y precisiones contenidas atrás.

Así mismo, indicará si los valores que se liquiden a cargo de las aseguradoras deben ser cubiertos por estas en moneda legal colombiana o en la moneda pactada, dólares de los Estados Unidos de América.

a) Liquidación del importe de los seguros

i. En el caso de la póliza de incendio INC-32372

El valor de los daños amparados por esta póliza ascienden a US\$ 1.143.589, según el dictamen de los peritos, que no fue objetado por las partes. Afectado tal valor por el deducible acordado de US\$ 200.000, resulta un total a cargo de las aseguradoras de US\$ 943.589.

ii. En el caso de la póliza de lucro cesante LC-1266

Señala la póliza, en su condición sexta:

“El monto de la indemnización se establecerá en la siguiente forma:

a) Con respecto a la disminución de los ingresos del negocio: la suma que resulte de aplicar el porcentaje de la utilidad bruta, al monto en que a consecuencia del “daño”, se hubieren disminuido los ingresos (sic) del negocio, durante el período de indemnización”.

El primer factor que debe considerarse es, pues, el de la utilidad bruta. Al respecto, ha señalado ya el tribunal que el porcentaje que debe tenerse en cuenta está afectado por la disminución del precio de venta del níquel, tendencia esta del negocio, que como señala la nota 1 de la mencionada condición debe ser apreciada con relación al período de indemnización, es decir al lapso comprendido entre el 14 de agosto de 1985 y el 30 de noviembre de 1985, lo que hace necesario tomar el precio promedio durante el mencionado período, conforme a lo siguiente:

Precio promedio en el período de indemnización

Meses del año 1985		Días (A)	Precio de venta (B)
	A X B	US\$	US\$
Agosto	18	1.95	35.10
Septiembre	30	1.57	47.10
Octubre	31	1.57	48.67
Noviembre	30	1.57	47.10
Total	109		177.97

Precio promedio: $US\$ 177.97/109 = US\$ 1.63$

Así las cosas, el porcentaje de utilidad bruta conforme a este precio promedio y tomados los restantes elementos que señala la póliza (letra b de la condición sexta), es el siguiente:

Porcentaje de utilidad ruta

(000)

Libras de Ni. vendidas	34.983
------------------------	--------

V/r. total ventas	US\$ 57.022
Inv. final	US\$ 3.328
Inv. inicial	(US\$ 687)
Costos específicos	(US\$ 24.367)
Utilidad bruta	US\$ 35.296
Porcentaje de utilidad bruta	61.90%

Vale la pena hacer una precisión. Para todos los efectos de la liquidación, el tribunal considera que el día 13 de agosto de 1985 no debe ser incluido en el cálculo del período de indemnización.

Así, el período de indemnización, como se ha señalado atrás, está comprendido entre el 14 de agosto de 1985 y el 30 de noviembre del mismo año, esto es, 109 días calendario.

Ahora bien, para determinar el ingreso normal, ordena la póliza en la letra h) de la condición sexta que se tome “el ingreso durante aquel período dentro de los doce (12) meses inmediatamente anteriores a la fecha del “daño”, que corresponda con el período de indemnización”. Por esto en el presente caso lo será el lapso de 109 días contados desde el 13 de agosto de 1985 hacia atrás. Para ello se tendrá en cuenta la producción real del horno en libras de níquel durante tal período, y no su precio de venta, como quiera que el tribunal no estima necesario tomar aquel por quedar afectado, para la determinación del ingreso normal, por el nuevo precio de venta vigente en los últimos cuatro (4) meses del año 1985.

En cuanto a la producción en los meses de junio y julio de 1985, durante los cuales el horno estuvo parado por la reparación mayor, su estimación se hace conforme al promedio diario de producción real durante los 109 días anteriores al 14 de agosto de 1985. Así entonces, la producción para el período anterior al daño que corresponde al de indemnización, es la siguiente:

Meses año 1985	Producc. (000) Libras Ni.	Días
Abril	486	4
Mayo	3.664	31
Junio	3.204	30
Julio	3.412	31
Agosto	1.416	13
Totales	12.182	109

Promedio diario: $12.182/109 = 111.76$ libras Ni.

