

## LAUDO

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil dos (2002)

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal de Arbitramento a dictar el Laudo que pone fin al proceso arbitral entre la EMPRESA DE ENERGIA DE BOYACA S.A. E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS, por una parte, y LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, por la otra.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. EL TRAMITE ARBITRAL

1.1. La EMPRESA DE ENERGIA DE BOYACA S.A. E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS por conducto de apoderado especial designado para el efecto, solicitó el 25 de octubre de 2000 la convocatoria de este Tribunal al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y demandó a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, con fundamento en la cláusula compromisoria de la POLIZA DE SEGURO DE ROTURA DE MAQUINARIA No. U-0119978 y sus anexos expedida por LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS con vigencia a partir del día 1º de abril de 1994 y renovada hasta 31 de marzo de 1999, la cual fue tomada por ELECTRIFICADORA DE BOYACA S.A. -hoy Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.- y cuya asegurada y beneficiaria es la misma Electrificadora de Boyacá S.A.. En la Cláusula 19 de las Condiciones Generales de dicha póliza (folio 13 Cdno. de Pbas. 1) se pactó arbitramento en los siguientes términos:

#### "19.- CLAUSULA DE ARBITRAMENTO

Las controversias que eventualmente puedan surgir entre la Compañía y el Tomador, Asegurado o Beneficiario por razón de la celebración, ejecución o terminación del contrato de seguro en esta Póliza, serán sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento que será nombrado y actuará de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2279 de 1989."

1.2. El Centro de Arbitraje y Conciliación admitió la solicitud de convocatoria por auto de treinta y uno (31) de octubre de dos mil (2000) (folio 35 Cdno Ppal. 1); esta providencia fue notificada a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS el veintiuno (21) de noviembre siguiente y se le corrió traslado de la demanda en los términos de los artículos 428 y concordantes del Código de Procedimiento Civil. El cinco (5) de diciembre de dos mil (2000) la parte convocada contestó la demanda, se opuso a las pretensiones, solicitó pruebas y propuso excepciones de mérito (folios 37 a 46 Cdno. Ppal. 1). De las excepciones se le corrió traslado a la convocante quien no hizo manifestación alguna.

1.3. El veintidós (22) de enero de dos mil uno (2001) el apoderado de la EMPRESA DE ENERGIA DE BOYACA S.A. E.S.P. presentó reforma de la demanda en la que sustituyó la totalidad de las pretensiones 4.4. y 4.5. del capítulo respectivo y el numeral 21 del capítulo correspondiente a los Hechos (folios 51 a 53 Cdno Ppal. 1). Por auto de veintitrés (23) de enero siguiente el Centro de Arbitraje admitió la reforma y corrió traslado de la misma a la parte convocada en los términos del artículo 89 del C. de P. C. (Folios 54 Cdno Ppal.)

1.4. El treinta (30) de enero de dos mil uno (2001) el apoderado de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS contestó la reforma de la demanda, solicitó pruebas, se opuso nuevamente a las pretensiones y reiteró y adicionó las excepciones de mérito de la contestación inicial. (Folios 55 a 57 del Cdno. Ppal. 1).

1.5. En cumplimiento a lo dispuesto por el numeral 2. del artículo 141 del Decreto 1818 de 1998, y con la asistencia de los representantes legales de las partes y de sus apoderados, el veintiuno (21) de febrero dos mil uno (2001) se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, que resultó fallida, razón por la cual se dispuso continuar el trámite arbitral. (Folios 71 y 72 C. Ppal No. 1).

1.6. En memorial conjunto presentado el 10 mayo de 2001, agregado al expediente a folios 81 y 82 del Cdo. Ppal., los apoderados de las partes, de común acuerdo, designaron como árbitros para integrar este Tribunal a los doctores JORGE SUESCUN MELO, MARISTELLA SANIN POSADA y BERNARDO BOTERO MORALES

Los árbitros designados fueron informados de su nombramiento por el Director del Centro de Arbitraje y manifestaron su aceptación dentro del término legal. En comunicaciones de 3 y 9 de octubre de 2001 los representantes legales de las partes ratificaron la designación de los árbitros. (Acta No. 3)

1.7. Previas las citaciones correspondientes por parte del Centro de Arbitraje y Conciliación, el Tribunal de Arbitramento se instaló en audiencia celebrada el once (11) de septiembre de dos mil uno (2001) a la que asistieron los representantes legales de las partes y sus apoderados; en la audiencia fue designado como Presidente el doctor JORGE SUESCUN MELO y como Secretaria la doctora FLORENCIA LOZANO REVEIZ.

