

TERMOFLORES S.A. ESP.

Vs.

ROYAL & SUN ALLIANCE S.A.

Y

ACE SEGUROS COLOMBIA S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., dos (2) de abril de 2009.

Como se encuentran cumplidas las etapas procesales previstas en las normas que regulan el proceso arbitral (Ley 446 de 1998 y Decreto 1818 de 1998), procede el Tribunal a decidir el conflicto planteado en el escrito de demanda y en la contestación a la misma, profiriendo para ello la correspondiente decisión de mérito con la cual culminará este proceso promovido por la sociedad TERMOFLORES S.A. ESP. (en adelante “TERMOFLORES”) contra ROYAL & SUNALLIANCE S.A. y ACE SEGUROS COLOMBIA S.A. (en adelante “LAS ASEGURADORAS”).

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES

1. El Pacto Arbitral

La sociedad convocante invocó el pacto arbitral contenido en la póliza la Póliza Modular Todo Riesgo No. 20085, que es del siguiente tenor: *“Agotadas las posibilidades de acordar una solución por mutuo acuerdo, las diferencias que ocurran entre las partes por razón de la existencia, interpretación, desarrollo, ejecución o terminación de este contrato, serán resueltas por tres (3) árbitros elegidos de común acuerdo por las partes y de no ser así, por el director del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio*

de Bogotá, Tribunal que, con sujeción a las leyes de la República de Colombia y al reglamento del mencionado Centro Arbitral, funcionará en la ciudad de Bogotá D.C. y fallará en derecho” (folio 02 del Cuaderno Principal No. 1).

2. Convocatoria del Tribunal y Trámite Preliminar

A) El día 19 de febrero de 2007, TERMOFLORES por conducto de apoderado judicial, solicitó la convocatoria e integración de un Tribunal de Arbitramento al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, con el fin de que por intermedio del mismo se decidieran las diferencias suscitadas entre ella y ROYAL & ACE, derivadas de la Póliza Modular Todo Riesgo No. 20085 (Folios 01 a 21 del Cuaderno Principal No. 1).

B) La audiencia de nombramiento de árbitros fue citada para el día 28 de febrero de 2007, y se suspendió para reanudarla el 12 de Marzo. No obstante, mediante memorial conjunto del 9 de Marzo, las partes designaron de común acuerdo como árbitros a los doctores Carlos Esteban Jaramillo, Jorge Suescún Melo y Luis Fernando Salazar, quienes aceptaron las designaciones.

C) En audiencia celebrada el 25 de Abril de 2007 se llevó a cabo la instalación del Tribunal de Arbitramento, se designó Secretaria y se reconoció personería al apoderado de la parte convocante (folios 79 a 80 del Cuaderno Principal No. 1). Dicha audiencia fue suspendida.

D) La demanda inicialmente presentada, fue aclarada mediante escrito de fecha 3 de Mayo de 2007 estimando la cuantía del proceso en una suma superior a \$6.367.515.626,88 (Folios 81 y 83 del Cuaderno Principal No. 1).

E) El día 4 de Mayo de 2007 tuvo lugar la continuación de la audiencia de instalación, y en ella se decretaron las sumas provisionales por concepto de honorarios y gastos (Folios 85 a 88 del Cuaderno Principal No. 1).

3. Trámite Arbitral Previo y Primera Audiencia.

A) El día ocho (8) de junio de 2007 se surtió la audiencia en la cual el Tribunal de Arbitramento se declaró competente para conocer del proceso, admitió la solicitud de convocatoria arbitral y ordenó correr el correspondiente traslado a las compañías de seguros convocadas por el término legal de diez (10) días hábiles (folios 96 a 105 del Cuaderno Principal No. 1).

B) LAS ASEGURADORAS convocadas contestaron la demanda arbitral mediante escrito presentado el día 3 de Julio de 2007, negando algunos de los hechos, admitiendo otros, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, solicitando pruebas, y proponiendo como excepciones de mérito las denominadas: “Incumplimiento de las obligaciones del asegurado y del deber de colaboración”, “El asegurador no está en mora de pagar la indemnización”, “Pérdida de la indemnización por mala fé – ausencia de buena fe”, “Riesgos no cubiertos o amparados en la póliza”, “La turbina fue sometida a condiciones anormales, respecto del diseño y construcción de la misma”, “Falta de cobertura por el incumplimiento de la obligación de informar las modificaciones al bien asegurado”, “Falta de cobertura por el incumplimiento de las garantías que otorga el asegurado”, “Improcedencia del reclamo de lucro cesante por aplicación del deducible”, “No cobertura de indemnización de las consecuencias indirectas hacia el futuro respecto del cargo por capacidad derivadas de una falta de disponibilidad de la unidad”, “Falta de legitimación por activa”, y la “Excepción genérica o ecuménica” (folios 112 a 198 del Cuaderno Principal No. 1).

C) El apoderado de la compañía convocante describió el traslado de las excepciones de mérito, solicitando la práctica de pruebas adicionales (Folios 207 a 214 del Cuaderno Principal No. 1).

D) La audiencia de conciliación tuvo lugar el día 16 de Agosto de 2007, sin que las partes acordaran una solución directa de la controversia (folios 1 y 2 del Cuaderno Principal No.2).

E) Fracasada la audiencia de conciliación, en la misma fecha se ordenó continuar el proceso y dar inicio a la Primera Audiencia de Trámite, ratificando los árbitros su competencia para conocer y decidir el litigio planteado, reconociendo personería a los apoderados judiciales de las compañías convocadas y decretando las pruebas solicitadas tanto por la parte convocante como por la parte convocada (folios 3 a 13 del Cuaderno Principal No. 1).

4. Etapa Probatoria

A) Se tuvieron como prueba los documentos enunciados en el acápite de pruebas documentales de la demanda, su contestación, y el memorial mediante el cual se describió el traslado de las excepciones de mérito (Cuadernos de Pruebas No. 1, 2, 3, 4 y 5).

De conformidad con la solicitud contenida en el memorial mediante el cual se describió el traslado de las excepciones de mérito, se ordenó la traducción oficial del inglés al castellano, de los documentos aportados como prueba documental con el citado escrito, que no se encontrasen en idioma castellano y que no hubiesen sido previamente traducidos. Igualmente, se ordenó la traducción de los documentos obrantes en idioma inglés, aportados como consecuencia de las diligencias de exhibición de documentos e inspecciones judiciales (Cuadernos de Pruebas No. 12, 13, folios 95 a 175 del Cuaderno de Pruebas No. 17, y Cuaderno de Pruebas No.18).

Finalmente, se tuvieron como prueba los documentos aportados por la parte convocante con el escrito de objeción por error grave contra el dictamen pericial rendido por el perito Ing. Luis Alberto Zuleta, así como los documentos aportados por las aseguradoras convocadas en el escrito que describió el traslado a dicha objeción (Folios 1 a 249 del Cuaderno de Pruebas No. 21).

B) Se practicaron interrogatorios a los representantes legales de TERMOFLORES, la Dra. Carolyn Mondragón (Fl. 34 a 46 y 172 y 174 del Cuaderno de Pruebas No. 11) y de ROYAL, señor Julio Adolfo Jiménez,

respectivamente (Fls. 20 a 33 y 170 y 171 del Cuaderno de Pruebas No. 11).

El apoderado judicial de la parte convocante desistió de la práctica del interrogatorio al representante legal de ACE.

C) Se decretaron y recepcionaron en audiencia los siguientes testimonios: Ricardo Torres (Fls. 47 a 59 del Cuaderno de Pruebas No. 11), Carmenza Chahín (Fls. 152 a 163 del Cuaderno de Pruebas No. 19 y folios 53 a 72 del Cuaderno de Pruebas No. 22), Eduardo Hammerle (Fls. 140 a 169 del Cuaderno de Pruebas No. 11), Ally Ospina (Fls. 174 y 199 del Cuaderno de Pruebas No. 11), Jose Alexis Torres (Fls. 200 a 212 del Cuaderno de Pruebas No. 11), Campo Elias Gonzalez (desistido), Mark Kamphaus (Fls. 100 a 116 del Cuaderno de Pruebas No. 19), Joseph Matos (Fls. 117 a 126 del Cuaderno de Pruebas No. 19), Nick Burn (desistido), Daniel Sanabria (Fls. 60 a 76 del Cuaderno de Pruebas No. 11), John Jairo Gaviria (desistido), Juan Carlos Lancheros (Fls. 77 a 102 del Cuaderno de Pruebas No. 11), Wilson Julio Uribe (Fls. 103 a 139 del Cuaderno de Pruebas No. 19 y folios 33 a 52 del Cuaderno de Pruebas No. 22), Joaquin Jaramillo (Fls. 127 a 151 del Cuaderno de Pruebas No. 19), Daniel Garcia (desistido), Joseph M. Scarlato (Fls. 1 a 6 del Cuaderno de Pruebas No. 17), Mark Bremmer (Fls. 7 a 36 del Cuaderno de Pruebas No. 17), Christopher N. Lewis (Fls. 37 a 44 del Cuaderno de Pruebas No. 17 y folios 216 a 221 del Cuaderno de Pruebas No. 11), Eduardo Jimenez (Fls. 45 a 92 del Cuaderno de Pruebas No. 17), José Rosales (quien fuera tachado de falso) (Fls. 1 a 32 del Cuaderno de Pruebas No. 22 y folios 252 a 256 del Cuaderno de Pruebas No. 21).

D) El Tribunal ordenó oficiar al administrador del mercado energético XM S.A. (Folio 2 a 11 Cuaderno de Pruebas No. 11, folios 250 a 251 del Cuaderno de Pruebas No. 21), a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, y al Banco de la República (Folio 1 y 12 a 16 Cuaderno de Pruebas No. 11).

E) Se decretó la práctica de diligencias de exhibición de documentos, así:

(i) Por solicitud de la parte convocante, en las oficinas de McLarens Young Latin America S.A. (Cuadernos de Pruebas No. 6, 7 y 8).

(ii) Por solicitud de la parte convocada, en: a) Las oficinas de TERMOFLORES en las ciudades de Bogotá y Barranquilla, con intervención de perito contador. Por solicitud de los apoderados de las partes, el tribunal prescindió de la práctica de dicha toda vez que las partes aportaron conjuntamente al proceso, los documentos resultantes de la visita por ellas realizada a las oficinas de la convocante en la ciudad de Barranquilla, los cuales se ordenó traducir oficialmente al idioma castellano (Cuadernos de Pruebas No. 9 y 10). Y b) En las oficinas de Siemens Westinghouse ubicadas en la ciudad de Orlando, Florida, la cual se practicó mediante Carta Rogatoria (Cuadernos de Pruebas No. 14, 15); dicha compañía, bajo reserva de confidencialidad, remitió copia de los documentos solicitados, algunos de los cuales se ordenó traducir oficialmente e incorporados a los autos en los términos ordenados mediante auto que consta en Acta No. 29 (Folios 127 a 131 del Cuaderno Principal No. 3).

F) En cuanto a dictámenes periciales y experticias anticipadas,

(i) Se ordenó agregar al expediente el dictamen contable aportado con la demanda y rendido por el señor Eduardo Jiménez, así como también, el escrito de objeción al señalado dictamen, presentado por las compañías convocadas en la contestación de la demanda.

(ii) Se decretó la práctica de un dictamen pericial contable, a cargo del Dr. Ricardo Sabogal (Folios 1 a 31 del Cuaderno de Pruebas No. 16 y folios 120 a 166 del Cuaderno de Pruebas No. 20).

(iii) Se agregó al expediente en calidad de experticia, la opinión técnica rendida por el experto Joaquín Jaramillo, que analiza el documento presentado por la convocante en la demanda como dictamen pericial.

(iv) Se decretó la práctica de un dictamen técnico de ingeniería eléctrica, a cargo del Ing. Luis Alberto Zuleta (Folios 67 a 328 del Cuaderno de Pruebas No. 16 y folios 16 a 119 del Cuaderno de Pruebas No. 20), el cual fue objetado por error grave.

(v) Se decretó la práctica de un dictamen técnico de ingeniería mecánica, a cargo del Ing. Jaime Loboguerrero (Folios 32 a 38 y 39 a 66 del Cuaderno de Pruebas No. 16 y folios 1 a 15 del Cuaderno de Pruebas No. 20).

5. Término de Duración del Proceso Arbitral

A) La primera audiencia de trámite culminó el día 16 de Agosto de 2007.

B) El término de seis meses vencía el 16 de Febrero de 2008. Posteriormente las partes de común acuerdo ampliaron el término de duración en dos (2) meses adicionales al término original según consta en auto obrante en Acta No. 29 del 14 de Julio de 2008 (Folio 117 del Cuaderno Principal No. 3).

C) No obstante lo anterior, el proceso estuvo suspendido desde la terminación de la primera audiencia de trámite, en los períodos comprendidos en las siguientes fechas: Desde el día 24 de agosto hasta el día 17 de septiembre de 2007, ambas fechas incluidas, reanudándose el día 4 de septiembre, para un total de 16 días hábiles; desde el día 8 de Noviembre hasta el día 10 de Diciembre de 2007 del año en curso, ambas fechas incluidas, para un total de 22 días hábiles, y desde el día 17 de diciembre de 2007 hasta el día de 28 de Enero del año en curso, ambas fechas incluidas, para un total de 28 días hábiles; y desde el día 1º de febrero hasta el día 3 de marzo del año en curso, ambas fechas incluidas, para un total de 22 días hábiles; desde el día 14 de marzo y hasta el día 21 de abril del año en curso, ambas fechas incluidas para un total de 24 días hábiles; desde el día 24 de abril hasta el 8 de mayo del año en curso, ambas fechas incluidas, para un total de 9 días hábiles; desde el día 9 de mayo hasta el 13 de mayo del año en curso, ambas fechas incluidas, para

un total de 3 días hábiles; desde el día 29 de Mayo hasta el día 6 de Junio del año en curso, ambas fechas incluidas, para un total de 6 días hábiles; desde el día 11 de junio hasta el día 18 de junio del año en curso, ambas fechas incluidas, para un total de 6 días hábiles; desde el día 20 de junio hasta el día 11 de julio de 2008, ambas fechas incluidas, para un total de 15 días hábiles; desde el día 4 de agosto hasta el día 21 de agosto del año en curso, ambas fechas incluidas, para un total de 12 días hábiles; del 19 de septiembre hasta el 3 de octubre, ambas fechas incluidas, para un total de 11 días hábiles; desde el día 7 de octubre hasta el día 18 de noviembre de 2008, ambas fechas incluidas, para un total de 28 días hábiles, desde el veintiuno (21) de Noviembre hasta el cinco (5) de Diciembre de 2008, ambas fechas incluidas, para un total de 11 días hábiles; desde el 6 de Diciembre de 2008 hasta el día 18 de Febrero de 2009 para un total de 49 días hábiles.

D) Así las cosas, el proceso estuvo suspendido durante 262 días hábiles que deben sumarse al término inicial hasta el día 15 de abril de 2009 y, adicionalmente, de conformidad con la ampliación efectuada por las partes, dicho término vence el día 15 de Junio del año 2009.

CAPITULO SEGUNDO

LA CONTROVERSIA

1. La Demanda

A. Hechos

Los hechos referidos en el escrito que sustituyó la demanda inicial, pueden resumirse de la siguiente manera:

1. ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (Colombia) expidió inicialmente en coaseguro con ACE, a favor de TERMOFLORES, la póliza modular todo riesgo No. 20085 con vigencia inicial comprendida entre el 5 de mayo de 2002 y el 5 de mayo de 2003, amparando la totalidad de los bienes que conforman las unidades de generación Flores I, Flores II y Flores III y su bienes accesorios. La proporción del riesgo asegurado fue de 60% para

ROYAL y 40% para ACE, y el valor y costo de la prima liquidada (US\$ 1.880.548,98) más IVA fue pagada por el asegurado en su totalidad a las aseguradoras convocadas.

2. La póliza fue renovada para la vigencia comprendida entre el 5 de mayo de 2003 y el 5 de mayo de 2004, y el 5 de mayo de 2004 y el 5 de mayo de 2005, amparando lucro cesante por interrupción del negocio, y todas las pérdidas de los bienes asegurados por daños materiales derivados de eventos que ocurrieran de manera accidental, súbita e imprevista.

La póliza señala como período máximo de indemnización para efectos del amparo de lucro cesante por rotura de maquinaria el plazo de 24 meses, plazo que en virtud de lo dispuesto por la Condición General Séptima, en la definición del concepto de “Período de indemnización”, se cuenta a partir de la ocurrencia del daño.

3. La unidad de generación denominada Flores III es un equipo de generación de energía eléctrica con capacidad para operar quemando gas natural, fabricado por Siemens Westinghouse, puesto en servicio por primera vez en enero de 1998 y en operación comercial desde abril de 1998. Esta unidad fue actualizada con un sistema de compresión húmeda en septiembre de 2004, mejora que fue inspeccionada por las aseguradoras convocadas el 2 de marzo de 2005.

4. El día 19 de marzo de 2005 el equipo presentó una limitación de potencia y en consecuencia se le efectuó una revisión general, encontrándose daños severos en los álabes móviles y diafragmas de las etapas o filas 14 a 16 del señalado compresor y fallas irreparables en su anillo de álabes número 3.

5. A partir del 21 de marzo de 2005, los técnicos del fabricante de la unidad de generación, Siemens Westinghouse, se hicieron presentes en la planta de TERMOFLORES, e iniciaron las labores de desmonte y reparación.

La evaluación técnica realizada por el fabricante de la unidad, Siemens Westinghouse, concluyó que la avería padecida por la unidad Flores III fue consecuencia de un error en la configuración, montaje y materiales de los tornillos de retención del diafragma en cuanto a la ubicación y orientación de los mismos en el anillo de álabes, con ocasión de la instalación del sistema de compresión húmeda, y que la calidad del material de un tornillo en particular de la fila 14 del compresor pudo haber resultado defectuosa, induciendo a su ruptura. En consecuencia, al encontrarse mal ubicado el tornillo que resulto defectuoso, de acuerdo con el informe en cita, y fracturarse, las partes del tornillo en lugar de quedar contenidas en el espacio previsto para tal efecto en el anillo de álabes, estas se liberan dentro del compresor impactando diversos álabes de las filas 14, 15 y 16.

6. El 22 de Marzo de 2005, la firma Proseguros. Corredores de Seguros S.A, en representación de TERMOFLORES comunicó a ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS la ocurrencia del siniestro, y acreditó extrajudicialmente a las aseguradoras convocadas, la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida.

7. El equipo entró nuevamente en operación comercial el día 24 de abril de 2005.

8. Los daños materiales ascendieron a la suma de dos millones doscientos catorce mil ochocientos cincuenta y cinco dólares de los Estados Unidos de América (USD \$2.214.855), no obstante Siemens Westinghouse efectuó una nota de crédito por un millón sesenta y dos mil setecientos veintiún dólares de los Estados Unidos de América con trece centavos (USD \$1.062.721,13), con lo cual el saldo de la pérdida indemnizable en concepto de daño emergente asciende a la suma de un millón ciento cincuenta y dos mil ciento treinta y tres pesos con ochenta y siete centavos de dólar de los Estados Unidos de América (UAS \$1.152.133,87).

9. La disponibilidad del equipo se remunera por el mercado de energía eléctrica en Colombia bajo la modalidad de Cargo por Capacidad (Res. Creg 116 de 1996 y, a partir del 1 de diciembre de 2006, bajo la modalidad de cargo por confiabilidad (Res. Creg 071 de 2006).

10. El reasegurador líder manifestó que dado que la reparación del equipo afectado por el siniestro se produjo dentro del plazo pactado como deducible, no había lugar a obligación indemnizatoria por este concepto

11. Solo hasta el 15 de septiembre de 2006 las aseguradoras pretendieron objetar el reclamo formulado por mi representada desde el 24 de mayo de 2006, mediante comunicación carente de fundamento, entre otras razones, porque pretende derivar del contrato de reaseguro efectos vinculantes en la relación asegurador-asegurado, contra expresa disposición legal. En consecuencia, deben reconocerse intereses moratorios a la tasa máxima legal prevista por el artículo 1080 del Código de Comercio.

B. Pretensiones

“1. Que se declare que las aseguradoras Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A., conforme a la participación que cada una asumió en la póliza “TODO RIESGO INDUSTRIAL Y COMERCIAL” número 20085 expedida por la primera, deben cumplir a favor de la parte actora las obligaciones derivadas del mencionado contrato de seguro con cargo a la vigencia 2004 – 2005, como consecuencia del siniestro ocurrido el 20 de marzo de 2005, el cual fue ampliamente relatado en los hechos de la presente demanda.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A., conforme a la participación que cada una tenía en la póliza, esto es, en un 60% para la primera y un 40% para la segunda, a pagar a la parte actora, en pesos colombianos, a la tasa de cambio más alta representativa del mercado, vigente el 20 de marzo de 2005, o a la que el Tribunal estime del caso, el valor de la indemnización correspondiente al daño emergente y lucro cesante consecuencia del siniestro ocurrido en la fecha antes mencionada, menos el valor de los deducibles aplicables a uno y otro.

3. *Que se declare a las aseguradoras en mora de sus obligaciones y condene a Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A. a pagar a la parte actora, sobre las sumas cuya condena se reclama en la pretensión anterior, los intereses moratorios de que trata el artículo 1080 del Código de Comercio sobre el valor en pesos de la condena que se imponga por el Tribunal, desde el 24 de mayo de 2004 o en subsidio desde la fecha del auto admisorio de la demanda.*

4. *Que se condene a Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. y Ace Seguros S.A. a pagar a la convocante las costas y agencias en derecho que se generen dentro del presente trámite”.*

C. Fundamentos de derecho

TERMOFLORES invocó como fundamento de su demanda los artículos 1036 a 1116 del Código de Comercio colombiano y demás normas concordantes y complementarias por una parte, y por otra en los artículos 115 y siguientes del decreto 1818 de 1998.

2. Contestación de las convocadas.

Notificadas legalmente las compañías convocadas del auto admisorio de la solicitud de convocatoria, como quedó dicho oportunamente manifestaron su oposición a las pretensiones aducidas por la convocante, solicitando la práctica de las diligencias de prueba que consideraron conducentes y proponiendo excepciones de mérito.

La contestación a los hechos de la demanda y la fijación de su posición procesal defensiva, se dio por parte de LAS ASEGURADORAS en los términos que a continuación se sintetizan:

A. Frente a los Hechos

1. La póliza modular todo riesgo No. 20085 con vigencia inicial comprendida entre el 5 de mayo de 2002 y el 5 de mayo de 2003, no fue expedida en coaseguro con ACE.

Adicionalmente, la póliza no fue expedida a favor de TERMOFLORES sino a favor del Fideicomiso Fidugan Termoeléctrica las Flores, Flores II S.A. & CIA. S.C.A E.S.P, Flores III S.A. & CIA. S.C.A E.S.P en calidad de Tomador y Asegurado y como Beneficiario Fideicomiso Fidugan Termoeléctrica las Flores, Flores II S.A. & CIA. S.C.A E.S.P, Flores III S.A. & CIA. S.C.A E.S.P y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (Panamá) en condiciones de acreedor del Fideicomiso Fidugan Termoeléctrica las Flores, Flores II S.A. & CIA. S.C.A E.S.P y/o como sus intereses aparezcan.

2. La cobertura de lucro cesante era opcional y debía solicitarse expresamente y aceptarse por la aseguradora, según las Condiciones Generales del contrato de seguro.

3. Las aseguradoras convocadas no inspeccionaron la actualización del sistema de compresión húmeda.

4. El fabricante original llevó a cabo reparaciones a partes de la unidad que no habían sido dañadas como resultado directo del desprendimiento del tornillo retenedor de la etapa 14 del diafragma. Trabajos y reparaciones muy costosas fueron llevadas a cabo en la sección "río arriba" del compresor, que hicieron que se removiera la cubierta del cilindro así como que se realizaran reparaciones en la sección de la turbina que requirió la remoción de la cubierta del cilindro de la turbina.

