

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

TERMOCARTAGENA S.A. (E.S.P.)

Contra

ROYAL & SUNALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A.

ACTA No. 19

AUDIENCIA DE LAUDO

En Bogotá, el 21 de mayo de 2001, siendo las tres de la tarde (3:00 P.M.), en las dependencias del Centro de Conciliación y Arbitraje Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicadas en la Calle 72 No. 7 – 82 (Piso 8) de esta ciudad, se reunió el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias entre los arriba mencionados, integrado por los doctores Luis Fernando Salazar López, quien lo preside, Antonio Copello Faccini y Ernesto Villamizar Cajiao, árbitros, y el secretario, Juan Pablo Riveros Lara.

Se encontraban presentes los doctores William Javier Araque Jaimes y Antonio Pabón Santander, quien exhibió la sustitución de poder que le fue conferida por el doctor José María Neira García, la cual fue leída por secretaría, profiriendo a continuación el Tribunal el siguiente:

AUTO No. 28

En los términos de la sustitución de poder que fue leída, se reconoce personería al doctor Antonio Pabón Santander para actuar como apoderado de Royal & Sunalliance Seguros (Colombia) S.A. en reemplazo del doctor José María Neira García.

La anterior providencia fue notificada en estrados.

A continuación el presidente ordenó al secretario que de conformidad con lo previsto en el artículo 154 del decreto 1818 de 1998, procediera a las consideraciones más relevantes del laudo arbitral que pone fin al presente proceso, el cual se pronuncia en derecho, fue acogido por mayoría de votos y se encuentra suscrito por todos los árbitros y el secretario.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, Mayo 21 de 2001

Agotado el trámite previsto en la ley y dentro de la oportunidad legal para hacerlo, se pronuncia en derecho el laudo que pone fin al proceso convocado por TERMOCARTAGENA S.A. (E.S.P.) o simplemente TERMOCARTAGENA, contra ROYAL & SUNALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A. o simplemente ROYAL.

CAPÍTULO I – ANTECEDENTES DEL TRÁMITE ARBITRAL

El 29 de octubre de 1999 y por conducto de apoderado judicial debidamente constituido al efecto, TERMOCARTAGENA presentó ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá una convocatoria arbitral para que se dirimieran las diferencias que ésta planteó inicialmente contra ASEGURADORA GRANCOLOMBIANA S.A. (En Liquidación), ROYAL & SUNALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A. y COMPAÑÍA DE SEGUROS ATLAS S.A.

Dicha convocatoria arbitral fue admitida mediante Auto del 9 de noviembre de 1999, proferida por la Directora Encargada del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, Doctora Mónica Janer Santos.

Por medio de escrito que obra a folio 15 del Cuaderno Principal del trámite, el presidente de TERMOCARTAGENA revocó el poder al abogado que entabló la demanda de que se viene tratando y solicitó la suspensión del proceso, a lo cual se accedió por medio de Auto del 6 de marzo de 2000, suscrito por la doctora Mónica Janer Santos, providencia que fue notificada por estado del 13 de marzo del mismo año.

El día 9 de marzo de 2000, obrando en virtud de poder especial que le fue conferido con tal fin, el doctor Luis Javier Santacruz Cháves desistió de la solicitud de suspensión del proceso elevada al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá por el presidente de TERMOCARTAGENA y solicitó la continuación del trámite.

Por Auto del 23 de marzo de 2000, el doctor Hernando Herrera Mercado, Director del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, dispuso reconocer personería al doctor Santacruz Cháves como apoderado de TERMOCARTAGENA y ordenó la continuación del trámite.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
TERMOCARTAGENA S.A. (ESP) CONTRA ROYAL & SUNALLIANCE SEGUROS
(COLOMBIA) S.A.
LAUDO ARBITRAL

El día 13 de abril de 2000, el señor apoderado de TERMOCARTAGENA presentó demanda sustitutiva, en esta oportunidad dirigida únicamente contra la sociedad ROYAL & SUNALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A.

Dicha sustitución fue admitida por medio de Auto del 28 de abril de 2000, en el cual igualmente se ordenó correr traslado a la parte demandada por el término de 10 días señalado en el artículo 428 del Código de Procedimiento Civil.

La convocatoria arbitral en mención le fue notificada personalmente al Vicepresidente Ejecutivo de ROYAL & SUNALLIANCE, doctor Rodrigo Uribe Bernal, el día 5 de mayo de 2000.

Por medio de escrito radicado ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá el 18 de mayo de 2000, la parte convocada dio oportuna contestación a la demanda promovida en su contra por medio de quien ha venido actuando como su apoderado judicial a lo largo del proceso, el doctor José María Neira García.

Los hechos en los cuales se fundamentan las pretensiones de la demanda de TERMOCARTAGENA contra ROYAL son los que a continuación se sintetizan:

1. TERMOCARTAGENA contrató con varias compañías entre las cuales el 20% del riesgo fue asumido ROYAL, la Póliza de Seguros No. 701311 cuyo amparo era “Todo riesgo de pérdida o daño físico y lucro cesante” de la plante generadora ubicada en Mamonal, póliza cuya vigencia estaba comprendida entre el 1 de noviembre de 1997 y el 1 de noviembre de 1998.
2. El 2 de noviembre de 1997 la Unidad III de termogeneración de la planta se incendió, hecho que le fue informado a las aseguradoras por medio de comunicación del día 4 de los mismos mes y año dirigida a DELIMA & FESEGUROS, intermediario de la póliza en mención.
3. Los daños causados a la Unidad III de la planta los atribuyó el apoderado de la actora a los cambios de temperatura que la misma sufrió.
4. Desde que se presentó el incendio y hasta tanto se produjeron las reparaciones del caso, la Unidad siniestrada permaneció fuera de uso hasta el 19 de diciembre de 1997.
5. Con posterioridad a la fecha indicada, la Unidad evidenció pérdida de eficiencia, mejor conocida desde el punto de vista técnico como “derrateo”.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
TERMOCARTAGENA S.A. (ESP) CONTRA ROYAL & SUNALLIANCE SEGUROS
(COLOMBIA) S.A.
LAUDO ARBITRAL

6. Las causas de la deficiencia indicada la atribuyeron los técnicos de la firma TURGENCA y de SIEMENS a la carbonización de los anillos de caucho de las válvulas de control.
7. Una vez reparada la Unidad, ésta siguió acusando pérdida de eficiencia, presentándose adicionalmente varios episodios conocidos como “black out”, uno de los cuales se verificó el 24 de marzo de 1998, día en el cual, una vez puesto en marcha el turbogenerador, para el operador fue claro que la Unidad presentaba fallas internas que justificaban destaparla para ser inspeccionada.
8. TERMOCARTAGENA contrató a la firma SDP ROTODINÁMICA, cuyo dictamen coincidió en atribuir los daños de la Unidad al choque térmico que se presentó con ocasión del incendio del 4 de noviembre de 1997.
9. Una vez inspeccionada la turbina, el personal de TURGENCA detectó múltiples problemas en la Unidad que ameritaban su reparación, para lo cual TERMOCARTAGENA contrató a la firma MECHANICAL DYNAMICS ANALISIS MDA que acometió la reparación de la turbina hasta el 10 de octubre de 1998, fecha en que finalizó los trabajos que le fueron encomendados.
10. De todo lo anterior estuvieron informados tanto ROYAL como los restantes aseguradores, por conducto de DELIMA como de los ajustadores que con tal fin designaron.
11. La suma que TERMOCARTAGENA reclamó a los aseguradores por concepto de daños y lucro cesante ascendió a la cantidad de USD 6'031.463,00.
12. En comunicación del 4 de junio de 1999 ROYAL objetó la reclamación de TERMOCARTAGENA en el porcentaje que a ella correspondía, alegando que los daños de la Unidad tenían su causa en un siniestro no amparado por la póliza – rotura de maquinaria – y que en todo caso se trataba de un evento independiente al incendio atribuible a una mala operación de la Unidad.
13. Para TERMOCARTAGENA el siniestro sí se encontraba amparado por la póliza, pues aún admitiendo que se tratara de rotura de maquinaria, ésta se produjo como consecuencia del incendio de noviembre de 1997.
14. TERMOCARTAGENA recibió de ROYAL, a título de anticipo, la cantidad de USD 165.083,09 adeudándole USD 1'017.665,51 más los intereses de

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
TERMOCARTAGENA S.A. (ESP) CONTRA ROYAL & SUNALLIANCE SEGUROS
(COLOMBIA) S.A.
LAUDO ARBITRAL

mora causados sobre esa suma desde finales de 1998, por ser ésta la época en la cual TERMOCARTAGENA acreditó a ROYAL la ocurrencia del siniestro.

15. TERMOCARTAGENA acordó con los restantes aseguradores condiciones para el pago de los saldos a su favor.

Las pretensiones de la demanda son las siguientes:

“PRIMERA. *Que se declare que LA ASEGURADORA, conforme a su participación individual en el seguro contenido en la Póliza de Todo Riesgo o Pérdida o Daño Físico y de Lucro Cesante No. 701311, debe cumplir a favor de TERMOCARTAGENA S.A. ESP, (en lo sucesivo TERMOCARTAGENA), las obligaciones derivadas del mencionado contrato de seguro.*

“SEGUNDA. *Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a LA ASEGURADORA, conforme a la participación que tenía asumida para la fecha del siniestro en el contrato de seguro de “Todo Riesgo de Pérdida o Daño Físico y Lucro Cesante”, a pagar a TERMOCARTAGENA, por concepto de daño emergente y lucro cesante, la cantidad de UN MILLÓN DIECISIETE MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CINCO DÓLARES CON CINCUENTA Y UN CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (US\$ 1.017.665,51), o su equivalente en moneda legal colombiana liquidada a la tasa representativa del mercado vigente en la fecha en que se verifique el pago respectivo, o la que resulte probada en el proceso.*

“TERCERA. *Que se condene a LA ASEGURADORA al pago de los correspondientes intereses legales moratorios, causados desde el mes de noviembre de 1.998 y hasta cuando el pago se efectúe.*

“CUARTA. *Que se condene a LA ASEGURADORA a pagar a TERMOCARTAGENA las cosas (sic) del proceso.”*

ROYAL se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda de TERMOCARTAGENA y sobre los hechos en que se basan las pretensiones de la misma aceptó, haciendo aclaraciones, algunos de ellos. Negó unos, dijo no constarle otros y manifestó atenerse a lo probado en el proceso con respecto a algunos más.

Como excepciones de mérito tendientes a enervar las pretensiones de la demanda, propuso las siguientes: Inexistencia de siniestro; Incumplimiento del

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
TERMOCARTAGENA S.A. (ESP) CONTRA ROYAL & SUNALLIANCE SEGUROS
(COLOMBIA) S.A.
LAUDO ARBITRAL

artículo 1077 del Código de Comercio; Riesgo excluido; Ineficacia del contrato de seguro; Ilegalidad de la solicitud de indemnización; Terminación del contrato de seguro por agravación del riesgo; Prescripción de la acción derivada del contrato de seguro; Nulidad del contrato de seguro por reticencia y Exoneración de responsabilidad por lucro cesante. En forma oportuna y mediante escrito separado al de contestación de demanda ROYAL propuso una excepción subsidiaria a la cual dio en denominar Sujeción de las partes a los términos de la ley y el contrato. El escrito que la contiene fue presentado ante el Centro de Conciliación y Arbitraje el día 19 de mayo de 2000.

Igualmente ROYAL propuso la excepción genérica o innominada, sobre la cual se pronunciará el Tribunal en la parte motiva de la presente providencia.

Simultáneamente con la contestación de la demanda, ROYAL propuso la excepción previa denominada como Falta de integración del litisconsorcio necesario, denunció el pleito a la firma SDP ROTODINÁMICA.

El día 19 de mayo de 2000, el apoderado judicial de TERMOCARTAGENA reformó la solicitud de convocatoria incluyendo nuevamente como demandadas a las compañías ASEGURADORA GRANCOLOMBIANA S.A. (En Liquidación) y COMPAÑÍA DE SEGUROS ATLAS S.A., solicitud que desistió a través de memorial del 1 de junio.

El retiro de la reforma de la demanda fue aceptado por la Dirección del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá por Auto del 2 de junio de 2000.

El 19 de junio de 2000 el apoderado judicial de TERMOCARTAGENA se pronunció sobre las excepciones de mérito propuestas en la contestación de la demanda y en el escrito adicional del 19 de mayo.

El 21 de junio de 2000 el apoderado de ROYAL desistió expresamente de la excepción denominada como ilegalidad de la solicitud de indemnización y desistió de un testimonio solicitado oportunamente.

En Auto del 22 de junio de 2000 se fijó como fecha para que tuviera lugar la audiencia de conciliación de la fase prearbitral el día 13 de julio de 2000.

En esa fecha se hicieron presentes los apoderados de las partes y sus representantes legales quienes solicitaron la suspensión de la audiencia, fijándose para su continuación en esa misma fecha la hora de las 9:30 A.M. del día 11 de agosto de 2000.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
TERMOCARTAGENA S.A. (ESP) CONTRA ROYAL & SUNALLIANCE SEGUROS
(COLOMBIA) S.A.
LAUDO ARBITRAL

En esa fecha y hora tuvo lugar la continuación de la audiencia de conciliación, diligencia a la cual asistieron los representantes legales de los contratantes junto con sus apoderados judiciales.

Establecida la imposibilidad de llegar a un acuerdo, procedieron a modificar la cláusula compromisoria contenida en la estipulación décimo tercera de la póliza sobre la cual versa el proceso.

Toda vez que la reforma de la cláusula compromisoria versaba entre otros aspectos en la modalidad de designación de los árbitros que integrarían el Tribunal en el sentido designar por común acuerdo dos principales y dos suplentes para que entre ellos eligieran al tercer árbitro y, de no llegarse a un acuerdo sobre ese particular, confiar su elección a la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Bogotá, las partes hicieron las siguientes designaciones. Como árbitros principales fueron escogidos los doctores Ernesto Villamizar Cajiao y Luis Fernando Salazar López; como suplentes de cada uno de ellos, respectivamente, los doctores Roberto Valdez Sánchez y Saúl Flórez Enciso.

Una vez les fue comunicada su designación a los dos árbitros principales escogidos de común acuerdo por las partes, éstos manifestaron expresa y oportunamente su aceptación mediante sendas comunicaciones que obran a folios 99 y 100 del Cuaderno Principal del trámite.