En la audiencia de instalación los árbitros señalaron las sumas de honorarios de los miembros del Tribunal, así como la partida de gastos de funcionamiento y se fijó como sede del Tribunal las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá en el norte (folios 112 a 114 del Cdo Ppal. 1). Dentro de la oportunidad legal las partes consignaron, en la proporción correspondiente, las sumas de gastos y honorarios del Tribunal en manos de su Presidente.

1.8. Una vez fue notificada de su nombramiento la Secretaria aceptó el cargo y tomó posesión del mismo ante el Presidente del Tribunal según consta en el Acta No. 2 de veintiocho (28) de septiembre de dos mil uno (2001) (folios 122 y 123 Cdo. Ppal. 1). En esa misma oportunidad se cambió la sede de la Secretaría del Tribunal a las oficinas de la Secretaria ubicadas en la Carrera 7 No. 32 -33 Of. 1704 de Bogotá y se señaló fecha para la primera audiencia de trámite.

1.9. El nueve (9) de octubre de dos mil uno (2001) se llevó a cabo la primera audiencia de trámite de este proceso arbitral; en ella se leyó la cláusula compromisoria de contrato de seguro que dio origen a este proceso arbitral; igualmente se leyeron las pretensiones, las excepciones propuestas y se precisó la cuantía del proceso. Por auto de esa fecha el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las controversias patrimoniales suscitadas entre las partes de este proceso arbitral y decretó las pruebas a instancia de las partes. Dicha providencia no fue objeto de recursos. (Acta No. 3, folios 130 a 143 Cdo. Ppal. 1).

1.10. De conformidad con lo establecido por el Artículo 19 del Decreto 2279 de 1989 modificado por el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, el término de duración de este proceso es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite del Tribunal -sin perjuicio de prórrogas, suspensiones o interrupciones- y según consta en el Acta No. 3, ésta se terminó el nueve (9) de octubre de 2001. En consideración a que el término del proceso arbitral fue suspendido en varias oportunidades, por solicitud conjunta de los apoderados de las partes, por un total de 217 días, el término de este proceso vence el 12 de noviembre de 2002, por lo cual el Tribunal se encuentra dentro de la oportunidad legal para proferir laudo.

1.11. La Procuraduría General de la Nación intervino en el proceso a través de la Procuradora 51 Judicial, doctora Esther Abello Trujillo.

1.12. Durante el trámite del proceso el Tribunal sesionó en 13 audiencias, en las que practicó las pruebas decretadas a solicitud de ambas partes. Agotada la instrucción, en la audiencia de diez (10) de septiembre de dos mil dos (2002) (Acta No. 13) el Tribunal oyó a los apoderados de las partes en sus alegatos de conclusión. Igualmente la Procuradora 51 presentó el concepto del Ministerio Público en la fecha de alegatos.

## 2. PRESUPUESTOS PROCESALES

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos legales indispensables para la validez del proceso arbitral, por lo cual puede proferir laudo.

En efecto, de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal se estableció:

2.1. Competencia: Conforme se declaró desde la primera audiencia de trámite, el Tribunal es competente para conocer y decidir las pretensiones de las partes. Las actuaciones procesales se desarrollaron con la observancia de las previsiones legales correspondientes y no se advierte causal alguna de nulidad, por lo que el Tribunal de Arbitramento puede dictar laudo de mérito, el cual se profiere en derecho.