5. No son ciertas las conclusiones del informe elaborado por el fabricante Siemens Westinghouse, que expresamente señala lo siguiente: "*Un contribuyente al evento, pero no una causa de raíz, fue que uno de los tornillos retenedores de la fila 14 del diafragma no estaba fabricado con el material especificado*". Adicionalmente, el reporte no señala que el tornillo estuviera mal ubicado, sino que estaba fabricado con un material inadecuado.

6. Dentro del proceso de ajuste se advirtieron inconsistencias por cuanto varios de los ítems cobrados no tienen relación directa con el daño, razón por la cual la lista de ítems facturados y presentados como soporte para acreditar la cuantía del daño no es cierta.

En efecto, las dudas del ajustador se relacionaban con la inclusión de varios ítems en la reclamación que no tenían relación directa con el daño ocurrido y que sumaban casi un millón de dólares (USD \$1'000.000.), y no se encuentra debidamente acreditada la cuantía de la pérdida.

7. TERMOFLORES no tiene derecho al pago del lucro cesante que reclama por cuanto la interrupción tuvo una duración menor a la acordada en el deducible. En efecto, en la póliza se había pactado un deducible de 60 días y la unidad solamente estuvo fuera de funcionamiento 35 días.

Bajo la póliza, si la interrupción supera el periodo del deducible de 60 días, se reconoce el lucro cesante hasta por un periodo de 24 meses.

8. TERMOFLORES no le permitió a las convocadas ni al ajustador designado, realizar una verificación completa de los ítems que se estaban presentando para cobro, y nunca remitió la información que en repetidas oportunidades y hasta poco antes de la presentación de la demanda le fue solicitada, incumpliendo el deber de colaboración y su obligación de acreditar en debida forma la cuantía del siniestro, de conformidad con lo establecido en el artículo 1077 del Código de Comercio.

No obstante lo anterior, el reclamo de lucro cesante fue objetado y TERMOFLORES solicitó incluso la reconsideración de esa objeción.

Debe destacarse que la propia TERMOFLORES aduce que formuló reclamación mas de un año después de ocurrido el siniestro, y además, que omitió dar aviso a ACE.

B. Excepciones

Los apoderados de LAS ASEGURADORAS convocadas, antes de pasar a formular excepciones de fondo, efectuaron el siguiente pronunciamiento como “consideración preliminar” cuyos términos, dada su particular importancia en el caso presente, hay lugar a transcribir en sus apartes principales: “...En primer lugar es importante que los señores árbitros tengan en cuenta los antecedentes y la forma en que se gestó el contrato de seguro objeto del presente proceso, lo anterior con el fin de comprender ciertas particularidades que inciden en el alcance e interpretación de las cláusulas que lo rigen. En el año 2002 los representantes de Termoflores viajaron a Londres con el fin de obtener la cobertura del riesgo de sus unidades de generación. Para tal efecto y con la asesoría de su corredor de reaseguros local Prointer Ltda. Y de HSBC Insurance Brokers de Londres, negoció la cobertura respectiva. Posteriormente, buscaron una compañía de seguros local que hiciera el fronting de la póliza, pues como es sabido las compañías extranjeras no pueden otorgar pólizas en Colombia. En este orden de ideas, Proseguros S,A, corredor de seguros de Termoflores, contactó a Royal para que expidiera la póliza local que correspondiera al fronting de la cobertura negociada en el exterior...” y luego de transcribir el texto de una comunicación de 3 de mayo de 2005 dirigida por Royal a Proseguros donde se hace constar que la primera asume los riesgos y reclamos que los reasegurados amparan y aprueban, prosiguen: “...como puede observarse, claramente Royal hacía el fronting y expresamente advertía desde un comienzo que solo cubriría los riesgos que los reasegurados ampararan y aprobaran. Para tal efecto, Royal recibió los slips de reaseguro y procedió a emitir las pólizas de conformidad. Es por esto que desde un principio se estableció que el clausulado del reaseguro primaría en caso de cualquier inconformidad o discrepancia, pues ROYAL no había negociado la cobertura y desconocía absolutamente los términos negociados por Termoflores. De esta forma se celebraron los contratos que ampararon las vigencias de 2002 a 2003 y 2003 a 2004- Para el año 2004 Prointer no tuvo ninguna participación y Proseguros actuó, no ya como corredor de seguros sino como Asesor de seguros. Al igual que en la etapa anterior, Royal recibía el clausulado y procedía a emitir la póliza local, sin tener ninguna participación en la negociación de la cobertura obtenida por Termoflores en el mercado reasegurador. Por la misma razón en la póliza

20085 con vigencia 5 de mayo de 2004 a 5 de mayo de 2005, se estipuló también que en caso de cualquier inconformidad en los clausulados primarían los del reaseguro. Lo anterior, en la medida que Royal no había negociado la cobertura y por ende no estaba en capacidad de efectuar inclusiones o hacer ajustes a las pólizas sin la aprobación de los reaseguradores (...) Por esta razón, todas las solicitudes de modificación e inclusiones específicas que Termoflores o su asesor de seguros enviaban a Royal para que figuraran en la póliza local, una vez recibidas eran sometidas a la previa aprobación del reasegurador antes de ser aceptadas...”.

Y partiendo de esta premisa, formularon las excepciones que denominaron:

(i) “Incumplimiento de las obligaciones del asegurado y del deber de colaboración”:

La obligación de demostrar la cuantía significa que el asegurado necesariamente debe actuar de buena fe y tiene un deber adicional de prestar su entera colaboración a la aseguradora, para permitirle a ésta y al ajustador designado, realizar una verificación objetiva de la ocurrencia y cuantía del siniestro y poder confirmar que absolutamente todos los ítems cobrados correspondan al siniestro y no a mantenimiento rutinario que se haya acometido con ocasión del siniestro o a asuntos ajenos a la reparación del daño.

En el caso objeto de ésta demanda, TERMOFLORES remitió una serie de documentos que fueron estudiados oportunamente por el ajustador y el asegurador, estudio del cual se determinó que era indispensable que TERMOFLORES remitiera más información y diera ciertas explicaciones respecto de la cuantía del siniestro.

(ii) “El asegurador no está en mora de pagar la indemnización”:

Conforme al Art. 1080 del Código de Comercio, la mora del asegurador sólo se configura una vez que el asegurado haya cumplido con su carga de acreditar adecuadamente la cuantía exacta del daño efectivamente sufrido.

En la medida en que TERMOFLORES no cumplió satisfactoriamente con su carga, la cual incluye el deber de colaboración de buena fe al asegurador para que pueda culminar su ajuste, no puede alegarse entonces que exista mora del asegurador. En efecto, si el asegurador no ha podido concluir con el ajuste, precisamente porque el asegurado no ha prestado su colaboración para finiquitarlo, no se puede entender que haya cumplido con la obligación de acreditar fidedignamente la pérdida y por ende no hay mora de la compañía de seguros en efectuar el pago

Adicionalmente, el cobro de intereses de mora sobre el lucro cesante resulta absolutamente improcedente, por cuanto se trata de sumas que ni siquiera habría recibido TERMOFLORES al momento de la presentación del reclamo sino mes a mes hacia el futuro.

(iii) “Pérdida de la indemnización por mala fé – ausencia de buena fe”:

TERMOFLORES incluyó varios ítems en su reclamación a la aseguradora que no tenían relación con el siniestro, para reclamar una cuantía de la pérdida superior a la que realmente sufrió, ocultando que había recibido una nota crédito por un valor superior al millón de dólares, de lo cual sólo se enteraron a las convocadas con la presentación de la demanda.

(iv) “Riesgos no cubiertos o amparados en la póliza”:

El daño ocurrido en el equipo no constituye un siniestro, por cuanto no fue el resultado de un evento futuro e incierto, sino que dicho daño fue consecuencia de un hecho previsible y cierto causado por un desgaste en los tornillos debido al flujo al que fueron sometidos, flujo que fue deteriorando los tornillos, lo que resultó finalmente en el desprendimiento de uno de los álabes que al pasar río abajo ocasionó daños en otras etapas de la turbina. Dicho incremento en el flujo que atravesaba la turbina era

totalmente conocido por TERMOFLORES, por cuanto ese aumento se debió al "upgrade" o mejora realizada a la unidad.

TERMOFLORES no realizó inspecciones o mantenimiento alguno para prevenir o reparar el desgaste de los tornillos que retenían los álabes, lo cual hace que el daño ocurrido no tenga el carácter de un siniestro súbito, imprevisible e irresistible en los términos del artículo 1054 del Código de Comercio.

(v) “La turbina fue sometida a condiciones anormales, respecto del diseño y construcción de la misma”:

La Unidad III, fue sometida a una mejora que impuso condiciones anormales a la turbina, lo cual hizo imposible que algunos de los componentes de la misma (tornillos), resistieran el mayor flujo al que fueron sometidos los álabes de la turbina.

(vi) “Falta de cobertura por el incumplimiento de la obligación de informar las modificaciones al bien asegurado”:

TERMOFLORES no cumplió con su obligación contractual de dar aviso a las aseguradoras respecto de las modificaciones técnicas realizadas al bien asegurado, lo cual constituye un eximente de responsabilidad según lo establecido en el clausulado general de la póliza de seguros.

(vii) “Falta de cobertura por el incumplimiento de las garantías que otorga el asegurado”:

TERMOFLORES no cumplió las garantías u obligaciones que debía ejecutar pues no reportó de manera inmediata la realización del "Upgrade" o mejora al sistema de compresión húmeda efectuado a la Unidad III, lo cual agravó el riesgo de la máquina, por cuanto sus componentes fueron expuestos a un mayor flujo de aire que desencadenó el desprendimiento de una parte de un álabe lo cual causó un daño.

(viii) “Improcedencia del reclamo de lucro cesante por aplicación del deducible”:

TERMOFLORES supuestamente sufrió un daño como consecuencia de una interrupción de su negocio durante un periodo de 35 días que es inferior al periodo de deducible pactado en la póliza en función del tiempo, por un término de 60 días. En efecto, el periodo de interrupción del negocio de TERMOFLORES ocurrió del 19 de marzo al 24 de abril de 2005. De otra parte, la página No. A2 del anexo No. 8 de la póliza establece un término de deducible en tiempo de 60 días para el lucro cesante. De lo contrario se pactaría simplemente en dinero y no en días.

La ganancia o pérdida que se cause dentro del periodo del deducible como consecuencia de la disponibilidad o indisponibilidad de la planta, no está amparada y debe asumirla el asegurado.

Adicionalmente, el ingreso se causa en el momento en el que se originó y no cuando es pagado. Lo anterior, independientemente de que el ingreso que se "originó" o "al que tiene derecho" el generador por haber estado disponible se pague después del respectivo periodo.

De la misma forma, la pérdida sufrida como consecuencia de la indisponibilidad ocurrida dentro del periodo del deducible, aunque sus consecuencias se vean reflejadas en el futuro, no está cubierta y debe asumirla el asegurado.

En consecuencia, el asegurado debe asumir las consecuencias económicas derivadas de la indisponibilidad por una interrupción inferior al periodo del deducible, cualesquiera que ellas sean, es decir, tanto el cargo por capacidad correspondiente a ese periodo como la reducción de la CRT ocasionada por la indisponibilidad temporal que ocurrió dentro del periodo del deducible.

(ix) “No cobertura de indemnización de las consecuencias indirectas hacia el futuro respecto del cargo por capacidad derivadas de una falta de disponibilidad de la unidad”:

La Póliza no cubría el riesgo de consecuencias indirectas hacia el futuro respecto del cargo por capacidad derivadas de una falta de disponibilidad de la unidad.

El reclamo de lucro cesante objeto del presente proceso no se refiere en realidad al cobro del cargo por capacidad perdido por la indisponibilidad durante el periodo de interrupción de 35 días, sino al reclamo por las consecuencias indirectas derivadas de la indisponibilidad y que supuestamente consisten en la disminución en el cargo por capacidad que recibiría el demandante con posterioridad al periodo de interrupción y durante los dos años siguientes al siniestro.

Lo anterior, en la medida en que el siniestro afectó la disponibilidad de la planta durante un periodo de 35 días, lo cual supuestamente se tradujo en que se afectó su índice de indisponibilidad histórica y, consiguientemente, esto afectó su Capacidad Remunerable Teórica (CRT) (con la cual se calcula a remuneración del mencionado cargo por capacidad) hacia el futuro, por cuanto dicho índice es considerado en la fórmula para el cálculo de dicha CRT. A su vez, la afectación en dicha CRT supuestamente se tradujo en la disminución de la remuneración mensual denominada Cargo por Capacidad, esto es, incidió negativamente en el cálculo de los ingresos del cargo por capacidad que recibiría la demandante durante los tres (3) años siguientes al siniestro.

TERMOFLORES sabía de manera clara que el lucro cesante futuro por la pérdida o reducción del cargo por capacidad no se encontraba cubierto y por tal motivo solicitó repetidamente a mis representadas que lo incluyera, y ahora aunque conocen de antemano que no existe tal amparo en la póliza contratada, pretenden reclamar una indemnización por dicho concepto. Sin embargo, la inclusión del lucro cesante futuro consistente en la reducción o disminución de la remuneración por cargo por capacidad no fue aceptada por las aseguradoras.

(x) “Falta de legitimación por activa”:

Los beneficiarios de la póliza de seguros son el Fideicomiso Fidugan Termoeléctrica Las Flores, junto con TERMOFLORES (como una sola parte) y/o el Banco Bilbao Vizcaya Panamá en condiciones de acreedor del Fideicomiso Fidugan Termoeléctrica las Flores. Teniendo en cuenta que el Fideicomiso y TERMOFLORES son beneficiarios (los dos en conjunto), vemos que Termoflores S.A. ESP no está legitimado para presentar esta demanda ella sola, salvo que lo haga en conjunto con el Fideicomiso Fidugan Termoeléctrica las Flores por cuanto la legitimación por activa se encuentra en cabeza de las dos entidades y no de sólo una de ellas.

(xi) “Excepción genérica o ecuménica”, consistente en invocar, además de todos los anteriores, cualquiera otro hecho exceptivo que resulte demostrado en el proceso y que los árbitros puedan reconocer de oficio.

c. Oposición a las excepciones.

La parte convocante describió el traslado de las excepciones de fondo, solicitó asimismo la práctica de pruebas adicionales, y sus argumentos se resumen de la siguiente manera:

(i) En todo momento a partir de la ocurrencia del siniestro TERMOFLORES se comprometió con la más amplia colaboración y divulgación a las aseguradoras, a los ajustadores designados, a los corredores de reaseguros y a los reaseguradores.

(ii) TERMOFLORES aportó a las aseguradoras la totalidad de los soportes documentales que acreditaban la cuantía del daño emergente padecido como lo reconocen los apoderados de las convocadas. No obstante, el experto, en representación de las aseguradoras demandadas reclamó la exhibición por parte del asegurado de documentos de propiedad de terceros (en este caso Siemens) y de imposible procuramiento por encontrarse claramente protegidos por las normas que regulan el secreto

industrial, como condición necesaria para el trámite del reclamo, violando con ello la legislación positiva colombiana y lo acordado en el contrato de seguro.

(iii) La actuación contractual de TERMOFLORES ha estado marcada en todo momento por la buena fe entregando inclusive a las aseguradoras, allende sus obligaciones legales, el informe de causa del siniestro preparado por Siemens, y e incluso adelantó ante el fabricante las reclamaciones pertinentes en busca de la adecuada protección de los intereses de los aseguradores en el marco de la norma de conducta contractual de “actuar como un buen no asegurado”, gestiones que a la postre condujeron a la reducción de los costos cobrados por Siemens.

(iv) En forma alguna la implementación del sistema de compresión húmeda implicó la alteración de las condiciones de operación de la maquinaria ni la operación de la misma por fuera de sus capacidades acreditadas por el fabricante. Adicionalmente el informe de causa del siniestro generado por el fabricante determinó una causa concreta y específica que en nada implicó el desgaste de tornillos.

(v) En ningún momento se operó la Unidad Flores III en condiciones anormales y por el contrario la misma se desempeñó siempre dentro de sus capacidades y bajo el monitoreo remoto constante del fabricante de la misma encargado a su vez de su mantenimiento. En efecto, en el informe generado por el fabricante se establece la causa del daño padecido y en parte alguna indica ni la existencia de un mayor flujo ni que el mismo fuera causa del daño.

(vi) El inspector de riesgo comisionado por las aseguradoras para realizar el Informe de Riesgos de Ingeniería que fue requerido para la renovación de la póliza 20085 conoció, inspeccionó y estudio personalmente la especificación de compresión húmeda instalada en la Unidad Flores III.

(vii) No es cierto lo argumentado como sustento de conocimiento e inspección exhaustiva del sistema de compresión de la excepción en que se

basa la excepción de “falta de cobertura por el incumplimiento de las garantías que otorga el asegurado”.

(vii) Las aseguradoras pretenden desconocer con la excepción propuesta la naturaleza “todo riesgo” de la póliza expedida. Por otra parte, los daños reclamados en el presente proceso derivan todos ellos de manera directa de la ocurrencia del siniestro y están por ello plenamente cobijados por los amparos de todo riesgo contratados y pagados.

(viii) Las aseguradoras no expedieron la póliza en los términos acordados y pagados por TERMOFLORES.

3. Alegatos de conclusión

En la oportunidad de ley, ambas partes presentaron sus conclusiones finales acerca de las pruebas producidas en el proceso, trabajos estos de notable calidad jurídica cuyo contenido obra a folios 7 a 255 del Cuaderno Principal No. 4 del expediente.

CAPITULO TERCERO

PRESUPUESTOS PROCESALES Y FUNDAMENTOS DEL LAUDO

Por cuanto del recuento efectuado en los apartes precedentes se sigue que la relación procesal existente en el presente caso se configuró regularmente y que en su desarrollo no se incurrió en defecto alguno trascendente que, por tener virtualidad para invalidar la actuación en todo o en parte y no encontrarse saneado, imponga darle aplicación al Art. 145 del c de P.C, corresponde decidir sobre el mérito de la controversia sometida por los comprometidos a arbitraje y para tal fin son conducentes las siguientes

CONSIDERACIONES:

Con el fin de agotar el estudio de las cuestiones litigiosas planteadas por los comprometidos, las que por lo tanto ha de entenderse circunscriben las diferencias por ellos sometidas a arbitraje en el presente proceso, corresponde dividir dicho estudio en cuatro partes que, en lo sustancial, abarcan en sus aspectos medulares aquellas cuestiones específicas materia de controversia, referidas ellas, como se sigue del compendio efectuado en el capítulo anterior: (I) A la formación, contenido y alcance del contrato de seguro en el que apoya sus pretensiones la convocante; (II) A las variaciones ocurridas en el estado del riesgo por actos propios de la asegurada y la significación que a las mismas, como eximentes de su responsabilidad, le atribuyen las compañías de seguros convocadas; (III) Al derecho por aquella invocado de exigir de estas últimas, bajo los términos de la póliza modular todo riesgo 20085 y como consecuencia de la ocurrencia del siniestro, el cumplimiento por los conceptos y en los valores pretendidos, de la prestación indemnizatoria asegurada; y en fin, (IV) A la mora en la ejecución de la correlativa obligación pecuniaria a su cargo, que a LAS ASEGURADORAS demandadas les imputa TERMOFLORES en el escrito de convocatoria.

I - EL CONTRATO DE SEGURO CELEBRADO. ELEMENTOS PERSONALES, DE FORMACION Y DE CONTENIDO OBLIGATORIO MATERIA DE DISCUSION EN EL PROCESO.

A. LEGITIMACION PARA ACCIONAR DE LA CONVOCANTE.

En el entendido que por la estirpe del defecto en la integración subjetiva de la litis que se proponen denunciar las convocadas mediante la excepción de “Falta de Legitimación por Activa” formulada, suscita esta argumentación defensiva un punto litigioso de forzoso examen previo concerniente a la individualización de la parte asegurada en el contrato cuyo cumplimiento reclama la Empresa convocante, a ello habrá de procederse primeramente por cuanto de encontrarse fundada dicha excepción en los términos en que ha sido formulada, sería del caso disponer las medidas de saneamiento conducentes con arreglo al Art. 149 del Dcr. 1818 de 1998 en concordancia con el Art. 83 del c de P.C para

luego, de quedar integrada la litis arbitral en debida forma, proferir el laudo definitivo que al proceso le ponga fin.

Afirmando que en un proceso con las características del presente, en el cual se controvierte el derecho a obtener el pago de una indemnización derivada del contrato de seguro, es indispensable la vinculación a aquél de todas las partes en dicho contrato, en especial de los que denominan “...beneficiarios de la póliza...” en tanto que “...necesariamente...” habrá de afectarlos el laudo, sostienen LAS ASEGURADAS en apoyo de la aludida excepción que, en el caso presente y a diferencia de lo ocurrido en un comienzo en que al expedirse la póliza 20085 con fecha 8 de mayo de 2002 tenía la triple calidad de tomador, asegurado y beneficiario el Fideicomiso denominado Fidugán-Termoeléctrica Las Flores, con posterioridad y de acuerdo con el texto del Anexo 8 expedido el 5 de mayo de 2004, los beneficiarios de la póliza de seguros, los dos en conjunto y como una sola parte, son ese mismo Fideicomiso y Termoflores S.A E.S.P, e igualmente el Banco Bilbao Vizcaya de Panamá como acreedor, de donde se sigue, al decir de las excepcionantes, que la convocante “...no esta legitimada para presentar la demanda, salvo que lo haga en conjunto con el fideicomiso Fidugán-Termoeléctrica Las Flores, por cuanto la legitimación por activa se encuentra en cabeza de las dos entidades y no solo de una de ellas...”.

En otras palabras, partiendo del supuesto de que el fideicomiso en mención es en efecto una masa patrimonial separada y autónoma cuya personería se encuentra en cabeza de un establecimiento de crédito o de una sociedad fiduciaria, nada de lo cual aparece acreditado en el proceso, al final de cuentas lo que se alega es la existencia de un litisconsorcio necesario por activa ya que por imperativo del derecho material emergente de las estipulaciones contractuales, en particular las que identifican la parte asegurada en la relación aseguradora que instrumenta la póliza 20085, la legitimación para pretender o accionar del modo, por la causa y con la finalidad de alcanzar el resultado perseguido por TERMOFLORES en el caso presente, les pertenece conjunta e inescindiblemente, tanto a esta última entidad como a aquél fideicomiso, luego a falta de las coincidentes afirmaciones legitimadoras realizadas por el segundo frente a las convocadas, no es factible un pronunciamiento jurisdiccional de mérito que le de satisfacción eficaz a la demanda incoada solo por la primera,

alegaciones estas que como a continuación pasa a verse, carecen de fundamento.

Bien sabido es que en el ámbito del contrato de seguro, frente a la parte aseguradora se encuentran aquellas personas que, sirviéndose de una u otra forma de la cobertura que mediante dicho contrato esa parte aseguradora garantiza, conforman la que genéricamente suele denominarse “parte asegurada”, expresión esta que comprende diversas figuras que a su turno pueden enmarcarse en tres clases de posiciones subjetivas distintas que aun cuando llegaren a confundirse en una única persona, cual ocurre en el caso simple del seguro contratado a nombre, en interés y a favor propios, no dejan por ello de ser diferenciables desde el punto de vista técnico. Son tales calidades o posiciones subjetivas que pueden coincidir o no en la misma persona, la del tomador, contrayente o estipulante que al tenor del Art. 1037 del c de Com. es quien, obrando por cuenta propia o ajena, concurre a la celebración del contrato con el asegurador; la del asegurado que en los seguros contra daños es el titular del interés asegurable (Art. 1083 ib.), expuesto en cuanto tal, en su esfera patrimonial, a la realización del riesgo y quien tiene por regla general derecho al cobro de la correspondiente indemnización si ocurre el siniestro; y en fin, la del beneficiario que es la persona, distinta del asegurado, a quien excepcionalmente el contrato le concede ese mismo derecho y por consiguiente es destinatario de la prestación del asegurador, siendo de advertir que cada una de estas posiciones, como la apunta con acierto la doctrina (Andrés E. Ordoñez. Lecciones de Derecho de Seguros N.2 Cap.IV), puede a su vez “...ser ocupada por una misma persona o grupo de personas o por personas o grupos de personas diferentes...”, circunstancia que da lugar a posibles combinaciones de cambiante complejidad cuyo adecuado tratamiento exige atender en todos sus pormenores las estipulaciones contractuales pertinentes, puesto que tal y como lo pone de presente el mismo expositor en cita, en la póliza es necesario, por mandato del Art. 1047 Num.4º del c de Com, mencionar de modo claro y expreso la calidad en que actúa el tomador del seguro para, llegado el caso, diferenciarlo del asegurado y del beneficiario, destacando acerca de esta necesaria distinción que “...en la distribución de estas tres posiciones el tomador, o sea quien contrata el seguro, puede no tener ningún interés asegurable, puede tener exclusivamente en su cabeza el

interés asegurable y en ese caso coincide con él en su totalidad, en forma adicional, la calidad de asegurado, o puede tener un interés concurrente con el interés de otro quien de igual modo será asegurado dentro del contrato, caso en el cual, al menos en forma parcial, también el tomador será asegurado; se pueden dar cualesquiera de estas tres circunstancias, pero de todas maneras, como posiciones jurídicas dentro de la parte asegurada, éstas son diferentes...”.