El valor correspondiente a los meses de junio y julio de establece así:

Meses año 1985	Producc. (000) Libras Ni.	Días
Abril	486	4
Mayo	3.664	31
Junio	75	2
Julio	506	5
Agosto	1.416	13

Totales	6.147	55
---------	-------	----

Resulta así un promedio diario de producción de 111.760 libras de níquel, factor este que aplicado al período de indemnización y tenido en cuenta el precio de venta de tal producción que es el del mes siguiente, según se estableció por los peritos, arroja que la disminución del ingreso normal en tal período es la que sigue:

Mes 1985	Días	Prod. esperada lib. Ni (000)	Prod. real lib. Ni (000)	Prod. pérdida lib. Ni (000)	Precio venta US\$	V/r venta prod. pérdida o ingreso normal disminuido US\$ (000)
Agosto	18	2.102	0	2.012	1.95	3.923.40
Septiembre	30	3.353	150	3.203	1.57	5.028.71
Octubre	31	3.465	32	3.433	1.57	5.389.81
Noviembre	30	3.353	273	3.080	1.57	4.835.60
Totales	109	12.183	455	11.728		19.177.52

En consecuencia, aplicado el porcentaje de utilidad bruta, determinado atrás, al valor del ingreso normal disminuido, resulta un valor de indemnización de US\$ 11.870.880, que afectado por el deducible de US\$ 1.000.000, arroja un total a cargo de las aseguradoras de US\$ 10.870.880.

b) Perjuicios

El artículo 1080 del Código de Comercio establece:

“El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador, de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, intereses moratorios a la tasa del dieciocho por ciento anual.

El asegurado o el beneficiario tendrán derecho a demandar, en lugar de los intereses a que se refiere el inciso anterior, la indemnización de los perjuicios causados por la mora del asegurador.

Y el artículo 1077 del mismo código, al cual difiere la norma transcrita, dispone a su vez:

Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.

El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad”.

El contrato de seguro es calificado como aleatorio por el artículo 1036 y entre sus elementos esenciales se incluye la obligación condicional del asegurador, por lo que si esta obligación falta el contrato no llega a existir (art. 1045).

Por ello el Código de Comercio define el riesgo como el suceso que no dependa exclusivamente de la voluntad del asegurado, tomador o beneficiario y cuya realización “da origen a la obligación del asegurador (C. de Co., art. 1054), y permite al asegurador delimitar a su arbitrio el riesgo que asume, circunscribirlo de tal manera que no se configure sino por la ocurrencia de todos los elementos de tiempo, modo y lugar o por el cumplimiento de las circunstancias causales o consecuenciales que estableció en el momento de asumirlo.

Finalmente, la ley define el siniestro como “la realización del riesgo asegurado” (C. de Co., art. 1072). Para que exista el siniestro es necesario, pues, que ocurra el hecho que, previsto en el contrato con determinadas modalidades, da origen a la obligación del asegurador. Por mandato legal es pues condicional la obligación del

asegurador; condición suspensiva, (sic) porque para que nazca la obligación del asegurador es necesario que ocurra el siniestro.

Pero, ¿será que ocurrida la condición de la cual depende el nacimiento de la obligación del asegurador, estará este compelido a pagar inmediatamente al asegurado o beneficiario la deuda a su cargo?

El ya citado artículo 1080 del Código de Comercio dispone que el asegurador no está compelido a pagar el siniestro sino después de transcurrido el plazo de sesenta días, contados a partir del momento en que el asegurado o beneficiario, en su caso, hayan demostrado ante el asegurador la ocurrencia del siniestro y cuánto es el valor del detrimento económico que sufrió a consecuencia de la realización del riesgo asegurado.