## 2.2. Partes Procesales:

2.2.1. Parte Demandante: Es la EMPRESA DE ENERGIA DE BOYACA S.A. E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS, sociedad anónima de nacionalidad colombiana, clasificada como una empresa de servicios públicos mixta de orden nacional, sometida al régimen de las empresas de servicios públicos domiciliarios y a las normas especiales que rigen a las empresas del sector eléctrico. De conformidad con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Tunja el 20 de septiembre de 2000, que obra a folios 26 a 33 del Cuaderno Principal, esta sociedad fue constituida mediante Escritura Pública No. 268 de 9 de febrero de 1955 de la Notaría Quinta de Bogotá con la denominación de "Centrales Eléctricas de Tunja S.A." y ha sido reformada en varias ocasiones, siendo la última de ellas la realizada por la Escritura Pública No. 1569 de 12 de julio de 2000 de la Notaría Primera de Tunja, por la cual cambió su razón social por la actual.

Tiene su domicilio en Tunja Departamento de Boyacá, y su representante legal es el Presidente, cargo que a la fecha de la certificación ejerce ORLANDO FLECHAS CORREDOR.

2.2.2. Parte Demandada: Es LA PREVISORA S.A. COMPAÑIA DE SEGUROS, sociedad anónima de nacionalidad colombiana, que de acuerdo con la certificación expedida por la Superintendencia Bancaria el 24 de octubre de 2000, agregada al expediente a folios 1 y 2 del Cuaderno de Pruebas No. 1, es una entidad aseguradora, compañía de seguros generales, sociedad de Economía Mixta del orden nacional, sometida al régimen de las empresas comerciales e industriales del Estado, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

Fue constituida por Escritura Pública No. 2146 del 6 de agosto de 1954 de la Notaría Sexta de Bogotá y ha sido reformada en varias oportunidades. Tiene su domicilio en Bogotá D.C. Su representante legal es el Presidente, cargo que a la fecha de la certificación ejerce ALVARO RAMON ESCALLON EMILIANI.

2.3. Capacidad: Tanto la sociedad convocante como la convocada tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna al efecto. Ambas sociedades derivan dicha capacidad de las normas que las rigen; las diferencias surgidas entre ellas sometidas a conocimiento y decisión por parte de este Tribunal son susceptibles de definirse por transacción.

2.4. Apoderados: Por tratarse de un arbitramento en derecho, las partes comparecen al proceso arbitral representadas por abogados; la parte convocante está representada judicialmente por el doctor SANTIAGO LOZANO ATUESTA y la demandada por el doctor GABRIEL PARDO OTERO, según poderes especiales a ellos conferidos por las partes que obran en el expediente. La personería de estos mandatarios fue reconocida durante el trámite prearbitral.

## 3. PRETENSIONES

La EMPRESA DE ENERGIA DE BOYACA S.A. E.S.P. formula en la demanda a folios 3 a 5 del Cdno. Ppal. las siguientes:

## "PRETENSIONES

1. Que la demandada LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS incumplió el contrato de seguros contenido en la Póliza de Rotura de Maquinaria No. U-0119978, concertado con la convocante, al no indemnizar el siniestro que afectó el Sobrecalentador y el Atemperador de la Caldera de la Unidad II de Termopaipa, ocurrido durante los años de 1997 y 1998 y conocido por mi mandante con posterioridad al 26 de Octubre de este último año.

2. Que la EMPRESA DE ENERGIA DE BOYACA S.A. E.S.P., tiene derecho a que con fundamento en el contrato de seguros incorporado en la Póliza U-0119978, se le indemnice y pague el siniestro que afectó el Sobrecalentador y el Atemperador de la Caldera de la Unidad II de Termopaipa.

3. Se declare que la convocante, en Julio 19 de 1999, mediante comunicación 40046, perfeccionó reclamación formal ante la convocada por el siniestro a que se refieren los numerales precedentes, y que con ella y con los documentos entregados a su representante McLARENS TOPLIS COLOMBIA, la misma se aparejó de los comprobantes necesarios para demostrar la ocurrencia del siniestro y su cuantía. En subsidio que conforme a las pruebas allegadas, el Tribunal determine la fecha en que se formalizó dicha reclamación.

4. Que con fundamento en las anteriores declaraciones se condene a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS a pagar a favor de la EMPRESA DE ENERGIA DE BOYACA S.A. E.S.P., como indemnización por el siniestro mencionado, las siguientes sumas de dinero:

4.1. El equivalente a US\$650.000 por concepto de suministro de la tubería para los sobrecalentadores y la tubería de unión con los colectores de entrada y salida de la caldera de la Unidad II de Termopaipa.