Ahora bien, si a lo anterior se agrega que es admisible asegurar de manera independiente diversas relaciones económicas de una o varias personas respecto de una cosa (Art. 1084 del c de Com.) o de un patrimonio considerado como unidad, hipótesis en las que se presenta una pluralidad de intereses asegurables convergentes en unos mismos riesgos, es evidente la importancia que reviste la identificación contractual de tales intereses y de sus titulares quienes por razón de esta cualidad y en la medida del interés propio de cada uno, han de tenerse como virtuales acreedores del resarcimiento a cargo del asegurador, legitimados en consecuencia para accionar, en forma individual, exigiendo el cumplimiento de dicha prestación cuando sea del caso hacerlo. En el supuesto de concurrencia de intereses asegurables que se analiza, no se trata, pues, de una pretensión única de declaración jurisdiccional de certeza o de condena cuyo ejercicio eficaz luego de acaecido el siniestro, solo corresponda conjuntamente a todas las personas integrantes de la parte asegurada, sino que por el contrario a cada una de ellas les es posible obrar por separado en cuanto, por supuesto, lo permita el interés del cual son titulares.

Vistas así las cosas y no habiendo duda, puesto que así lo admitió expresamente el representante legal de la compañía ROYAL & SUN ALLIANCE al absolver interrogatorio formal de parte (fls. 20 a 33 del C. 11 de Pruebas del expediente), de que la convocante es integrante de la parte asegurada, si bien es cierto que según los términos del Anexo 8 (P. B-1) de la póliza todo riesgo 20085 (fl. 002 del C. 1 de Pruebas del expediente), en dicha posición de parte asegurada en sentido estricto concurren el fideicomiso FIFUGAN TERMOELECTRICA LAS FLORES, TERMOFLORES S.A, E.P.S y/o el BANCO BILBAO VISCAYA ARGENTARIA B.B.V.A de Panamá, este último en su condición de acreedor de los dos primeros, no debe perderse de vista que al tenor del mismo documento recién citado,

esa posición la asumen y les es reconocida "...como sus intereses aparezcan...", expresión esta cuyo significado, en mérito de cuanto ha quedado expuesto y a falta de prueba alguna que imponga otra conclusión diferente, constituye motivo suficiente para descartar la existencia de la legitimación conjunta para accionar que aducen las convocadas y por ende la excepción de "Falta de Legitimación por Activa" habrá de ser desestimada en lo dispositivo de este laudo.

B. LA CELEBRACIÓN Y RENOVACIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO.

Aunque el tema es pacífico entre las partes pues en el presente proceso nada discuten ellas acerca de la existencia y validez de los contratos de seguro y de reaseguro que son objeto de la presente controversia arbitral, para el Tribunal resulta de la mayor trascendencia detenerse en el análisis de la renovación que efectuaron las partes para el período 2004-2005, durante el cual ocurrió el siniestro que afectó la póliza y que ahora las enfrenta.

Según consta en los autos, el contrato de seguro fue celebrado originalmente entre TERMOFLORES, como tomador y asegurado y ROYAL & SUN ALLIANCE y ACE SEGUROS S.A., como aseguradores en el año 1.993 y, desde entonces, en forma anual y sucesiva se ha venido renovando sin dificultades entre ellas, al menos hasta el año 2004, periodo durante el cual, al parecer, por razones de tipo financiero TERMOFLORES decidió prescindir de los intermediarios –corredores de seguros- que la representaban en Colombia y procedió a contratar directamente sus reaseguros en el exterior, a cuyo efecto contactó a la firma HSBC INSURANCE BROKERS LIMITED como corredora de Reaseguros.

Cuentan los autos que en ese año funcionarios de TERMOFLORES viajaron a Londres y contactaron a la firma recién nombrada, intermediaria de reaseguros, con el fin de que dicha firma buscara en el mercado reasegurador una cobertura total para los riesgos inherentes a sus tres (3) plantas generadoras ubicadas en la ciudad de Barranquilla (Colombia), bajo la modalidad de todo riesgo.

Fue entonces como los funcionarios de TERMOFLORES, en forma directa y con la intervención de dicha firma corredora de reaseguros, obtuvieron la cobertura correspondiente para sus tres (3) plantas en la ciudad de Barranquilla bajo la modalidad de todo riesgo y lograron una sustancial rebaja en las primas que cobrarían los reaseguradores, quienes expidieron el día 8 de junio de 2004, el denominado SLIP o nota de cobertura –Cover Note-, distinguida con el número PP04ACRP y cuya copia obra con la respectiva traducción a fls. 20 a 175 del C. 4 de Pruebas del expediente, que contenía la totalidad de las condiciones particulares convenidas con TERMOFLORES para el aseguramiento de sus plantas de generación, bajo la modalidad de todo riesgo por pérdida o daño físico directo, para el período que regiría entre las 00:01 horas del 5 de mayo de 2004, hasta las 23:59 horas del 4 de mayo de 2005 hora local Standard en la localidad de la propiedad asegurada.

Dicho SLIP o nota de cobertura, que fue aportado como prueba al proceso y respecto del cual tampoco discuten las partes, aparece suscrito por el señor Eduard Oyediran en representación de HSBC INSURANCE BROKERS LIMITED.

En él se identifican claramente como aseguradas las siguientes sociedades: “... *EL FIDEICOMISO FIDUGAN, TERMOELECTRICA LAS FLORES, LAS FLORES II LTDA. & CIA S.C.A. ESP Y LAS FLORES III LTDA & CIA S.C.A. ESP & BANCO GANADERO PANAMA EN CODICIONES DE ACREEDOR DEL FIDEICOMISO FIDUGAN TERMOELECTRICA LS FLORES, LA FLORES II & CIA S.C.A. COMO ORIGINAL y sus subsidiarias.*”

Y como reasegurado, aparece mencionada la sociedad ROYAL AND SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A.

Se describen igualmente en dicho SLIP la totalidad de los bienes reasegurados y su ubicación conforme al expediente de febrero 5 de 2004.

También se definió en él el monto asegurado por la suma de US\$300, 000,000 por daños a propiedad/interrupción del negocio combinado] **todas y cada una de las pérdidas**, hasta US\$200, 000,000 avería de

máquinas, **todas y cada una de la pérdidas. Ambas en exceso de los deducibles.** (Negritas y subrayas fuera de contexto).

Se precisó, además, en el SLIP, que:

- a. el monto de los daños materiales en US\$ 1, 000,000 **todas y cada una de las pérdidas.** (Negritas y subrayas fuera de contexto)
- b. El de interrupción del negocio en 60 días **todas y cada una de las pérdidas por avería de maquinaria,** todas las demás 45 días. (Negritas y subrayas fuera de contexto)

También se señalaron las condiciones generales del contrato de reaseguro y, finalmente se estableció como ley y jurisdicción aplicables Colombia y el valor de la prima que se fijó en la suma de USD 1, 125,00 que se pagaría en 60 días (LSW 3000)

Finalmente, se estableció que el reaseguro contratado sería del cien por ciento (100%) que sería asumido en un cincuenta por ciento (50%) por ZURICH LONDON LIMITED por y en representación de ZURICH SPECIALITIES LONDON LTD, ZURICH GLOBAL ENERGY; y el otro cincuenta por ciento (50%) por LIBERTY MUTUAL INSURANCE EUROPE LIMITED.

Dentro de las condiciones particulares del contrato de reaseguro se pactaron, entre otras, la denominada “Cláusula de Control de Reclamos” conforme a la cual y sin perjuicio de lo que resulte establecido en contrario en el contrato de reaseguro y/o los términos de la póliza:

“... es condición precedente a toda responsabilidad bajo esta póliza que:

- a) el reasegurado deberá, bajo conocimiento de cualquier circunstancia que pueda derivar en un reclamo en contra de esta póliza, informar al reasegurador en forma inmediata, y en ningún caso, después de 7 días;*

- b) *el reasegurado deberá proporcionar a los reaseguradores toda la información relacionada con algún reclamo o reclamos;*
- c) *los reaseguradores tendrán derecho a nombrar a sus ajustadores y/o representantes para controlar todas las negociaciones, ajustes y liquidaciones en relación con dicho reclamo o reclamos.”*

De igual forma se incluyó en el SLIP una cláusula para facilitarle al asegurado el pago de la prima, así: “...*El asegurado se compromete a pagar en su totalidad a los aseguradores el valor de la prima en los siguientes 60 días a partir de la fecha de entrada en vigor de la póliza, siendo esta el **3 de julio de 2004.***”

Pero muy importante resulta para los efectos del presente laudo arbitral la estipulación convenida por los contratantes acerca de la notificación del SLIP, conforme a la cual acordaron los contratantes que “...*El corredor Lloyd’s que maneja este seguro/reaseguro ha notificado a los aseguradores a nombre suyo, que no se requiere la evidencia de este contrato a través de la emisión formal de una póliza...*”, agregando que “...*Es responsabilidad de su corredor informar acerca de todos los términos y condiciones de su contrato con los aseguradores, y en caso que algún término, cláusula o condición, no sean lo suficientemente claros, usted deberá ponerse en contacto inmediatamente con su corredor. Si posteriormente se requiere una póliza formal, ésta se suministrará por medio de solicitud a través de su corredor.*”

En las condiciones particulares del contrato de reaseguro se dividió la póliza en tres (3) secciones, así:

1. La denominada Sección 1, relacionada con todos los riesgos de pérdida física o daño en los bienes muebles o inmuebles del asegurado.
2. La Sección 2, relacionada con maquinaria y equipo de la planta del asegurado;
3. La Sección 3, relacionada con el daño resultante de la interrupción del negocio del asegurado y/o interferencia del mismo.

Por último, los contratantes pactaron los deducibles a cargo del asegurado, así:

1. Sección 1: Todas y cada una de las pérdidas, US\$ 1,000,000,000
2. Sección 2: Todas y cada una de las pérdidas, US\$ 1,000,000,000
3. Sección 3. Todas y cada una de las pérdidas por avería de maquinaria, 60 días, las demás, 45 días.

Para los efectos del presente laudo, corresponde ocuparse, entonces, del análisis de las estipulaciones acordadas por los contratantes respecto de las secciones 2 y 3, relacionadas precisamente con el objeto de la controversia sometida a su consideración que afectaron los amparos de daños materiales a la maquinaria y el lucro cesante derivado de dicho daño, dejando de lado las demás estipulaciones.

Esta particular forma de contratación del reaseguro por parte del asegurado que acaba de describirse, llama particularmente la atención del Tribunal pues siendo el contrato de reaseguro un contrato que generalmente se celebra entre un asegurador y un reasegurador, sin la intervención del tomador o asegurado, en el caso sometido a su consideración aparece que el contrato de reaseguro fue concertado directamente entre el tomador o asegurado y el reasegurador, para lo cual el Tribunal se detendrá en una somera referencia a los preceptos legales que rigen el contrato de reaseguro contenidos en la Sección V del Cap. II del Título V del Libro 4º del c de Com.

Por virtud del artículo 1134, modificado por el artículo 88 de la ley 45 de 1990, se acogen los principios de comunidad de suerte entre asegurador y reasegurador y el de la buena fe en la relación que los ha de regir. Por virtud del artículo 1135, se consagra el principio que dispone que el reaseguro no es un contrato a favor de terceros, al reconocerse la independencia y autonomía del contrato de seguro frente al de reaseguro. Y finalmente el 1136 reconoce el principio de autonomía contractual que

tienen las partes y remite la aplicación de las normas propias de los seguros a los reaseguros.

Así, pues, en el entendido que en esencia el reaseguro surge jurídicamente como contrato independiente del de seguro, pero con una razón de ser que es precisamente este último contrato, o grupo de contratos, subyacente, habida cuenta que aquél por definición cubre el interés del asegurador “directo” o cedente de mantener la indemnidad de su patrimonio y, en consecuencia, su perfeccionamiento da origen a una obligación de reembolso que asume el reasegurador, llamada esta a cumplir la función financiera de soportar la carga económica emergente de la ejecución de los contratos de seguro celebrados por el mencionado cedente y a la vez reasegurado, en el texto del Art. 1135 citado se acogió el principio que consagra la independencia y autonomía del contrato de seguro frente al de reaseguro; de esta manera el reaseguro resulta ser un contrato principal y no accesorio de aquel. Igualmente, al ser el contrato de reaseguro un contrato especial que se celebra entre un asegurador y un reasegurador, que por lo común nada tiene que ver con el contrato de seguro celebrado entre el tomador o asegurado y el asegurador, se excluye por ende cualquier participación de aquel al expresarse claramente que el asegurado carecerá de acción directa contra el reasegurador y este de obligaciones para con aquel.

La existencia de un contrato de reaseguros no afecta, ni puede afectar, las relaciones entre el asegurador y el asegurado, las cuales se regirán, siempre, por los términos del contrato de seguro celebrado entre ellas.

Desde luego que en la práctica aseguradora, la contratación del reaseguro por parte del asegurador supondrá siempre la existencia y validez de un contrato de seguro previo que haya sido celebrado entre el asegurador y el tomador o asegurado.

Nada excluye frente al ordenamiento legal colombiano que el tomador o asegurado discuta o celebre los términos del contrato de reaseguro en forma directa con los reaseguradores de su confianza, pero para que ello pueda tener efectos prácticos, los términos de la cobertura que expidan los reaseguradores que, por lo general, se encuentran contenidos en el SLIP o

nota de cobertura, deben ser los mismos que debe contener la póliza de seguro que el asegurador posteriormente debe expedir.

Pero hay que tener en cuenta que el hecho de la participación directa del tomador o asegurado en las discusiones previas con los reaseguradores para la definición de los términos de la cobertura que se le otorgará bajo la modalidad de un “fronting”, no le permitirá iniciar una acción directa en contra de los reaseguradores, razón por la cual, en caso de alguna controversia derivada del contrato de seguro, tendría que, necesariamente, accionar en contra del asegurador que haya expedido la póliza.

Y aquí es donde cobra importancia la aludida figura del “fronting”, y de la cláusula de control de reclamos que usualmente se inserta en el contrato de reaseguro pues es por virtud de ella que el asegurador, al haberse limitado a la simple expedición de la póliza y al haber cedido el cien por ciento (100%) de los riesgos en favor de los reaseguradores, se les permite a estos mantener un permanente control del desarrollo del contrato de seguro y en particular de la gestión de los siniestros una vez ocurridos, lo que les posibilita conocer los alcances del reclamo, nombrar ajustadores para la liquidación del siniestro, solicitar opiniones de sus asesores legales, así como sugerir al asegurador la intervención de los ajustadores así como plantear las eventuales objeciones que tengan en contra del reclamo de asegurado.

Pero todo ello, se repite, lo deberán hacer los reaseguradores regidos siempre por los términos del contrato de reaseguro y no por los del contrato de seguro respecto del cual no tienen ninguna injerencia, tal y como lo pone de presente con toda claridad el Concepto No. 2000096853-1, de Mayo 30 de 2001, emitido por la Superintendencia Financiera, que describe las diferentes etapas que se deben seguir para la contratación y perfeccionamiento de un contrato de reaseguro:

“ (...)

2. Ahora bien, para efectos de absolver las restantes inquietudes es preciso distinguir, en forma preliminar, las diferentes etapas que en la práctica se han impuesto en el mercado internacional para efectos de formalizar una operación de reaseguro:

- *En primera instancia, una aseguradora con determinadas necesidades de protección de sus negocios asegurados, elabora un documento denominado Slip de Reaseguro o Master Slip, según su denominación anglosajona, con la exposición de la información referente al riesgo objeto de cobertura, v.gr. siniestralidad, inspecciones realizadas y las condiciones bajo las cuales se desea obtener protección.*
 - *Dicho documento o Slip es remitido a las diferentes fuentes de reaseguro, sean reaseguradores o corredores de reaseguro; cada una de estas fuentes examina la propuesta elaborando una serie de comentarios y elabora una cotización en la que se indican las condiciones bajo las cuales el reasegurador estaría dispuesto a asumir una porción del riesgo presentado.*
 - *La cotización es remitida a la aseguradora, que estudia las ofertas y se decide por aquella que le parezca más conveniente. Para manifestar su elección, la aseguradora emite una nota denominada "orden en firme", en la cual identifica la cotización que ha sido aceptada y establece el momento a partir del cual debe iniciar la vigencia del riesgo reasegurado, adicionando, de ser necesario, condiciones adicionales. Tal "orden en firme" es remitida al reasegurador que emitió la cotización para enterarlo de su aceptación.*
 - *El reasegurador al recibir la "orden en firme" se da por enterado de la misma y si no existen factores que evidencien modificaciones del riesgo o cualquier otra circunstancia que de lugar al cambio de los términos del acuerdo, se considerará en riesgo y firma o certifica su aceptación.*
 - *Por último, el reasegurador o el corredor de reaseguros, según el caso, elabora la denominada Nota de Cobertura, documento mediante el cual se compendian las condiciones, términos y limitaciones pactadas en la cobertura de reaseguro otorgada, contenidas en las diferentes comunicaciones por medio de las cuales se ha adelantado la negociación del mismo, incluyendo el "Slip de Reaseguro" definitivo. Este documento, como se expresó, consiste en un resumen organizado del proceso de negociación y acuerdo o "colocación del reaseguro".*
- Los documentos suscritos en cada una de las fases del proceso sucintamente descrito reflejan la negociación adelantada entre el reasegurador y la aseguradora con el concurso del corredor de*

reaseguros, si es del caso. Esto implica que el acuerdo de reaseguro se ha ido instrumentando en forma sucesiva desde el slip original, la cotización del reasegurador, la orden en firme y, finalmente, la aceptación del reasegurador, a través de los cuales se demuestra el pacto definitivo.”

Por supuesto que el concepto anteriormente transcrito describe al proceso corriente que se sigue para la contratación de un contrato de reaseguro entre el asegurador y los reaseguradores, pero no contempla el evento en que, como con frecuencia ocurre en la práctica y un ejemplo de ello es el caso en examen, es el asegurado el que contando con el concurso de un broker o corredor de reaseguros, contrata directamente con los reaseguradores de su confianza, lo que de hecho pone en cuestión la vigencia efectiva del principio de autonomía que consagra el Art. 1135 del c de Com. tantas veces citado.

Pero a pesar de esta circunstancia, lo cierto es que si los contratos se deben celebrar y ejecutar de buena fe y si el contrato de seguro es un contrato en el que por su naturaleza esta exigencia se acentúa en grado superlativo, no se puede dejar de darle trascendencia al papel que desempeñó TERMOFLORES en la contratación del reaseguro, así como tampoco es indiferente el carácter de “sociedades fronting” que tienen las compañías convocadas en el presente proceso, sujetas integralmente a los términos dictados por las entidades reaseguradoras que asumieron de antemano el 100% de los riesgos industriales y comerciales individualizados en la nota de cobertura a cuyo contenido se hizo referencia anteriormente.

En efecto, esa participación en la negociación directa del reaseguro es fruto de una actividad usual en el mercado reasegurador pero que por reiterada y usual que sea, no deja de consistir en una práctica en cierto modo anómala pues a pretexto de que las pólizas de seguro de este tipo deben ser expedidas por una compañía local, se excluye la participación del asegurador en la negociación, siendo él, no obstante, quien se supone continuará ejecutando las relaciones contractuales con el asegurado, y quien por lo general se limita a la expedición de la póliza y a ceder el cien por ciento (100%) del riesgo que fue contratado por el asegurado con el

reasegurador, lo que implica la existencia de un “fronting” el cual se configura, al decir de un autorizado expositor (Jose María Muñoz Paredes. El Coaseguro. Cap. 1º Num. III, Madrid 1996), en todos aquellos eventos en que una compañía de seguros establecida en el país, nacional o extranjera, y que se denomina “sociedad fronting”, cubre determinados riesgos, “...existiendo un pacto previo con otra compañía extranjera, no autorizada para operar en ese país, por el que esta se compromete a asumir una cuota o, generalmente, el total de dicho seguro a través de un reaseguro facultativo, dando una comisión a la sociedad fronting...”, esquema que sugiere una buena cantidad de interrogantes a cuya respuesta no se llega valiéndose solamente de simples abstracciones teóricas.

¿El asegurador que hace el “fronting” tendrá la libertad de escoger libremente a su reasegurador, como debe ser en la práctica, o deberá reasegurarse con aquel reasegurador que, escogido por el asegurado, haya expedido el SLIP o nota de cobertura? ¿Estará suficientemente enterado el asegurador que hace el “fronting” de la totalidad de las circunstancias que rodearon la contratación del reaseguro al limitarse a la simple expedición de una póliza a cambio de una comisión? ¿Quedarán obligados el asegurador que hace el “fronting” a las inspecciones de riesgo que hagan los reaseguradores? ¿Cuáles serán sus consecuencias? ¿Podrá válidamente el asegurado o tomador desconocer su comportamiento contractual previo al negociar el reaseguro para exigir del asegurador prestaciones que son desconocidas para él por no haber sido parte de esas negociaciones? ¿Podrá un asegurador prudente y diligente ejecutar el “fronting” con reaseguradores que no sean de su confianza y que fueron escogidos por el asegurado?

En ninguna parte la ley colombiana regula, impide o restringe la celebración de contratos de reaseguro bajo la modalidad de “fronting”, figura esta que no es extraña y que, por el contrario, resulta muy usual en el mercado reasegurador.

Tal y como ha quedado descrito, el “fronting” corresponde a un negocio autónomo, muy usual en el mercado reasegurador, y constituye una práctica generalizada para que por intermedio de ella se logre la

transferencia total o parcial de los riesgos de los aseguradores a sus reaseguradores, quienes los asumen a cambio de una contraprestación económica.

Son muchas las causas que puede justificar la contratación bajo la forma de un “fronting”, por ejemplo, frente a grandes riesgos industriales o económicos que pueden llegar a exceder la capacidad económica de nuestro mercado asegurador, se puede acudir a un “fronting” de una entidad aseguradora nacional respaldada por un reasegurador internacional.

También puede ocurrir que el riesgo de un asegurado exceda en mucho el patrimonio del asegurador el asegurado, por ello, el asegurado busca través de un reasegurador internacional de su confianza la correcta protección de sus intereses asegurables mediante un “fronting” con una compañía de seguros local.

Es en virtud del “fronting” que el asegurador puede reasegurar total o parcialmente el riesgo que haya asumido frente al tomador o asegurado, sin que para ello se vean afectadas sus relaciones que, como ya se dijo, continuarán rigiéndose bajos los términos y condiciones del contrato de seguro que hayan acordado entre ellos.