Dando cumplimiento a lo establecido en la cláusula compromisoria como ella fue modificada, los doctores Villamizar Cajiao y Salazar López, sortearon de entre los siguientes nombres al tercero que habría de ser elegido para terminar de integrar el Tribunal: Antonio Copello Faccini, Camilo González Chaparro, Alberto Restrepo Restrepo, Luis Carlos Rodríguez Herrera y Gabriel Ronderos Durán.

La designación que le fue confiada a los doctores Salazar y Villamizar recayó en el doctor Antonio Copello Faccini, quien una vez le fue comunicada la aceptó oportuna y expresamente según consta en documento obrante a folio 105 del Cuaderno Principal del trámite.

Una vez comunicadas las partes sobre la designación del doctor Copello como tercer árbitro, el Centro de Conciliación y Arbitraje citó a las partes para audiencia de instalación del Tribunal.

La audiencia de instalación tuvo lugar el día 15 de septiembre de 2000, fecha en la cual se designó como presidente del Tribunal al doctor Luis Fernando Salazar López y como secretario del mismo a Juan Pablo Riveros Lara. El primero de ellos aceptó en la audiencia de instalación y el segundo de los mismos lo hizo una vez le fue comunicado su nombramiento.

El secretario tomó posesión ante el Tribunal el día 2 de octubre de 2000.

En la audiencia de instalación se fijaron los gastos de funcionamiento del Tribunal y los honorarios de sus integrantes por medio de Auto proferido en la fecha en que tuvo lugar la audiencia, el cual no fue objeto de recursos.

CAPÍTULO II – EL TRÁMITE ARBITRAL

Se inició con la primera audiencia del trámite que tuvo lugar el 12 de octubre de 2000.

En el curso de la misma el Tribunal se declaró con competencia para conocer y decidir el proceso. Esa providencia fue recurrida por el apoderado de la convocada, y el Tribunal la confirmó íntegramente previo traslado a la parte convocante.

En el curso de la misma audiencia el Tribunal resolvió la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario planteada, declarándola improcedente e igualmente resolviendo sobre la denuncia del pleito promovida por ROYAL, rechazándola por improcedente. Contra esa decisión, contenida en el Auto No. 6 del Tribunal, el apoderado de ROYAL interpuso recurso de reposición que fue resuelto en audiencia, confirmándose íntegramente la providencia recurrida.

Por Auto No. 8 proferido igualmente en el curso de la primera audiencia de trámite, el Tribunal decretó las pruebas del proceso, accediéndose a la totalidad de las solicitadas por las partes.

El trámite se desarrolló en diecinueve audiencias durante las cuales se evacuaron las pruebas decretadas, salvo las que oportuna y regularmente fueron desistidas por las partes.

Al Tribunal le prestaron su concurso, como peritos ingenieros, los doctores Iván Gómez Villa y Hernando Monroy Valencia; como peritos economistas, los doctores Enrique Luque Carulla y Camilo Fajardo Infantino; y como perito intérprete y traductora de inglés a español, la doctora Marcela Isabel Cháves Cortés.

El dictamen pericial contable y financiero fue objetado por error grave por la parte convocante, tal como consta en el memorial que obra a folios 221 a 223 del Cuaderno Principal.

Sobre el dictamen producido por los peritos ingenieros, el apoderado judicial de la parte convocada presentó un escrito desestimando sus conclusiones. Las

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
TERMOCARTAGENA S.A. (ESP) CONTRA ROYAL & SUNALLIANCE SEGUROS
(COLOMBIA) S.A.
LAUDO ARBITRAL

manifestaciones así hechas por los apoderados serán objeto de estudio por parte del Tribunal en la parte motiva de la presente providencia.

Mediante escrito que obra a folios 163 y 164 del Cuaderno Principal, el apoderado de TERMOCARTAGENA tachó por sospechosa a la testigo María Teresa Pineda Buenaventura, quien declaró ante el Tribunal el día 8 de noviembre de 2000. Esta tacha será igualmente objeto de estudio en la parte motiva del laudo.

El Tribunal inspeccionó la Planta de TERMOCARTAGENA y recibió algunos testimonios en la ciudad de Cartagena, durante los días 11 y 12 de diciembre de 2000.

La primera audiencia de trámite tuvo lugar el 12 de octubre de 2000. El proceso fue suspendido por solicitud conjunta de los apoderados que el Tribunal aceptó, en las siguientes oportunidades: entre el 19 de diciembre de 2000 y el 21 de enero de 2001, ambas fechas inclusive y entre el 16 de febrero y el 9 de marzo, ambas fechas inclusive.

En consecuencia, se encuentra el Tribunal dentro del término previsto en la ley, de seis meses a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, para proferir el laudo arbitral que ponga fin al proceso.

CAPÍTULO III – PRESUPUESTOS PROCESALES

El Tribunal los encuentra reunidos a cabalidad y no observa que en el trámite del proceso se haya presentado causal de nulidad alguna capaz de invalidar en todo o en parte lo actuado.

Por tal motivo se procede a desatar el proceso en los términos contenidos en los capítulos siguientes.

CAPÍTULO IV – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

PRIMERO: SOBRE LA OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE FORMULADA POR TERMOCARTAGENA CONTRA EL DICTAMEN PERICIAL ECONÓMICO RENDIDO EN EL PROCESO

Mediante escrito obrante a folios 221 y siguientes del Cuaderno Principal el apoderado judicial de TERMOCARTAGENA solicitó que el dictamen pericial económico rendido por los doctores Camilo Fajardo Infantino y Enrique Luque Carulla fuera complementado, solicitud a la cual accedió el Tribunal ordenándolo así a los auxiliares de la justicia.

La complementación de que fue objeto esa experticia no suscitó ningún reparo o comentario de las partes.

En el mismo escrito al cual se viene haciendo referencia, el apoderado de TERMOCARTAGENA objetó por error grave el dictamen, yerro que hizo consistir en la errónea interpretación hecha por los auxiliares de la justicia de los documentos que les sirvieron de base para elaborar el dictamen.

Considera el Tribunal, para resolver la objeción, que en la medida en que el dictamen pericial objetado es una prueba más de las que regular y oportunamente fueron allegadas al expediente, el Juez del proceso, como director que es del mismo, tiene la atribución y el deber de apreciar los medios de prueba en su conjunto y con arreglo a los principios de la sana crítica.

Así las cosas, las deficiencias que pudiera acusar la prueba pericial objetada no tienen la magnitud que haría procedente la súplica del apoderado de TERMOCARTAGENA, por no viciar las conclusiones de la experticia, ni atar en manera alguna al Tribunal para determinar la verdad real sobre el punto que dio lugar a la objeción.

Nótese que, de concurrir en el caso bajo examen los errores denunciados, el Tribunal no habría perdido la potestad legal ni carecería de elementos de juicio para imponer las condenas a que hubiera lugar con fundamento en los restantes medios de prueba incorporados al expediente.

Adicionalmente, ninguna duda cabe al Tribunal en el sentido de que las discrepancias planteadas por el apoderado judicial de la parte actora en el memorial de objeciones no evidencian error grave en la actividad de los peritos.

En síntesis y para concluir, considera el Tribunal y así lo hará constar en la parte resolutive de esta providencia, que en el presente caso no se reúnen los presupuestos previstos en la ley y acogidos por la jurisprudencia,¹ para que se abra paso la objeción por error grave promovida contra el dictamen pericial rendido en el curso del proceso a solicitud de TERMOCARTAGENA por los doctores Enrique Luque Carulla y Camilo Fajardo Infantino.

EL CONTENIDO, ALCANCE Y EFECTOS PROCESALES DEL ESCRITO RADICADO POR EL APODERADO DE ROYAL RESPECTO DEL DICTAMEN

¹ Entre otros trascendentales pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en tal sentido, véanse los autos del 18 de febrero de 1942 y del 27 de septiembre de 1948. Gaceta Judicial Tomo LII, pág 883 y Tomo LXV, pág. 217.

PERICIAL RENDIDO POR LOS DOCTORES HERNANDO MONROY VALENCIA E IVÁN GÓMEZ VILLA

El 23 de marzo de 2001, el apoderado judicial de la convocada presentó radicó ante el Tribunal un escrito por medio del cual se pronunció, sobre el dictamen pericial rendido por los ingenieros que el Tribunal designó con tal fin.

Por razón de lo hasta aquí expuesto, por no corresponder a una objeción o a una aclaración, el escrito que contiene los comentarios y apreciaciones del apoderado judicial de ROYAL no motivará pronunciamiento alguno por parte del Tribunal por no encontrarse obligado a ello.

SEGUNDO: SOBRE LA TACHA POR SOSPECHA A LA TESTIGO MARÍA TERESA PINEDA BUENAVENTURA

Mediante memorial presentado oportunamente el 8 de noviembre de 2000, el apoderado de la parte convocante al proceso tachó como testigo sospechosa a la doctora María Teresa Pineda Buenaventura, quien declaró ante el Tribunal en esa fecha.

Fundamentó la tacha en el hecho de haber recibido el mandatario judicial de TERMOCARTAGENA informaciones de su cliente, según las cuales la testigo y el apoderado judicial de ROYAL fueron cónyuges.

El Tribunal tomó nota de la manifestación contenida en el memorial del cual se viene tratando, pero echa de menos la prueba del hecho alegado como fundamento de la tacha, que como lo prescribe el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil, es una carga de quien la formula.

De otra parte, es también un hecho que la testigo fue interrogada por apoderado distinto de quien se supone fue cónyuge de la testigo, toda vez que en la audiencia respectiva no actuó como apoderado de la demandada en doctor José María Neira, respecto de quien el Tribunal entiende formulada la tacha.

Huelga decir que el Tribunal valoró ésta, como todas las pruebas del proceso, atendiendo las circunstancias propias de cada caso y edificando la decisión que hoy se profiere sobre el análisis crítico de las pruebas en su conjunto.

En el caso de la prueba testimonial, las consideraciones que contiene esta providencia, así lo evidencian.

Por las razones hasta aquí expuestas en la parte resolutive de esta providencia se declarara no probada la tacha a la cual se viene haciendo referencia.

TERCERO: SOBRE EL ÁMBITO DEL PROCESO ARBITRAL

Fue voluntad de las partes en este proceso arbitral, TERMOCARTAGENA y ROYAL la de sustraer del conocimiento de la justicia ordinaria las diferencias surgidas con ocasión del siniestro que se presentó el día 2 de noviembre de 1997 en la Unidad III de termogeneración de la planta.

Expresa e inequívocamente la decisión de las partes fue someter esas diferencias al conocimiento de un Tribunal de Arbitramento, que se convocaría de acuerdo con la cláusula compromisoria contenida en el contrato de seguro (Póliza No. 701311) vigente en el momento de ocurrencia del siniestro y la cual es del siguiente tenor:

“...Cláusula Diecinueve – Arbitramento.

La COMPAÑIA de una parte y el ASEGURADO de la otra, acuerdan someter a la decisión de tres árbitros todas las diferencias que se susciten en relación con el contrato de seguro al que se refiere la presente póliza. Los árbitros serán nombrados de común acuerdo entre las partes y si ello no fuere posible se aplicará lo dispuesto por el inciso primero del artículo noveno del Decreto 2279 de 1989.

Los árbitros deberán decidir en derecho, el Tribunal tendrá como sede la ciudad de Santa Fe de Bogotá y el termino para la duración del proceso, para los efectos del artículo diecinueve del decreto 2279 de 1989 será de seis meses...”

CUARTO: SOBRE EL CONTRATO DE SEGURO

DESCRIPCIÓN DE LA PÓLIZA

El Tribunal se ocupará a continuación del análisis del contrato de seguro que consta en la póliza No. 701311, expedida por la Aseguradora Grancolombiana S.A., con clara indicación de que se trataba de una póliza de todo riesgo de pérdida o daño físico y lucro cesante.

Los riesgos amparados por la póliza citada son:

“... las perdidas o daños materiales que sufran los bienes asegurados por cualquier causa, incluyendo para el riesgo de incendio la explosión, la combustión espontánea y a los restantes riesgos no excluidos expresamente en esta póliza, los provenientes de motín, huelga, asonada,

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
TERMOCARTAGENA S.A. (ESP) CONTRA ROYAL & SUNALLIANCE SEGUROS
(COLOMBIA) S.A.
LAUDO ARBITRAL

movimientos subversivos, terrorismo o en general conmociones populares de cualquier clase, así como erupciones volcánicas, temblores de tierra o cualesquiera otras convulsiones de la naturaleza, rotura o colapso de cualquier máquina...”

De acuerdo con la cláusula quince de la citada póliza el amparo fue otorgado por la Aseguradora Grancolombiana S.A. y suscrito también por las compañías Seguros Fénix S.A. y Seguros Atlas S.A.; el riesgo y las primas correspondientes se distribuyó entre las citadas compañías en la siguiente proporción:

Aseguradora Grancolombiana S.A.	70%
Seguros Fénix S.A.	20%
Seguros Atlas S.A.	10%

Fue expresamente excluida de la póliza el siguiente amparo:

“... Este seguro no se extenderá a cubrir los daños y/o pérdidas que sufra la unidad III debidos a rotura de maquinaria, hasta cuando los problemas presentados con la misma sean corregidos y una firma especializada certifique que la unidad III presenta una completa y total normalidad en su operación.”

Y además se condicionó la póliza (hoja No. 2) a: detalles de los problemas en la unidad III; reporte completo y satisfactorio del riesgo y confirmación de la siniestralidad como lo informado.

Los valores asegurados, primas y comisiones en la póliza mencionada fueron los siguientes:

	Valor Asegurado USD	Valor Prima USD	Valor Comisión USD	Valor Neto USD
Aseguradora Grancolombiana S.A.	120.112.647,20	191,460.50	19,146.05	172,314.00
Compañía de Seguros Atlas S.A.	17,158,949.60	27,351.50	2,735.15	24,616.00
Seguros Fénix S.A.	34,317,899.20	54,703.00	5,470.30	49,232.00
TOTALES	171,589,496.00	273,515.00	27,351.50	246,163.00

De acuerdo con la información sobre la póliza que obra en el acervo probatorio aparece claro que las partes del contrato de seguro instrumentado en ella, y de acuerdo con los principios de autonomía contractual que regulan la materia en los

artículos 1602 del Código Civil y 1056 del Código de Comercio, delimitaron el interés asegurable y precisaron todos los elementos activos y pasivos de la relación contractual y necesarios para que del contrato de seguro discutido en el proceso sean predicables su plena validez, eficacia y carácter vinculante.