4.2. La suma de US\$241.107 por concepto de montaje e instalación del sobrecalentador y colectores, que equivale a Col.\$320.482.082 a la tasa representativa del mercado en Septiembre de 1998.

4.3. La suma de US\$35.000, por concepto de suministro y montaje del atemperador de la Caldera de la Unidad II de Termopaipa, o la suma equivalente al costo de reposición a nuevo que se pruebe en este proceso.

4.4. La suma de US\$610.470 por pérdida ocasionada por el aumento de índice de indisponibilidad de energía eléctrica.

4.5. La suma de US\$449.613 por pérdidas originadas por remuneración de cargo por capacidad.

4. SUBSIDIARIA. En subsidio de lo anterior solicitado se condene a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS a pagar a favor de la EMPRESA DE ENERGIA DE BOYACA S.A. E.S.P., las sumas que se pruebe, debe indemnizar por el siniestro que afectó la Caldera de la Unidad II de Termopaipa.

5. Que se condene a la convocada al pago de intereses moratorios, a la tasa máxima permitida por la legislación vigente y la reglamentación de la Superintendencia Bancaria, desde el 20 de Agosto de 1999 y hasta tanto se pague la obligación principal.

6. Que los pagos de las respectivas condenas los hará la aseguradora demandada en moneda colombiana a la tasa vigente del dólar, en el momento en que ellos se realicen.

7. Que se condene a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS al pago de honorarios de árbitros, costas procesales y agencias en derecho."

En la reforma de la demanda el apoderado de la parte convocante sustituyó las pretensiones de que tratan los numerales 4.4. y 4.5., las cuales quedaron así:

"(...)

4.4. La suma de US\$610.470 por mayores costos que se ocasionaron y se continúan ocasionando, por el incremento en el Índice de Indisponibilidad Histórica, lo que implica durante 36 meses una disminución en el reconocimiento de cargo por capacidad, que reconoce el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales -ASIC-

4.5. La suma de US\$313.110 por mayores costos originados por no remuneración en el cargo por capacidad, ante la indisponibilidad para generación, durante el tiempo en que estuvo paralizada la Unidad II de Termopaipa, con ocasión del siniestro a que se refieren las pretensiones precedentes." (Folios 51 y 52 Cdo. Ppal. 1).

#### 4. EXCEPCIONES DE MERITO

Como se expuso antes en esta providencia, en la oportunidad procesal correspondiente la parte convocada propuso las siguientes excepciones de mérito contra las pretensiones de la demanda: a) Inexistencia de la obligación que se pretende contra el Asegurador; b) Cobro de lo no debido: no hay lugar a intereses moratorios; c) Nulidad relativa o terminación del contrato de seguro; d) Prescripción; y finalmente también propuso la excepción genérica; estas excepciones se desarrollan en escritos que obran a folios 39 a 43 y 55 a 57 del Cdo. Ppal. 1.. En memorial de 10 de septiembre de 2002 el apoderado de la parte convocada desistió de la excepción de nulidad relativa, folio 340 del mismo Cdo.

#### 5. LOS HECHOS

Los hechos de la demanda arbitral están contenidos en la misma a folios 6 a 14 del Cdo. Ppal. y en la reforma de la demanda a folios 52 y 53 del mismo cuaderno.

Los principales hechos en que se fundamentan las pretensiones del convocante se sintetizan así:

"(.)

"3. Del contrato de seguros en comento, estimo pertinente resaltar las siguientes estipulaciones contractuales, las cuales han estado vigentes en los distintos períodos de cobertura:

3.1. El valor asegurado se pactó en dólares.

3.2. El amparo es por todo riesgo, vale decir, se cubre toda pérdida o daño físico que sea accidental, a menos que se encuentre expresamente excluido.

3.3. Para liquidar los siniestros se toma el cambio existente a la fecha del pago.

"4. La indemnización de los siniestros se hace por valor de reposición o reemplazo.