El “fronting” entendido genéricamente como un pacto previo para la cesión total del riesgo, presenta, entonces, las siguientes características:

1. El asegurador cede o retrocede al reasegurador el cien por ciento (100%) de los riesgos que asumió frente al tomador o asegurado;
2. Como contraprestación a esa cesión total de los riesgos que asumió, el asegurador cede, igualmente, al reasegurador, el valor total de la prima pagada por el asegurado a cambio de una comisión.
3. El asegurador conserva la titularidad de las relaciones que para él derivan del contrato de seguro frente al tomador o asegurado;

4. El reasegurador puede reservarse el control y manejo de los siniestros que puedan ocurrir a través de la denominada “Cláusula de Control” o “Claims Control Clause”.

De la mayor trascendencia para el análisis de la figura del “fronting” y su alcance resulta esta clase de estipulaciones, puesto que es a través de ellas que los reaseguradores deben quedar permanentemente informados sobre la ejecución del contrato de seguro entre el cedente y el asegurado y constituyen en muchos casos, además, el mecanismo por medio del cual aquellos se reservan la prerrogativa exorbitante de intervenir en el desarrollo de dicho contrato, surgiendo aquí también, cuando se exceden los deberes de pura información que se le imponen al reasegurado, problemas serios si, como lo hace ver la doctrina (Fernando Martínez Sanz. Reaseguro. Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro. Obra Colectiva, Sección 10ª, pag. 955 Valencia 2002), “...se atribuye a la entidad reaseguradora la posibilidad de dar su aprobación a la liquidación efectuada por el asegurador. O cuando se establece la necesaria participación del reasegurador en la liquidación del siniestro –por ejemplo designando ajustadores, se agrega- y lo que es peor, estableciéndose en ocasiones que el incumplimiento del referido deber se traducirá en la liberación del reasegurador. O cuando, por llegar a un supuesto extremo, se pone en manos del reasegurador toda la facultad de aceptar y liquidar los siniestros, y la decisión de si han de pagarse o no por el asegurador ...”, por lo que no es de extrañar, puntualiza el mismo autor en cita, que “...este tipo de cláusulas haya suscitado críticas generalizadas entre la doctrina por ser perjudiciales, no sólo para el asegurador sino también para el propio asegurado...”, esto por cuanto pueden acabar transformando al primero en un intermediario a comisión inclinado las mas de las veces, en la realidad, a desentenderse del cumplimiento correcto y eficiente de la obligación de dominio competente del seguro contratado, debida al segundo aun contra la voluntad del reasegurador.

Pero debe tenerse en cuenta que de ordinario impera el principio de independencia de las esferas contractuales consagrado en el Art. 1135 del c de Com. El nexo que se forma en virtud del “fronting” es, entonces, una relación jurídica que solo produce efectos jurídicos entre el asegurador cedente y los reaseguradores, que en nada puede afectar las relaciones

jurídicas que surgen para el asegurador frente al tomador o asegurado en virtud del contrato de seguro que ellos hayan acordado.

De esta manera, la participación de TERMOFLORES como tomador y asegurado frente a LAS ASEGURADORAS, para la contratación del reaseguro, no deja de ser curiosa y atípica, con tanta mayor razón si se considera que fue aquella Empresa la que discutió y celebró con la participación del corredor de reaseguros HSBC INSURANCE BROKERS LIMITED, el SLIP o nota de cobertura que expidieron los reaseguradores, describiendo las condiciones particulares de la cobertura de los riesgos de las plantas de TERMOFLORES, para que con base en ese SLIP el asegurador seleccionado posteriormente expida la póliza.

Pero en caso de discrepancia entre el papel de los reaseguradores y el asegurador sobre la interpretación y los alcances de la cobertura que aquellos expidieron en el SLIP que generalmente describe las condiciones particulares de la póliza expedida por este último, es que se debe analizar con el mayor rigor el comportamiento contractual del asegurado TERMOFLORES, si se considera que esas condiciones particulares fueron acordadas entre el asegurado y los reaseguradores sin la participación del asegurador, e igualmente ponderar con el mismo rigor la conducta de LAS ASEGURADORAS quienes eran conocedoras de tal estado de cosas y lo aceptaron sin reparo ninguno, poniendo en manos de aquellos y más concretamente de la firma “...oficiante...” como broker de reaseguros – HSBC- establecida en Londres, buena parte de la posición jurídica que les corresponde en el ámbito del contrato que instrumentan la póliza 20085 y la nota de cobertura que a esta le sirve de base, delegación efectuada a sabiendas y con el vasto alcance que precisó al absolver interrogatorio el representante legal de la compañía ROYAL & SUN ALLIANCE, SEGUROS COLOMBIA, en los siguientes términos: “...Este reporte que corresponde a inspección (...) fue coordinado por la firma HSBC quien ofició como broker de reaseguros con sede en Inglaterra, Londres, entiendo seguramente (...) como una herramienta para informarle a los reaseguradores, y en eso tengo que ser muy claro, a los reaseguradores que constituían lo que comúnmente se llama en el argot asegurador o reasegurador, security, que es la lista de los reaseguradores que asumen el riesgo, en el entendido que la negociación, los términos y condiciones fueron llevados a cabo por el

asegurado, los señores Termoflores, en coordinación o con la colaboración y soporte de HSBC (...) sin la participación activa de funcionarios de Royal & Sun Alliance...”, agregando en respuesta posterior que esta compañía se vinculó al negocio en la modalidad de “fronting” que “, al decir del declarante, “...es aquella figura en la que las compañías de seguros no asumen dentro de sus contratos ninguna retención o hacen unas retenciones mínimas y es el broker de reaseguros y el security, son los reaseguradores detrás de él, quienes le ponen todas las condiciones y más aun en este caso fue a instancias del mismo asegurado a través de HSBC para negociar directamente las condiciones, las reglas de juego de esta contratación, sobre la que nosotros le insistimos o mencionamos a Termoflores en diferentes ocasiones, en el sentido de que en vista de que esta negociación se había dado en esas condiciones, las reglas del juego que iban a jugar las partes eran las que pusieran los reaseguradores, ya que (...) Royal Sun Alliance no tuvo la oportunidad y no estuvo interesado en retener ninguna porción del riesgo...”.

C. COBERTURA DE LUCRO CESANTE

1. La parte convocante manifiesta que compró una cobertura amplia de daño por lucro cesante derivado de la interrupción de su negocio. Agrega que dicha cobertura no ofrece dificultad interpretativa, pues no genera dudas el texto contractual.

Es así como la condición primera de las condiciones generales de la póliza en cuestión puntualiza:

“Condiciones Generales

Condición PRIMERA – Riesgos Amparados

“La Compañía se obliga a indemnizar al Asegurado, por los daños o pérdidas que sufran los bienes o intereses asegurados a que se refiere la Condición Tercera de esta póliza, así como los costos o gastos en que incurra, como consecuencia de los riesgos que a continuación se precisan, y sujeto a las exclusiones contenidas en la Condición Segunda, siempre que tales daños o pérdidas sucedan y tengan inicio durante la vigencia de la presente póliza:

(...) 2. “El lucro cesante como consecuencia de la interrupción del negocio tal y como se expresa en el numeral 2 de la Condición Tercera.

Por su parte, el mencionado numeral 2 de la Condición Tercera define el interés asegurado, así:

“CONDICIONES GENERALES

“CONDICION TERCERA-INTERESES ASEGURADOS

2. “La COMPAÑÍA se obliga así mismo, a indemnizar el lucro cesante como consecuencia de la interrupción del negocio ocasionada por los daños o pérdidas de los bienes e intereses asegurados utilizados por el Asegurado en el establecimiento para efectos del negocio, siempre y cuando sean el efecto de la ocurrencia de uno de los riesgos amparados por la Condición Primera.”

Afirma la convocante que el riesgo verificado en el caso que nos ocupa es el correspondiente al amparo de todo riesgo contemplado en la mencionada Condición Primera, cuyo acaecimiento hace operar la cobertura de lucro cesante, de manera que TERMOFLORES tiene derecho a ser resarcida por los daños sufridos durante el período de indemnización pactado de 24 meses, como consecuencia de la interrupción de su negocio causada por los daños que afectaron la Unidad Flores III.

Para precisar el monto de la indemnización por lucro cesante, ha de tenerse en cuenta la fórmula contemplada en el numeral 2 de la Condición Séptima de las Condiciones Generales, la cual dispone:

Condición Séptima 2.2 (i) “La suma que resulte de aplicar el porcentaje de utilidad bruta al monto que, a consecuencia de las pérdidas amparadas, se hubiesen disminuido los ingresos normales del negocio, durante el período de indemnización”.

De acuerdo con el aparte transcrito, se deben determinar dos factores: el porcentaje de utilidad bruta y el monto en que se hubieron disminuido los ingresos normales del negocio.

La convocante crítica, por falta de adecuación, la metodología prevista en el numeral 2.3 de la referida Condición Séptima, para calcular el porcentaje de utilidad bruta. En efecto, allí se define la utilidad bruta como “... el monto por el cual los ingresos del negocio y el 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”.

La señalada crítica se refiere a la mención de los inventarios, por ser propios de las actividades de manufactura, pero ajenos a la generación eléctrica en general y a la fuente de ingresos que en este caso resulto afectada, que es la correspondiente al cargo por capacidad.

Para superar esta inconsistencia de la póliza, la convocante acude al numeral 2.4 de la citada Condición Séptima, la cual permite, para determinar el porcentaje de utilidad bruta y los ingresos normales, que se hagan los ajustes necesarios a las cifras, considerando las tendencias del negocio y las circunstancias especiales, para lograr que tales cifras representen razonablemente las que se hubieren obtenido, si el daño no hubiere ocurrido.

Según el apoderado de TERMOFLORES, la estipulación en comento reconoce el principio de indemnización real e integral, lo que se opone a la posición de las convocadas, que propugnan por la aplicación estricta de la fórmula prevista en la póliza, la cual exige precisar la utilidad bruta, lo que impediría que se reconociera a TERMOFLORES la indemnización de lucro cesante, toda vez que esta no obtuvo utilidades en el año 2004, siendo este ejercicio el que se ha de tomar en cuenta para la liquidación correspondiente.

En este sentido, la convocante no admite la argumentación de LAS ASEGURADORAS, según las cuales no procede la indemnización por no existir utilidad bruta, y por no estar amparadas las mayores pérdidas producidas por la reducción de ingresos. Agrega la convocante que el aludido planteamiento de las convocadas implicaría que las estipulaciones sobre el amparo de lucro cesante no produjeran ningún efecto, lo que iría

en contra de la regla de hermenéutica plasmada en el artículo 1620 del C Civil.

Reitera la demandante que no es de recibo la tesis según la cual quien sufre una pérdida notoria de ingresos, no experimenta daño, a pesar de mantener sus costos fijos constantes. Afirma que con esta interpretación, que se basa en la aplicación literal de una fórmula inadecuada, la cobertura de lucro cesante se torna ineficaz y con ello se desnaturaliza la finalidad esencial del contrato, lo que desconoce la regla de hermenéutica contenida en el artículo 1621 del C Civil, la que establece que debe acogerse “la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato”.

La convocante, para respaldar su argumentación acude no sólo al texto de las estipulaciones, en las que, a su juicio, se convino claramente la cobertura del lucro cesante “como consecuencia de la interrupción del negocio”, sino también a los que llama “manifiestos indicios” de la intención de TERMOFLORES de contratar una cobertura para la eventual reducción de sus ingresos en casos como el presente, en el cual, debido al daño de la máquina, se afectó -de acuerdo con la reglamentación del cargo por capacidad y confiabilidad- la generación de ingresos por esos conceptos durante 36 meses, de manera que, en opinión de TERMOFLORES, tiene derecho a la indemnización correspondiente al período de indemnización de 24 meses, el que cubriría, entonces, dos terceras partes de la afectación.

Dada la amplia cobertura estipulada, la convocante estima irrelevantes o inanes las comunicaciones de Proseguros S.A -corredor de TERMOFLORES- en las cuales insistió infructuosamente en un amparo específico para los ingresos perdidos por concepto de cargo por capacidad.

Para la convocante sería absurdo admitir -como lo pretenden las convocadas- que “compró y pagó durante tres años una cobertura de lucro cesante que, de cara a su desempeño financiero, nunca operaría en su beneficio”, por cuanto arrojó pérdidas en el 2004, de manera que no obtuvo utilidad bruta. A pesar de ello, agrega, “no puede entenderse que

no sufra lucro cesante en el evento de perder sus preciados ingresos de cargo por capacidad y confiabilidad”.

Por ello pide que se reconozca que TERMOFLORES sufrió un daño por lucro cesante consecuencial a la interrupción del negocio; y que ella compró y pagó un amparo de lucro cesante para esa eventualidad, que debe ser eficaz.

Así las cosas, TERMOFLORES aboga porque se respete “el principio lógico en virtud del cual toda pérdida de ingresos en una ecuación de resultado (pérdidas y ganancias) en la cual los costos se mantengan fijos, implica una mayor pérdida”, la cual debe ser resarcida bajo el amparo de lucro cesante.

Señala también que, dada la atipicidad de los ingresos afectados (cargo por capacidad/confiabilidad), y la particularidad del negocio de generación eléctrica, se debe aplicar una metodología especial y realista para determinar el monto indemnizable, con apoyo en los ajustes que permite la antes citada cláusula 2.4.

Para este propósito señala que una empresa como TERMOFLORES percibe, de una parte, ingresos derivados de la generación de electricidad, y, por otra, recibe una remuneración denominada cargo por capacidad y, a partir de Noviembre de 2006, cargo por confiabilidad, que busca remunerar los costos fijos de una unidad tipo de generación.

En cuanto a la prueba requerida por la póliza para la demostración de la cuantía del lucro cesante, la convocante señala que debe determinarse la pérdida de ingresos ocurrida durante el período de indemnización de 24 meses y “la mayor pérdida o menor utilidad bruta”, consecuencia de la pérdida de ingresos.

Respecto del primer factor, esto es, la pérdida de ingresos correspondientes al cargo por capacidad y al cargo por confiabilidad, el cálculo correspondiente fue realizado en el dictamen del perito Luis Alberto Zuleta, para el período de 24 meses comprendido entre el 19 de marzo de 2005 y el 20 de marzo de 2007.

En el dictamen presentado en Marzo de 2008, el perito estimó los menores ingresos durante el señalado período de 24 meses en \$ 6.447.710 millones por concepto tanto de cargo por capacidad como de cargo por confiabilidad, con el correspondiente ajuste por el IPP (Índice de Precios al Productor).

Posteriormente, con ocasión de las solicitudes formuladas por las partes de aclaración y complementación al dictamen, el perito, con escrito del 1° de julio de 2008, dio respuesta a tales solicitudes, habiendo reducido el monto de los ingresos dejados de percibir a \$ 4.705.960 millones. Esta reducción se presenta en la remuneración del cargo por confiabilidad en el periodo Diciembre 2006 a Marzo 2007.

La convocante objetó parcialmente, por error grave, el trabajo pericial, cuestionando el nuevo cálculo de los ingresos perdidos por haber incurrido el perito en "...un error de concepto en la determinación del IH (Índice de Disponibilidad) y del IHF (Índice de Disponibilidad Forzada) con y sin evento. Estos índices son dos variables previstas en las Resoluciones de la CREG que regulan lo relacionado con la determinación y pago del cargo por capacidad y del cargo por confiabilidad.

Sobre las objeciones por error grave, la parte convocante puntualizó en su alegato de conclusión:

"El perito cortó, en desconocimiento de lo previsto por la regulación, su complicación de datos a 30 de noviembre de cada año cuando debe hacerse por disposición normativa al 30 de septiembre, confundiendo sin duda la fecha de vigencia con la del corte estadístico.

Por otra parte se encontró que tanto el IH y el IHF, con y sin evento resultaban, basándose en los resultados del perito de la evaluación de la información suministrada por XM, completamente desviados por estar mal determinadas las variables de la formula denominadas HO horas de operación y HD horas de derrateo".

En cuanto al análisis de la afectación de la utilidad de TERMOFLORES, a consecuencia de los menores ingresos por cargo por capacidad y cargo por confiabilidad, la convocante sostiene que hay cuatro aproximaciones, a saber:

La primera se soporta en el dictamen sobre costeo abc elaborado por el contador Eduardo Jiménez, el cual se adecua a “las condiciones inviables de determinación de utilidad bruta señaladas por la póliza”. En este trabajo se distribuyen los costos fijos y variables de la Unidad Flores III, según el procedimiento de costeo por actividades. El resultado de este ejercicio muestra que para los años 2002, 2003 y 2004, Termoflores obtuvo utilidad bruta, respecto de los ingresos de cargo por capacidad y cargo por confiabilidad de 87,77%, 88,53% y 91,72%, respectivamente, los cuales, a juicio de la convocante, deben “ser aplicables en su promedio al monto de ingresos dejado de percibir”, para determinar la indemnización por lucro cesante.

La segunda aproximación, propugnada por las convocantes, se apoya en la “aplicación sistemática y exegética” de la fórmula para el cálculo de la utilidad bruta contenida en la póliza. Dado que el ejercicio del año 2004 arrojó una utilidad bruta negativa, el valor indemnizable sería cero.

La tercera aproximación encuentra respaldo en el dictamen pericial contable del perito Ricardo Sabogal y en la declaración de la doctora Carmenza Chahín, de donde habría resultado demostrado, en concepto de la convocante, que “el margen de contribución del ingreso al P y G de TERMOFLORES por concepto de cargo por capacidad y cargo por confiabilidad debe ser considerado como del 100% habida cuenta de la permanencia plena de todos los costos fijos de la empresa a pesar de la menor facturación...” Se agrega que este criterio concuerda con el propósito del regulador, explicado por la doctora Chahín, al crear los mencionados cargos, los cuales “tenían como finalidad cubrir una porción sustancial de los costos fijos de capital del inversionista en el sector eléctrico”.

La última aproximación se respalda en las conclusiones del perito en ingeniería, cuestionadas por la convocante, respecto de los costos

operacionales que deben ser tenidos en cuenta cuando la máquina se encuentra disponible sin generar, en cuyo caso se ha de asignar el 1% de los costos de mantenimiento, dado que la mano de obra en los mantenimientos proviene de personal externo. A juicio de TERMOFLORES, con esto se demuestra que la contribución a los costos fijos de la empresa de los ingresos de cargo por capacidad y confiabilidad es equivalente al 99%, descontado el 1% de contribución a los costos variables”. Por tanto, para determinar el monto indemnizable se multiplica la suma de ingresos dejados de percibir por el 99%, de manera que “el valor resultante... entraría a contribuir a la generación de utilidad bruta, de acuerdo con el esquema comparativo establecido por el perito Sabogal”.

Retomando la primera aproximación, la convocante afirma que el dictamen del contador Eduardo Jiménez –en el que se efectuó el costeo por actividad para las diferentes fuentes de ingreso de Termoflores- es un trabajo técnico y fundamentado, subrayando que el ente regulatorio también exige reportes con costeo por actividad.

Añade que en dicho dictamen se encontró adecuada la utilización del índice de indisponibilidad como criterio para distribuir los costos de mantenimiento, dado que dicho índice refleja el potencial de facturación por concepto de cargo por capacidad o confiabilidad, en la medida en que no estando disponible no se perciben esos recursos. De ahí que la distribución de costos entre generación y cargo por capacidad o confiabilidad con base en el mencionado índice atiende la lógica del negocio de la convocante.

Indica también TERMOFLORES -respecto de la distribución de costos por actividad- que “la esencia de la disponibilidad es la de generar una contribución al costo fijo de capital de la empresa en un esquema que de por sí, estar disponible, no implica ningún costo variable (combustible, depreciación o mantenimiento) y es supletivo en cuanto los restantes fijos en la medida en que estos son de la esencia de la actividad de generación... (pues) generar exige la máquina y sus empleados al máximo...”

Con base en las explicaciones precedentes, la convocante manifiesta que no puede descartarse el dictamen del contador Jiménez como mecanismo válido para determinar la utilidad bruta de la asegurada.

Volviendo a la tercera aproximación, a la cual le da la mayor relevancia, la convocante reitera que con respaldo en el dictamen pericial del perito Ricardo Sabogal, quedó probado que “la totalidad de los ingresos perdidos por concepto de la interrupción del negocio deben ser considerados como afectación de la utilidad bruta de la empresa asegurada”, de lo que deduce que debe condenarse a las aseguradoras a pagar como indemnización la totalidad del ingreso perdido, bajo el amparo amplio y claro de daño por lucro cesante.

En el mismo orden de ideas la convocante puntualiza que “la evaluación comparativa efectuada por el perito contable... acredita sin lugar a dudas que el ingreso perdido debe ser considerado como una contribución 100% efectiva al P y G de la empresa, máxime cuando... los costos fijos y de operación... se mantuvieron e incluso se incrementaron como resultado de la necesidad de diferir los pagos realizados por la reparación...”

Afirma TERMOFLORES que la metodología acogida por el perito Sabogal debe ser admitida por el Tribunal, toda vez que tiene pleno respaldo contractual, pues responde al criterio supletivo previsto en el ya mencionado numeral 2.4 de la Condición Séptima que permite el ajuste de las cifras para el cálculo de la utilidad bruta, a fin de que reflejen “las que se hubieren obtenido... si el daño no hubiere ocurrido.”

2 . A su turno LAS ASEGURADAS sostienen -basadas en las excepciones de mérito que formularon -que es improcedente el reclamo de lucro cesante.

Explican, al respecto, que los ingresos que reclama la demandante no son los correspondientes al cargo por capacidad que dejó de percibir durante el lapso de 35 días en que su unidad III estuvo detenida (del 21 de marzo hasta el 24 de abril de 2005) mientras se llevaban a cabo las reparaciones, sino la reducción de sus ingresos futuros de cargo por capacidad y

confiabilidad, por un período de 22 meses (24 meses del período de indemnización previsto en la póliza, menos 60 días de deducible).

Por tanto, lo que aquella reclama es lo que ella denominó, en las comunicaciones que envió durante la negociación del seguro, “pérdidas ocasionadas por las consecuencias indirectas que afecten el promedio de disponibilidad futuro...”

Las convocadas coinciden en que se trata de una “afectación indirecta”, derivada de una falta de disponibilidad que podría reducir la remuneración del cargo por capacidad a futuro. Se trata, en su entender, de un daño indirecto, el cual no se encuentra cubierto por la póliza, explicando que su amparo fue reiteradamente solicitado por TERMOFLORES nunca esa petición fue aceptada.

En respaldo de su planteamiento, en el sentido de que el daño reclamado no fue asegurado, las convocadas reiteran que lo que se reclama son las consecuencias indirectas derivadas de la indisponibilidad, consistentes en la disminución de los ingresos por cargo por capacidad que TERMOFLORES con posterioridad al período de interrupción de 35 días y durante los dos años siguientes al siniestro.

Esto por cuanto dicha interrupción habría afectado su índice de indisponibilidad histórica (IH) y consecuentemente habría repercutido sobre su Capacidad Remunerable Teórica (CRT), lo que -de acuerdo con la reglamentación aplicable- disminuye la remuneración mensual por cargo por capacidad durante 36 meses. Para LAS ASEGURADORAS esta afectación a futuro no estaba cubierta pues a más de su carácter indirecto, jamás se otorgó ese amparo, el cual debía ser específicamente pactado, según la ley colombiana.

Al respecto se cita el artículo 1088 del c de Com, el cual dispone que en los seguros de daños la indemnización puede comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante, pero puntualiza que “este deberá ser objeto de un acuerdo expreso”, el cual -al decir de LAS ASEGURADORAS- jamás se celebró.

Para fundamentar esta aseveración, las convocadas acuden al texto del condicionado general del seguro, el cual señala lo siguiente:

“CONDICION PRIMERA-RIESGOS AMPARADOS

“La Compañía se obliga a indemnizar al Asegurado, por los daños o pérdidas que sufran los bienes o intereses asegurados a que se refiere la Condición Tercera de esta póliza, así como los costos o gastos en que incurra, como consecuencia de los riesgos que a continuación se precisan y sujeto a las exclusiones contenidas en la Condición Segunda, siempre que tales daños o pérdidas sucedan y tengan inicio durante la vigencia de la presente póliza:

(...)