Además encuentra el Tribunal que se cumplieron a satisfacción los requisitos específicos mencionados en el artículo 1047 del Código de Comercio, ya que, además de las condiciones generales y particulares del contrato, se identificaron los nombres de los asegurados y de las compañías aseguradoras; las cosas y personas respecto de las cuales se establecieron los seguros; se indicó la vigencia del contrato con las fechas y horas de su comienzo y terminación; se precisaron las sumas aseguradas y el valor de las correspondientes primas, con indicación de los riesgos asumidos por las aseguradoras y en la expedición de la póliza se hizo la indicación sobre administración de la misma en cabeza de Aseguradora Grancolombiana y con la distribución de riesgos ya mencionados.

Así las cosas el Tribunal encuentra plenamente probado y sin discusión entre las partes la existencia de la póliza número 701311, como un contrato validamente celebrado, fuente de obligaciones recíprocas para las partes y el cual, en sí mismo considerado, no fue objeto de controversia o discusión alguna entre ellas.

LA NATURALEZA DE LA PÓLIZA

Para el Tribunal es claro de los términos de la póliza número 701311, expedida por la Aseguradora Grancolombiana S.A., en Cartagena, el 23 de diciembre de 1997, que se trata de una “*Póliza de Todo Riesgo de pérdida o daño físico y lucro cesante*”, con indicación precisa de la forma como se efectuaría la indemnización para los bienes asegurados.

Nos encontramos, entonces, frente a un contrato de seguro documentado en la póliza número 701311, el cual, jurídicamente, es un seguro terrestre de daños respecto de las sociedades que lo celebraron y del que son simultáneamente asegurados y beneficiarias, con obligaciones de indemnización, en los eventos indicados en la póliza de acuerdo con la preceptiva del artículo 1088 del código de comercio.

La jurisprudencia arbitral se ha ocupado de las llamadas pólizas de “*Todo Riesgo*”, no sin antes advertir que “*si bien no se encuentran en el derecho positivo colombiano disposiciones que aludan, ni mucho menos, regulen las llamadas pólizas de seguro de Todo Riesgo, es lo cierto que tampoco ellas se encuentran prohibidas*”² y corresponden a esa característica del derecho comercial, el cual

² Laudos arbitrales, Cámara de Comercio de Bogotá – Tomo I, página 68

desde sus orígenes parte de costumbres que evolucionan con el tiempo hasta llegar a configurar instituciones jurídicas debidamente reglamentadas en la Ley escrita.

La anterior jurisprudencia ha subrayado, además, que después de la expedición de la Ley 45 de 1990, la determinación de las condiciones de las pólizas y de las tarifas se rigen por el principio de la libertad de concurrencia en el mercado asegurador, a condición de que se respeten los requisitos de aquellas y de estas, prescritos, en su respectivo orden, por los artículos 44 y 45 de la misma Ley, según lo dispone su artículo 77.³

La misma jurisprudencia arbitral con ocasión del laudo que dirimió diferencias entre Amoníacos del Caribe S.A. y Abonos Colombianos S.A. por una parte y Aseguradora Grancolombiana S.A., Aseguradora Colseguros S.A., y Seguros Caribe, por otra parte el 3 de agosto de 1994 aclaró la naturaleza jurídica del llamado seguro de Todo Riesgo caracterizado fundamentalmente por dos circunstancias específicas:

“una de carácter meramente formal, constituida por la manifestación en un solo documento, de las varias o diversas prestaciones asegurativas a que el asegurador se obliga frente al asegurado, inspirada por un propósito de racionalización, de simplificación de los tramites, a efectos de que lo que podría estar plasmado en dos, tres, o más contratos de seguro, quede reflejado en un documento único, la póliza. Y otra, ella si de carácter sustancial, que revela la intención, la voluntad subyacente del negocio asegurativo, consistente en amparar al asegurado contra todos, o cuando menos, la mayor parte de los riesgos normalmente predecibles a que podrían verse expuestos sus intereses en un momento dado, momento que viene ser el contemplado en el contrato como de vigencia del seguro, excepción hecha de aquellas situaciones, predeterminadas en el propio contrato, como exclusiones expresas del amparo concedido, es decir, los eventos o acontecimientos que, no obstante haberse manifestado o revelado ora como el origen de un suceso dañoso o bien como el efecto del mismo, no comprometen la responsabilidad de la persona jurídica que ha asumido las consecuencia jurídicas del suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador (código de comercio artículo 1054), estos es de quién ha asumido los riesgos: El asegurador...”

³ Op. Cit Pág. 68”.

QUINTO: SOBRE EL COASEGURO

En la póliza de seguro todo riesgo de pérdida o daño físico y lucro cesante número 701311, expedida por la Aseguradora Grancolombiana S.A. convinieron los contratantes, además, una cláusula de coaseguro, en virtud de la cual la póliza sería otorgada por la Aseguradora Grancolombiana S.A., como compañía líder y suscrita también por la Compañía de Seguros Atlas S.A. y Seguros Fénix S.A. como coaseguradoras; aclarándose que las obligaciones de las mencionadas compañías para con el asegurado o beneficiario TERMOCARTAGENA S.A. ESP no serían solidarias, y que el riesgo y la prima correspondientes, se distribuirían entre ellas, así: Aseguradora Grancolombiana S.A. un 70%; Compañía de Seguros Atlas S.A. un 10% y Seguros Fénix S.A. el 20% restante.

Estipularon, igualmente, los contratantes, que la atención y la administración de la póliza correspondería a la Aseguradora Grancolombiana S.A., quien como líder recibiría del asegurado el valor total de la prima para redistribuirla, a su turno, entre las demás compañías coaseguradoras en las proporciones antes indicadas.

Aclararon, también las coaseguradoras que en los siniestros Aseguradora Grancolombiana S.A., como líder, pagaría a TERMOCARTAGENA la participación porcentual antes señalada y que, una vez recibiese la participación correspondiente a las otras compañías coaseguradoras, la entregaría al asegurado o beneficiario, sin que en ningún momento se hiciese responsable por un porcentaje mayor a su participación.

Esta estipulación, de distribuir el riesgo y la prima devengada entre las distintas compañías, corresponde a la figura del coaseguro prevista en el artículo 1095 del Código de Comercio⁴.

El coaseguro es definido por J. Efrén Ossa G.,⁵ así:

“...El seguro otorgado por varios aseguradores. Hipótesis en la cual, en caso de siniestro, conforme al art. 650 de aquel estatuto, la responsabilidad debe ser compartida por los coaseguradores “en proporción a la suma que cada uno de ellos hubiere asegurado”. Idéntica es la solución en el nuevo código...”

⁴ El artículo 1095 del Código de Comercio, establece. “...Las normas que anteceden se aplicarán igualmente al coaseguro, en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse determinado seguro...”

⁵ J. Efrén Ossa G., Teoría General del Seguro, El Contrato, Editorial Temis, Bogotá, 1984, página 141

Para que exista un coaseguro se requiere, entonces, según la regla contenida en el artículo 1094 del Código de Comercio,⁶ que exista una diversidad de aseguradores, previamente aceptados por el asegurado o con su aquiescencia, e identidad de asegurado, de interés asegurado y de riesgo.

Es decir, para que exista un coaseguro basta con que las compañías aseguradoras manifiesten al asegurado que entre ellas se han distribuido el riesgo y la prima y le indiquen, además, la forma en que participarán ellas en esa distribución.

Una característica muy importante del coaseguro es aquella, según la cual, la obligación que asumen las distintas compañías coaseguradoras, frente al asegurado o beneficiario, no es una obligación solidaria. Por el contrario, esta obligación es, por naturaleza, esencialmente divisible; igualmente es una obligación conjunta, pues en caso de realización del riesgo asegurado, todas las compañías coaseguradoras deberán responder por el pago de la indemnización en la forma proporcional en que la asumieron.

En el presente caso se discute por la convocante TERMOCARTAGENA que la convocada ROYAL está obligada al pago del siniestro que objetó por cuanto, en su opinión, las otras compañías coaseguradoras, Aseguradora Grancolombiana S.A. y Compañía de Seguros Atlas S.A., si asumieron el pago de la cuota que les correspondía en el pago de la indemnización reclamada, lo que hicieron por intermedio de la Previsora S.A. Compañía de Seguros, a la cual cedieron su reaseguro.

Precisamente por tratarse de una obligación divisible, conjunta y no solidaria, cada una de las compañías coaseguradoras responde solamente de la cuota o proporción que asumió en la prestación a su cargo, y el hecho de las demás coaseguradoras no la obliga pues, en conformidad con lo establecido en el inciso primero del artículo 1583 del C.C.C.⁷, cuando la obligación no es solidaria ni indivisible, cada uno de los acreedores puede solo exigir a cada uno de los codeudores su cuota; y cada uno de los codeudores, a su turno, solamente estará obligado al pago de la suya; y la cuota del deudor insolvente no gravará la de los demás codeudores.

⁶ El artículo 1094 del Código de Comercio, establece: "... Hay pluralidad o coexistencia de seguros cuando se reúnan las condiciones siguientes: 1) Diversidad de aseguradores; 2) Identidad de asegurado; 3) Identidad de interés asegurado; y 4) Identidad de riesgo..."

⁷ El inciso primero artículo 1583 del C.C.C., establece: "... Si la obligación no es solidaria ni indivisible, cada uno de los acreedores puede sólo exigir su cuota, y cada uno de los codeudores es solamente obligado al pago de la suya; y la cuota del deudor insolvente no gravará a sus codeudores..."

El artículo 1591 ibídem ⁸ establece que si de dos codeudores de un hecho que deba ejecutarse en común, el uno está pronto a cumplirlo y el otro lo rehúsa o retarda, este solo será responsable de los perjuicios que de la inejecución o retardo del hecho resultaren al acreedor.

Con fundamento en estas consideraciones estima el Tribunal que, habiendo formulado la convocada ROYAL una objeción al reclamo presentado por TERMOCARTAGENA, el hecho o actos de los otros aseguradores, (Grancolombiana y Atlas), no la obligan en ninguna medida y que, habiéndose rehusado ROYAL legítimamente al pago de la indemnización reclamada por TERMOCARTAGENA, además, por razones serias y fundadas, las consecuencias de su obrar le serán imputables exclusivamente a ella, debiendo responder por los perjuicios que, por su inejecución o retardo, se le pudiesen causar a TERMOCARTAGENA, sin que su retardo en el cumplimiento de la prestación a su cargo perjudique para nada a las otras compañías coaseguradoras, pues si ellas pagaron la cuota o proporción que les correspondía, la razones o motivos que las indujeron a ese pago no resultan aplicables, de manera alguna, a ROYAL; ni ese pago la obliga a ella pues, como se dijo, la obligación a su cargo es divisible y autónoma de las de aquellas.

Por tanto, el Tribunal estima que ROYAL, al objetar la reclamación, obró en ejercicio de una legitima facultad que le conceden las disposiciones legales vigentes y el contrato, y que las resultas del presente proceso arbitral le acarrearán consecuencias única y exclusivamente a ella y no a las demás compañías coaseguradoras.

SEXTO: SOBRE LOS ANTICIPOS DE LA INDEMNIZACIÓN

En el hecho 19 de la convocatoria arbitral ⁹ TERMOCARTAGENA admitió haber recibido de ROYAL “... *hasta ahora y a título de anticipos de la indemnización, la suma de US\$165.083,09...*”

A su turno, ROYAL, al contestar este hecho, manifestó lo siguiente¹⁰: “... *Es cierto que mi mandante pagó esa cantidad. Hoy, luego del estudio que esta oficina ha hecho del caso, la hace concluir que el pago no tenía causa y que deberá iniciar la acción respectiva para la devolución de esa suma...*”

⁸ El Artículo 1591 del C.C.C., establece: “... Si de dos codeudores de un hecho que deba ejecutarse en común, el uno está pronto a cumplirlo y el otro lo rehúsa o retarda, éste sólo será responsable de los perjuicios que la inejecución o retardo del hecho resultaren al acreedor...”

⁹ Folio 28 del Cuaderno principal número 1

¹⁰ Folio 39 del Cuaderno principal número 1

En su alegato de conclusión, el apoderado de TERMOCARTAGENA enfatizó su posición afirmando que por el hecho de haber efectuado ese pago, ROYAL no puede negarse al del resto de la indemnización pues, al haberlo aceptado, su actitud implicó un reconocimiento a su derecho de percibirla plenamente.

Con tal fin, en su exposición, efectuó una serie de consideraciones jurídicas sobre los efectos de la denominada “Teoría de los actos propios”, manifestando que por virtud del pago de esos anticipos ROYAL subsanó tácitamente cualquier posible incumplimiento de las condiciones previstas en la póliza que alegó como incumplidas por su representada, entre otras cosas, porque aceptó hacerlos, sin alegar el incumplimiento de condición alguna por parte de TERMOCARTAGENA.

Fue así como, en el curso de la audiencia de alegatos, dicho apoderado expuso:

“... Los actos de los contratantes son un elemento interpretativo de extraordinaria importancia, según lo han reconocido la doctrina y la jurisprudencia Colombianas. Al hablar de su comportamiento interpretativo nos referimos al conjunto de actos realizados por las partes en ejecución del negocio jurídico. Nuestro Código Civil ha contemplado esta regla de interpretación de los contratos al disponer en su artículo 1622 que las cláusulas de un contrato se interpretarán o por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte. Esto es lo que se denomina sintéticamente por la doctrina “Conducta Interpretativa”. No hay mejor interpretación de las disposiciones contractuales que la propia conducta seguida por las partes. Por ello es una de las formas de la denominada interpretación auténtica.

Sobre el particular Luis Diez Picazo Ponce de León sostiene que: “Pues bien, la parte que con su conducta ha contribuido a fijar el sentido de las cláusulas de un negocio jurídico y a fijar su interpretación, no puede luego discutir este sentido, ni pretender que la cláusula discutida posee otro diferente. Una discusión posterior del sentido que con la propia conducta interpretativa se ha atribuido a un negocio jurídico, parece, de esta manera, que constituye un “venire contra factum proprium”, partiendo del presupuesto de que toda persona de buena fé se comporta, en el cumplimiento de sus obligaciones y en el ejercicio de sus derechos, de una manera conforme con los fines perseguidos por el negocio y conforme además con el sentido que con dichos fines fueron previstos u ordenados en el negocio. Una alteración posterior de estos fines negociales o del sentido del negocio revelado por la propia conducta, constituye a primera vista una contravención de la buena fe y un inadmisibile “venire contra factum”

Sin embargo, para que en rigor pueda hablarse de un “comportamiento interpretativo”, es menester no solamente que los actos realizados sean relevantes, en relación con la intención que de ellos ha de deducirse y con el sentido negocial que de ellos se trata de obtener, sino también que sean actos comunes a ambas partes, cuando se trate de un negocio jurídico bilateral o que, si han sido ejecutados por una sola de ellas, hayan merecido la aceptación, el asenso o la aquiescencia de la otra. Luis Díez-Picazo, LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS, Ed. Bosch, Barcelona, 1963, Pág. 155...”