"5. Para las renovaciones correspondientes al período del 01 de Abril de 1997 a 31 de marzo de 1998 y del 1 de abril de 1998 a 31 de marzo de 1999 se pactaron las condiciones que a continuación reseño y que son de especial importancia para la controversia a que se refiere este escrito:

5.1. Se mantiene la cláusula de valor de reposición a nuevo. 5.2. (...) 5.3. (...) 5.4. Dentro de los bienes asegurados se incluyó la Unidad II de Termopaipa por valor de US\$61.880.000.

"6. Durante el año 1997, se presentaron una serie de fallas en la Unidad II de la Central Termoeléctrica de Paipa en el Departamento de Boyacá. Hechas las investigaciones técnicas del caso, por los funcionarios de mi mandante, encontraron que los serpentines de los sobrecalentadores de la Caldera correspondientes a la Unidad II, estaban averiados y habían perdido sus propiedades de dureza y estructura. En este punto, es importante resaltar que mi

mandante desconocía las causas que habían generado los daños en la tubería de los sobrecalentadores.

"7. Ante la circunstancia descrita en el numeral precedente la EMPRESA DE ENERGIA DE BOYACA S.A. E.S.P. concertó con ASEA BROWN BOVERI LTDA el contrato de suministro y montaje identificado con el número 98-061, con el objeto de adquirir la tubería respectiva y desde luego la instalación de la misma.

"10. Una vez en funcionamiento el equipo arreglado, el 28 de Septiembre de 1998 se presentó una falla en el mismo, ante lo cual se convocó a los contratistas para analizarla. En reunión celebrada el 30 de Septiembre del mismo año, representantes de las partes hicieron un reconocimiento de las roturas presentadas y en el texto del Acta correspondiente a la misma se dijo que "ABB indica que en caso de que la rotura se haya presentado por causa de defectos de material o fabricación, correrán con todos los gastos de reparación y análisis, de acuerdo con los términos de la garantía, caso contrario la EBSA pagará los gastos."

"13. Como resultado de lo anterior, y según consta en Acta suscrita el 21 de Octubre de 1998, por funcionarios de la EMPRESA DE ENERGIA DE BOYACA S.A. E.S.P. y de ASEA BROWN BOVERI LTDA se encontró en la entrada del tubo 1 de uno de los serpentines un taponamiento, razón por la cual se deja constancia de que la falla presentada era ajena al contrato suscrito con esta última sociedad.

"16. En Octubre 26 de 1998 se constató y comprobó que la causa de la rotura del tubo del sobrecalentador recién instalado, fue el taponamiento por partes metálicas desprendidas del atemperador lo que impidió el normal flujo de vapor a través del tubo que resultó accidentado.

"17. Con los estudios técnicos adelantados y con la participación de los funcionarios respectivos, a que se refieren los hechos anteriores, se pudo constatar que desde tiempo anterior se había presentado una ruptura accidental del atemperador, accidente que produjo el taponamiento de los diferentes tubos, lo que a su turno originó una elevación de la temperatura en el sobrecalentador, ocasionando los daños, cambios de dureza y estructura a los serpentines del sobrecalentador, cuyo cambio realizó ABB.

"20. La convocante, por conducto de sus propios funcionarios procedió a reparar temporalmente al atemperador de la caldera de la Unidad II de Termopaipa, con el propósito de permitir el funcionamiento de la unidad pero desde luego éste debe ser adquirido e instalado con el propósito de evitar futuros accidentes. Según cotizaciones presentadas durante el año de 1999, la indemnización por este daño tiene un costo aproximado de US\$35.000, pero su valor de reposición a nuevo sólo se conocerá tan pronto se instale".

En las consideraciones el Tribunal al estudiar los distintos temas objeto del debate procesal se referirá a espacio sobre todos los hechos alegados por el convocante.