Varios principios explican esta norma en sus alcances precisos.

En primer lugar un principio del derecho común que rige todo tipo de obligación condicional, conforme al cual “no puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la condición totalmente” (C.C., art. 1542).

Conforme a este principio, antes del cumplimiento de la condición el acreedor no puede exigir nada al deudor pues este nada debe; y después de realizada la condición que da origen a su obligación, tan solo debe lo que sea objeto de la obligación conforme al contrato y el acreedor tan solo puede exigir este objeto.

Para saber qué debe el asegurador después de ocurrido el siniestro, basta aplicar aquel principio. Y la respuesta es bien simple: el asegurador debe en ese momento, sea la reparación en dinero de un daño sufrido por el asegurado en su patrimonio o en las cosas que lo componen, ora el valor en dinero que conforme al contrato se hubiere comprometido a pagar en caso de que el seguro contratado no fuere de naturaleza indemnizatoria.

Con las restricciones legales, lo que el asegurador asume a su arbitrio por virtud del contrato son todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado (art. 1056), y en los seguros de daños, que son contratos de mera indemnización para el asegurado, la indemnización no puede exceder el valor real del interés asegurado en el momento del siniestro ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario (C. de Co. arts. 1088 y 1089), ni en los seguros de personas que no tengan calidad indemnizatoria, la suma de dinero que el asegurador y el asegurado hayan convenido libremente para el caso de siniestro (art. 1138).

Se comprende así cómo, ocurrido el siniestro en un seguro de daños, o sea, presentado el daño en las cosas o en el patrimonio del asegurado a consecuencia del riesgo que el asegurador había asumido, aunque el asegurador deba en ese momento la reparación en dinero de este daño, no sabe, sin embargo, cuánto pueda valer la indemnización respectiva.

Por ello, la ley impone al asegurado, conocedor de la situación de su patrimonio o de sus cosas que han sufrido el daño en el momento del siniestro, la carga de probar ante el asegurador cuánto vale el detrimento económico que ha sufrido por la realización del riesgo asegurado.

Al asegurado corresponde dar la prueba del daño; es él quien debe suministrar al asegurador la comprobación de cuánto valen en el momento del siniestro las cosas que total o parcialmente sufrieron las consecuencias del acaecimiento del riesgo asegurado, si el seguro recayere sobre cosas, o demostrar cuánto vale el demérito que sufrió en su patrimonio, si el seguro fuere de alcance patrimonial.

En el ínterin, esto es, entre el momento en que ocurrió el siniestro y en el que el asegurado suministre esta prueba, el asegurador debe pero no sabe cuánto; su obligación aunque originalmente condicional, por haber ocurrido la condición de la cual dependía, queda como pura y simple; sin embargo, indeterminada en cuanto a su valor en dinero.

Por esto, aunque la deuda del asegurador para con el asegurado pueda ser exigida por este al tenor de la regla del artículo 1542 del Código Civil, y permita aún al acreedor proceder ejecutivamente contra su deudor (CPC, art. 488), sin embargo el acreedor no tendrá derecho todavía al pago de perjuicios.

En efecto, para que el acreedor de obligación condicional pueda lograr el pago de los perjuicios que le cause el incumplimiento del deudor es indispensable que reconvenga judicialmente al deudor. Es que, conforme al derecho común, la indemnización de perjuicios no se debe sino desde que el deudor se ha constituido en mora, según el artículo 1615 del Código Civil y conforme el 1608 ibídem, salvo el caso de que la deuda esté sujeta a plazo estipulado por las partes o se trate de deuda que no hubiere podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo que el deudor ha dejado pasar sin pagarla; en todos los demás, como puede ser el no estar sujeta la deuda a plazo alguno o depender la obligación de la ocurrencia de condición suspensiva, para que el acreedor pueda pedir la indemnización de perjuicios es necesario la previa constitución en mora del deudor mediante la reconvencción judicial.