2. “El lucro cesante como consecuencia de la interrupción del negocio, tal y como se expresa en el numeral 2 de la Condición Tercera.

“Esta cobertura es de carácter opcional y debe ser solicitada expresamente y aceptada por LA COMPAÑÍA pero en ningún caso cubre el Lucro Cesante por equipo eléctrico y electrónico, así como tampoco el lucro cesante por sustracción”¹.

Con arreglo a los apartes transcritos, las convocadas sostienen que únicamente se encuentra amparado el lucro cesante que haya sido expresamente aceptado por la Compañía de Seguros y quede consignado en la póliza.

Para acreditar lo que fue específicamente cubierto en esta materia, LAAS ASEGURADORAS se refieren a las condiciones particulares del contrato de seguro, advirtiendo que priman sobre el clausulado general. Tales condiciones particulares, en lo relativo al amparo de lucro cesante, prevén:

“El condicionado original aceptado por el líder solamente contiene lo siguiente:

¹ Condicionado General del Seguro Registrado en la Superintendencia Financiera. Código 10/04/2003-1315-P-00-92-Riesgo Industrial, pág. 3.

(...)

- Lucro cesante/lucro cesante contingente: Clientes y Proveedores: Triple A, Ecopetrol, Texaco, Promigas and Westin house(...)²
- Lucro cesante incluye los gastos fijos incluyendo la nómina y el pago de la deuda por un período de 24 meses³

De lo anterior infieren LAS ASEGURADORAS que la cobertura específica bajo la cual reclama TERMOFLRES no fue incluida, pues no están amparadas las consecuencias indirectas y futuras, generadas por una falta de disponibilidad de la unidad, consecuencias que se traducen en la reducción ulterior del cargo por capacidad a lo largo de los 3 años siguientes al siniestro.

Así las cosas, a juicio de las convocadas, no toda reducción del ingreso del asegurado se encuentra cubierta por el seguro de lucro cesante, pues se deben distinguir dos situaciones: de una parte, el cargo por capacidad y, por otra, la afectación del índice de indisponibilidad histórico de la unidad (IH) y de la Capacidad Remunerable Teórica (CRT), que tiene incidencia indirecta en la liquidación del cargo por capacidad futuro. Esto significa que “una indisponibilidad de la planta se traduce en la imposibilidad de recibir cargo por capacidad durante el período de interrupción, es decir, mientras la planta no esté disponible”. Esta es una consecuencia directa de la indisponibilidad, que en nuestro caso produjo el efecto de que TERMOFLORES no percibiera cargo por capacidad durante los 35 días en que la planta estuvo en reparaciones. Otra consecuencia de la interrupción es la afectación futura de su IH y de su CRT, que son factores de la fórmula matemática mediante la cual se determina el cargo por capacidad, debiéndose precisar que se tiene en cuenta, para dicho cálculo, el índice de indisponibilidad histórica de la planta durante los últimos 3 años, lo que significa que si la planta queda indisponible por cierto tiempo, esta interrupción afectará el cálculo de su Capacidad Remunerativa Teórica (CRT) futura, con lo cual se puede llegar a reducir el monto del cargo por capacidad de los 36 meses siguientes, toda vez que este se liquida mensualmente con referencia a la CRT. Para las convocadas esta es una repercusión indirecta de la interrupción.

² Anexo de Renovación No. 8. Póliza No. 20085 del 5 de mayo de 2004.

³ Anexo de Aclaración No. 9. Póliza No. 20085 del 2 de agosto de 2004.

Ese amparo indirecto, que es el que reclama TERMOFLORES, no le fue otorgado a pesar de sus reiteradas solicitudes, analizadas en el alegato final de las convocadas, en las cuales TEMOFLORES califica expresamente, como una consecuencia indirecta de la falta de disponibilidad, la situación que aquí se examina.

Además de no haberse concedido el amparo, agregan LAS ASEGURADORAS que en este caso tampoco se cumple el requisito, consistente en que para que el daño sea indemnizable debe ser directo, es decir, que solo se resarce el perjuicio que tenga una relación de causalidad directa y necesaria con el incidente.

De otra parte, las convocadas arguyen que de existir cobertura, la convocante no tendría derecho a ser indemnizada en razón del deducible estipulado.

Al respecto subrayan que TERMOFLORES aduce que la interrupción que tuvo lugar durante 35 días (del 21 de marzo al 24 de abril de 2005) le produjo una disminución en su ingreso futuro de cargo por capacidad y cargo por confiabilidad por un lapso de 22 meses, que correspondería al período de indemnización pactado de 24 meses, menos 60 días de deducible.

Sin embargo, las aseguradoras afirman que desde un comienzo objetaron la reclamación, por cuanto el tiempo de parada fue interior al período del deducible estipulado en la póliza, que corresponde a un término de 60 días.

Explican las convocadas que el propósito del deducible es que el asegurado asuma una parte del riesgo, con el fin de que actúe diligentemente en la prevención de daños, esto es, en la protección del interés asegurado. Para el caso específico de la póliza de rotura de maquinaria, precisan que, con el deducible de lucro cesante, se busca evitar reclamos por interrupciones inferiores a la extensión del deducible. El deducible, además, genera una reducción en el monto de la prima, por cuanto el asegurado mantiene

parte del riesgo. En este caso, dado que el deducible se pactó en tiempo, el asegurado asume el riesgo de lo que ocurra durante ese período.

El deducible que aquí nos ocupa, se estableció en la Condición Novena de las Condiciones Generales, en concordancia con lo previsto en la página B1 del Anexo 8, así:

“CONDICION NOVENA – DEDUCIBLE Con relación a los intereses asegurados en los numerales 1 y 2 de la Condición Tercera de esta póliza y en las Extensiones y sublímites que determine LA COMPAÑÍA, EL Asegurado deberá asumir la primera parte de cualquier pérdida que afecte dichos intereses, según se indica en la carátula de la póliza. (...)”

Por su parte la página B1 del anexo 8 de la póliza establece:

“Deducible: (...) Lucro cesante: Por rotura de maquinaria: 60 días para toda y cada pérdida.”

De estas estipulaciones deducen LAS ASEGURADORAS que “Termoflores debe asumir el riesgo de cualquier pérdida por lucro cesante que tenga lugar en periodos inferiores a los 60 días pactados como deducible”, complementan lo anterior en el sentido de que “el asegurado asume el riesgo por cualquier pérdida consecencial que resulte de la interrupción del negocio por 60 días o menos...”

En este orden de ideas afirman que “el entendimiento que a nivel mundial tiene el deducible pactado en días respecto de la cobertura de lucro cesante en una póliza de rotura de maquinaria, consiste en que el asegurado debe asumir la primera parte del riesgo, entendida ésta como los riesgos de lucro cesante que ocurran dentro del periodo de deducible”. En otras palabras, el asegurado asume los riesgos derivados de una interrupción menor al periodo del deducible.

Así lo corroboró en el proceso el señor Christopher N. Lewis con una larga experiencia en reclamaciones por daños a generadores de energía, quien dio su opinión técnica al respecto, puntualizando que el tipo de deducible pactado se conoce como “período de espera” y que si en este caso la

interrupción es inferior a dicho período, no procede ninguna indemnización.

Se le preguntó luego lo siguiente:

“Dr. Salazar: Señor Lewis, como usted mencionó esta póliza tiene un periodo de indemnización de 24 meses, periodo de indemnización que se aplica al lucro cesante... ¿porqué no puede simplemente aplicarse el deducible como una resta de 60 días en la reducción del ingreso eventualmente sufrido durante todo ese período de 24 meses, si efectivamente se sufrió durante los 24 meses”.

A lo cual el experto respondió:

“Sr. Lewis: porque la póliza indica que el asegurado tendrá que pagar los primeros 60 días, es la responsabilidad del asegurado y por lo tanto, cualesquiera pérdidas resultantes de esos 60 días, sea en los primeros 60 días o durante los 24 meses es la responsabilidad del asegurado...”

(...)

Dr. Salazar: ¿La póliza establece de alguna forma que si la interrupción es menor al deducible, no se pague lucro cesante a pesar de que el lucro cesante efectivamente se sufra con posterioridad a la interrupción?

“Sr. Lewis, si... la responsabilidad de cualquier pérdida resultante de esta situación es la responsabilidad del asegurado”.

“Dr. Salazar: Independientemente de cuando ocurra esa disminución de ingresos resultante de la interrupción, ¿correcto?”

Sr. Lewis: Siempre y cuando sea un resultado del daño, es la responsabilidad del asegurado si está dentro del periodo y clasifica dentro del periodo de espera”.

Por su parte, el señor Joseph Scarlato, quien también cuenta con una apreciable experiencia en seguros de rotura de maquinaria, manifestó:

“Dr. Salazar: En el presente caso la póliza tiene un período de indemnización de 24 meses, ¿Porqué no puede entenderse el deducible simplemente como un descuento de 60 días de ese período?”

Sr. Scarlato: Porque el asegurado asume todos los riesgos que se relacionen con la primera parte del siniestro. Si la primera parte del siniestro directamente le atribuye a la pérdida de ingresos después del deducible todavía se sigue considerando parte del deducible debido a que la ocurrencia o lo que causó u originó la pérdida se encuentra dentro del período del deducible y en todos los seguros es causa y efecto”.

Por tanto, alegan las convocantes, el asegurado debe asumir todas las pérdidas originadas durante el período de 60 días pactado como deducible, lo que quiere decir que TERMOFLORES no tiene derecho a ser resarcida por el lucro cesante que sufrió, por cuanto el lapso de interrupción fue inferior a ese periodo, independientemente de que el menor ingreso o la pérdida hubiere ocurrido con posterioridad al lapso del deducible, dado que esa afectación se originó en ese lapso y, por ende, no se encuentra cubierta.

Lo anterior deja en claro, en criterio de las aseguradoras, que no tiene fundamento lo pretendido por TERMOFLORES, pues esta busca que se le reparen los daños experimentados durante los 24 meses del periodo de indemnización, restándoles 60 días del deducible.

La convocante alega que la póliza está en forma inglesa y no en forma americana, de lo que infiere que se indemnizan las interrupciones que continúen después de que los trabajos de reparación hayan concluido.

LAS ASEGURADORAS admiten que la forma utilizada es la inglesa, la cual otorga una cobertura más amplia, toda vez que, mientras la americana se extiende hasta la finalización de la reparación, esto es, hasta que subsista la interrupción, la inglesa puede ir más allá, es decir, hasta que el negocio haya restablecido el nivel de ganancias, sin exceder del período de indemnización. Sin embargo, precisan las convocadas que en este caso esa distinción no es relevante, pues en ambas pólizas el deducible funciona de

igual manera. En efecto, dado que el daño se terminó de reparar antes de que finalizara el período del deducible, no hay lugar a indemnización, pues el riesgo de pérdidas sufridas durante lapsos inferiores a 60 días le corresponde al asegurado, lo cual tiene el mismo tratamiento en las dos clases de pólizas.

La diferencia entre la póliza americana e inglesa tiene relevancia en el evento de que la interrupción supere el periodo del deducible, pero no afecta la manera como éste funciona. Por tanto, arguyen las aseguradoras, en un caso como el que nos ocupa, no hay lugar a indemnización bajo ninguna de las dos clases de pólizas.

En cuanto a la valoración del lucro cesante reclamado, las convocadas puntualizan que TERMOFLORES -teniendo en cuenta que la póliza no reconoce simplemente la pérdida de ingresos, sino la disminución de la utilidad bruta, para cuya determinación se establecieron unas fórmulas específicas- acompañó con la demanda un dictamen contable para, según sus palabras, acreditar las pérdidas, “en estricta sujeción a lo estipulado en el contrato de seguro”.

A este respecto, según la Condición Sexta de las Condiciones Generales, alegan LAS ASEGURADORAS que, a la reducción de ingresos debe aplicársele el porcentaje de utilidad bruta de la compañía del año inmediatamente anterior a la fecha del siniestro.

Para ello TERMOFLORES se apoya en el aludido dictamen contable, elaborado por el señor Eduardo Jiménez, en el que se concluye que el porcentaje de utilidad bruta aplicable asciende al 91.72%, lo que significa que reclama como indemnización el 91.72% del monto en que se redujeron sus ingresos por concepto de cargo por capacidad y cargo por confiabilidad, durante el período de indemnización (24 meses), menos 60 días de deducible.

En el experticio de Jiménez –afirman las aseguradoras- no se calculó la utilidad bruta requerida en la póliza, sino la “utilidad de “actividades” o áreas de negocios, a cuyos ingresos asignaron arbitrariamente unos costos”. Por ello las convocantes objetaron el dictamen.

LAS ASEGURADORAS arguyen que la utilidad bruta, de acuerdo con la póliza, es la de todo el negocio de TERMOFLORES y no discriminada por actividades, líneas o departamentos. A este respecto el ingeniero Joaquín Jaramillo, quien suscribió una opinión técnica que fue aportada con la contestación de la demanda, manifestó que el “negocio” de TERMOFLORES es la generación de energía y su comercialización, como se menciona, además, en el certificado de existencia y representación de la convocante.

Por tanto, señala Jaramillo, para calcular el porcentaje de utilidad bruta se han de tener en cuenta todos los ingresos y costos del negocio, consistente en la generación y comercialización de energía, precisando que el cargo por capacidad es un ingreso, no un negocio, ni siquiera una actividad. En este sentido el experto señaló que el cargo por capacidad es un componente del ingreso por la generación, que es el negocio y la actividad, cuya remuneración tiene dos componentes: la venta de energía y el cargo por capacidad, que se paga por el solo hecho de estar disponible la planta.

Esto lo corroboran las normas que regulan el sector eléctrico, las cuales determinan las actividades, no encontrándose dentro de ellas el cargo por capacidad, pues tales actividades son la generación, la transmisión, la distribución y la comercialización (Resolución de la CREG No. 038 de 1994). El cargo por capacidad es tratado como un ingreso (Resolución de la CREG 116 de 1994).

Para LAS ASEGURADORAS, en el dictamen contable de Eduardo Jiménez se encuentran dos errores: haber dividido los ingresos de TERMOFLORES por actividades, desconociendo lo establecido en la póliza y haber asignado arbitrariamente los costos al ingreso de cargo por capacidad, con criterios de asignación equivocados, omitiendo cargarle a éste costos necesarios para la obtención de ese ingreso, lo que produjo un porcentaje artificialmente alto de utilidad bruta.

Las convocadas expresan que Jiménez, en su declaración ante el Tribunal no pudo explicar claramente los criterios de asignación de costos que empleó en su dictamen.

Así las cosas, subrayan las aseguradoras, los costos, casi en su totalidad, fueron cargados a las ventas de energía, lo cual critican con apoyo en las explicaciones del experto Joaquín Jaramillo.

Esto ocurrió, entre otros, respecto de los costos de gas, personal y mantenimiento que se asignaron exclusivamente a las ventas de energía, a pesar de tener incidencia para el ingreso del cargo por capacidad. Lo propio aconteció con la depreciación de la maquinaria y equipos, que se cargó íntegramente a la venta de energía, lo cual no encontró razonable el perito Jaramillo, pues explicó que, dados los propósitos del cargo por capacidad, que remunera la inversión para montar la planta, ha de entenderse que es el cargo por capacidad el ingreso que remunera la depreciación y la amortización.

El mismo reproche se hace respecto del mantenimiento civil (edificios), los costos de vigilancia y los de seguridad industrial, asignados completamente a las ventas de energía, no obstante que esos costos inciden de manera directa en la disponibilidad de la planta. Otro tanto ocurrió con los costos de hidrógeno, acpm, y fuel oil, así como con los impuestos nacionales y con el de industria y comercio (Ley 56 de 1981) que se distribuyeron entre las distintas actividades de TERMOFLORES excepto el cargo por capacidad. Igual tratamiento se le dio al costo de alimentación de personal y al costo de transporte de gas, sin tener en cuenta que este elemento es indispensable para la disponibilidad de la planta.

No sobra advertir que el contador Eduardo Jiménez señaló en su declaración verbal que la distribución de costos que aparece en su dictamen fue ejecutada por personal de TERMOFLORES y que “el criterio primordial es que el cargo por capacidad no tiene costos atribuibles”.

En cuanto al mencionado dictamen las aseguradoras transcriben apartes de la declaración oral del señor Jiménez para demostrar que no pudo explicar lo que denominan contradicciones de su experticio con los estados financieros de TERMOFLORES, en particular la nota 16 de los estados financieros de 2004, auditados por Deloitte & Touche, en donde aparece un “costo de producción del cargo por capacidad de \$ 20.913.249.000”,

mientras que el costo de producción del cargo por capacidad para el año 2004, según el dictamen de Jiménez, asciende a \$ 2.583.903.000.

LAS ASEGURADORAS reiteran su objeción a este trabajo pericial por contener error grave en sus conclusiones.

En relación con los dictámenes practicados dentro del proceso, las convocadas subrayan los resultados del cálculo del porcentaje de utilidad bruta efectuado por el perito Ricardo Sabogal, de conformidad con lo establecido en la póliza, quien concluyó: “al aplicar a los ingresos operacionales, los costos operacionales, la sociedad Termoflores S.A. ESP presenta por el año 2004 una pérdida bruta operacional de COL\$856.446.259. Esto implica que, respondiendo a la pregunta en su forma textual, no hubo utilidad bruta”.

Cabe indicar que este dictamen no fue objetado.

LAS ASEGURADORAS deducen de la respuesta del perito que “no puede haber indemnización por lucro cesante, pues la indemnización corresponde a la pérdida de utilidad por la compañía, no solamente los ingresos dejados de percibir”.

Finalmente, las convocadas se oponen a que se reconozca que el perito Zuleta incurrió en yerros graves que hubieran incidido en sus conclusiones relativas a la disminución de los ingresos de TERMOFLORES por concepto de cargo por capacidad y cargo por confiabilidad. Para respaldar sus planteamientos las convocadas citan diversos apartes de la declaración del ingeniero Wilson Uribe, concluyendo que la “objeción planteada por TERMOFLORES en contra del dictamen presentado por el doctor Zuleta no tiene sustento ... (pues) quedó demostrado que el perito no incurrió en ningún error grave que afectara las conclusiones de su dictamen”.

3. El tribunal, de acuerdo con las argumentaciones de las partes que vienen de sintetizarse, y con base en las pruebas que al respecto obran en el proceso, las cuales han sido íntegramente revisadas por los árbitros,

procede a puntualizar las siguientes consideraciones, todas ellas relativas al amparo de lucro cesante que aquí nos ocupa.

a) En cuanto al alcance del mencionado amparo cabe precisar:

- La Condición Primera de las Condiciones Generales contempla, en su numeral 2, dentro de los riesgos amparados bajo la póliza modular todo riesgo industrial y comercial, No. 20085, “el lucro cesante como consecuencia de la interrupción del negocio, tal como se expresa en el numeral 2 de la Condición Tercera”.

A su turno, el aludido numeral de la Condición Tercera de las Condiciones Generales, define los intereses asegurados, precisando que “la compañía se obliga así mismo, a indemnizar el lucro cesante como consecuencia de la interrupción del negocio ocasionada por los daños o pérdidas de los bienes e intereses asegurados utilizados por el asegurado en el establecimiento para efectos del negocio, siempre y cuando sean efecto de la ocurrencia de uno de los riesgos amparados por la Condición Primera”.

Para lo que aquí interesa, la cobertura de lucro cesante, con arreglo al texto transcrito, tiene un alcance amplio, toda vez que indemniza al asegurado por el lucro dejado de obtener, por efecto de la interrupción del negocio, causada por el daño de bienes asegurados, siempre que tal daño sea resultado de la ocurrencia de un riesgo amparado.

Sin embargo, en el Certificado de Renovación (Anexo 8) de la Póliza Modular 20085, para la vigencia Mayo 2004 a Mayo 2005 pág. B1, se incluyen, dentro de los intereses asegurados, el “B) Lucro cesante y Lucro cesante contingente”.

Posteriormente, en la misma página B.1, bajo el acápite suma asegurada, se señala:

“Suma asegurada: USD300.000.000. Límite Único Combinado Daño Material más lucro.

Rotura de Maquinaria USD200.000.000. Daño Material más lucro cesante combinado para todo y cada evento”.

En las páginas B2 y B3 del indicado Certificado de Renovación (Anexo 8) se expresa: “El condicionado original aceptado por el líder solamente contiene lo siguiente:

Lucro cesante/lucro cesante contingente: Clientes y Proveedores: Triple A, Ecopetrol, Texaco, Promigas and Westinghouse Limit US\$18.361.000”.

Así las cosas, el Certificado de Renovación parece restringir ostensiblemente el ámbito del amparo de lucro cesante descrito en las Condiciones Generales, pues en él se precisa que el alcance aceptado por las aseguradoras es únicamente el que acaba de transcribirse, en el cual no es claro que quede cobijado el lucro cesante que aquí nos ocupa, esto es, el generado por la disminución del cargo por capacidad y del cargo por confiabilidad consecuencia del daño que experimentó la unidad III de TERMOFLORES.

Esa falta de claridad de las estipulaciones reseñadas ha de superarse a través de las reglas de hermenéutica contempladas en los artículos 1618 a 1624 del C Civil, las cuales están orientadas a desentrañar la voluntad real de los contratantes al celebrar el contrato de seguro vertido en la póliza 20085, en lo tocante al alcance de la cobertura de lucro cesante.

Para esta labor interpretativa es del caso acudir a las comunicaciones que se cruzaron las partes respecto de la determinación del alcance del amparo de lucro cesante contenido en la póliza 20085. Este intercambio epistolar es particularmente significativo en el caso bajo estudio, toda vez que el amparo de lucro cesante requiere de un pacto explícito, tal como lo requiere el artículo 1088 del c de Com, en cuyos términos tal amparo “deberá ser objeto de un acuerdo expreso”, previsión que coincide con lo establecido en el numeral 2 de la Condición Primera de las Condiciones Generales, según el cual la cobertura de lucro cesante, como consecuencia de la interrupción del negocio, “debe ser solicitado expresamente (por el tomador) y aceptada por la compañía” (aseguradora).

Dentro de las comunicaciones que se dirigieron las partes en la fase de negociación, cabe mencionar las siguientes:

- Comunicación del 18 de junio de 2004⁴, enviada por TERMOFLORES al Gerente del Departamento de Seguros Corporativos de Roy & Sun Alliance, en la que puntualizó:

“2. Por otra parte, luego de una revisión de la póliza que nos entregaron, notamos que hacen falta, además las siguientes condiciones que deberán incluirse al igual que las del numeral 1:

(..)

“LUCRO CESANTE

(...)

2.9 La cobertura de Lucro Ceante se extiende a amparar las pérdidas ocasionadas por las consecuencias indirectas que afecten el promedio de disponibilidad a futuro ante el SIC (Sistema indicativo comercial) de los equipos durante el período de paralización.

(...)

2.12 Se cubre el lucro cesante consecuencial debido a la reducción de ingresos por venta de capacidad.”

- Comunicación del 13 de julio de 2004⁵ en la que la firma Proseguros S.A, corredor de seguros de TERMOFLORES, se dirige a Royal & Sun Alliance para solicitarle que incluya en la Póliza No. 20085 varias cláusulas que estima necesarias y que no han sido incorporadas, entre ellas:

LUCRO CESANTE

“(..)

⁴ Cuaderno de Pruebas N° 4, folios 178-182.

⁵ Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 186-190.

- La cobertura de Lucro Cesante se extiende a amparar las pérdidas ocasionadas por las consecuencias indirectas que afecten el promedio de disponibilidad a futuro ante el SIC (Sistema Indicativo Comercial) de los equipos durante el período de paralización.

(...)

- Se cubre el lucro cesante consecuencial debido a la reducción de ingresos por venta de capacidad.

(...)"