Corresponde, entonces, analizar cual fue el fundamento de tales anticipos de indemnización, para dilucidar, a continuación, si al haberlos efectuado en la forma incondicional como los hizo, evidentemente, ROYAL aceptó o no el pago total de la indemnización reclamada por TERMOCARTAGENA y, en fin, si ese acto positivo de su parte se ajusta a la noción de los “actos propios” que, en desarrollo del principio de la buena fe que se deben los contratantes en la ejecución de los negocios jurídicos que celebran, no podría desconocer dicha compañía sin asumir las consecuencias que su desconocimiento implica.

Planteadas así las cosas y para resolver tan importante tema, el Tribunal encuentra que los anticipos de la indemnización tienen como fundamento la estipulación contenida dos veces en las estipulaciones generales de la póliza y numeradas idénticamente como cláusula novena, en la SECCIÓN I- DAÑOS¹¹ y en la SECCIÓN II-LUCRO CESANTE¹², cuyo texto es exactamente del mismo tenor y dispone lo siguiente:

“... CLÁUSULA NUEVE.- ANTICIPOS:

La COMPAÑÍA en los casos que considere necesario efectuará anticipos a la indemnización a que haya lugar, hasta el valor aceptado y tasado por la COMPAÑÍA...”

En este orden de ideas y del recto entendimiento que el Tribunal deduce de la estipulación contenida en esa cláusula novena ¹³ fluye, sin lugar a dudas, que el pago de los anticipos de indemnización que efectuó ROYAL a

¹¹ Folio 23, Cuaderno de Pruebas número 1

¹² Folio 34, Cuaderno de pruebas número 1.

¹³ El artículo 1618 del C.C.C., establece: “... Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; y el artículo 1620 ibidem, establece: El sentido que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno...2

TERMOCARTAGENA no fue una consecuencia de la ejecución de sus actos positivos propios, como esta última lo entiende, sino que, por el contrario, dicho pago obedeció a la potestad y facultad que a la compañía aseguradora le concedieron los contratantes en ella, al aceptar sin reservas la correspondiente estipulación que, además, resulta muy clara pues precisa que solamente corresponderá a la aseguradora, como una potestad suya, efectuar el pago de anticipos a la indemnización, hasta el valor que sea aceptado y tasado por ella.

Doña María Moliner, en su Diccionario de Uso del Español ¹⁴ define los vocablos Anticipar y Anticipo, de la siguiente manera:

“...ANTICIPAR: «Adelantar» Hacer una cosa o fijar fecha para hacerla antes de lo previsto o anunciado anteriormente: Anticiparon el viaje. Han anticipado la fecha de la boda. «Adelantar». Dar dinero a alguien antes de lo que corresponde o de que haya hecho el trabajo por el que se le da: “anticipar el sueldo”. «Adelantar». Prestar a alguien una cantidad cuya devolución se hará con ciertos recursos: Le pidió que le anticipase cien pesetas sobre su jornal del sábado...”

“...ANTICIPO: Cantidad de dinero dada por anticipado o a cuenta de otra más importante cuyo pago hay que completar más tarde...”

No huelga agregar que, correspondiendo tales pagos a un mero anticipo de la eventual indemnización a cargo de la aseguradora, su realización no puede entenderse como una exoneración al deber que la Ley y el mismo contrato imponen a TERMOCARTAGENA de demostrar ante ella la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida alegada, punto respecto del cual el Tribunal se pronunciará más adelante en este laudo arbitral.¹⁵

Resalta si el Tribunal que estando sometida la obligación de la aseguradora convocada, de pagar al asegurado el valor de la indemnización a la demostración de la ocurrencia del siniestro por parte de la sociedad convocante, no puede el asegurado pretender su pago anticipado, pues estando sometida dicha obligación a una condición suspensiva, su exigibilidad dependerá de la verificación total del hecho externo que la constituye, tal como lo prevé el inciso primero del artículo 1542 del C.C.C.¹⁶

¹⁴ María Moliner, Diccionario de Uso del Español, Editorial Greidos, S.A., Madrid, 1997, página 194

¹⁵ Según el artículo 1077 del Código de Comercio, Corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.

¹⁶ Al respecto el inciso primero artículo 1542 del C.C.C. establece que “...No podrá exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la condición totalmente...”

De igual manera, todo pago que efectúe el deudor antes de que se verifique totalmente la condición suspensiva que hace exigible la obligación, puede ser repetido, como también lo establece el inciso segundo del artículo 1542 del C.C.C.¹⁷

Por tanto, estima el Tribunal que los anticipos de indemnización efectuados por ROYAL a TERMOCARTAGENA corresponden apenas unos adelantos de dinero sobre la eventual indemnización a su cargo, los cuales se tornarán en definitivos o deberán serle restituidos en el evento que TERMOCARTAGENA demuestre o no la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la indemnización reclamada, de acuerdo con el contrato y la Ley, tema que a continuación se desarrollará en el presente laudo arbitral.

SÉPTIMO: SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA

El artículo 1077 del Código de Comercio establece, con absoluta claridad y nitidez, que corresponderá al Asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro así como la cuantía de la pérdida, si fuera el caso; y que el asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.¹⁸

A lo largo del presente proceso se ha afirmado por TERMOCARTAGENA que el evento ocurrido el día 24 de marzo de 1998, en la unidad III, que afectó el rotor de la turbina, no es sino una consecuencia o extensión del incendio ocurrido el 2 de noviembre de 1997 y que, por tanto, al haber demostrado la ocurrencia del incendio, corresponde a ROYAL demostrar las circunstancias excluyentes de su responsabilidad.

De su parte, ROYAL estima que el evento de 24 de marzo de 1998 es un evento independiente, separado y autónomo del incendio ocurrido el 2 de noviembre de 1997 y que, por tanto, le corresponde a TERMOCARTAGENA demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la indemnización, en cuanto ella estima que la deflexión del eje de la turbina de la unidad III de TERMOCARTAGENA no obedeció al incendio sino que, corresponde, según estudios técnico que realizó, a un siniestro separado, que se encuentra excluido de cobertura bajo la póliza, por obedecer a una rotura de maquinaria.

¹⁷ El inciso segundo del artículo 1542 ibídem, establece que: "... Todo lo que se hubiere pagado antes de efectuarse la condición suspensiva, podrá repetirse mientras no se hubiere cumplido..."

¹⁸ El artículo 1077 del Código de Comercio, establece que: "... Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso. El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad..."

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
TERMOCARTAGENA S.A. (ESP) CONTRA ROYAL & SUNALLIANCE SEGUROS
(COLOMBIA) S.A.
LAUDO ARBITRAL

De conformidad con el principio secular del derecho romano *ONUS ACTORI INCUMBIT PROBATIO, REUS IN EXIPIENDO FIT ACTOR, ACTORE NON PROBANDE REUS ABSOLVITUR*, corresponde la carga de la prueba al demandante, principio que fue recogido en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 1757 del C.C.C.¹⁹

Con base en lo anterior, estima el Tribunal que corresponde, entonces, a TERMOCARTAGENA, demostrar a ROYAL tanto la ocurrencia del siniestro como la cuantía de la pérdida alegada.

Uno de los elementos esenciales del contrato de seguro es la obligación condicional del asegurador ²⁰, que consiste en el cumplimiento de una prestación determinada en favor del asegurado o beneficiario para el caso de que se verifique el siniestro, que no es otra cosa que la realización del riesgo asegurado ²¹.

La principal obligación del asegurador es la asunción del riesgo previsto en el contrato, del cual derivará su obligación consecuencial de indemnizar al asegurado al ocurrir el evento que lo condiciona.

Resulta así, entonces, que la obligación a cargo del asegurador es una típica obligación condicional, cuya exigibilidad dependerá de la ocurrencia de un acontecimiento futuro e incierto, que puede o no suceder, tal como lo establece el artículo 1530 de C.C.C.²²

La obligación condicional del asegurador, de pagar al asegurado la indemnización reclamada, queda sujeta así a una verdadera condición suspensiva pues mientras no se cumpla la condición en la forma prevista por los contratantes, (la realización

¹⁹ El artículo 1757 del C.C.C., establece: "... Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta. Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos presunciones, confesión de parte, juramento deferido e inspección personal del Juez o Prefecto..."

²⁰ Es así como el artículo 1045 del Código de Comercio establece que: "... Son elementos esenciales del contrato de seguro: 1) El interés asegurable; 2) El riesgo asegurable; 3) La prima o pecio del seguro; y 4) La obligación condicional del asegurador. En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno..."

²¹ El artículo 1072 del C. de Co., establece: "... Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado..."

²² El artículo 1530 del C.C.C., establece: "... Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no..."

del riesgo asegurado)²³, la adquisición del derecho del asegurado, se encuentra suspendida conforme lo establece, igualmente, el artículo 1536 del C.C.C. ²⁴

No puede entonces el asegurado exigir al asegurador el cumplimiento de la obligación condicional sino una vez se haya verificado totalmente la condición, demostrándole la ocurrencia del siniestro, pues si no se le verifica su cumplimiento, en la forma prevista, la obligación a su cargo no se hará exigible.²⁵

Así las cosas estima el Tribunal que el asegurado debe asumir siempre, de acuerdo con el mandato del artículo 1077 del Código de Comercio, la carga de probar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la indemnización para tener así derecho a ella, pues solamente mediante la demostración de ese hecho futuro surge y se hace exigible la obligación condicional del asegurador de pagar la prestación correlativa a su cargo.

Así lo han reconocido en forma unánime tanto la doctrina nacional como la extranjera.

En efecto:

Jaime Bustamante Ferrer ²⁶ al referirse al tema expresa:

“...Estas otras obligaciones del asegurado son lógicas dentro de la estructura del contrato de seguro. Naturalmente, ocurrido el siniestro, no es suficiente el solo aviso de su ocurrencia sino que es necesario demostrarle al asegurador que, en efecto se ha realizado el riesgo asegurado, se ha cumplido la condición y que, por lo tanto, tiene plena existencia su obligación de indemnizar. Esto significa, igualmente, que el asegurado tiene que establecer la cuantía de su reclamo, de la prestación que le corresponde.

²³ El artículo 1541 del C.C.C., establece: “... Las condiciones deben cumplirse literalmente en la forma convenida...”

²⁴ El artículo 1536 del C.C.C., establece: “... La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho, y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho...”

²⁵ El artículo 1542 del C.C.C., establece: “... No puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la condición totalmente. Todo lo que se hubiere pagado antes de efectuarse la condición suspensiva, podrá repetirse mientras no se hubiere cumplido...”

²⁶ Jaime Bustamante Ferrer, Manual de Principios Jurídicos del Seguro, Editorial Temis, Bogotá, 1983, Páginas 125 y 126

Esta demostración, esta prueba de la ocurrencia del siniestro y de la cuantía indemnizable, no requiere, en un principio, requisitos especiales probatorios, porque lo que es necesario es darle al asegurador los datos suficientes para que tenga pleno conocimiento del siniestro y para que pueda hacer una apreciación provisional de su cuantía, a fin de que establezca la reserva aproximada y, si es el caso, haga los contactos necesarios con los Reaseguradores...”

Bernardo Zuleta Torres²⁷, expresa sobre la misma materia:

“...PRUEBA DEL SINIESTRO Según el artículo 1077 corresponde al asegurado probar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida. El asegurador debe demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.

Ello significa que al asegurado corresponde probar el acaecimiento del suceso incierto previsto en el contrato (incendio, accidente, robo, explosión), por cualquier medio idóneo, inclusive la prueba de testigos.

Le incumbe, además, probar la existencia y el valor del objeto asegurado en el momento del siniestro o la extensión del daño patrimonial sufrido.

Al asegurador le corresponde probar la excepción, es decir, que el siniestro ocurrió por un acto voluntario del asegurado o de la persona de la cual sea responsable, o que se debió a un hecho que según las estipulaciones de la póliza o de la Ley, excluyen su obligación de indemnizar.

J. Efrén Ossa G.,²⁸ en su obra antes citada, manifiesta:

“...El artículo 1077 del Código de Comercio lo concreta en los siguientes términos: corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso. El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad. Norma esta que reza con toda clase de seguros. Porque respecto de los seguros de daños, más específicamente de los contratos celebrados por el asegurado para cubrir su interés sobre una universalidad (establecimientos de comercio, el mobiliario de una casa – artículo 1085-), rige además el

²⁷ Bernardo Zuleta Torres, El Contrato de Seguro en el Nuevo Código de Comercio, Italgaf, Bogotá, 1.972, Página 63.

²⁸ J. Efrén Ossa G, Teoría General del Seguro, el contrato, Editorial Temis, Bogotá, 1984, Páginas 375 y siguientes

principio conforme al cual el asegurado deberá probar la existencia y el valor de los objetos asegurados al tiempo del siniestro.

Fundamento.- No se trata, como es obvio, de una carga peculiar al contrato de seguro. Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta (C.C., artículo 1757). Lo único peculiar al seguro es el hecho de donde deriva la obligación del asegurador y, por tanto, el derecho del asegurado o beneficiario, esto es, el siniestro, cuya prueba, aun en defecto de norma específica, debe correr a cargo de quien invoca, a su favor, la obligación del asegurador, a la cual da origen la realización (C. de Co., artículo 1054).

Hernán Fabio López Blanco,²⁹ manifiesta:

“La ocurrencia del siniestro es la base para que la aseguradora entre a cumplir con su obligación principal, la de indemnizar los perjuicios ocasionados por aquel. Empero, para que pueda cumplir con esa prestación, es necesario que el asegurado o beneficiario le demuestre no solo la ocurrencia, sino la cuantía del siniestro cuando ello hubiere lugar, de acuerdo con lo que establece el artículo 1077 del C. De Co. Efectivamente, dos son los aspectos a los cuales se refiere la citada norma en su inciso primero: el uno, la demostración de la ocurrencia del siniestro, obligación que siempre debe cumplir el asegurado o beneficiario; y el otro, la cuantía del mismo cuando sea necesario, es decir, que no siempre este deber se debe observar por el asegurado o por el beneficiario como adelante lo explicaremos.