Por consiguiente, para que el asegurado o beneficiario, en su caso, pudieren demandar del asegurador la reparación del daño que les cause el incumplimiento del asegurador en el pago del seguro, sería necesario, en conformidad con aquella regla de alcance general, que requieran judicialmente al asegurador para el pago de la indemnización, mostrándole con esto que el retardo les causa perjuicio.

Comprendió el legislador en materia mercantil que la imposición al asegurado de la carga de la prueba, en punto a la ocurrencia del siniestro y el valor del daño, no permitía considerar al asegurador en mora en tanto que esa carga no fuere satisfecha por el asegurado o beneficiario, porque nadie puede ser compelido a pagar una deuda cuya cantidad no se conoce; dispuso, por tanto, que el asegurador tenga un plazo de sesenta días contados desde que el asegurado haya cumplido con la carga de demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, si se tratare de un seguro de daños, plazo este destinado a reemplazar el reconocimiento que de otra manera sería necesario hacer para constituir en mora al asegurador, al tenor de los artículos 1542, 1608 y 1615 del Código Civil, y ordena por último, que tan solo cuando haya vencido ese plazo, sin que se realice el pago de la cantidad adeudada, pueda el asegurado o el beneficiario demandar indemnización de perjuicios por la mora del asegurador.

Coincide este plazo de sesenta días que el artículo 1080 concede al asegurador para pagar el seguro contratado, con el que el artículo 1053 le otorga para objetar la reclamación que le pueda presentar el asegurado o el beneficiario. Pero la coincidencia es meramente aparente pues mientras que el plazo de sesenta días que esta última norma da al asegurador tiene por finalidad darle oportunidad para que se pronuncie sobre la reclamación, objetándola, si fuere el caso, para que su silencio no se muestre como aceptación tácita del monto reclamado que pueda cobrarse por la vía ejecutiva, pero que, como tal, no significa mora alguna del asegurador; en tanto que el mismo plazo de sesenta días que otorga el artículo 1080 al asegurador le es concedido con el fin de pagar el siniestro, una vez que la deuda y su cantidad hayan sido demostradas por el asegurado o beneficiario, y se establece para reemplazar el requerimiento que, de otra manera, sería necesario hacer para constituir al asegurador en mora. Por tanto, es al vencimiento de este plazo, sin que el asegurador realice el pago, cuando puede el acreedor, asegurado o beneficiario, pedir la correspondiente indemnización de perjuicios.

Esa indemnización que el asegurado o beneficiario pueden pedir es, al tenor de la parte final del artículo 1080, a) o lo que produzca el retardo del asegurador en el pago del seguro y que comprende el valor de la prestación a cargo de este más los intereses que este capital hubiere podido producir en manos del asegurado, calculados a una tasa especial del dieciocho por ciento anual, que cuando fue expedido el Código de Comercio se vio como equivalente a los que para 1927 estableció la Ley 105 de ese año, o b) la plena reparación del daño sufrido por el asegurado a consecuencia de la falta de pago del valor del siniestro, compensatoria de cualesquiera otros perjuicios que el asegurado haya podido sufrir.

En el caso que motiva este proceso arbitral, el asegurado presentó el día 8 de octubre de 1986 una reclamación al asegurador, reclamación esta que el asegurador consideró como “formal” y que mereció la objeción de que da cuenta su carta del 5 de diciembre de 1986.

Hecha la objeción en tiempo, evidentemente se extinguió toda posibilidad de que el valor supuestamente comprobado con las pruebas acompañadas al escrito del 8 de octubre de 1986 pudiera ser cobrado ejecutivamente, pues la objeción rompió el silencio del asegurador que hubiera podido validar el cobro compulsivo fundado en el asentimiento tácito del asegurador al valor reclamado por el asegurado.