- Comunicación del 16 de julio de 2004 enviada por el Director Comercial de Proseguros S.A a su cliente, TERMOFLORES, en la que le expresó:

“Adjunto a la presente tenemos el agrado de remitirles copia de la comunicación U1-20045226 del 13 de julio del presente año, remitida a los señores ROYAL & SUN ALLIANCE, dirigida a JOHN JAIRO GAVIRIA, al respecto queremos manifestarle nuestra preocupación en la solicitud efectuada por nosotros y por ustedes desde hace más de 70 días sin que a la fecha se tenga respuesta. Por otra parte queremos llamar su atención en el sentido del que al no estar escritas las coberturas y cláusulas mencionadas en nuestra comunicación y ocurrir un siniestro, consideramos que no operaría ninguna de estas condiciones de las cuales hacemos mención.

Por lo anterior sugerimos realizar una reunión en sus oficinas para conocer los términos de la negociación inicial.”

- Comunicación del 4 de agosto de 2004⁶, de Royal & Sun Alliance para TERMOFLORES, en la cual aquella explica que se expidió el Anexo No. 9 de aclaraciones a la póliza, sin haber accedido a incorporar las cláusulas solicitadas, así:

“Todavía queda un número importante de condiciones y cláusulas contenidas en sus comunicaciones que estamos definiendo con el broker

⁶ Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 192.

de Londres y que solo vamos a poder atender una vez recibamos la autorización de ellos, luego de su consulta a los reaseguradores.

Sobre este aspecto queremos hacer énfasis en el sentido de declararnos impedidos para hacer cualquier adición o modificación al texto de la póliza sin dicha aprobación previa pues no podemos asumir responsabilidades a nombre de los reaseguradores sin su visto bueno, en vista, reiteramos, de la negociación directa que se llevó a cabo entre la empresa que usted gerencia y el mencionado broker, sin nuestra intervención en la mencionada negociación.”

- Comunicación fechada el 26 de octubre de 2004⁷, mediante la cual Proseguros S.A le manifiesta a la aseguradora lo siguiente: “las siguientes condiciones, de acuerdo con la reunión, quedarían pendientes por aprobación, de lo cual estamos pendientes o en su defecto emitir comunicación explicando la razón por la que no se otorga:

(...)

2. La cobertura de Lucro Cesante se extiende a amparar las pérdidas ocasionadas por las consecuencias indirectas que afecten el promedio de disponibilidad a futuro ante el SIC (Sistema indicativo comercial) de los equipos durante el período de paralización.

(...)

4. Se cubre el lucro cesante consecuencial debido a la reducción de ingresos por venta de capacidad”.

- La petición de Proseguros S.A, que se plantea en los apartes transcritos, fue reiterada en otras ocasiones, como se observa en escritos del 25 de noviembre de 2004⁸ y del 4 de enero de 2005⁹.

Cabe señalar que en las comunicaciones reseñadas TERMOFLORES y su corredor de seguros consideran como una secuela indirecta del daño de los

⁷ Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 194-196.

⁸ Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 198-200

⁹ Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 209-211

equipos y de la consiguiente interrupción del negocio, “la afectación del promedio de disponibilidad a futuro”, la cual tendría una incidencia negativa en los ingresos ulteriores de cargo por capacidad y cargo por confiabilidad.

En materia de responsabilidad civil, el daño directo es el que es consecuencia cierta y necesaria de un determinado hecho, sin importar que ese daño sea mediato o inmediato, toda vez que lo relevante es tener la certeza de que sin ese hecho tal daño no se hubiere producido. Por tanto, lo que debe verificarse es si entre el hecho y el daño hay o no relación de causa a efecto, lo cual en últimas implica establecer si el daño es su consecuencia cierta, necesaria y lógica¹⁰. Y a contrario sensu, el daño indirecto es el que no se deriva necesaria y forzosamente del hecho en cuestión, lo que impide que entre ellos exista vínculo de causalidad, pues se entiende que en la generación del resultado dañoso intervinieron otras causas distintas.

A este respecto, la declaración del ingeniero Wilson Julio Uribe, experto en el mercado energético nacional, respalda el carácter de consecuencia indirecta que podría tener la afectación futura del promedio de disponibilidad de la planta sobre la generación de ingresos correspondientes a cargo por capacidad y confiabilidad. El mencionado experto declaró:

“Considero que una indisponibilidad de hoy no afecta de manera directa la remuneración en el futuro, es más no necesariamente la afecta porque debe pasarse por estos pasos, entonces ahora digamos que una indisponibilidad de hoy afecta, pues afectar el IH, pero esa afectación puede ser neutralizada, pero el IH digamos tampoco, yo creo, que usted en una pregunta anterior que me formuló dijo si había alguna fórmula que relacionara la indisponibilidad de hoy con la remuneración y no la hay, o sea no hay digamos a los ingenieros nos gustan las ecuaciones, no hay algo que diga remuneración es igual a un factor por indisponibilidad, digamos remuneración futura igual a un factor por indisponibilidad de hoy, eso no lo hay en la regulación, en las normas, por eso yo creo que una indisponibilidad de hoy no afecta de manera directa la remuneración del

¹⁰ Arturo Alessandri R. Responsabilidad Extracontractual. Pág. 232 y ss; Henri Lalou Traité Pratique de la Responsabilité Civile, 4^a. Edición, Librairie Dalloz. P. 45.

futuro, porque tienen que darse, tiene que pasar varios pasos y darse ciertas circunstancias dentro de cada uno de esos pasos para que se produzca la afectación”.

En todo caso, ya se trate de una repercusión directa o indirecta, para el tribunal es claro que, de acuerdo con las comunicaciones de las partes que antes se reseñaron, estas tenían el claro y común entendimiento de que no existía cobertura de lucro cesante para indemnizar la pérdida de ingresos por concepto de cargo por capacidad y cargo por confiabilidad ocasionada por la afectación futura del índice de indisponibilidad, derivada del daño de la planta y de la consecuente interrupción del negocio.

Es evidente que TERMOFLORES y su corredor insistieron en que se otorgara amparo para cubrir las pérdidas ocasionadas por la afectación del “promedio de disponibilidad a futuro”, así como para indemnizar el “lucro cesante consecuencial debido a la reducción de ingresos por venta de capacidad” y es también indiscutible que las aseguradoras no accedieron a estas peticiones.

El convencimiento de las partes, que se refleja en los escritos que se intercambiaron, permite inferir que ambas, de manera coincidente y unívoca, entendieron que la póliza 20085 no amparaba el lucro cesante que aquí se reclama.

Esto es suficiente para denegar la pretensión indemnizatoria de lucro cesante. Sin embargo, para ahondar en razones, el Tribunal ha de puntualizar que, aún en la hipótesis de que hubiera cobertura, tampoco sería procedente la indemnización demandada, en virtud de la aplicación del deducible pactado, tal como pasa a precisarse.

b) En cuanto al deducible pactado, debe puntualizarse:

- Cabe recordar que TERMOFLORES demanda el pago de la indemnización por lucro cesante, arguyendo que la interrupción que se prolongó por 35 días (del 21 de marzo al 24 de abril de 2005) tuvo el efecto de hacerle reducir sus ingresos futuros de cargo por capacidad y confiabilidad durante un lapso de 22 meses, los cuales resultan de restarle al período de

indemnización, estipulado en 24 meses (Anexo 8, pág. B3) el término de 60 días del deducible.

- En la Condición Novena de las Condiciones Generales, que versa sobre el deducible, se dispone que “con relación a los intereses asegurados en los numerales 1 y 2 (este numeral se refiere a lucro cesante) de la Condición Tercera de esta póliza y en las extensiones y sublímites que determine La Compañía, el Asegurado deberá asumir la primera parte de cualquier pérdida que afecte dichos intereses, según se indica en la carátula de la póliza”.

- Por su parte, el Certificado de Renovación, Anexo 8 de la Póliza 20085, indica, dentro de las aclaraciones que contiene, y en lo tocante al deducible, lo siguiente:

“Lucro cesante: por Rotura de Maquinaria: 60 días para toda y cada pérdida. Demás eventos: 45 días”.

Por tanto, dos conclusiones se desprenden de los apartes transcritos sobre el deducible relativo al lucro cesante: el primero, que le corresponde asumir al asegurado la primera parte de la pérdida y que, en tratándose de Rotura de Maquinaria, que fue lo ocurrido en este caso, esa primera parte es de 60 días. Esto significa que TERMOFLORES debe soportar las pérdidas generadas por la interrupción de su negocio durante los 60 días siguientes al daño que sufrió su unidad III.

Así las cosas, la pretensión de TERMOFLORES no puede ser acogida, toda vez que la interrupción que se presentó en la disponibilidad de la aludida Unidad III fue inferior al período del deducible pactado, lo que hace que el asegurado deba soportar el perjuicio experimentado durante ese lapso, dado que aceptó asumir ese riesgo.

Para llegar a esta conclusión el Tribunal ha tenido en cuenta, en primer lugar, el tenor de las estipulaciones relevantes, así como las declaraciones de los señores Christopher N. Lewis y Joseph M. Scarlato, ambos con un amplio conocimiento y prolongada experiencia en seguros de rotura de maquinaria, quienes corroboraron que en esta clase de pólizas, a nivel

internacional, se interpreta el deducible en días estipulado para el amparo de lucro cesante, en el sentido de que el asegurado debe asumir la primera parte del riesgo, vale decir, las pérdidas de utilidades que ocurran dentro del período del deducible.

En otras palabras, si la interrupción es inferior a dicho período, no procede ninguna indemnización por lucro cesante, pues todos los deméritos económicos resultantes de esa paralización, sean mediatos o inmediatos, corren por cuenta del asegurado.

En síntesis, le corresponde a TERMOFLORES asumir las pérdidas de ingresos a que nos referimos, pues se reitera que la duración de la interrupción fue inferior al período del deducible, lo que hace que el asegurado deba soportar todas las secuelas adversas que de ello se deriven, sin importar que las mismas ocurran inmediatamente o con posterioridad, es decir, después de expirado el lapso del deducible. Lo que aquí importa es que la causa de la pérdida de ingresos tuvo lugar en ese lapso y por esta razón no está cubierta.

Los expertos mencionados también señalaron que, para lo que aquí se debate, no tiene trascendencia la forma en que esté redactada la póliza, sea esta inglesa o americana, pues en ambos casos el deducible funciona de igual manera.]

En razón de lo previamente expuesto, que respalda la negativa del Tribunal a acoger la pretensión indemnizatoria por concepto de lucro cesante, no es del caso abordar los temas de la valoración de dicha indemnización, por lo que no procede entrar a evaluar el mérito de la impugnación por error grave formulada por la parte convocante en contra del dictamen pericial del experto Luis Alberto Zuleta, mediante el cual se calculó la disminución de los ingresos de TERMOFLORES correspondientes al cargo por capacidad y al cargo por confiabilidad.

Les asiste por lo tanto razón a LAS ASEGURADAS en su afirmación de que el lucro cesante futuro “...por pérdida o disminución del cargo por capacidad...” no fue objeto de cobertura y que, aun cuando lo hubiera sido, no da lugar a resarcimiento a cargo de ellas por cuanto la duración

de la interrupción de la actividad industrial de generación de energía fue inferior al tiempo del deducible pactado, de tal suerte que de conformidad con dicha estipulación TERMOFLORES debe asumir esa pérdida puesto que esta última y en cuanto dice relación con su importe, no obstante proyectarse hacia el futuro, por fuerza ha de calcularse su importe en función del tiempo que demandó la reparación de la maquinaria averiada, lapso que como quedó demostrado en el plenario no sobrepasó el período de deducible, razón por la cual están llamadas a prosperar las excepciones que en el escrito de contestación denominaron “Imprudencia del reclamo de lucro cesante por aplicación del deducible” y “No cobertura de indemnización de las consecuencias indirectas hacia el futuro respecto del cargo por capacidad derivadas de falta de disponibilidad de la Unidad”.

D. PRESTACIONES ESPECIALES DE CONDUCTA A CARGO DE LA ASEGURADA.

Como suele suceder en los seguros contra daños con las características del concertado en el presente caso, la póliza de todo riesgo industrial y comercial 20085 da cuenta, en sus Condiciones Generales, de cláusulas de alcance restrictivo en virtud de las cuales la parte aseguradora condiciona contractualmente su eventual responsabilidad a la observancia, por la parte asegurada, de ciertos deberes de conducta cuidadosa referentes más que todo al riesgo cubierto y puestos al servicio de un propósito de particular importancia que, en síntesis, se presume ha de ser el de evitar el incremento de un modo no previsto ni tampoco previsible al momento de concluirse el acuerdo contractual, de la probabilidad e intensidad de dicho riesgo según fueron ellas apreciadas y medidas en ese mismo momento para fijar la cuantía de la prima correspondiente, o por lo menos, de sobrevenir una variación agravante de tal estirpe, comunicarla con prontitud al asegurador para que le sea posible, bien desistir del contrato así alterado si le resulta en exceso oneroso o bien instar la modificación de sus condiciones en orden a restablecer la vigencia del principio técnico de adecuada proporcionalidad entre el riesgo y la prima.

Esas cláusulas a las que se alude y que invocan LAS ASEGURADORAS con la finalidad de liberarse de la obligación de pagar la indemnización

reclamada por la convocante, aduciendo que esta última quebrantó los deberes de conducta en tales cláusulas establecidos, se encuentran contenidas en las Condiciones Generales 16ª y 21ª de la póliza 20085 que al tenor del Art. 1061 del c de Com. y como enseguida pasa a verse, constituyen en efecto verdaderas garantías otorgadas por el asegurado aun cuando únicamente lo haya expresado así la primera de las estipulaciones en mención, habida consideración que al decir certero de la doctrina (Gustavo de Greiff Restrepo. Las Garantías en el Derecho de Seguros. Ensayos sobre Seguros. Fasecolda 1992), “...no se requiere que al redactar una garantía se la designe como tal...”.

1. Tomando como necesario punto de referencia la definición contenida en el Art. 1061 del C. de Com, de las garantías en el mercado del contrato de seguro basta con decir que, en último análisis, son reglas específicas de conducta, atinentes las mas de las veces a prestaciones positivas (hacer) o de abstención (no hacer) a ser observadas por la parte asegurada después de expedida la póliza, que sin pertenecerle por esencia ni por naturaleza al aludido contrato pero guardando desde luego relación mas o menos cercana con el riesgo, por fuerza de las estipulaciones especiales que las instituyen modulan su plena y completa eficacia, ello por cuanto, como se ha entendido por siglos desde los tiempos de Lord Mansfield (1756) en Inglaterra, que el incumplimiento de tales reglas equiparables a autenticas condiciones, da lugar a que, sin embargo de haber acaecido el siniestro y satisfecho todo otro requisito exigible, no surja a cargo del asegurador la obligación de pagar la indemnización acordada.

Bien puede considerarse, entonces, que las garantías cuya definición suministra el Art. 1061 del c de Com. apuntan por lo común a forzar a la parte asegurada a mantener y cuidar el estado del riesgo, extremando su diligencia para evitar la modificación del equilibrio de las prestaciones en la operación asegurativa y, llegado el caso, advertirle a tiempo al asegurador de ciertas alteraciones ocurridas respecto de dicho estado. En consecuencia, aunque sus efectos coinciden en cuanto dice relación a la incidencia que su inobservancia puede llegar a tener en la validez o en la operancia del contrato, lo cierto es que su contenido no es siempre idéntico, motivo por el cual es usual clasificarlas en “garantías afirmativas”, predominantemente de información, y “garantías de

conducta” o propiamente “promisorias”, pudiendo darse el caso, como lo advierte la doctrina (Andrés E. Ordoñez Op.Cit, N. 3 Cap. VI), “...que una garantía de conducta se incumpla en el mismo momento de la celebración del contrato, o que una afirmativa se refiera a la existencia de una situación de hecho que deberá existir posteriormente a la celebración del contrato. La autonomía de las partes permite pactos muy variados en este sentido...”.

A la postre lo que importa es hacer ver que, cualquiera que sea la forma en que ellas se manifiesten, el régimen legal de las garantías en el contrato de seguro es desarrollo de un conjunto de principios que sintetizó en importante fallo la H. Corte Suprema de Justicia (Cas.Civ. 30 de septiembre de 2002 Exp. 4799), fijando claras directrices para la correcta inteligencia y aplicación de los Arts. 1061 y 1062 del c de Com. anteriormente citados y de entre las cuales viene al caso poner de relieve una vez más las siguientes:

a) Para que una determinada declaración instrumentada en la declaración contractual –Póliza y Anexos- pueda catalogarse como constitutiva de una garantía promisorio o simplemente afirmativa, es preciso que así se haga constar por escrito expresamente o, al menos, de una manera tal que, sin prestarse a confusiones, refleje en el asegurador la voluntad inequívoca de exigirla y en el tomador la de otorgarla, lo que al decir de la Corte significa que en esta materia “...el lenguaje usado por los contratantes debe ser lo suficientemente claro y explícito para deducir, atendida la naturaleza del riesgo, que determinada declaración de asegurado o conducta futura (positiva o negativa), ha sido dada o asumida en forma inequívoca como garantía a favor del asegurador.

b) Pudiendo ser la garantía sustancial o no respecto del riesgo asegurado, tal como lo dispone el inciso 3º del Art. 1061 del c de Com, hoy en día no se discute que esa falta de “sustantividad” autorizada por la ley, no quiere decir jamás que se le abra el paso a triviales exigencias producto de la arbitrariedad o el excesivo celo cautelar, ante lo cual correrían grave peligro sin duda los legítimos derechos del tomador, aun del más escrupuloso en el cumplimiento de los deberes y las obligaciones a su cargo. De la garantía debe estar siempre presto el asegurador, entonces, a

demostrar la justificación razonable de su imposición, de suerte que es por ello que con sobrada razón hace ver la jurisprudencia en cita que “...en todo caso, sea o no sustancia stricto sensu, el asegurador al redactar o concebir los términos de la estipulación de garantía a la que posteriormente adhiere el tomador, debe obrar con sumo cuidado y prudencia con el fin de que su alcance y contenido en manera alguna lesione el acerado postulado de lealtad contractual (...) o genere un desarreglo significativo en torno de los derechos y obligaciones que surjan para las partes en virtud de la celebración del contrato, porque en tales eventos (...) la cláusula contentiva de dicha promesa podría tornarse abusiva, en contravía del postulado de la buena fe –objetiva- y, claro está, del ordenamiento jurídico...”.

c) Satisfechos los recaudos precedentes, las garantías deben cumplirse con el rigor necesario por el tomador o por el asegurado, según sea el caso, toda vez que por definición se trata de reglas contractuales estrictas que, lejos de poderlas menospreciar deben cumplirse al pie de la letra puesto que hay lugar a presumir que, por razones técnicas o comerciales atendibles, no se trata de caprichosas bagatelas desprovistas de trascendencia.

En este orden de ideas, el Art. 1062 del c de Com. enlista los supuestos de verdadera excepción en que por mandato legal se excusa el incumplimiento de garantías, mientras que el Art. 1061 ib. en su inciso final y concordante en lo pertinente con el Art. 900 ej, dispone que la infracción de garantías acerca de la existencia o no de determinadas situaciones de hecho coetáneas a la celebración del contrato, origina en tesis general la anulabilidad de este último, para enseguida agregar que si se trata de acontecimientos de posterior ocurrencia, puede el asegurador, a opción suya, darlo por terminado desde el momento de la infracción, configurándose de este modo un sistema en cuyo equilibrado funcionamiento desempeña naturalmente papel de primer orden la potestad judicial de apreciar con criterio amplio las circunstancias fácticas en cada caso presentes, a fin de establecer, con arreglo a ellas, si el estado de cosas probado en autos permite tener por cumplidas las cargas o deberes de imposición contractual que las garantías encierran o, de resultar negativa la respuesta, o le abre paso a la liberación del

asegurador, bien sea por la vía de la rescisión del contrato, demandada por él al quedar viciado su consentimiento, o ya por acto unilateral suyo que, a partir de aquél incumplimiento –ex nunc- le ponga fin a la relación negocial en cuestión.

d) Es pertinente, por último, hacer énfasis en la naturaleza de las consecuencias jurídicas que acarrea la no observancia de garantías estipuladas en un contrato de seguro, consistentes tales consecuencias, según acaba de verse, en atribuirle al asegurador, en su exclusivo interés, la facultad de provocar la ineficacia de dicho contrato, entablado la acción de nulidad relativa correspondiente o ejercitando el derecho a desligarse del vínculo contractual haciéndolo cesar. Son, pues, medios que no operan automáticamente y, además, su empleo es opcional para el asegurador en la medida de sus conveniencias, puesto que como lo destaca la Corte Suprema en la providencia atrás citada, la infracción de garantía “...no tiene de por sí “...la fuerza intrínseca de impedir el nacimiento del derecho a la indemnización (carácter o naturaleza impeditiva), si se realiza el riesgo amparado, en desarrollo del contrato respectivo...”, significando de esta manera la Alta Corporación que hasta tanto no sea declarada la nulidad relativa, evento este de imposible ocurrencia si de por medio no hay entablada en oportunidad acción de parte legítima al tenor de los Arts. 1743 del C Civil y 900 del c de Com, o no se manifieste por el asegurador la determinación inequívoca de dar por terminado el contrato, este último conserva su vigor y debe cumplirse a cabalidad. Y viene de ello por añadidura que en cuanto se trata de la persona en cuyo favor las ha establecido la ley, son facultades renunciables también por el asegurador, expresamente si haciendo explícita su deliberada intención de confirmar la plena operancia del seguro, opta por no prevalerse de tales facultades, y tácitamente mediante comportamientos positivos y concluyentes que, no obstante el incumplimiento de la garantía del que es concedor el asegurador, o que no le era dado ignorar dada su condición profesional, conducen a inferir esa misma intención y, por supuesto, se convierten en infranqueable impedimento para una posible pretensión ulterior de hacer uso de aquellas prerrogativas, poniéndose en abierta contradicción con los susodichos comportamientos.

2. De acuerdo con lo anterior, en el caso presente y bajo el título “Obligaciones del Asegurado”, la Condición General 16ª de la póliza 20085 tantas veces mencionada, da cuenta de una primera serie de garantías expresamente definidas como tales por los contratantes y cuyo carácter sustancial, respecto del riesgo característico del seguro de maquinaria comprendido en los amparos que dicha póliza otorga, se aprecia sin mayor dificultad. En efecto, por virtud de la estipulación en esa Condición contenida, la operancia de la cobertura queda sujeta a que el asegurado mantenga en buen estado de funcionamiento las máquinas integrantes del proceso industrial generador de los riesgos en cuestión; a no sobrecargarlas habitual o esporádicamente; a no utilizarlas en trabajos para las que no fueron construidas; a cumplir con los respectivos reglamentos legales o administrativos, así como también con las instrucciones de los fabricantes sobre instalación, mantenimiento y funcionamiento de la maquinaria; y finalmente, a “...reportar de inmediato...” cualquier hecho o circunstancia que modifique el riesgo o implique agravación del mismo, haciendo constar en su último párrafo que en el caso de incumplir el asegurado estas “...garantías...”, la aseguradora dará por terminado el contrato desde el momento de la infracción “...quedando libre de cualquier responsabilidad respecto de las pérdidas ocasionadas por tal infracción...”.

De otra parte, la Condición General 21ª de la póliza, extendida bajo el epígrafe “Labores y Materiales”, instituyendo claramente otra garantía sustancial de tipo promisorio, hace pesar sobre la empresa asegurada y bajo expresa advertencia de que en caso de incumplimiento cesará el amparo otorgado, la obligación de informar al asegurador tempestivamente, es decir dentro de los noventa días comunes siguientes corridos a partir de la iniciación de tales actividades, las alteraciones y/o reparaciones “...dentro del riesgo...” que a juicio de aquella sea indispensable realizar para el buen desempeño del proceso industrial en mención, siempre y cuando configuren agravación del riesgo.