Francisco Zuleta Holguín³⁰, también manifiesta:

“...ocurrido el siniestro nace la obligación condicional del asegurador, pero para que esta sea exigible se requiere que el asegurado le demuestre la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida”.

Rodrigo Uría³¹, manifiesta:

“...Como contraprestación a la prima recibida del tomador, el asegurador asume la obligación fundamental de indemnizar el daño causado por el

²⁹ Hernán Fabio López Blanco, Comentarios al Contrato del Seguro, Dupre Editores, Bogotá, 1999, Página 155

³⁰ Francisco Zuleta Holguín, Mecánica Procesal del Contrato del Seguro, Editorial Dintel Ltda., Bogotá, Página 18

³¹ Rodrigo Uría, Derecho Mercantil, Vigésima Cuarta Edición, Madrid, 1997, Páginas 780 y 781.

siniestro. La índole de esta obligación no es la misma en unos y otros seguros. En el seguro de vida para el caso de muerte (seguro de vida entera) y en el mixto, se trata de una obligación sometida a término incierto (certus an incertus quando). En los seguros contra daños en las cosas, en general, y en el seguro de vida para caso de sobrevivencia, es una obligación sometida a condición suspensiva (evento incertus an); mientras el evento no se realice, la obligación está en suspenso.

Pero, en cualquier caso, la obligación de indemnizar está subordinada siempre al surgimiento del evento dañoso previsto en el contrato. Ese evento es presupuesto inexcusable de la exigibilidad de aquella. Sólo cuando surja un evento previsto en el contrato que surja un daño, surgirá la obligación de indemnizarlo. La existencia de relación de causalidad entre el evento y el daño constituirá una cuestión de hecho sometida a las reglas ordinarias de prueba...”

Amadeo Soler Aleu³², también expresa:

“... Prueba del siniestro: De conformidad con las reglas que rigen la prueba, al asegurado incumbe la carga de probar el acaecimiento del siniestro, negado por el asegurador. Como se trata de probar un hecho, todos los medios de prueba son admisibles, incluso las presunciones...”

Isaac Halperin³³, expresa:

“... Carga de la Prueba.- El asegurado debe probar que se produjo el siniestro y que fue causado dentro del estado del riesgo contratado: es decir, acreditará que el hecho acaecido se halla dentro de la garantía pactada. Basta que pruebe la verosimilitud de estos extremos. Pesa sobre el asegurador la prueba de que el siniestro ha sido causado por riesgo excluido...”

Con base en las anteriores consideraciones doctrinarias estima el Tribunal, entonces, que en el tiempo corresponderá primero al asegurado acreditar la ocurrencia del siniestro, antes que al asegurador acreditar las circunstancias excluyentes de su responsabilidad, pues resulta apenas obvio que si la obligación a su cargo, de indemnizar al asegurado, no se hace exigible, por no haberse

³² Amadeo Soler Aleu, El Nuevo Contrato de Seguro, Editorial Astrea de Rodolfo de Palma y Hnos., Buenos Aires, 1.970, Página 179

³³ Isaac Halperin, Seguros - Exposición Crítica de la Ley 17.418, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1.976, Página 590

demostrado el hecho externo que verifica la condición, el asegurador no tendría que demostrar antes ninguna circunstancia excluyente de su responsabilidad.

Distribuidas así las cargas probatorias entre el asegurador y el asegurado corresponderá al Tribunal, entonces, analizar los distintos elementos de prueba allegados al proceso por las partes, para extraer de ellos las respectivas conclusiones, esto es, si TERMOCARTAGENA demostró o no la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la indemnización que pretende y si ROYAL, a su turno, demostró que el siniestro se encuentra excluido de cobertura bajo la póliza, por la aceptación por parte del asegurado de una exclusión por rotura de maquinaria.

OCTAVO: SOBRE LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO

Como se dijo anteriormente, se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado.³⁴

Por tratarse la realización del riesgo asegurado asumido por asegurador de una típica obligación condicional y correspondiéndole la carga de su prueba al asegurado, TERMOCARTAGENA, para demostrar la ocurrencia del siniestro, judicial o extrajudicialmente, puede acudir a cualquiera de los medios de prueba admitidos por la Ley ³⁵.

Siendo el contrato de seguros un contrato que, como todos los contratos, se debe celebrar y ejecutar de buena fe ³⁶, el asegurado o el beneficiario, según el caso, en la comprobación de su derecho ante el asegurador deberán obrar provistos de ella, en forma por demás estricta, pues, en caso de no hacerlo, o de efectuarle un reclamo fraudulento, perderán su derecho a obtener la indemnización reclamada.³⁷

³⁴ Artículo 1072 del Código de Comercio.

³⁵ El artículo 175 del C.P.C., establece: "... MEDIOS DE PRUEBA: Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. El juez practicará las pruebas no previstas en este Código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio..."

³⁶ Artículos 1603 del C.C.C. y 871 del C. de Co.

³⁷ El artículo 1078 del C. De Co. , establece: "... Si el asegurado o el beneficiario incumplieren las obligaciones que les corresponden en caso de siniestro, el asegurador solo podrá deducir de la indemnización el valor de los perjuicios que le cause dicho incumplimiento. La mala fe del asegurado o del beneficiario en la reclamación o comprobación de l derecho al pago de determinado siniestro, causará la pérdida de tal derecho..."

En su obra antes citada, el Profesor Ossa, analiza el principio de la buena fe, que es de la esencia del contrato de seguros, así³⁸:

“... DE BUENA FE. Como todos los contratos. Solo que el seguro lo es en más alto grado, uberrimae fidei, lo que tiene un fundamento ostensible en la intangibilidad de la mercancía que constituye su objeto y en la imprecisa inconsistencia de los elementos que se utilizan para regular el precio de ella.

En los preliminares del contrato, en su desenvolvimiento sucesivo y en su ejecución, el asegurador debe encomendarse a la lealtad del asegurado, de cuya honestidad y de cuya prudencia depende, por modo casi exclusivo, el equilibrio de la relación económico-jurídico que los vincula. De ahí “la drasticidad de algunas de las sanciones especialmente de las caducidades o de las que conciernen a la declaración del riesgo en que incurren los asegurados que no observan escrupulosamente sus obligaciones”

Se puede agregar que en todo lo que el seguro tiene de peculiar en su conformación jurídica corresponde a la ubérrima fides que lo caracteriza, a lo menos desde el punto de vista ético, frente a los demás actos de la vida civil o mercantil.

Este atributo de buena fe, que no es tan solo peculiar del seguro sino de todos los contratos civiles (C.C., art. 1603) y mercantiles (C. de Co., art. 871) subraya, en el que ocupa nuestra atención, que el asegurador se halla hasta cierto punto, y particularmente en lo que atañe a la declaración del estado del riesgo y a la prevención del siniestro, “a merced del asegurado” quien, objeto de tal confianza, debe comportarse con absoluta lealtad.

Pero a esta misma lealtad debe corresponder el asegurador en la concepción de la póliza y en la ejecución del contrato, evitando cláusulas lesivas para el asegurado o simplemente oscuras e incompatibles con “la exquisita observancia de la buena fe”, como anota el profesor GARRIGUES...”

De acuerdo con el postulado de la buena fe que debe presidir toda relación contractual y que debe observarse en la ejecución del contrato, en el de seguros dicho postulado resulta más estricto por quedar el asegurador sujeto a la sinceridad y lealtad del asegurado en la comprobación de su derecho a obtener el pago de la indemnización reclamada.

³⁸ J. Efrén Ossa G., Op. Cit. Pág. 41

Por ello es por lo que la Ley sanciona la mala fe del asegurado o beneficiario en dicho procedimiento con la pérdida de su derecho a obtenerla.³⁹

En su obra ya citada, el profesor Ossa, manifiesta lo siguiente en relación con el tema:

“... La mala fe en la reclamación o la comprobación del derecho al pago del siniestro.- Da origen a la misma sanción conforme al inciso 2° del art. 1078 del Código de Comercio. La deformación intencional de las circunstancias de lugar, tiempo o modo de la ocurrencia del siniestro, el encubrimiento malicioso de sus causas o, peor aun, la información mentirosa de las mismas, la sobreestimación exagerada de los daños o la subestimación del valor asegurable del interés asegurado, la adulteración de documentos enderezados a establecer la cuantía de la pérdida, el empleo de trucos o argucias encaminadas a engañar al asegurador, etc., serían o podrían ser factores favorables a la procedencia de la caducidad. Contrarios, en todo caso, a la buena fe que debe presidir tanto la celebración como la ejecución del contrato. Y de ahí la drasticidad de la sanción.

La prueba de la mala fe corre, desde luego, a cargo del asegurador (C. De Co. Art. 835)...”

La comprobación de la reclamación o de la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida ante el asegurador deviene, entonces, en la más importante obligación a cargo del asegurado o beneficiario y debe ser cumplida, además, con la más estricta buena fe, pues de ella depende obtener o no el pago de la indemnización reclamada.

Con ocasión del estudio de la reclamación el asegurador puede adelantar una serie de actos ulteriores, para verificar así que su obligación nazca a la vida jurídica.

Puede el asegurador, según lo expresa Rubén S. Stiglitz ⁴⁰, ejecutar los siguientes actos:

³⁹ Así lo dispone el inciso final del artículo 1078 del Código de Comercio, que establece: “... La mala fe del asegurado o del beneficiario en la reclamación o comprobación del derecho al pago de determinado siniestro, causará la pérdida de tal derecho...”

⁴⁰ Rubén S. Stiglitz, Derecho de Seguros, Editorial Abeledo-Perrot S.A., Buenos Aires, 1997, Tomo II, Páginas 91 y 92

“... a) Colocar al asegurador en condiciones de verificar si el siniestro denunciado corresponde a un riesgo cubierto.

b) Acudir a la ayuda del asegurado para atenuar los daños, o tomar las medidas conservatorias urgentes.

c) Controlar las condiciones o circunstancias en que se produjo el siniestro, pues de ellas dependerá enfrentarse a un supuesto de no seguro.

d) Verificar la gravedad del daño a su cargo.

e) Establecer la procedencia de la acción de pago por subrogación (Art. 80, L.S.) contra terceros responsables.

f) Constatar la conducta del asegurado, ante la eventualidad de hallarse ante la hipótesis de exclusión de cobertura por delimitación subjetiva del riesgo (arts. 70 y 114, L.S.).

g) Recoger los elementos probatorios pues, como lo destaca Zabala Rodríguez, cualquier demora podrá determinar que se pierda contacto con muchas circunstancias o hechos que servirían a una exacta comprobación o que desaparezcan las pruebas necesarias.

h) Evitar que se consumen abusos o fraudes.

i) El asegurador, informado de que ha sucedido el siniestro, debe, con palabras de Sánchez Calero, preparar la liquidación técnica del mismo, con la colaboración, si es necesaria, de peritos.

j) Tomar las medidas necesarias para la protección de sus intereses, puesto que su obligación consiste en afrontar la indemnización consecuencial del siniestro, que no es otra cosa que la realización del riesgo asumido.

k) Suspender la prescripción en curso

l) Desde la denuncia del siniestro, se computa el plazo para que el asegurador se pronuncie sobre los derechos del asegurado (Art. 56 L.S.) en la hipótesis que no requiera información complementaria (arg. Art. 46-2 y 3 L.S.)

En efecto, vencido dicho plazo y no habiendo el asegurador formulado pronunciamiento alguno, su silencio importa –ex lege- aceptación (art. 56 in fine L.S.). Pronunciarse acerca del derecho del asegurado es una carga del

asegurador que debe ejercitarse perentoriamente (art. 15 L.S.) en el plazo legal, cuya inobservancia importa un reconocimiento del aludido derecho y la imposibilidad de allí en más, de invocar defensas...”

Corresponde, entonces, al Tribunal, verificar la forma como TERMOCARTAGENA acreditó el cumplimiento de la carga que le imponen el artículo 1077 del Código de Comercio y la cláusula 15 de las Condiciones Generales de la Póliza, de acreditar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida alegada.

En el hecho 2 de la demanda admite TERMOCARTAGENA que el día 2 de noviembre se produjo un incendio en la unidad III de termogeneración de la planta.⁴¹

En el hecho 11 de la misma demanda, manifestó que el día 24 de marzo de 1998, luego del “Black Out” que se presentó en la unidad por corte en el suministro de energía de la planta, al poner de nuevo en marcha el turbogenerador se presentaron vibraciones en valores de alarma, lo cual significaba que, descartados como habían quedado los daños en los sistemas externos, debía tratarse de un daño al interior de la turbina que hacía necesario destaparla para su inspección.⁴²

En el hecho 12 se afirmó que se procedió entonces a contratar a la firma SDP ROTODONAMICA LIMITADA, empresa especializada en análisis de vibraciones, la que dictaminó que había existido roce entre el rotor y la carcasa de la turbina y doblez del eje. Según su concepto, el problema vibracional era evolutivo y se había iniciado debido a cambios térmicos bruscos sufridos por la unidad con ocasión de la emergencia del incendio, que se manifestó como una vibración relativa detectable, únicamente, con los sensores de proximidad empleados para ese trabajo por dicha empresa.⁴³

De esta manera TERMOCARTAGENA pretende que el Tribunal declare que los daños sufridos por el rotor de la turbina fueron ocasionados por la conflagración ocurrida el día 2 de noviembre de 1997 y, especialmente, por el cambio térmico que sufrió la unidad III al apagarse el incendio.

De su parte ROYAL, al objetar el siniestro, manifestó a TERMOCARTAGENA que los daños detectados con posterioridad al 24 de marzo de 1998, configuran tan

⁴¹ Folio 26, Cuaderno Principal Número 1

⁴² Folio 26, Cuaderno Principal Número 1

⁴³ folio 26, Cuaderno principal número 1

sólo una típica rotura de maquinaria, riesgo que está excluido de cobertura en la póliza.

Debe, entonces, TERMOCARTAGENA, para tener derecho a la indemnización, demostrar ante este Tribunal que los daños sufridos por la turbina de la unidad III, fueron ocasionados como consecuencia del incendio, para acreditar así la plena ocurrencia del riesgo asumido por ROYAL en razón a la existencia y validez del contrato de seguros debatido en el proceso.