Pero, ¿tendrá esa objeción virtualidad suficiente para exonerar al asegurador de la obligación de reparar el daño

que pueda haber sufrido el asegurado por la negativa del asegurador a pagar el seguro contratado?

Ya se ha dicho por el tribunal que para que el asegurador pueda ser considerado en mora de pagar el seguro contratado es necesario que el asegurado o el beneficiario, en su caso, le demuestren, aun extrajudicialmente, que ocurrió el siniestro y, si se trata de un seguro de daños, cuánto vale el daño que sufrió el asegurado en sus cosas o en su patrimonio por la realización del riesgo asumido por el asegurador conforme al contrato.

Es, por consiguiente, condición de esa mora del asegurador, que el asegurado o el beneficiario den la prueba de la ocurrencia del siniestro y de la cuantía de la indemnización ... Si esta prueba no se da por el asegurado, obviamente el asegurador no estará en mora de pagar el seguro contratado y no se estará en presencia del requisito exigido por la ley para que pueda el asegurado obtener la reparación de perjuicios con base en el supuesto incumplimiento del asegurador de su obligación.

i. La prueba de la ocurrencia del siniestro

Como se vio el asegurado debe acreditar, aun extrajudicialmente, tanto la existencia del siniestro como la del daño.

Respecto del siniestro, el tribunal ha considerado en el laudo que este ocurrió, pues se realizó el riesgo amparado por la póliza. El laudo tienen carácter declarativo y, en consecuencia, puede estimarse que el asegurado al presentar el reclamo, acreditó la existencia del siniestro.

ii. La prueba de la cuantía del daño sufrido por el asegurado

Si se admite que el asegurado comprobó el siniestro, no ocurre lo mismo con la comprobación del monto del daño.

En el caso de la reclamación formulada por Cerro Matoso, esta excedía en forma notoria el monto de la indemnización que le habría correspondido conforme al contrato. En efecto, el valor de la indemnización que se señala en el laudo corresponde aproximadamente a la mitad o a menos de la mitad de la suma que fue objeto del reclamo. Ello resultó de que dicho reclamo se formuló sobre la base de un cálculo del lucro cesante que no corresponde al procedimiento indicado en la póliza. En primer lugar, se basó en simples estimativos, presentados a las entidades financieras, sobre un supuesto aumento de la producción que se lograría como consecuencia de las reformas que se proyectaban introducir al horno. Por otra parte, esa producción esperada se calculó para un año completo posterior al daño, como período de indemnización. La póliza no señala que la producción esperada se base en simples proyectos, e indica como período de indemnización únicamente el lapso en que el daño haya afectado el negocio, pues el período de un año es solo el término máximo que puede durar la indemnización. En este sentido tuvieron razón las aseguradoras cuando, al objetar el reclamo observaron:

“Sin embargo, nos permitimos manifestarles que nos ha llamado la atención el monto por ustedes calculado de la supuesta indemnización, máxime cuando afirman que lo han determinado de acuerdo con las condiciones particulares de la póliza. En principio, debe observarse que el período de indemnización no correspondería al período que ustedes toman, que la normalización de la producción ocurrió tiempo atrás y que los estimados de producción resultan fuera de toda consideración normal si efectivamente se tienen en cuenta las condiciones reales de operación del horno”.

“Puesto que no fue suministrada la totalidad de la documentación que requerimos, especialmente la relacionada en nuestra carta GT-151/86, 25-11-86 no podemos hacer un cálculo definitivo sobre la materia, pero sí les podemos afirmar que en el evento hipotético de que se hubiera generado una indemnización por los hechos reclamados en el monto sería ostensiblemente inferior al que ustedes han reclamado pues, entre otros aspectos, debe tenerse en cuenta que toda indemnización debe responder al denominado “principio de indemnización” y no es función de los aseguradores dar satisfacción a las expectativas del asegurado respecto del desarrollo de sus negocios, menos cuando ellas no consultan los factores reales que les darían sustento razonado”.