Así las cosas, teniendo en mente por supuesto los principios atrás recapitulados, ha de entenderse que las garantías de información oportuna previstas en las dos cláusulas acabadas de citar, únicamente están llamadas a tener efectiva aplicación cuando, con arreglo a las

disposiciones de los Arts. 1058 y 1060 del c de Com, se produzca modificación en el estado del riesgo que lleve en sí la agravación de este último, modificación o alteración que por sabido se tiene, puede tener origen en el acto propio –intencionado o no- del tomador del seguro, en la conducta de un tercero o en hechos en los que no interviene la voluntad humana. De manera que si de entrada algo se muestra suficientemente claro al tenor de estas estipulaciones contractuales, es que no todas las diferencias significativas de incremento entre el riesgo efectivamente existente en un momento dado y el que asumió la compañía de seguros al celebrar el contrato, constituyen agravaciones, así como tampoco pueden de suyo recibir el tratamiento de tales los cambios y alteraciones “...dentro del riesgo...” y por ende previsibles de acuerdo con el normal desenvolvimiento fabril de TERMOFLORES, para cuya realización estaba en principio autorizada esta última según quedó visto, toda vez que por sabido se tiene, para estos efectos sólo se reputan imprevisibles aquellas circunstancias sobrevivientes e influyentes en el aumento del riesgo que, sin constituir el necesario, inevitable o normal desarrollo de la situación originaria, no hayan debido ser consideradas en el cálculo de la que se llama prima neta o pura.

Las garantías de comunicación a que se viene aludiendo presuponen, en síntesis, una alteración novedosa en el estado del riesgo, predominantemente de carácter objetivo y obviamente acaecida con posterioridad a la celebración del contrato, que tenga repercusión sobre las bases económicas y técnicas en que este último se fundamenta, incidencia esta que, primeramente y de conformidad con las normas legales recién citadas, se mide en función de la hipotética actuación del asegurador de haber tenido conocimiento a su tiempo de las circunstancias causantes de aquella alteración, siendo en consecuencia relevante si el incremento que ella implica de la probabilidad de verificarse el siniestro o de sus eventuales secuelas lesivas para los intereses asegurados, habrían retraído al asegurador de otorgar el seguro o inducido a estipular condiciones mas onerosas, y en segundo lugar, por la conducta real y efectiva desplegada por ese mismo asegurador frente a las circunstancias agravatorias de las que de hecho fuere conocedor, ya que como quedó apuntado líneas atrás, la eficacia impeditiva de la operancia del seguro predicable por lo general del incumplimiento de las garantías, se disipa si expresa o tácitamente

renuncia a hacer valer las facultades que la ley o la póliza le conceden en ese supuesto.

II - VARIACIONES VOLUNTARIAS EN EL ESTADO DEL RIESGO E INOPERANCIA DE LA COBERTURA POR NO CUMPLIMIENTO DE LAS GARANTIAS PACTADAS.

A. Como quedó advertido en el Capítulo Segundo de esta providencia, afirman LAS ASEGURADORAS que el daño de la unidad de generación termoeléctrica denominada Flores III e integrante de la planta industrial de TERMOFLORES en la ciudad de Barranquilla, constatado el día 20 de marzo de 2005 y que determinó la detención de dicha máquina para proceder a su reparación con intervención de personal técnico del fabricante –Siemens Westinghouse-, fue un hecho previsible y cierto ocasionado por un desgaste en los tornillos debido al flujo incrementado al que fueron sometidos, flujo que fue deteriorándolos paulatinamente hasta ocasionar el desprendimiento de uno de los álabes que, “...al pasar río abajo...”, causó daños en otras etapas de la turbina, y el cual tuvo origen en un “upgrade” o mejora al sistema de compresión húmeda que se le introdujo a esta última imponiéndole, en consecuencia, condiciones anormales de funcionamiento respecto de su diseño y construcción, agravándose de este modo el riesgo sin que, por escrito y en el plazo establecido por la póliza 20085, la Empresa convocada informara a LAS ASEGURADORAS de esa novedad.

Tomando pié en los acontecimientos así compendiados, estas últimas entidades aducen en su defensa una serie de razones que en guarda de la lógica, han de entenderse articuladas en subsidio unas de otras, a saber: (i) Que al no tratarse de hechos accidentales, súbitos e imprevistos, de acuerdo con la ley no se configura un siniestro que de lugar al pago de la indemnización pretendida en la demanda; (ii) Que en las circunstancias en que se produjo el desperfecto descrito, se trata de un riesgo excluído, por cuanto la mejora efectuada en la turbina de la unidad de generación trajo consigo el imponerle condiciones anormales de operación respecto de su diseño y construcción, lo cual “...hizo imposible que algunos de los componentes de la misma (tornillos) resistieran el mayor flujo al que fueron sometidos sus álabes; (iii) Que LAS ASEGURADORAS no están

obligadas a pagar la indemnización, ello por cuanto la convocada no cumplió con la obligación de dar aviso, por escrito y en el plazo establecido, de la realización del “upgrade” o mejora al sistema de compresión húmeda llevado a cabo en la Unidad III de la planta de TERMOFLORES, “...la cual constituyó una agravación del riesgo que a la postre terminó ocasionando el daño ocurrido...”; y en fin, (iv) Que TERMOFLORES no cumplió las garantías estipuladas en la Condición General 16ª de la póliza puesto que “...no reportó de manera inmediata la realización del Upgrade o mejora efectuada al sistema de compresión húmeda de la Unidad III, lo cual agravó el riesgo de la máquina, por cuanto sus componentes fueron expuestos a un mayor flujo de aire que desencadenó el desprendimiento de una parte de un álabe lo cual causó el daño...”.

B. En este orden de ideas, partiendo de la base de que la agravación es por definición una circunstancia predicable solamente de riesgos concretos, delimitados y cubiertos por el seguro, lo que equivale a decir que aquella no puede afectar ni menos todavía originar contingencias extrañas al seguro contratado, entendiendo por tales “...tanto las expresamente excluidas como las que, sin haber sido objeto de previsión en dicho sentido, se entienden impropios de la cobertura del asegurador...” (Nuria Latorre Chiner. La Agravación del Riesgo en el Derecho de Seguros. Cap. 2º IV. Granada 2000), corresponde ocuparse primeramente de definir en el caso presente si, como lo sostienen las convocadas, la avería del equipo de generación de energía eléctrica integrante de la unidad denominada Flores III de TERMOFLORES, constituye en efecto un riesgo no asumido por el asegurador bajo los términos de la póliza 20085 por cuanto no se trata de un evento accidental, súbito e imprevisto causante de pérdidas resarcibles, por un lado, y por el otro si esta llamada a operar o no la exclusión prevista en el Num. 9º de la Condición Segunda de dicha póliza, en la medida que a la maquinaria en mención se le impusieron condiciones anormales respecto de su diseño y construcción.

Acerca de la primera cuestión, lo cierto es que de estarse al tenor de las estipulaciones contractuales, la respuesta no ofrece mayor dificultad ya que es suficiente con remitirse a la determinación del alcance del amparo de rotura de maquinaria para concluir que, entre otros daños de eventual

ocurrencia, cubre por norma general accidentes imprevistos y sobrevenidos de manera repentina, inherentes al funcionamiento de la maquinaria asegurada y cuya delimitación objetiva se hizo constar en la póliza que señala como causas posibles de tales accidentes, las siguientes: "...aflojamiento de paredes, introducción de cuerpos extraños, fuerza centrífuga, falta de agua en calderas de vapor o recipientes bajo presión, exceso de presión, explosión física o química, implosión, corto circuito, sobrevoltaje, arco voltaico, caída directa de rayo, incendio interno o incendio inherente, errores de diseño, defectos de construcción, uso de materiales defectuosos, sobrecalentamiento, errores de montaje, defectos de mano de obra, manejo inadecuado, impericia, negligencia y actos malintencionados por parte de empleados del asegurado...". En consecuencia, al presentarse súbitamente y sin que fuera prevista la novedad de operación consistente en haber dejado de funcionar normalmente el equipo de generación eléctrica componente de la unidad Flores III de la planta de TERMOFLORES por desperfectos técnicos que, según la propia versión de las compañías convocadas, bien pueden catalogarse como producto de errores de montaje y manejo inadecuado, es claro entonces que se trata de un hecho futuro e incierto delimitado e individualizado en el contrato como posible motivo o "...causa causae" de la obligación indemnizatoria asumida por tales compañías y no atribuible exclusivamente a la voluntad de aquella Empresa ni de ninguno otro de los asegurados, por lo que carece de fundamento la defensa de fondo que en la contestación de la demanda se denominó "Excepción de Riesgos no cubiertos o amparados por la Póliza".

Ahora bien, pasando de las cláusulas limitativas de los riesgos cubiertos por el seguro a las estipulaciones de la póliza que indican los que en ella se hicieron objeto de exclusión expresa, específicamente el que identifica la Condición Segunda en su numeral 9º, no obran en el proceso elementos probatorios del todo concluyentes que conduzcan a concluir que esta última previsión contractual, tal y como lo afirman LAS ASEGURADORAS, tiene aplicación en la especie litigiosa de autos y se impone declarar que se encuentran liberadas de cumplir la prestación indemnizatoria que se les reclama, esto por cuanto la mejora a la que fue sometida la Unidad III, "...le impuso condiciones anormales a la turbina, lo cual hizo imposible

que algunos de los componentes de la misma (tornillos) resistieran el mayor flujo al que fueron sometidos los álabes de la turbina...”.

En otras palabras, con lo anterior se pretende significar por dichas compañías que por fuera de lo que ha de tenerse por común en el desempeño de esta clase de procesos industriales, con ocasión de la señalada mejora se introdujo una variación en el normal desarrollo del estado del riesgo e idónea si se quiere, dada su singularidad, para configurar de por sí otro riesgo extraño al contrato de seguro celebrado, luego por efecto de la citada disposición contractual el pago de la indemnización se encuentra excluido. Sin embargo, aunque en el plano de la pura abstracción conceptual un planteamiento de esta estirpe es atendible, la verdad es que en el terreno procesal de los hechos probados en el presente caso, no tiene basamento ninguno como lo pone de manifiesto la atenta lectura del dictamen rendido por el perito Jaime Lobo-Guerrero que con sus adiciones obra a fls. 39 a 66 del C. 16 de Pruebas y 1 a 15 del C. 20 ib, puesto que siguiendo las apreciaciones técnicas no desvirtuadas que contiene esta experticia, debidamente explicada y fundamentada, con razonable certeza hay lugar a concluir: (i) Que el dispositivo de compresión húmeda instalado (Wet Compression Upgrade), no tuvo sobre el equipo industrial (Unidad CT3) en cuestión la grave incidencia deformante que aducen LAS ASEGURADORAS; (ii) Que en efecto la señalada mejora consistió en un esfuerzo mecánico adecuado, orientado a incrementar la potencia de la Unidad sin cambiar el generador eléctrico, centrado dicho esfuerzo en el compresor y no en la turbina propiamente dicha, de manera que la secuencia causal del daño experimentado por la máquina que alegan LAS ASEGURADORAS, queda también sin respaldo; (iii) Que “...el impacto del agua no constituye un riesgo estructural para los elementos del compresor y el incremento en densidad no aumenta los esfuerzos significativamente...”, por manera que vistas así las cosas, muy lejos está la realización de aquella mejora de poderse considerar como algo en verdad anormal y en consecuencia ajeno por entero al riesgo medio hipotético que en su momento los reasegurados, por conducto del broker HSBC, es de presumirse tuvieron en cuenta al otorgar la garantía aseguradora y a lo cual adhirieron en “fronting” las compañías convocadas; y finalmente, (iv) Que no obra en el dictamen argumento de prueba técnico alguno conforme al cual pueda

entenderse, toda vez que se trata de un presupuesto de operancia de la exclusión invocada, que la anormalidad de las condiciones de operación del equipo industrial que conforma la Unidad III, luego de efectuadas las variaciones a que se viene aludiendo, resulta del diseño o de la construcción de dicho equipo.

No se estableció por LAS ASEGURADORAS, entonces, que "...la turbina..." fue sometida a condiciones anormales respecto de su diseño y construcción, de modo que también debe ser desestimada por falta de fundamento la respectiva excepción de fondo en esos precisos términos formulada.

C. A estas alturas, sentado como queda que el desperfecto de la Unidad III de la Central Termoeléctrica Las Flores de Barranquilla cuya ocurrencia se verificó el 20 de marzo de 2005, además de constituir un riesgo asegurado no esta excluido de cobertura por causa de las modificaciones mecánicas de operación introducidas a esa maquinaria en el mes de septiembre de 2004, consistentes como quedó visto en la incorporación a ella de un sistema de repotenciación WCU, resta por examinar si a la luz del contrato celebrado, la falta de información oportuna de esa variación a LAS ASEGURADAS implica el incumplimiento por parte de la convocante de las garantías estipuladas en las Condiciones 16^a y 21^a de la póliza tantas veces aludidas, lo que exige, según se hizo ver con anterioridad en estas consideraciones, determinar si tal variación, teniendo en cuenta por supuesto lo que acerca de ella y las circunstancias en que aconteció ponen de manifiesto los autos, admite ser tenida o no como una auténtica agravación del riesgo, es decir si tiene o no los rasgos que de esta figura son característicos con arreglo a la ley, de modo particular en lo que respecta a la novedad que la alteración ha de implicar respecto del riesgo evaluado por el asegurador al momento de concluir el contrato, primeramente, y en segundo lugar su relevancia que por sabido se tiene, se fija en función de la hipotética actuación de ese mismo asegurador de haber conocido el nuevo estado del riesgo.

En cuanto al primero de tales requisitos que se considera satisfecho solamente cuando las circunstancias agravatorias sobrevivientes no existían o no eran conocidas por ninguna de las partes al valorarse el

riesgo para los fines inherentes al seguro, obran en el proceso pruebas suficientes frente a las cuales queda claro que dentro de los riesgos de ingeniería asociados a la operación de la planta de la Central Termoeléctrica Las Flores y evaluados para la renovación de la póliza 20085 en la anualidad 2005-2006, desde ese entonces vino a conocimiento de los interesados, sin lugar a dudas, el hecho de que la turbina de gas de ciclo simple constitutiva de la Unidad III integrante de la susodicha planta, había sido sometida con antelación al proceso de repotenciación al que se viene haciendo referencia, ajustándola al modelo 501FC+. Eso es lo que se desprende de la lectura del Informe elaborado con fecha 2 de marzo de 2005 por la firma de especialistas John Tilden Ltd (fls. 13 y ss. del C. 3 de Pruebas del expediente), uno de cuyos objetivos consistió en obtener "...una relación detallada de los posibles riesgos prevaecientes y futuros relacionados con el programa de reaseguro...", y a la vez preparar un informe "...para beneficio de los reaseguradores como de información para los aseguradores y también para la gerencia de Las Flores, con el fin de identificar los riesgos y explorar la posibilidad de mejorarlos...", luego en estas condiciones queda sin base la afirmación, efectuada en el presente caso por LAS ASEGURADORAS, en el sentido de que aquella modificación introducida a la maquinaria asegurada significa una novedad extraña a los riesgos valorados y asumidos al producirse la renovación de la póliza, todavía con mayor razón si no se pierde de vista la condición de "sociedades fronting" de dichas entidades, posición esta que como en su oportunidad se dejó explicado a espacio, obviamente no les permite escudarse en el desconocimiento de información, atinente al estado del riesgo asegurado y al desarrollo de su gestión, de la cual es de presumirse dispusieron los reaseguradores para dictar las condiciones en que habría de llevarse a cabo la aludida renovación.

De otra parte, siendo la agravación por la que se indaga un aumento sobreviviente de las probabilidades de realización del siniestro o de la magnitud de sus posibles secuelas dañosas, lo que supone la ocurrencia de un cambio cuantitativo sensible y duradero en las escalas de probabilidad o intensidad de la eventual realización del riesgo asegurado, en orden a establecer la existencia de este último no bastan simples aseveraciones cimentadas en estimaciones discrecionales de los aseguradores, toda vez que sobre ellos pesa la carga de demostrar a

cabalidad que, según su práctica habitual de cobertura de los riesgos en presencia y los criterios técnicos imperantes en el mercado sobre el particular, se trata en verdad de una agravación digna de ser considerada como tal en la medida que, dada la repercusión que trae consigo el señalado cambio en el sistema concreto de tarifas de primas dispuesto por aquellos, no habrían contratado o lo habrían hecho en condiciones económicas diferentes, por supuesto más onerosas para el tomador. Por ello, se dice con razón por la doctrina que en este ámbito, en el que predominan reglas y principios técnicos que por lo tanto no son del dominio de la experiencia común, la prima estipulada cuenta entre sus funciones la de constituir un imprescindible auxiliar en punto de determinar la relevancia jurídica de aquellas modificaciones de hecho en las que podría ser factible reconocer una agravación del riesgo.

En efecto, al tenor de los Arts. 1058 y 1060 del c de Com, una modificación de tal naturaleza es relevante sólo si, de haber conocido el asegurador esa variación, o el nuevo estado del riesgo que ella genera, se habría abstenido de celebrar el contrato o al menos de concertarlo en las condiciones económicas en que lo hizo, lo que supone realizar un juicio de probabilidad retrospectivo casi siempre de apreciable complejidad, acerca de esa hipotética actitud del asegurador, que obliga a acudir a pautas objetivas de medición, en especial la que acaba de apuntarse y que consiste en estimar la repercusión que aquella modificación habría producido en la tarifa de primas del asegurador, análisis este que de ordinario requiere del concurso de especialistas y no se puede quedar en simples afirmaciones basadas en posturas subjetivas como acontece en la especie de autos.

No obstante lo anterior, aparte del dicho de LAS ASEGURADORAS nada hay desde el punto de vista probatorio en el expediente que le brinde respaldo, poniendo en evidencia como corresponde que efectivamente las modificaciones introducidas a la Unidad III para re-potenciarla y convertirla a la versión 501FC+, constituyen una agravación relevante del riesgo con el alcance que acaba de indicarse, es decir de importancia tal que si aquellas la hubieran previsto, no habrían celebrado el contrato o no lo habrían hecho en iguales condiciones, de donde se sigue que también por este motivo, junto a la falta de novedad atrás destacada, no hay lugar

a reconocer la agravación alegada por cuanto que, como lo precisa la doctrina (Nuria Latorre Chiner, Comentarios....., Op. Cit, p. 176), "...La presumible actuación de un asegurador conocedor de las nuevas circunstancias no puede, obviamente, consistir en una apreciación discrecional y arbitraria, más cuando es él quien deberá probar que, según su práctica aseguradora habitual, no hubiera contratado o lo hubiera hecho en otras condiciones...", exigencia que parte del principio conforme al cual, "...la innegable libertad empresarial del asegurador, que le faculta para fijar sus tarifas y redactar sus pólizas como tenga por conveniente, deberá conjugarse con la necesidad de proteger al asegurado, lo que exhorta a observar cierta objetividad en la calificación de las circunstancias como agravatorias...".

Bastan, pues, las consideraciones que anteceden para desestimar por falta de mérito los argumentos de defensa que con la denominación de excepciones de "Riesgos no cubiertos o amparados por la póliza", "Sometimiento de la turbina a condiciones anormales", "Falta de cobertura por incumplimiento de la obligación de informar las modificaciones al bien asegurado" y "Falta de cobertura por incumplimiento de garantía que otorga el asegurado", fueron propuestos por LAS ASEGURADAS en la contestación de la demanda.

III - EXISTENCIA Y EXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACION INDEMNIZATORIA A CARGO DE LAS ASEGURADORAS.

En el entendido que el nacimiento de la más importante de las obligaciones que para la parte aseguradora emergen del contrato de seguro, consistente en efectuar la prestación de la indemnización en caso de siniestro, requiere de varios presupuestos como son la existencia del ameritado contrato dotado además de plena validez y eficacia; el acaecimiento de un hecho amparado por la cobertura -valga decir, de un evento de la naturaleza y sobre el interés preestablecido y dentro de los límites causales, espaciales y temporales estipulados-; y por último, la no concurrencia de ninguna de las circunstancias que con arreglo a previsiones legales o contractuales expresas, reclaman la liberación del asegurador por cuanto impiden el ejercicio del derecho del acreedor de

aquella indemnización o producen su extinción, en el caso presente las compañías convocadas también ponen en tela de juicio el que este tercer presupuesto pueda tenerse por satisfecho. Alegan, invocando los Arts. 1077 y 1078 del c de Com, que el asegurado no demostró la entidad del daño patrimonial experimentado, la cuantía de la pérdida para expresarlo con el lenguaje empleado en la primera de esas normas, e incurrió igualmente en mala fe en la reclamación y comprobación del aludido derecho, de donde infieren que al tenor del Art. 1080 ib, no se configura la situación jurídica de mora con los efectos que este último precepto señala.

A. Asumiendo en primer lugar el análisis de la segunda de dichas cuestiones, habida cuenta que ningún provecho tendría resolver acerca de las dos restantes de arribarse a la conclusión de que en efecto existió mala fe por parte de la Empresa convocante en la reclamación del pago del siniestro del cual se pretende acreedora, conviene tener presente una vez más que la ley y las estipulaciones contractuales imponen a la parte asegurada importantes deberes de conducta, de contenido positivo o negativo y tanto anteriores como posteriores a la ocurrencia del siniestro, en cuya puntual atención tiene particular interés el asegurador, toda vez que no son pocos los eventos en que de ello dependerá que con arreglo a derecho le sea exigible la prestación de la indemnización a que se viene haciendo referencia, deberes que al final de cuentas no son otra cosa que manifestaciones particularizadas del principio general conforme al cual aquella parte, en cualquiera de las dos fases de la relación aseguradora señaladas, ha de ceñirse a unas pautas de conducta diligente y leal, impuestas por la acentuada característica de rigurosa buena fe que axiomáticamente se le atribuye al contrato de seguro en sus diversas modalidades.

Partiendo de esta orientación conceptual básica, utilizando un factor mas que todo referente a la secuencia temporal de los acontecimientos ante los cuales esos deberes de conducta han de prestarse y con independencia de los efectos que acarrea su eventual incumplimiento en los distintos casos, ellos suelen ser clasificados en dos categorías, la primera que engloba los atinentes al riesgo y por lo tanto anteriores a la ocurrencia del siniestro, al paso que la segunda comprende aquellos deberes posteriores a ese evento y que por regla general se los reputa como presupuestos de la exigibilidad

de la prestación indemnizatoria a cargo del asegurador, mereciendo ser destacado dentro de estos últimos por el realce que en el presente proceso le han dado LAS ASEGURADORAS, el que consagra en su segundo inciso el Art. 1078 del c de Com, norma esta en cuya virtud el asegurado o el beneficiario perderán, sin remedio experimentarán su decaimiento, el derecho al pago de determinado siniestro cuando obran con mala fe, ya sea en la comprobación de los hechos de los cuales emerge dicho derecho, de acuerdo con la ley y el contrato, o bien en la reclamación del mismo derecho, y esa mala fe objeto de tan drástica sanción, valga apuntarlo, con frecuencia se pone de manifiesto en la exageración fraudulenta, documentada o no, de las pérdidas cuyo resarcimiento aquellos reclamen al asegurador.

Así las cosas, la finalidad a la que apunta la sanción de pérdida del derecho a la indemnización que en los términos acabados de señalar, instituye el Art. 1078 del c de Com, no es otro distinto al de prevenir maliciosos ardides de la parte asegurada capaces de sorprender la buena fe del asegurador, fraguados con el propósito de percibir indemnizaciones no debidas, posibilidad por supuesto inadmisibles que ha de ser reprimida con severidad cada vez que el entorno circunstancial del caso en cuestión, evidencie sin ningún género de duda la necesidad de hacerlo, dándole estricta aplicación al precepto legal al cual se viene haciendo alusión, y en gracia de ello, mantener en vigencia el principio de orden público hecho explícito en el Art. 1088 del c de Com, de conformidad con el cual el seguro contra daños siempre debe quedar en los límites de un genuino contrato de indemnización.