Para la formulación de cualquier reclamación que obedeciese a un siniestro que TERMOCARTAGENA considerase indemnizable, en la cláusula 15 de las condiciones generales de la póliza todo riesgo 701311 acordaron los contratantes:

44

“ ... LA COMPAÑÍA está obligada a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el ASEGURADO o beneficiario acredite aún extrajudicialmente, la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida. Con todo, en aquellos casos en que se considere necesaria la intervención de un ajustador para determinar la existencia del siniestro y su cuantía, las partes acuerdan que con el respectivo informe quedarán acreditadas tales ocurrencia y cuantía, y por ende, el plazo para el pago solo empezará a correr desde la fecha de la entrega del informe final a LA COMPAÑÍA...”

Con base en esta clara estipulación contractual, convinieron las coaseguradoras y TERMOCARTAGENA que para la demostración de la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, se atenderían, exclusivamente, al informe de ajuste que les fuese presentado por el ajustador designado por la compañía líder, Aseguradora Grancolombiana, relevando así las coaseguradoras al asegurado de la obligación de presentarle otras pruebas distintas al informe de ajuste para cumplir con su carga, y aceptando este último, frente a aquellas, las conclusiones del ajustador como demostrativas de la ocurrencia del siniestro y de la cuantía de la pérdida.

En desarrollo de la anterior previsión contractual, que es Ley para los contratantes, se demostró en el proceso que las coaseguradoras designaron como firma ajustadora a McLarens Toplis, entidad que presentó el informe de ajuste que le fue encomendado el día 5 de noviembre de 1999 ⁴⁵, hecho que es plenamente admitido y no fue discutido por las partes.

⁴⁴ Folio 25, Cuaderno de Pruebas Número 1

⁴⁵ Folio 40 a 64, del Cuaderno de Pruebas Número 1

Los ajustadores expresaron lo siguiente: ⁴⁶

“...el asegurado argumenta que el rotor sufrió un daño inmediato como producto del incendio y de las grandes cantidades de agua utilizadas durante el proceso para extinguir el mismo, resultando en lo que los técnicos denominan una estratificación de temperatura. Por consiguiente aseveran que la causa próxima del daño del rotor fue el incendio original.

Quizá es justo observar que no es totalmente claro este asunto, siendo un tema que los ingenieros podrían discutir indudablemente por años sin llegar a una conclusión definitiva. Debemos mencionar también que nos enteramos recientemente que Siemens Colombia emitió una declaración en la que dice que no consideraban que la causa del daño del rotor fuera atribuible al incendio. Obviamente investigamos el asunto a la luz de esta información adicional y averiguamos que el gerente local Siemens en Colombia efectivamente declaró que en su opinión la causa del daño del rotor fue haber forzado a girar la turbina el 24 de marzo de 1998. Realmente es un poco extraño, ya que en ningún momento fue forzado el rotor el 24 de marzo y aparentemente la declaración no se fundamenta en bases técnicas de ninguna clase. Se ha señalado que la firma Siemens no fue seleccionada para realizar las reparaciones y varias personas han cuestionado los motivos del individuo antes mencionado para hacer tales declaraciones.

Nuestra opinión (por si sirve de algo) se expresa mejor en el contexto de lo que consideramos la conclusión clave de Mechanical Dynamics Analysis, sin pedir ninguna disculpa por la repetición de su conclusión, a saber:

“No hay datos suficientes para confirmar a ciencia cierta la teoría del incendio como causa de la fricción y la dobladura, aunque si hay pruebas que apoyen la idea de que el Intersticio de los sellos se aumento mucho inmediatamente después del incendio”.

Concedemos que existe un elemento de incertidumbre acerca de la causa del arqueado del rotor. No obstante, con base en las opiniones de varios expertos quienes inspeccionaron y probaron la unidad dañada, existen pruebas relacionadas que apoyan la teoría del incendio como la causa de la distorsión del rotor. No hay prueba alguna, sin embargo, para fortalecer la teoría de que el daño se presentó durante alguno de los otros disparos. Se ha sugerido que los datos sobre la vibración obtenidos por rotodinámica en diciembre de 1997 son pruebas de que el rotor no estaba doblado en ese

⁴⁶ Folios 61 y 62 del Cuaderno de Pruebas Número 1

entonces. Esta sugerencia ha sido refutada en términos fuertes por rotodinamica sobre la base de que sus pruebas fueron necesariamente limitadas y que los datos obtenidos no habrían revelado un fenómeno de este tipo”

En dicho informe, la firma ajustadora es contundente en afirmar que el siniestro evidentemente ocurrió el día domingo 2 de noviembre de 1997, a las 9:45 A.M.; que corresponde a un incendio,⁴⁷ aseverando, además, que el asegurado (TERMOCARTAGENA), posteriormente le notificó, que el 24 de marzo de 1998, había descubierto daños adicionales al eje del rotor de la Unidad III, y que la póliza limita la cobertura de esa unidad únicamente a los daños que resulten del incendio y líneas aliadas, “...por ende, informamos sobre el descubrimiento de los daños adicionales por separado, supeditados a pruebas claras de una relación entre los daños descubiertos el 24 de marzo de 1998 y el incendio original...”⁴⁸

De esta manera, observa el Tribunal, que ya desde el informe de ajuste de 5 de noviembre de 1999, la firma ajustadora McLarens Toplis, sujetaba a la presentación de pruebas claras el establecimiento de una relación causal entre los daños descubiertos en el mes de marzo de 1998 y el incendio ocurrido el 2 de noviembre de 1997.

Planteadas así las cosas y en conformidad con la carga que a TERMOCARTAGENA impone el artículo 1077 del Código del Comercio, para tener derecho al pago de la indemnización reclamada, debía haber demostrado ante ROYAL, como requisito *sine-qua-non*, que el daño del rotor de la turbina de la unidad III, ocurrido en el mes de marzo de 1998, se originó o fue consecuencia del incendio ocurrido el día 2 de noviembre de 1997.

El Tribunal desea acotar que ninguna duda tiene sobre la ocurrencia del incendio en la unidad III de TERMOCARTAGENA pues el abundante acervo probatorio allegado al plenario así lo demuestra y, además, porque es un hecho plenamente admitido y no discutido por las partes.

No le bastaba entonces a TERMOCARTAGENA alegar simplemente, -como lo reiteraron sus abogados en el alegato de conclusión ⁴⁹-, que el siniestro correspondía solamente al incendio y que, habiéndose demostrado este, correspondía a ROYAL demostrar satisfactoriamente que no existía esa conexión

⁴⁷ Folio 40, Cuaderno de Pruebas Número 1

⁴⁸ Folio 42, Cuaderno de Pruebas Número 1

⁴⁹ Página 26, *in-fine*.

entre el daño y el incendio, invirtiendo así, hábilmente, la carga de la prueba, pues, se repite, incumbe a la demandante demostrar que el incendio fue la causa de los daños sufridos por el rotor de la turbina de la Unidad III en el mes de marzo de 1998, para comprobar así la ocurrencia del siniestro..

En efecto, alrededor del tema, tal como lo expresaron los ajustadores en su informe, existe un gran elemento de incertidumbre y la posibilidad de una discusión técnica *ad-infinitem*, toda vez que:

“... El asegurado ofrecerá testimonio de la hipótesis más factible, en su parecer, es que los daños se presentaron como producto del incendio. Este testimonio tendrá el apoyo de los ingenieros asesores quienes vieron la unidad en el momento de abrirse por primera vez y de los ingenieros que realizaron las pruebas de vibraciones. La única prueba física que apoya la teoría de la distorsión del rotor como resultado de una causa diferente del incendio es el hecho de que las mediciones de vibraciones realizadas después de las reparaciones e inmediatamente después del incendio mostraran que la unidad operaba dentro de parámetros normales. Sin embargo, a esas mediciones les han restado credibilidad los ingenieros que realizaron el análisis original de vibraciones por los motivos descritos en renglones anteriores del presente reporte. No existe otra prueba física que apoye el argumento de la dobladura del rotor por otra causa diferente, así que el caso en contra del reclamo tendría que basarse en teorías y creemos que las posibilidades de un resultado positivo en estas circunstancias no son realmente buenas...”⁵⁰

Así, fueron concluyentes los ajustadores al manifestar, desde su primer informe, que no existe ninguna prueba que confirme con certeza absoluta, que los daños sufridos por el rotor de la turbina tuvieron como causa el incendio o el choque térmico que se ocasionó al extinguirlo.

Es importante destacar que el informe de ajuste fue plenamente aceptado por TERMOCARTAGENA, como el instrumento idóneo y eficaz para acreditar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, por lo cual, no puede ahora desconocer esa eficacia para restarle credibilidad.

Lo único cierto es que dentro del proceso, al sentir del Tribunal, no obran pruebas que permitan establecer, plena y suficientemente, las causas del siniestro ocurrido el 24 de marzo de 1998 y, menos, que los daños sufridos por el rotor de la turbina se originaron o fueron consecuencia del incendio o su extinción.

⁵⁰ Folios 63 y 64, Cuaderno de Pruebas Número 1

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
TERMOCARTAGENA S.A. (ESP) CONTRA ROYAL & SUNALLIANCE SEGUROS
(COLOMBIA) S.A.
LAUDO ARBITRAL

En efecto, los informes de ajuste presentados por McLaren's Toplis⁵¹ y la firma de Héctor Romero & Asociados Ltda.⁵², son contundentes y demostrativos acerca de que no existe ninguna prueba técnica que compruebe que los daños sufridos por el rotor de la turbina de la unidad III de TERMOCARTAGENA, en el mes de marzo de 1998, fueron ocasionados por el incendio ocurrido en ella el día 2 de noviembre de 1997.

Asímismo, las declaraciones de los testigos Jorge H. Reyes Sterling⁵³, Charles Brooman White⁵⁴, Terry Factor⁵⁵, José Rodón⁵⁶, César Perdomo⁵⁷, Héctor Romero⁵⁸ y Fred Afshar⁵⁹, son contestes y unánimes en el sentido de comprobar que no existe ninguna prueba contundente que acredite que los daños del rotor de la turbina de la unidad III se originaron en el incendio antes mencionado.

De igual manera los peritos técnicos, ingenieros Hernando Monroy Valencia e Iván Gómez Villa, en su dictamen pericial⁶⁰, manifestaron que los daños pudieron haber sido ocasionados por el incendio, sin que en su conclusión sean convincentes y categóricos, pues, al igual que el asegurado, apoyaron esa conclusión en teorías e hipótesis, pero, finalmente, acogieron íntegramente las conclusiones de los ajustadores, sobre la inexistencia de aquella prueba.

Como se ha analizado en otros laudos arbitrales⁶¹ procede el Tribunal a precisar el concepto de causa y el principio de causalidad, necesarios en su sentir para derivar las consecuencias y alcances de lo ocurrido en el primer siniestro y en el posterior evento del 24 de marzo de 1998.

⁵¹ Folios 40 a 64 del Cuaderno de Pruebas Número 1

⁵² Folios 462 a 508 del Cuaderno de Pruebas Número 3

⁵³ Folios 2 a 25 del Cuaderno de Testimonios

⁵⁴ Folios 35 a 50 del Cuaderno de Testimonios

⁵⁵ Folios 64 a 78 del Cuaderno de Testimonios

⁵⁶ Folios 101 a 140; 252 a 257 del Cuaderno de Testimonios

⁵⁷ Folios 208 a 245 a 78 del Cuaderno de Testimonios

⁵⁸ Folios 171 a 187 del Cuaderno de Testimonios

⁵⁹ Folios 79 a 99 del Cuaderno de Testimonios

⁶⁰ Folios 21 a 71 del Cuaderno del Dictamen Pericial

⁶¹ Laudos Arbitrales – Cámara de Comercio de Bogotá, Tomo I, Páginas 90 a 92

Según un connotado tratadista ⁶²

"...La causa es el principio que influye en el ser de otro. En efecto llamamos como aquello en lo cual sigue otra cosa (desde luego por el influjo de la causa, por lo mismo la causa no es cualquier principio ni es tampoco la condición sin la cual no se trabaja, en efecto aquella no influye en el ser sino en aquello que se requiere para que la causa pueda influir en el ser por ejemplo: aplicar fuego a la madera es la condición para que el fuego quemé la madera, pero la causa es el fuego.

Las causas se dividen en cuatro géneros:

La causa eficiente es aquel primer principio, efecto de la producción en el orden de la ejecución: más brevemente pero en el mismo sentido Aristóteles dice "Aquello de donde el primer principio es el movimiento! De aquel movimiento cuyo efecto es el termino"

La causa material es aquello por lo cual algo se hace: es el principio intrínseco potencial, determinable. Propiamente no se encuentra sino en los cuerpos tanto si es el principio esencial de aquello que se llama materia prima, como si es el sujeto accidental de la modificación, así como el mármol es la causa material de la estatua.

La causa formal es el principio por el cual algo se hace ser especial; en los cuerpos se llama forma; la forma sustancial no es toda la especie, es decir, toda la esencia sino determina la materia constituyendo con ella, la piedra, la planta, el fruto, el hombre.

La causa final es aquello por lo cual algo se hace: así el amor a la ciencia es la causa final del trabajo de los estudiantes. El fin es la causa primera; en efecto mueve a la misma causa eficiente.

Pero los principios de la causalidad eficiente y final se tratan como acciones o dignidades, es decir, como principios universales y de por sí conocidos por todos los seres racionales.

Las principales formulas de la causalidad eficiente, se llaman sencillamente "Principio de Causalidad", son aproximadamente las siguientes:

⁶² Carolus Boyer S.J. "Cursus Philosophie", Declee de Brower y sucesores, 1937, Paginas 354 y ss

Todo efecto tiene una causa, no significa formalmente lo que fue hecho por la causa para que no caigamos en la tautología, si no aquello que de cualquier manera llega a la existencia de la no existencia.

Todo lo que es contingente tiene una causa; contingente quiere decir lo que no existe por esencia, sino puede ser o no ser ⁶³

Hablemos primeramente del principio de causalidad:

Para aquellos que niegan la objetividad del concepto de causa es necesario que por lo menos conviertan el sentido del principio de causalidad a su antojo, entendiendo aquello como afirmación de sucesión regular de los fenómenos; además en cuanto empiristas y positivistas acostumbran colocar aquello en el campo de la experiencia sensible; finalmente otros en este campo lo consideran como principio indiscutible y sin excepción (se llaman deterministas) otros empero y más lógicamente como el mismo Hume no sirven para atribuir a ellos la certeza verdadera. Para expresar eso, Kant dijo que el principio de causalidad era científico a priori: en verdad a priori por que es universal y necesario; científico; por que en el juicio "Lo que comienza tiene una causa", no se contiene el predicado de tener causa en el sujeto "lo que comienza", sino que se une por la Ley de la mente para que el conocimiento sea posible" Según Kant: Lo que comienza tiene una causa: El principio de finalidad se así: Lo que se hace se hace por un fin o todo agente tiene un fin.