Por la razón anterior, las aseguradoras no pueden haber incurrido en mora, pues no existía certeza siquiera aproximada, del monto del perjuicio.

Vale la pena, no obstante, así sea solo por abundamiento en razones, considerar lo que el asegurado sostiene en el

proceso arbitral en cuanto a que sufrió perjuicios provenientes de la privación de la prestación prometida por el asegurador en caso de siniestro, y si esos hipotéticos perjuicios podrían haber consistido en el detrimento económico o menoscabo que habría sufrido como consecuencia de no haberle sido pagada oportunamente esa prestación.

Este menoscabo lo hace consistir el asegurado, en el valor de los intereses remuneratorios y de mora que, conforme a los respectivos contratos de empréstito y en monedas extranjeras, hubo de pagar a los acreedores a partir de la fecha en que las aseguradoras objetaron el pago del siniestro, intereses que los peritos financieros, respondiendo a pregunta que al efecto les hiciera el apoderado de Cerro Matoso S.A., evaluaron atendiendo distintas alternativas que sugirieron.

Aunque para responder esas preguntas, tanto los primeros peritos financieros como los nombrados después para el incidente por error grave propuesto por las aseguradoras, hayan evaluado los intereses remuneratorios y los moratorios correspondientes a Cerro Matoso según los respectivos contratos de empréstito, lo cierto es que no por ello resulta demostrado en el expediente que efectivamente Cerro Matoso no pagó aquellas deudas como consecuencia de no haberle sido pagado el valor del seguro, ni se ve que exista relación alguna de causalidad entre el hecho de no haberle sido pagado, el día 8 de diciembre de 1986, el valor del seguro, y el monto de los intereses remuneratorios convenidos antes de esa fecha y pagados después de ella a los respectivos acreedores extranjeros, ni respecto de los moratorios que hipotéticamente hubiere debido pagar como consecuencia de no solucionar oportunamente tales deudas. Por tal razón, mal podrían todos estos intereses ser tenidos como perjuicio causado a Cerro Matoso por el no pago de las aseguradoras.

En consecuencia, por las razones dichas, no habrán de prosperar las pretensiones de indemnización de perjuicios formuladas por el asegurado.

c) El importe de la obligación de los aseguradores

Y ¿cuál será ese importe de la obligación del asegurador?

Con aprobación de la (*) Superintendencia Bancaria, tanto la prima como el importe de la obligación de las aseguradoras en caso de siniestro, fueron convenidos para ser pagados en dólares de los Estados Unidos de América.

En consideración a este convenio, la reclamación presentada por Cerro Matoso a las aseguradoras en el mes de octubre de 1986 ascendía a la cantidad de US\$ 24.462.589, y las pretensiones de Cerro Matoso y de sus bancos acreedores fueron presentadas en el proceso arbitral también en la moneda pactada.

Los seguros contratados, de incendio y de lucro cesante como consecuencia de derrame de material en fusión, pueden y deben ser pagados en la moneda estipulada, pues la regla especial del Código de Comercio, sobre los efectos de los pactos en moneda extranjera, establece que el pago se hará en dicha moneda “siempre que sea legalmente posible” (art. 874) y la verdad es que los artículos 32 y 94 del Decreto 444 de 1967 hacen legalmente posible este convenio cuando se trate de contratos de seguros y reaseguros autorizados por la (*) Superintendencia Bancaria. Las resoluciones que en desarrollo de estos textos ha expedido la Junta Monetaria, facultan a la Superintendencia Bancaria para impartir tales aprobaciones, como lo hizo en el caso que nos ocupa, según consta en el proceso.

d) Consideraciones finales

i. Pretensiones que prosperan. Como se expresó atrás, el tribunal condenará a las aseguradoras a pagar el daño emergente amparado por la póliza INC-32372 y lucro cesante asegurado en la póliza LC-1266, en dólares de los Estados Unidos de América, por lo cual prospera la petición primera y en lo pertinente, la tercera de las formuladas por el asegurado, según el acta que desarrolla las cláusulas compromisorias. Las cifras en dólares se han tomado de los dictámenes de los peritos, con base en la contabilidad de Cerro Matoso, con las correcciones que a aquellas ha introducido el tribunal. Por tanto, no hay lugar a la conversión a dólares de los gastos en pesos solicitada en la última parte de la petición tercera, distinta a la efectuada por los peritos.