Se trata por lo tanto de hacerle frente a malsanas prácticas en extremo perturbadoras, tanto de la condición jurídica sustantiva del contrato de seguro como de la estructura técnica de la operación en el subyacente, toda vez que la ausencia de la señalada sanción, enseña la doctrina (Luis Benitez de Lugo. Tratado..., Vol. II Cap. XXV Num. 273), "...viciaría el contrato, destruiría su naturaleza y privaría al asegurador de los medios lícitos para evadir todo fraude, y falsearía la institución, carecería de objeto y llegaría con el tiempo a convertirse en perjudicial, perdiendo su carácter de utilidad pública. Mediante la sanción establecida, el asegurado no puede, sin exponerse a graves consecuencias, intentar un lucro

indebido, ni enriquecerse a expensas del seguro, exagerando intencionada y manifiestamente el importe de los daños...”, de donde se sigue que para la debida aplicación por la jurisdicción, judicial o arbitral, de la sanción de la que da cuenta el inciso 2° del Art. 1078 del c de Com. tantas veces mencionado, es recaudo indispensable y a la vez suficiente en cualquier caso que, medie o no una excepción propuesta con apoyo en dicha norma por el asegurador, quede demostrada positivamente la existencia de mala fe “...patente y segura...”, diciéndolo con palabras de Vivante (Bolaffio Rocco y Vivante. Derecho Comercial T. 14 Prg. 13 Num. 306), toda vez que como acaba de verse, la realidad del comportamiento malicioso del reclamante no debe remitirse a duda razonable de ningún tipo en cuanto al ilícito designio que lo inspira, consistente en obtener, en detrimento de la esencia indemnizatoria del contrato, beneficios económicos desprovistos de justificación.

En síntesis, haciendo de lado las meras afirmaciones que desde luego no suplen la categórica prueba que la ley exige y admitiendo, como no puede ser de otra manera, que en esta materia no es posible descartar eventuales inexactitudes excusables o errores apenas culposos, lo cierto es que si no se demuestra fehacientemente, así sea acudiendo a inferencias resultantes de indicios graves, concordantes y convergentes, esa intención deliberada de enriquecerse en fraude del asegurador, si no se produce evidencia fidedigna que haga manifiesta esa mira, se cae de su peso que no es aplicable la sanción en referencia.

Puestas en este orden las cosas, en cuanto concierne a este aspecto concreto del presente litigio sometido a arbitraje es de verse que, aun cuando no puede desconocerse que en verdad es merecedora de serios reparos la conducta errátil desplegada por la parte convocante para acreditar ante las compañías convocadas las pérdidas cuya indemnización a título de pérdidas reclama, la clase de prueba con la calidad demostrativa apuntada se echa de menos y por esta razón no se encuentra mérito para darle aplicación, en su segundo inciso, al Art. 1078 de Com, tal y como lo pretenden dichas entidades. En efecto, si bien es lo cierto que TERMOFLORES no niega haber incluido “items” adicionales en la reclamación por US\$ 2.392 los cuales luego declinó; que en el curso del proceso igualmente vino a quedar demostrado, mediante el dictamen

rendido por el experto Jaime Lobo-Guerrero (fls. 39 a 66 del C. 16 de Pruebas), que se reclamaron a LAS ASEGURADORAS insumos y mano de obra que no tuvieron relación con la reparación de la maquinaria a raíz del siniestro ocurrido el 20 de marzo de 2005, erogaciones estas estimadas en US\$ 29.334.28; y finalmente, que aquella Empresa adelantó negociaciones con Siemens –Westinghouse, fabricante y proveedor de la Unidad III afectada por el siniestro, obteniendo como resultado de ellas una nota crédito contra el importe de la factura ZPROO1 por valor de US\$ 1'062.721.13, la realidad que se desprende de los autos es que no obran elementos de convicción, suficientemente caracterizados con el alcance que queda dicho, con apoyo en los cuales tenga por fuerza que imputársele estas circunstancias así enunciadas, a la deliberada intención de la convocante de obtener injustificado provecho en fraude de las convocadas.

B. De la esencia del contrato de seguro, como lo señala el Art. 1045 del c de Com, es la obligación que retiene el asegurador de abonar la indemnización cuando concurren las circunstancias previstas para tal efecto en el contrato, obligación que en consecuencia se reputa condicionada, tanto en lo que dice relación a su exigibilidad propiamente dicha como en cuanto a su extensión cuantitativa. El primero de estos aspectos depende de la configuración del siniestro, mientras que el segundo, por sabido se tiene, envuelve tres variables consistentes por lo general en el valor del interés asegurable, la cuantía del daño efectivamente experimentado por el acreedor de la prestación objeto de la mentada obligación y, en fin, la suma asegurada, de manera que en últimas aquella extensión cuantitativa viene a estar determinada por la importancia de la lesión del interés como efecto del evento dañoso acaecido, dentro de los límites contractuales convenidos.

En consonancia con lo anterior, con toda lógica dispone el Art. 1077 del c de Com. que le corresponde al asegurado demostrar tales aspectos condicionantes que se centran, llegado el caso, en la ocurrencia del siniestro y en la cuantía de la pérdida indemnizable en función del contrato celebrado, partiendo de la base de que como lo advierte la doctrina, "...una vez denunciado el siniestro al asegurador, este se sitúa en la posición de todo obligado a reparar un daño. Es al reclamante a quien incumbe demostrar, no sólo la realidad del daño y que este es

consecuencia del siniestro, sino también la entidad del daño sufrido. Al asegurador no le basta con saber que el siniestro ha tenido lugar. Desea conocer los supuestos de su obligación de reparar el daño, pues la realización de esos supuestos es premisa lógica de la reparación del daño...”, de suerte que la demostración de la realidad y extensión de este último es requisito indispensable para fijar el importe de la indemnización, “...teniendo en cuenta claro esta que la prestación del asegurador no puede exceder del daño causado, a menos que el contrato se convierta para el asegurado en un negocio lucrativo...” (Joaquin Garrigues. Contrato de Seguro Terrestre. Cap. V N. III). Por eso el mismo autor en cita hace especial énfasis en que la evaluación dentro de estas pautas de la pérdida, es la tarea mas importante y también la más difícil de “...la relación de seguro...”, en la medida que para llevarla a cabo en debida forma se hace necesario procurar un razonable equilibrio entre los dos intereses contrapuestos en juego, a saber: “...de un lado el interés del asegurado que tiende a la más completa reparación del daño, desde el punto de vista de sus necesidades personales y pecuniarias; del otro lado esta el interés del asegurador en no indemnizar sino aquellos daños que hayan sido previstos en el contrato y que, por lo tanto, entren dentro de la explotación normal de su industria...”.

En la especie litigiosa en estudio, a pesar de haberse presentado la reclamación para el pago de la indemnización con fecha 24 de mayo de 2006 (fls. 249 y 250 del C.1 de Pruebas), no es de recibo considerar que desde ese entonces quedó establecida, en las condiciones que acaban de puntualizarse, la realidad de la pérdida y su extensión, toda vez que ello solamente vino a ocurrir en el curso del proceso, teniendo en cuenta más que todo la información que suministra sobre el particular el dictamen elaborado por el perito Jaime Lobo-Guerrero, junto con las manifestaciones de la propia convocante al presentar la solicitud de convocatoria al arbitraje, situación de la cual se derivan las siguientes consecuencias: (i) Que el cumplimiento de los presupuestos de los que depende legal y contractualmente la exigibilidad de la obligación condicional a cargo de LAS ASEGURADORAS, no se estableció extrajudicialmente y por el contrario, en lo concerniente a la prueba de la cuantía de la pérdida indemnizable bajo las cláusulas de la póliza 20085, se produjo durante el curso del proceso arbitral al que este laudo le pone

fin; (ii) Que por lo tanto, entendidas con este alcance, tienen fundamento las excepciones que en el escrito de contestación de la demanda dichas entidades propusieron con las denominaciones “Incumplimiento de las obligaciones del Asegurado” y “El Asegurador no esta en mora de pagar la indemnización”; (iii) Que el plazo de un mes del que dispone el asegurador para efectuar “...el pago del siniestro...” de conformidad con el Art. 1080 del c de Com. (texto del Art. 111 de la L. 510 de 1999), así como el vencimiento del mismo, no puede transcurrir el primero, así como tampoco ocurrir el segundo, sino después de proferida la providencia arbitral que declare configurada aquella exigibilidad; y por último, (iv) Que como consecuencia de lo anterior, no procede imponer condena a LAS ASEGURADORAS por concepto de intereses moratorios causados con anterioridad a la fecha del presente laudo, habida cuenta que, hasta el momento, no se encuentran ellas incursas en la situación de morosidad prevista en el precepto legal recién citado y por ese motivo no les es aplicable la disciplina especial sancionatoria en dicha norma consagrada.

IV. LA EXCEPCION GENERICA O “ ECUMENICA”.

Esta excepción que enuncian las convocadas en sus contestaciones a la convocatoria arbitral, sin fundamento fáctico alguno que la respalde, deriva del texto del inciso primero del artículo 306 del CPC.¹¹

Para el Tribunal no es de recibo que se plantee la que se conoce generalmente como “excepción innominada o genérica” en el proceso arbitral, porque siendo este proceso de naturaleza especial, que surge de la voluntad de las partes, la derogatoria de jurisdicción que ellas efectuaron para que sus diferencias sean sometidas a arbitramento les impone, al menos, unas reglas especiales de conducta que les obliga a expresar de manera clara y precisa en la demanda contenida en la convocatoria arbitral y en su contestación, todas las diferencias objeto de arbitraje, para que las mismas sean resueltas por los árbitros de manera expresa en el laudo arbitral, con el fin de que se preserve de esa manera el principio de congruencia de toda decisión judicial.

¹¹ El inciso primero del artículo 306 del CPC establece “Cuando el Juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá resolverla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación, y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.”

Tan rigurosa es esa obligación a cargo de las partes como la que la ley le impone a los árbitros de resolverlas en su totalidad, para preservar el principio de congruencia pues si ellos dejaren de resolver algunas de ellas o resolvieren sobre puntos no sometidos a su decisión o conceden más de lo pedido, el laudo resultaría anulable por extra petita o minima petita.¹²

Precisamente por sustentarse la excepción genérica en imprecisiones y vaguedades y no en hechos o razones determinados, es que el Tribunal no puede suplantar a la parte convocada para deducir en el laudo excepciones que no fueron planteadas y sustentadas en la contestación de la demanda pues, de hacerlo, estarían resolviendo sobre puntos no sujetos a su decisión o concediendo más de lo pedido, lo cual le está vedado al Tribunal por expresa disposición legal.

Proponer la denominada “excepción genérica o ecuménica” en el proceso arbitral equivale a no proponer ninguna por no expresar los excepcionantes, en forma clara y precisa, como es su deber, los hechos en que la misma se fundamenta.¹³

No obstante la enunciación de tal excepción, la parte demandada no hizo ningún recuento fáctico de los hechos en que la misma se fundamenta quebrantando así el deber que tiene de expresar claramente la totalidad de los hechos y razones en que la misma se fundamenta.

No se debe olvidar que en razón del principio de congruencia de la sentencia, al juez no le es dable suplir esa omisión de la parte demandada y entrar a decidir el mérito del conflicto, toda vez que, de hacerlo, le estaría violando a la contraparte sus garantías constitucionales al debido proceso y al derecho de defensa, por cuanto en tal caso podría resultar juzgándolo sobre unos supuestos fácticos que en su momento no tuvo la oportunidad de controvertir por la sencilla razón de no haberlos tenido en traslado en la oportunidad procesal correspondiente.

¹² Artículo 163 del Decreto 1818 de 1.998

¹³ El artículo 98 del CPC establece que quien proponga excepciones previas deberá expresar las razones y hechos en que ellas se fundamentan, norma que resulta plenamente aplicable a las excepciones de fondo conforme al artículo 5° ibidem.

En sentencia de siete (7) de febrero de dos mil siete (2007), Referencia: expediente número 05761-31-89-001-2002-00004-01, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, al abordar el tema, dijo lo siguiente:

“...1. La decisión del asunto litigioso puesto a consideración del juez, contenido en el libelo, su contestación y las excepciones, origina el concepto de la congruencia, que fija al juzgador los linderos de su resolución, determinados por el entorno resultante de la actividad de las partes contendientes. Este principio, desarrollado en sus aspectos formal y sustancial por los artículos 304 y 305 del Código de Procedimiento Civil, ha servido de base a la Corporación para señalar que aquél ‘...no puede, sin desbordar los límites de su potestad, resolver temas que no hayan sido propuestos oportunamente por las partes, y tampoco... dejar sin decisión materias de las que fueron sometidas a su composición’. Por ello el primero de los indicados preceptos de manera terminante ordena “que la parte resolutoria de la sentencia deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda y de las excepciones”, en tanto que el segundo de los mismos “puntualiza que el fallo deberá ser consonante con esas pretensiones y con las excepciones dichas. La resolución judicial entonces debe ser respuesta acompasada con lo pedido por el demandante y con las defensas del demandado; no puede exceder esos límites” (G. J., t. CCXXXVII, Pág.813).

2. Desde otra perspectiva, no ha de perderse de vista que los derechos y acciones tienen su dinámica propia mediante el ejercicio de las vías judiciales legalmente previstas, de donde se sigue que la defensa planteada por el demandado en un determinado litigio, como cuando se funda en la extinción de un derecho, debe alegarla a través de la prescripción, usando el mecanismo procesal de la excepción, como quiera que en tal evento será él quien tenga interés en inhibir los efectos de la acción propuesta en su contra.

Por tanto, cuando el demandado utiliza la prescripción como mecanismo defensivo, en la excepción respectiva deberá indicar el supuesto fáctico pertinente, pues únicamente de esta manera tendrá el demandante

ocasión válida para generar la controversia, vale decir, para que frente a los hechos que con esa puntualidad se expongan en la excepción pueda ejercer su derecho de defensa y aducir las pruebas que crea conveniente; desde luego que, por lo mismo, la contienda acerca de ese mecanismo defensivo no podrá ir más allá del propio campo que ella definió, ya que en tal aspecto el litigio habrá de circunscribirse a ese marco; de lo anterior se desprende que ante la omisión del opositor en dar los hechos estructurales del medio exceptivo, al juez no le es dable suplir esa preterición y entrar a decidir el mérito del conflicto, toda vez que, de hacerlo, le violaría al actor el debido proceso y el derecho de defensa, por cuanto en tal evento podría resultar juzgándolo sobre unos supuestos que éste en su momento no pudo controvertir por la sencilla razón de no haberlos tenido en traslado.

Evidentemente, para que una excepción de fondo pueda ser tenida en cuenta por el juzgador, ha dicho la Corte, al demandado le corresponde, ineludiblemente, “alegar el hecho en que se funda y demostrarlo, pues si la excepción es todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió, o estrictamente ‘... consiste en oponer a la acción del demandante un hecho que impide o que extingue los efectos jurídicos del hecho alegado por éste, y que por tanto destruye la acción’, resulta imperioso ‘... alegar el hecho en que la excepción se funda y demostrarlo en el curso del juicio, para de esa manera poner de manifiesto el derecho que venga a destruir lo alegado y probado por el actor’(LXXX, 711), por cuanto ‘proponer una excepción es simplemente expresar el hecho o hechos que la constituyen sin que para el efecto se requieran fórmulas sacramentales’(LXXX, 715), pues las excepciones ‘... más que una denominación jurídica son hechos que debe concretar el opositor, para que la contraparte con un

debate legal sepa cuáles contrapruebas ha de presentar y de qué modo ha de organizar la defensa(No. 1949, 524)’, razón por la cual ‘...cuando el demandado dice que excepciona, sin traer al debate hechos que le den sentido y contenido a esa denominación, no está en realidad oponiendo ninguna excepción, o planteando una contrapretensión, ni por lo mismo colocando al juez en la obligación de hacer pronunciamiento alguno al respecto’...”(G. J., t. CCXXV, Pág.216 y 217; se subraya).

Por supuesto que el cumplimiento de la exigencia que se viene comentando se torna francamente ineludible en tratándose de la excepción adquisitiva de dominio (...) criterio que la Sala ha venido reiterando, como puede verse en las sentencias números 217 de 19 de noviembre de 2001(exp.#6406), 225 de 14 de diciembre de 2001 (exp.#6659) y 171 de 22 de octubre de 2004 (exp.#7757), entre otras...”

En estas condiciones, al no estar razonada ni fundamentada la denominada “excepción generica o ecuménica” en hechos y razones que les den sentido y contenido, la parte convocada no está en realidad proponiendo ninguna excepción, o planteando ninguna contrapretensión, ni por lo mismo, colocando al Tribunal en la obligación de hacer pronunciamiento alguno al respecto, tal como lo reconoce la jurisprudencia transcrita.

V. CONCLUSIONES

En suma, llamadas a prosperar como se encuentran con los alcances señalados en cada caso, las excepciones de fondo que LAS ASEGURADORAS denominaron en el escrito de contestación de la demanda “Improcedencia del reclamo de lucro cesante por aplicación del deducible”, “No cobertura de indemnización de las consecuencias indirectas hacia el futuro respecto del cargo por capacidad derivadas de

una falta de disponibilidad de la unidad”, “Incumplimiento de las obligaciones del asegurado” y “El asegurador no está en mora de pagar la indemnización”, y habiéndose acreditado la existencia de las obligaciones a cuyo cumplimiento se encuentran obligadas dichas entidades, cada una en su respectiva participación en coaseguro, bajo los términos de la póliza “Todo Riesgo Industrial y Comercial No. 20085”, hay lugar a condenarlas a pagarle a la empresa convocante únicamente el valor de la indemnización por daño material emergente, estimado en la cantidad de USD\$122.799,59, de acuerdo con la siguiente liquidación elaborada tomando como referencia los datos que suministran, tanto el dictamen pericial rendido por el experto Jaime Loboguerrero como la prueba documental obrante en el expediente que a esta misma experticia le sirve de base:

Total daño material emergente: USD\$2.214.855

(-) Nota crédito a la factura ZPR001 de Siemens: USD\$1.062.721,13.

(-) Costos no relacionados directamente con el siniestro
USD\$29.334,28

(-) Deducible pactado USD\$1.000.000

Igual: USD\$122.799,59.

Efectuada la conversión correspondiente a moneda nacional colombiana, a la tasa de cambio del día de hoy, 2 de Abril de 2009, fijada en \$2.534,99 y que por tratarse de un indicador económico no requiere de prueba específica de conformidad con los artículos 177 y 191 del C. de P. C., la condena a efectuarse equivale a la suma de \$311.295.732,65.

CAPITULO CUARTO

LAS COSTAS Y SU LIQUIDACION

De conformidad con el artículo 392 del C. de P. C., y por cuanto están llamadas a prosperar parcialmente las pretensiones formuladas por la compañía convocante, e igualmente prosperan parcialmente las excepciones de fondo propuestas por LAS ASEGURADORAS, es del caso condenar a éstas al pago del veinte por ciento (20%) de las costas en que incurrió la primera, de conformidad con la siguiente liquidación, en la cual

se incluye por concepto de agencias en derecho la suma de Cuarenta Millones de Pesos M/Cte (\$40.000.000):

Gastos Incurridos por la convocante:

Concepto	Valor
Honorarios de los Árbitros sin IVA	\$60.000.000.00
Honorarios de la Secretaria sin IVA	\$10.000.000.00
Gastos de funcionamiento y admón. del Centro de Arbitraje sin IVA	\$4.400.000.00
Protocolización y Registro sin IVA	\$10.500.000.00
Otros gastos	\$1.100.000.00
Total	\$86.000.000.00

(+) Agencias en Derecho: Cuarenta Millones de Pesos M/Cte (\$40.000.000)

Total Costas: \$126.000.000

DECISION

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver las diferencias entre TERMOFLORES S.A. E.S.P. vs ROYAL & SUNALLIANCE S.A. y ACE SEGUROS COLOMBIA S.A., habilitado por las partes para hacerlo, con el voto unánime de sus miembros y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar que no hay lugar a decidir sobre el mérito de la objeción por error grave propuesta por la parte convocante en contra del dictamen rendido por el perito Luis Alberto Zuleta en el curso del proceso. En consecuencia, el perito tiene derecho a hacer suyos los honorarios fijados como retribución por el trabajo realizado. Previo recibo, por secretaría hágase entrega al perito de los fondos depositados para el efecto.

SEGUNDO: Desestimar por falta de fundamento las excepciones de fondo que en el escrito de contestación de la demanda, las compañías de seguros convocadas denominaron “Falta de legitimación por activa”, “Falta de

cobertura por incumplimiento de las garantías que otorga el asegurado”, “Falta de cobertura por el incumplimiento de la obligación de informar las modificaciones al bien asegurado”, “La turbina fue sometida a condiciones anormales respecto del diseño y construcción de la misma”, “Riesgos no cubiertos o amparados en la póliza” y “Pérdida de la indemnización por mala fe”.

TERCERO: Declarar fundadas las excepciones de fondo que en el escrito de contestación de la demanda, las compañías de seguros convocadas denominaron “Improcedencia del reclamo de lucro cesante por aplicación del deducible”, “No cobertura de indemnización de las consecuencias indirectas hacia el futuro respecto del cargo por capacidad derivadas de una falta de disponibilidad de la unidad”, “Incumplimiento de las obligaciones del asegurado” y “El asegurador no está en mora de pagar la indemnización”.

CUARTO: Declarar que las aseguradoras convocadas ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A. y ACE SEGUROS S.A., conforme a la participación que cada una asumió en la póliza “Todo Riesgo Industrial y Comercial” No. 20085, deben cumplir a favor de TERMOFLORES S.A. E.S.P., las obligaciones derivadas del contrato de seguro instrumentado en dicha póliza y sus anexos, con cargo a la vigencia anual 2004-2005, como consecuencia del siniestro ocurrido el 20 de Marzo de 2005 en la Unidad Flores III integrante de la central termoeléctrica Las Flores de Barranquilla.

QUINTO: Como consecuencia de la declaración precedente, condenar a las sociedades ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A. y ACE SEGUROS S.A. a pagarle a TERMOFLORES S.A. E.S.P., dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, la primera en un sesenta por ciento (60%) y la segunda en un cuarenta por ciento (40%), según la participación de cada una como coaseguradoras en la póliza 20085, la cantidad de Trescientos Once Millones Doscientos Noventa y Cinco Mil Setecientos Treinta y Dos Pesos M/Cte. (\$311.295.732,65), correspondiente al daño material emergente consecuencia del siniestro ocurrido el 20 de Marzo de 2005.

Vencido el plazo señalado sin que se haya efectuado el pago completo de la suma de dinero indicada, sobre ella o saldos de la misma, y hasta que dicho pago se verifique, se causarán y liquidarán intereses de mora a la tasa máxima autorizada por el artículo 1080 del Código de Comercio (texto del art. 111 de la Ley 510 de 1999).

SEXTO: Desestimar por falta de fundamento, la pretensión identificada como tercera en el capítulo petitorio del escrito de convocatoria (demanda) al presente arbitraje.

SÉPTIMO: Condenar a las sociedades ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A. y ACE SEGUROS S.A. a pagarle a TERMOFLORES S.A. E.SP., en la misma proporción porcentual indicada en el numeral resolutivo quinto, la suma de Veinticinco Millones Doscientos Mil Pesos M/Cte (\$25.200.000) por concepto de costas, de conformidad con la liquidación efectuada en la parte motiva del presente laudo.

OCTAVO: Por Secretaría, expídanse copias auténticas del laudo con destino a cada una de las partes y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

NOVENO: Una vez adquiera firmeza este laudo, procédase a la protocolización del expediente en una de las Notarías del Círculo Notarial de Bogotá, y ríndase por el Presidente del Tribunal, cuenta a las partes de los fondos puestos a su disposición para gastos de arbitraje, y llegado el caso, háganse las devoluciones de remanentes a que haya lugar.

Igualmente por Secretaría, una vez en firme el laudo y antes de proceder a la protocolización ordenada, retírense del expediente la traducción oficial de los documentos aportados por Siemens Westinghouse y hágase devolución de los documentos remitidos al proceso por dicha compañía. Por secretaría, librense los oficios correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La presente providencia queda notificada a las partes, por conducto de sus apoderados, presentes en la audiencia.

El Presidente,

CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS

Los Árbitros,

JORGE SUESCÚN MELO

LUIS FERNANDO SALAZAR LÓPEZ

La Secretaria,

MONICA DURAN SANTAMARIA