Según las conclusiones del peritazgo:

"... La magnitud de las temperaturas de la zona directamente comprometida en el incendio y el obligado uso de la acción refrigerante de agua utilizada para la extinción, hace extremadamente difícil el poder descartar que internamente la turbina no fuera afectada de alguna forma; y la dificultad reportada para iniciar el giro lento de la turbina cuando se puso nuevamente en operación después del incendio, encaja con la conclusión del inicio del deterioro por efecto del incendio..."⁶⁴ para concluir luego que "...los indicios analizados son demostrativos del carácter evolutivo de los daños a partir del incendio, donde el efecto inicial pudo haberse limitado simplemente a la pérdida inicial de los ajustes y tolerancias, lo cual es suficiente para culminar en el deterioro en mayor o menor grado de los apoyos de las superficies y estructuras de sello de algunos álabes y finalmente en el

⁶⁴ Folio 36 de Cuaderno del Dictamen Pericial

*alabeo inadmisibile que presento el eje..."*⁶⁵ y que *"...esta visión de los acontecimientos básicamente coincide con las apreciaciones de la firma especializada Mechanical Dynamics and Analysis que efectuó la reparación del equipo..."*⁶⁶, reproducida en el Anexo 9 del dictamen pericial⁶⁷.

Concluyen igualmente los peritos que

*"...es conveniente no perder de vista la independencia que existe entre la causa condicionante de la unidad para la exclusión del cubrimiento por rotura de maquinaria y aquella que obligo a la reparación de la turbina. La primera tuvo origen en la disminución del ajuste de uno de los polos del rotor del generador, asunto que fue detectado por el mismo personal de operación a raíz de la identificación de un problema similar en las unidades "gemelas" de Termobarranquilla"*⁶⁸, y, agregan, que *"..Por lo anterior se puede concluir que la flexión, doblez o pandeo del eje de la turbina de la Unidad III de TERMOCARTAGENA fue una de las consecuencias del incendio del 2 de Noviembre de 1997..."*⁶⁹

Sobre aquellas conclusiones del peritazgo observa el Tribunal:

Con evidente falta de lógica y coherencia en el dictamen se hace alusión a la causa para la exclusión del amparo en la póliza y a la causa que obligó a la reparación de la turbina, sin mencionar esta última, en inexcusable omisión.

Califican los peritos como "indicios" una serie de hechos reconocidos a partir del incendio, para luego, en forma tajante, derivar de aquellos "consecuencias" resultantes del incendio, operando un tránsito inaceptable de lo que los mismos peritos llaman "indicios" al de "causa eficiente" en el sentido ya comentado.

Una lectura cuidadosa de las conclusiones del informe de Mechanical Dynamics and Analysis y del informe de McLarens Toplis permite concluir que la visión de lo sucedido, en ambos informes, no "coincide básicamente" con el peritazgo, como lo afirman los peritos sin fundamento en la realidad.

⁶⁵ Folio 37 del Cuaderno del Dictamen Pericial

⁶⁶ Folio 37 del Cuaderno del Dictamen Pericial

⁶⁷ Folio 57 del Cuaderno del Dictamen Pericial

⁶⁸ Folio 38 del Cuaderno del Dictamen Pericial

⁶⁹ Folio 38 del Cuaderno del Dictamen Pericial

En efecto, la firma Mechanical Dynamics and Analysis después de una serie de consideraciones técnicas sobre casos como el que nos ocupa concluye:

"...No hay datos suficientes para confirmar a ciencia cierta la teoría del incendio como causa de la fricción y la dobladura, aunque si hay evidencia para soportar que el intersticio entre los sellos se aumento mucho inmediatamente después del incendio...."

Esta afirmación claramente no coincide, no puede coincidir, con lo que a juicio de los peritos, *"...fue una de las consecuencias del incendio del 2 de Noviembre de 1997..."*

La firma McLaren Toplis en su informe no comentado en el peritazgo afirma: *"...En conclusión no existen pruebas contundentes de la causa de la dobladura del rotor..."*.

Las consideraciones anteriores, a juicio del Tribunal, permiten sostener que el dictamen de los peritos ingenieros no arroja suficiente luz, ni evidencia nada sobre una posible relación de causalidad entre los dos eventos, el incendio del 2 de noviembre de 1997 y lo ocurrido el 24 de marzo de 1998, como lo pretende el demandante.

Sobre la necesidad de la existencia de una relación o vínculo de causalidad entre el daño, la obligación de pagar y el siniestro, dice Isaac Halperín⁷⁰, lo siguiente:

*"... 6. Relación de causalidad.- Es indispensable que exista una relación causal entre el daño u obligación de pagar y el siniestro. Hay que distinguir dos grupos de seguros: a) el fundado en el principio de **la universalidad de los riesgos**, en los cuales el asegurador responde sin considerar la causa, que es indiferente: seguros sobre la vida, de animales, marítimos, de transporte (excepto las limitaciones objetivas que se pacten: plazo, lugar, riesgos excluidos por la ley o el contrato); b) los regidos por el principio de **la especialidad del riesgo**, en los cuales el asegurador sólo responde por el daño causado por el riesgo determinado con la mayor precisión posible (comprende a la mayor parte de los seguros: incendio, robo, granizo, responsabilidad civil, etc.)*

*La relación causal entre el daño y el siniestro se rige por las reglas de **la causalidad adecuada**.*

⁷⁰ Isaac Halperín, Lecciones de Seguros, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976, Páginas 67 y 68

El asegurado debe probar no sólo que se produjo el siniestro, sino que se halla dentro de la garantía pactada: basta que pruebe la verosimilitud de estos extremos. Pesa a su vez sobre el asegurador la prueba de que el siniestro ha sido causado por un riesgo excluido, porque persigue su liberación...”

De la doctrina filosófica universalmente aceptada se concluye que la relación de causalidad sólo puede darse, cuando lo que se predica, como efecto o resultado, ha derivado de la causa inicialmente mencionada nada menos que la existencia de un nuevo hecho o fenómeno.

Del cuidadoso análisis que el Tribunal ha hecho, de los diferentes informes y de los fenómenos descritos, puede concluirse, sin temor racional de equivocación, que lo ocurrido el 24 de marzo de 1998 no guarda ninguna relación de causalidad con el incendio del 2 de noviembre de 1997.

Así lo reconoció, además, el representante legal de TERMOCARTAGENA, quien al ser interrogado por el apoderado de ROYAL acerca de si TERMOCARTAGENA disponía de una prueba contundente sobre el origen de los daños del rotor de la turbina de la unidad III, contestó: ⁷¹

“...NO SE PUEDE PROBAR AL CIEN POR CIENTO QUE LOS DAÑOS DEL INCENDIO ORIGINARON LOS DAÑOS DEL 24 DE MARZO...”
(Negrillas del Tribunal para destacar).

Esta confesión del representante legal de TERMOCARTAGENA, expresa, consciente, libre y espontánea, que tiene plena validez legal,⁷² resulta a todas luces concluyente para el Tribunal, toda vez que le confirma la inexistencia de una prueba eficaz que demuestre que los daños descubiertos en el mes de marzo de 1998 fueron consecuencia o se originaron en el incendio del 2 de noviembre de 1997.

En estas condiciones fluye la carencia de fundamento legal y contractual de la reclamación que TERMOCARTAGENA efectuó a ROYAL, que no corresponde a la realidad de los hechos alegados, y que se apoya en meras hipótesis, supuestos, teorías, suposiciones y conjeturas.

⁷¹ Folios 200 a 204 y 206 y 207 Cuaderno de Pruebas Número 5

⁷² El artículo 198 del CPC, establece que: “... Vale la confesión del representante legal, el gerente, administrador o cualquiera otro mandatario de una persona, mientras esté en el ejercicio de sus funciones, en lo relativo a actos y contratos comprendidos dentro de sus facultades para obligar al representado o mandante. La confesión por representante podrá extenderse a hechos o actos anteriores a su representación...”

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
TERMOCARTAGENA S.A. (ESP) CONTRA ROYAL & SUNALLIANCE SEGUROS
(COLOMBIA) S.A.
LAUDO ARBITRAL

Con fundamento en la conducta procesal de las partes, que es potestativo del juez analizar en la sentencia ⁷³, el procedimiento seguido por TERMOCARTAGENA, para pretender el pago de una indemnización por la ocurrencia de un siniestro que no está en capacidad de demostrar, basándose apenas en sus propias conjeturas e hipótesis, e ignorando las exigencias legales que son presupuesto inexcusable para el surgimiento de su derecho, a obtener la indemnización reclamada, mediante la presentación de plenas pruebas, es una conducta inadmisibles a juicio del Tribunal.

Tal comportamiento tampoco se compecede con la exquisita observancia de la buena fe contractual mencionada por los tratadistas.⁷⁴

Resulta claro así, para el Tribunal, que ni del dictamen pericial, ni de ninguno de los otros medios probatorios incorporados al proceso, es posible llegar, en el caso que nos ocupa, a la certeza moral necesaria y suficiente para pronunciar una sentencia, disponiendo apenas, con base en los indicios ya comentados, de una cuasicerteza o probabilidad, extremo de la prueba absoluta, imposible de ser obtenida por medio alguno, pero con fundamento en la cual probabilidad no es posible dictarla.⁷⁵

En estas condiciones y ante el conjunto de pruebas incorporadas y controvertidas plenamente por las partes, el Tribunal tiene la plena convicción de que no se acreditó, ni judicial ni extrajudicialmente, que los daños sufridos por el rotor de la turbina de la unidad III de TERMOCARTAGENA en el mes de marzo de 1998 se ocasionaron como consecuencia del incendio ocurrido en ella el día 2 de noviembre de 1997, evento que constituye el riesgo asumido por ROYAL, por lo que la demanda resulta huérfana de sustento fáctico y carece de todo fundamento legal y contractual.

Si la carga de la prueba de la ocurrencia del siniestro recae en la parte demandante, conforme al artículo 1077 del Código de Comercio, y si en autos este hecho cardinal del proceso no se demostró, las pretensiones de la demanda no se pueden abrir paso, tal como se dispondrá en la parte resolutive de este laudo arbitral.

⁷³ Artículos 249 y 250 del CPC

⁷⁴ Joaquín Garrigues, citado por J. Efrén Ossa G, Op. Cit. Pág. 41

⁷⁵ Laudo Arbitral de Empresa Colombiana de Petróleos Vs Stewart & Stevenson Operations Inc, 28 de Enero de 2000, Pág. 29)

NOVENO: SOBRE LAS EXCEPCIONES Y DEFENSAS

Al contestar la demanda el apoderado de ROYAL propuso las siguientes excepciones de fondo que deben ser resueltas en el laudo arbitral tal como lo dispone el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil: INEXISTENCIA DE SINIESTRO, INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 1077, DE RIESGO EXCLUIDO, DE INEFICACIA DEL CONTRATO, DE ILEGALIDAD DE LA SOLICITUD DE INDEMNIZACIÓN, DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO POR AGRAVACIÓN DEL RIESGO, DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO, DE NULIDAD DEL CONTRATO DE SEGURO POR RETICENCIA, DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR LUCRO CESANTE y GENÉRICA.

Al no haberse acreditado ninguno de los extremos del artículo 1077 del Código de Comercio, es de elemental lógica concluir que las excepciones correlativas, planteadas por ROYAL, denominadas como de inexistencia de siniestro y de incumplimiento del artículo 1077 del Código de Comercio, se abren paso y se declararán probadas en la parte resolutive del laudo, lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, relevaría al Tribunal del estudio de otras excepciones pero, por la importancia del tema y del debate planteado por las partes, se ocupará del estudio de la excepción de PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO.

Esta excepción se sustenta en el hecho de haber transcurrido el término previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio para la extinción de la obligación a cargo de ROYAL de pagar la indemnización reclamada.

Bajo el entendido de que el siniestro corresponde exclusivamente al evento de 24 de marzo de 1998 y no al incendio de 2 de noviembre de 1997, el apoderado de ROYAL manifiesta que la nueva demanda fue presentada el 13 de abril de 2000, cuando ya había transcurrido el término de prescripción extintiva previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio.

Han discutido las partes sobre esta excepción argumentando y contra argumentando sobre los efectos y alcances de la sustitución de la demanda y si en efecto operó o no la extinción de la obligación de indemnizar como consecuencia de la prescripción.

La prescripción es un modo de extinguir las obligaciones que opera y se consuma por el simple transcurso del tiempo.

Para que ocurra válidamente se requiere de la concurrencia de al menos los siguientes elementos: Que la obligación sea prescriptible como consecuencia de

una norma que así lo consagre; la inacción del acreedor en reclamarla y el transcurso de cierto tiempo previsto por la Ley.

Los efectos de la prescripción permiten la extinción de la obligación que deja de ser exigible y deviene en obligación natural.

Por la prescripción se adquieren las cosas ajenas, se extinguen las acciones y derechos.

Hay prescripciones de largo y de corto tiempo según los artículo 2536 y 2542 y 2543 del Código Civil.

La prescripción es renunciable expresa o tácitamente pero sólo después de cumplida, según el artículo 2514 del Código Civil; y puede ser interrumpida y suspendida en legal forma conforme al artículo 2539 ibídem.

Pero para que la interrupción de la prescripción ocurra, ello deberá ser solo por medio de demanda judicial siguiendo para ello las reglas previstas en los artículo 90 y 91 del Código de Procedimiento Civil.

Para la interrupción judicial de la prescripción no sólo se requiere de la presentación de la demanda, pues solo operará cuando se notifique al demandado el auto admisorio de la misma en la forma prevista en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil.

De conformidad con el artículo 2513 del Código Civil, el que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla, principio este que es ratificado por el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, que establece que la misma jamás puede ser declarada de oficio por el Juez.

La prescripción en el contrato de seguros se encuentra establecida en el artículo 1081 del Código de Comercio ⁷⁶ y puede ser ordinaria o extraordinaria. Aquella será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción; y esta será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará desde el

⁷⁶ El artículo 1081 del C. de Co. establece: "... La prescripción de las acciones que derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria. La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho. Estos términos no pueden ser modificados por las partes..."

momento que nace su respectivo derecho. Estos términos no pueden ser modificados por las partes.