Como consecuencia de la aceptación de aquellas pretensiones no habrá lugar a declarar la prosperidad de las peticiones subsidiarias cuarta, quinta, octava y novena.

Según se explicó en su lugar, no procede la condena de perjuicios, por lo cual habrán de desecharse las pretensiones respectivas, la sexta y la séptima.

Respecto de la petición segunda, no habrá lugar a declararla, por cuanto la interpretación de la póliza no permite acoger ninguna de las alternativas contenidas en ellas.

ii. Personas legitimadas en cuyo favor se hará la condena. De conformidad con la hoja 15 de la póliza INC-32372:

“Queda entendido y acordado que (a) The Chase Manhattan Bank, N.A. (en adelante denominado el agente), y en su calidad de agente de los bancos, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, del Export-Import Bank of the United States y de los bancos adicionales (en adelante denominados, en conjunto, los “acreedores”), todos los cuales son partes contratantes del contrato de acreedores celebrado el 25 de enero de 1980 entre el asegurado designado, los acreedores y el agente, y (b) dichos bancos, el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, el Export-Import Bank of the United States y los bancos adicionales, tienen o tendrán un interés asegurable en los bienes asegurados bajo esta póliza, y que el agente y dichos acreedores serán reconocidos como asegurado bajo esta póliza en relación con cualquier pérdida de dichos bienes o daños a los mismos, y que, a menos que se entregue a los aseguradores una renuncia específica expedida por el agente en relación con una determinada reclamación, las indemnizaciones por pérdidas de dichos bienes o daños a los mismos se pagarán directamente al agente en dólares de los Estados Unidos de América, para beneficio de los acreedores, en la medida del interés de los acreedores y del agente en dichos bienes”.

Idéntico texto aparece en la hoja 11 de la póliza LC-1266.

Con base en lo anterior y por cuanto no aparece en el expediente precisa renuncia específica del agente que representa a los bancos, la condena se hará en favor de estos y por cuenta de Cerro Matoso S.A.

iii. El plazo para el pago del importe de los seguros. El artículo 1080 de Código de Comercio, atrás transcrito, precisa que el asegurador tiene un plazo de sesenta (60) días contados desde que el asegurado o beneficiario hayan demostrado, aun extrajudicialmente, la ocurrencia del siniestro y el valor de la pérdida que han sufrido, si de un seguro de daños se tratara.

Ese plazo, se dijo atrás, fue establecido por el Código de Comercio en función de principios conforme a los cuales, ocurrido el siniestro, la obligación del asegurador queda como una deuda pura y simple, mas no líquida, y comprobada la cuantía de la deuda, resulta líquida pero todavía no se encuentra el asegurador en mora de pagarla.

Se agregó que el asegurador no está en mora sino una vez que ha transcurrido el mencionado término de sesenta (60) días contados desde que el asegurado cumpla aquellas cargas que le impone la ley. Finalmente se precisó que en el presente caso no hubo mora del asegurador porque el asegurado no comprobó extrajudicialmente, ante el asegurador, la cuantía de su pérdida, sino que este valor tan solo vino a ser comprobado y se precisa en este laudo.

Por consiguiente, el tribunal concederá a las aseguradoras, para pagar el importe de la indemnización que se establece por este laudo, el mismo término que el mencionado artículo 1080 del Código de Comercio concede al asegurador para pagar ese importe, como lo dirá en la parte resolutive del laudo, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 334 del Código de Procedimiento Civil.

iv. Costas. El artículo 392 del Código de Procedimiento Civil dispone en su numeral quinto:

“...en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión...”.

El tribunal considera que en este caso las pretensiones del asegurado solo han prosperado en algo menos de la mitad del valor de tales pretensiones. De otro lado, el tribunal ha desechado la pretensión de las aseguradoras de ser absueltas totalmente.

En consecuencia, el tribunal estima que no hay lugar a hacer especial condena en costas a cargo de ninguna de las partes y así lo expondrá en la parte resolutive del laudo, o sea que cada una asumirá los propios gastos y honorarios en que ha incurrido.

Con fundamento en las consideraciones anteriores, el tribunal de arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. RESUELVE:

1. Declárese que las sociedades Compañía de Seguros La Andina S.A., Compañía Suramericana de Seguros S.A., Compañía de Seguros Colmena S.A., Aseguradora Grancolombiana S.A. y La Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A., deben cumplir en favor de Cerro Matoso S.A. y del The Chase Manhattan Bank N.A., en su propio nombre y como representante y agente de los bancos Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, Export-Import Bank of the United States, Algemene Bank Nederland, N.V., Bankers Trust Company, Canadian Imperial Bank of Commerce, Grindlays Bank p.l.c. (antes Grindlays Bank Limited), Chemical Bank, The Royal Bank of Canada, Lloyds Bank International (Bahamas) Limited, The Bank of Nova Scotia International Limited, National City Bank, Society National Bank of Cleveland, Central National Bank of Cleveland y Banco de Bogotá S.A. Panamá, los contratos de seguro de incendio INC-32372 y de lucro cesante LC-1266 de fecha 31 de julio de 1984, por haber ocurrido los riesgos amparados por ellas como consecuencia del derrame de material en fusión sucedido el 13 de agosto de 1985.

2. Como consecuencia de la declaración anterior, se condena a las sociedades Compañía de Seguros La Andina S.A., Compañía Suramericana S.A., Compañía de Seguros Colmena S.A., Aseguradora Grancolombiana S.A. y La Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A., en proporción del 40% para la primera y del 15% para cada una de las restantes, a pagar en dólares de los Estados Unidos de América, dentro de los sesenta (60) días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente laudo, en favor del The Chase Manhattan Bank N.A., en su propio nombre y como representante y agente de los bancos Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, Export-Import Bank of the United States, Algemene Bank Nederland, N.V., Bankers Trust Company, Canadian Imperial Bank of Commerce, Grindlays Bank p.l.c. (antes Grindlays Bank Limited), Chemical Bank, The Royal Bank of Canada, Lloyds Bank International (Bahamas) Limited, The Bak of Nova Scotia International Limited, National City Bank, Society National Bank of Cleveland, Central National Bank of Cleveland y Banco de Bogotá S.A. Panamá, en proporción de sus respectivos intereses como acreedores de Cerro Matoso S.A. y por cuenta de esta sociedad, de conformidad con los endosos por pago de siniestros que constan en las páginas 15 y 11 de las pólizas de incendio INC 32372 y de lucro cesante LC-1266, las siguientes cantidades:

a) Por razón de la póliza de incendio INC-32372, la suma de novecientos cuarenta y tres mil quinientos ochenta y nueve dólares (US\$ 943.589).

b) Por razón de la póliza de lucro cesante LC-1266, la suma de diez millones ochocientos setenta mil ochocientos ochenta dólares (US\$ 10.870.880).

3. Se deniegan todas las demás pretensiones de los aseguradores demandantes, contenidas en el acta de desarrollo de las cláusulas compromisorias que dio origen a este proceso.

4. Sin costas.

El presente laudo queda notificado en estrados.

Concluida la lectura y no siendo otro el objeto de esta audiencia, a las siete (7:00 p.m.) de la noche se le dio por terminada, previa firma por los que en ella intervinieron.