En estas condiciones el inciso primero del artículo 1081 resulta aplicable para todas las acciones que derivan del contrato de seguro, vale decir la de cobro de la prima por parte del asegurado, la de cobro de la indemnización por parte del asegurado, la de nulidad, la del ejercicio de la subrogación, la de entregar la póliza, etc.

La expresión contenida en el artículo 1081 acerca del momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción ha suscitado polémica, pues muchos autores han sostenido que ese hecho corresponde al siniestro, al paso que en el seguro de responsabilidad lo sería la demanda.

En sentencia de 7 de julio de 1977, con ponencia del Magistrado José María Esguerra Samper,⁷⁷ la Corte Suprema de Justicia estableció que por interesado debía entenderse quien deriva algún derecho del contrato de seguro quienes al tenor de los numerales 1, 2 y 3 del artículo 1047 del Código de Comercio pueden ser: el tomador, el asegurado, el beneficiario y el asegurador.

Finalmente, la prescripción en materia de seguro no puede ser modificada por ninguna de las partes.

Como ya se dijo anteriormente, la prescripción puede ser interrumpida mediante demanda judicial y notificación personal al demandado del auto admisorio de la demanda durante los plazos previstos en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil.

Aplicando lo anterior al caso controvertido, se tiene que TERMOCARTAGENA aduce en la demanda que el siniestro es uno solo y corresponde al incendio que ocurrió el día 2 de noviembre de 1997, teniendo así los dos eventos, el de noviembre de 1997 y el de marzo de 1998, como un solo siniestro iniciado en esa fecha.

Por tanto, es claro para el Tribunal que a partir del 2 de noviembre de 1997 TERMOCARTAGENA tuvo conocimiento del hecho que da base a la acción que intenta ante este Tribunal de Arbitramento.

⁷⁷ Gaceta Judicial, Tomo CLV, Primera Parte, Número 2398, páginas 139 a 154

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
TERMOCARTAGENA S.A. (ESP) CONTRA ROYAL & SUNALLIANCE SEGUROS
(COLOMBIA) S.A.
LAUDO ARBITRAL

Veamos entonces, si la prescripción extintiva que corre a favor de ROYAL, fue interrumpida en legal forma por TERMOCARTAGENA para lo cual conviene analizar los siguientes hechos:

La demanda fue introducida por TERMOCARTAGENA, ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, el día 29 de octubre de 1999.

La misma fue admitida por auto de 9 de noviembre de 1999, notificado en estado 079, de 18 de noviembre siguiente.

El mismo día, el 18 de noviembre de 1999, mediante escrito radicado ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, el representante legal de TERMOCARTAGENA revocó el poder que había otorgado a su apoderado William Salazar Luján.

La revocatoria del poder fue aceptada por el Centro de Conciliación y Arbitraje mediante Auto de marzo 6 de 2000, notificado en el estado 014 de 13 de marzo siguiente, en el cual se dispuso, además, la suspensión del proceso.

Mediante escrito presentado por el nuevo apoderado de TERMOCARTAGENA el 9 de marzo de 2000, se desistió de la suspensión del proceso y se solicitó continuar con el trámite arbitral.

Por medio de auto de 23 de marzo de 2000, notificado en el estado 017 del 3 de abril siguiente se reconoció personería al doctor Santacruz Chávez como nuevo apoderado de TERMOCARTAGENA, se ordenó continuar con el trámite arbitral y se dispuso la notificación personal del auto admisorio de la demanda a ROYAL.

El 13 de abril de 2000 el Dr. Santacruz Chávez sustituyó la demanda por una nueva, sustitución que fue aceptada por el Centro de Arbitraje, por Auto de abril 28 de 2000, notificado en el estado 022 de mayo 2 siguiente.

El 5 de mayo de 2000 se notificó personalmente el auto admisorio del escrito de sustitución de la demanda al representante legal de ROYAL.

Ante todo el Tribunal se refiere a la suspensión del proceso arbitral ordenada por la entonces directora encargada del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio, mediante auto de marzo 6 de 2000, para no menos que censurar dicho proceder, pues siendo las normas procesales de orden público y de riguroso cumplimiento tanto para las partes como para el Juez como lo dispone el artículo 6 del Código de Procedimiento Civil, mal podía dicha funcionaria haber decretado esa suspensión y, menos, en la forma en la cual lo hizo, ignorando grave e

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
TERMOCARTAGENA S.A. (ESP) CONTRA ROYAL & SUNALLIANCE SEGUROS
(COLOMBIA) S.A.
LAUDO ARBITRAL

inexcusablemente que el proceso arbitral, como todos los procesos, solo puede ser suspendido por las taxativas causales previstas en el artículo 170 ibídem.

En efecto, la entonces directora del Centro de Arbitraje procedió a suspender el proceso aduciendo que en conformidad con el artículo 63 del Código de Procedimiento Civil ante la revocatoria del poder, el proceso no podía avanzar *“...toda vez que para continuar con las actuaciones, el solicitante debe actuar mediante apoderado judicial (abogado), razón por la cual no se puede dar continuación al trámite arbitral de la referencia...”*

No obstante en forma inexcusable la directora del Centro de Arbitraje no se percató que la falta de abogado en ningún momento deviene en causal de suspensión del proceso, como equivocadamente supuso, ni tuvo en cuenta que el artículo 63, por ella invocado, tampoco establece la revocatoria del poder como causal justificativa para esa suspensión.

Lo propio puede predicarse del apoderado de TERMOCARTAGENA quien teniendo el deber de verificar que la suspensión del proceso obedeciese a una causal legalmente establecida, interponiendo al efecto los recursos correspondientes, no lo hizo.

En estas condiciones estima el Tribunal que, no habiendo ocurrido ninguna de las causales de la suspensión del proceso, de las previstas en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, éste jamás se suspendió en legal forma y, por tanto, los términos de prescripción corrieron ininterrumpidamente desde el 2 de noviembre de 1997.

En efecto, si el auto admisorio de la convocatoria arbitral fue notificado al apoderado de TERMOCARTAGENA mediante anotación en el estado 079 del 18 de noviembre de 1999, a partir del día siguiente, esto es el 19 de noviembre comenzó a correr el término de 120 días previsto en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil para la notificación al demandado del auto admisorio de la convocatoria arbitral.

La demanda inicialmente presentada por el Dr. Salazar Luján fue sustituida y modificada, como ya se dijo, el día 13 de abril, y en ella se prescindió por TERMOCARTAGENA de demandar a las compañías coaseguradoras Aseguradora Grancolombiana S.A. y Seguros Atlas S.A.; se adicionaron unos hechos y se modificaron otros; y se modificó sustancialmente la pretensión segunda de la demanda en el sentido de rebajar sus aspiraciones de USD\$3'862.799,31 a USD\$1'017.665.51, habiéndose integrado la nueva demanda en un solo escrito que, se repite, fue presentado por el doctor Santacruz Chávez, el día 13 de abril de 2000.

Dicha demanda sustituida fue admitida por el Director del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, por medio de Auto de abril 28 siguiente, que fuera notificado personalmente al representante legal de ROYAL tan solo el 5 de mayo siguiente.

Ocurre que para la fecha en que se presentó la sustitución de la demanda, el 13 de abril de 2000, y se notificó su auto admisorio al representante legal de ROYAL, ya había transcurrido con suficiencia el plazo de dos años previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio, para la consumación de la prescripción extintiva de la acción ejercitada por TERMOCARTAGENA.

Sobre los efectos de la interrupción de la prescripción, cuando se adiciona demanda, y se notifica al demandado el auto correspondiente, la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de 29 de noviembre de 2000, con ponencia del Magistrado Luis Gonzalo Toro Correa⁷⁸ expresó lo siguiente:

“...Con arreglo a lo dispuesto en lo pertinente del artículo 91 del CPC, la presentación de la demanda interrumpe la prescripción e impide que ella se produzca, siempre que auto admisorio de aquella o el de mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique al demandado dentro de los 120 días siguientes a la notificación del demandante de tales providencias, por estado o personalmente.

No obstante lo consagrado por la norma civil comentada, la demanda introductoria del juicio no puede tomarse como punto de partida para fijar la interrupción de la prescripción cuando el trabajador deja por fuera de ella alguna pretensión y solo viene a formularla en la adición de la demanda, pues en este último caso, necesariamente es preciso considerar como tal la fecha en que opera la notificación de la mentada edición de la demanda.

El precedente raciocinio es el lógico y justo, pues en el momento en que se entera la demandada de la reclamación que le hace el actor, en virtud de la adición de la demanda, es cuando tiene la posibilidad de allanarse, o ponerse o ejercitar en su defensa cualquier excepción y no aquel en que se notifico la demanda inicial y no se le pidió en concreto aquello que es materia de reclamación en la adición.

Para concluir precisa decirse que en aquellos eventos en que hay adición de la demanda respecto de una pretensión concreta, es la fecha en que se notifica a la parte demandada de la misma la que debe tenerse en cuenta

⁷⁸ Jurisprudencia y Doctrina, Tomo XXX, número 349, Editorial Legis, Bogotá, Enero de 2001, Páginas 26 y 27

para efectos de la interrupción de la prescripción y no la de la presentación de la demanda inicial...”

Aplicando la anterior jurisprudencia al caso sometido a su consideración, estima el Tribunal que en cuanto la demanda modificada adicionada, y sustituida íntegramente el día 13 de abril de 2000, según hechos y pretensiones que solo fueron puestos en conocimiento del representante legal de ROYAL el 5 de mayo siguiente, no puede afirmarse que se haya interrumpido la prescripción desde la fecha de presentación de la demanda original, 29 de octubre de 1999, pues como con acierto lo definió la Corte en la jurisprudencia antes mencionada, sólo a partir de la fecha de esa notificación la aseguradora podría allanarse, oponerse o ejercitar su defensa, no pudiéndose así predicar la interrupción de una prescripción que, evidentemente y sin lugar a dudas, se consumó con anterioridad a la fecha en que se sustituyó, modificó y adicionó la demanda.

Por tanto en la parte resolutive de este laudo arbitral también se declarará probada la excepción de prescripción.

DÉCIMO: SOBRE GASTOS Y COSTAS

Las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, según se declarará en la parte resolutive del presente laudo.

Así las cosas y con fundamento en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, se condenará a TERMOCARTAGENA S.A. ESP al pago del cien por ciento (100%) de las costas del proceso, incluidos los gastos del mismo, y al pago de las agencias en derecho, conforme a la siguiente liquidación:

Costas del proceso

- Gastos y honorarios del proceso, según Acta de Instalación: Ciento cuarenta millones de pesos (\$140'000.000,00)
- 10% del valor de los honorarios fijados por el Tribunal a la traductora – intérprete: Ochocientos mil pesos (\$800.000,00)
- 20% del valor de los honorarios fijados por el Tribunal a los peritos economistas: Ocho millones ochocientos mil pesos (\$8'800.000,00)
- 100% del valor de los honorarios fijados por el Tribunal a los peritos economistas: Cuarenta y cuatro millones ochocientos mil pesos (\$44'000.000,00)

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
TERMOCARTAGENA S.A. (ESP) CONTRA ROYAL & SUNALLIANCE SEGUROS
(COLOMBIA) S.A.
LAUDO ARBITRAL

- 100% de los gastos fijados fijados a los peritos ingenieros: Doce millones de pesos (\$12'000.000,00)

TOTAL DE LAS COSTAS: DOSCIENTOS CINCO MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$205'600.000,00)

Agencias en derecho

Se fijan en la suma de **SETENTA MILLONES DE PESOS (\$70'000.000,00)** a cargo de TERMOCARTAGENA y en favor de ROYAL.

TOTAL DE COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO: DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$275'600.000,00).

CAPÍTULO V – PARTE RESOLUTIVA

El mérito de lo expuesto, el Tribunal de arbitramento constituido para dirimir el derecho las diferencias presentadas entre TERMOCARTAGENA S.A. ESP y ROYAL & SUNALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar no probadas las objeciones formuladas por el apoderado de TERMOCARTAGENA S.A. ESP al dictamen pericial presentado por los peritos economistas Enrique Luque Carulla y Camilo Fajardo Infantino.

SEGUNDO: Declarar no probada la tacha de sospecha formulada por el apoderado de TERMOCARTAGENA S.A. ESP a la testigo Maria Teresa Pineda Buenaventura.

TERCERO: Denegar la totalidad de las pretensiones de la demanda formulada por TERMOCARTAGENA S.A. ESP., en contra de ROYAL & SUNALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A.

CUARTO: Declarar probadas las excepciones de inexistencia de siniestro; de incumplimiento del artículo 1077 del Código de Comercio, y de prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, propuestas por ROYAL & SUNALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A.

QUINTO: En consecuencia, absolver a ROYAL & SUNALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A. de todos y cada uno de los cargos contenidos en la demanda formulada por TERMOCARTAGENA S.A. ESP.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
TERMOCARTAGENA S.A. (ESP) CONTRA ROYAL & SUNALLIANCE SEGUROS
(COLOMBIA) S.A.
LAUDO ARBITRAL

SEXTO: Condenar a TERMOCARTAGENA S.A. ESP a pagar a ROYAL & SUNALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A., a la ejecutoria de este laudo arbitral, todos los gastos y costas del presente proceso arbitral conforme a lo establecido en la parte motiva de este laudo, en cuantía de doscientos setenta y cinco millones seiscientos mil pesos (\$275'600.000,00).

SÉPTIMO: Por secretaría, expídanse copias auténticas de este laudo a cada una de las partes, a la Procuraduría General de la Nación y al Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá.

OCTAVO: En firme el laudo, el presidente ordenará su protocolización en una Notaría del Círculo de esta ciudad de Bogotá DC.

CÚMPLASE

El presente laudo arbitral quedó notificado en estrados.

Siendo las 5:00 P.M. se levantó la sesión, previa firma del Acta por quienes en ella intervinieron.

LUIS FERNANDO SALAZAR LÓPEZ
PRESIDENTE

ANTONIO COPELLO FACCINI
ÁRBITRO

ERNESTO VILLAMIZAR CAJIAO
ÁRBITRO (Con salvamento de voto)

JUAN PABLO RIVEROS LARA
Secretario

WILLIAM JAVIER ARAQUE JAIMES
Apoderado

ANTONIO PABÓN SANTANDER
Apoderado