## 6. PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS

En la primera audiencia de trámite que se llevó a cabo el nueve (9) de octubre de dos mil uno (2001), el Tribunal decretó las pruebas a instancia de las partes (Acta No. 3, folios 130 y s.s. Cdo. Ppal. No. 1). Para el sustento de la decisión que adoptará el Tribunal en esta providencia, se relacionan enseguida las pruebas practicadas y las allegadas al proceso, que se incorporaron al expediente, todas las cuales fueron analizadas para definir el asunto sometido a su consideración:

6.1. Declaraciones de parte: El Tribunal recibió las declaraciones de parte de José Fernando Sánchez Rojas, representante legal de LA PREVISORA S.A. COMPAÑIA DE SEGUROS (folio 185 Cdo. Ppal) y de Wilson Julio Uribe Vega, representante legal de la EMPRESA DE ENERGIA DE BOYACA S.A. E.S.P. (folios 187 y 208 Cdo Ppal.). Las transcripciones y los documentos aportados en sus declaraciones se agregaron las del primero al Cdo. de Pbas No. 1 (folios 232 y ss) y las del segundo al Cdo. de Pbas No. 1 (folios 404 y ss) y al Cdo. de Pbas No. 2 (folios 260 y ss).

6.2. Exhibición de Documentos: Se practicaron exhibiciones de documentos por parte de LA PREVISORA S.A. COMPAÑIA DE SEGUROS (Acta No. 6, folios 185 y 186 Cdo Ppal.), y por la EMPRESA DE ENERGIA DE BOYACA S.A. E.S.P. (Acta No. 6 folio 190 Cdo Ppal).

Igualmente se practicó exhibición de documentos por parte de McLarens Toplis Colombia Ltda., ajustador de seguros, (Acta No. 7, folios 210 y ss Cdo Ppal.).

6.3. Testimonios: El Tribunal recibió los testimonios de: a) Libardo H. Ramírez Molano (folio 174); b) Pedro Darío Lesmes Combariza (folio 179); Charles James Brooman White (folio 210); Jorge Reyes Sterling (folio 224); Luis Eduardo Rodríguez Corci (folio 249); Juan Carlos Lancheros Rueda (folio 250); Jaime Lobo Guerrero Uscategui (folio 271) y Rafael Beltrán Pulido (folio 272). Las transcripciones correspondientes y los documentos aportados en sus declaraciones se agregaron a los Cdnos. de Pbas. Nos. 1 y 2 del expediente.

El apoderado de la parte convocante desistió de los testimonios de Alvaro Forero Mora y Jorge Sierra Herrera (Acta No. 7, folio 207). La parte convocada coadyuvó estos desistimientos y fueron aceptados por el Tribunal.

6.4. Dictámenes Periciales: Se practicaron dictámenes periciales así:

6.4.1. Dictamen Pericial Financiero Contable rendido por las profesionales Matilde Cepeda Mantilla y Esperanza Ortiz Bautista. El dictamen y sus aclaraciones y complementaciones se encuentran en el Cdo. de Pbas. No. 3 del expediente. La parte convocada objetó por error grave algunos aspectos de este dictamen pericial con escrito presentado el 22 de mayo de 2002 (folios 290 y ss Cdo. Ppal. 1). Sobre las objeciones por error grave formuladas al dictamen pericial se pronunciará el Tribunal más adelante en este Laudo.

6.4.2. Dictamen Pericial Técnico rendido por los Ingenieros Fernando Acosta Carbonell y Carlos Amaya Puerto. El dictamen y sus aclaraciones y complementaciones se encuentran en el Cdo. de Pbas. No. 4 del expediente.

6.5. Documentales: Se agregaron al expediente los documentos relacionados por las partes en la demanda, su reforma y sus contestaciones. Igualmente se incorporaron los recaudados en la práctica de las exhibiciones y los recibidos en el curso de las declaraciones.

## 7. ALEGATOS DE CONCLUSION

Los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión en la audiencia que se realizó para tal efecto el diez (10) de septiembre de 2002 - Acta No. 13- y en la misma, luego de sus respectivas intervenciones, entregaron para el expediente los escritos que las contienen.

La parte actora en su alegato reiteró sus pretensiones iniciales y la convocada, a su vez, fundamentó su punto de vista divergente en distintas consideraciones jurídicas y en las pruebas del proceso.

La Procuradora 51 Judicial doctora Esther Abello Trujillo, por su parte, expuso en la audiencia de alegatos el concepto del Ministerio Público en este proceso y entregó igualmente resumen de su intervención.

A todos ellos se referirá el Tribunal en el análisis de la cuestión a decidir que avoca enseguida.

## II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El Tribunal encuentra cumplidos los presupuestos procesales y, no advierte causal alguna de nulidad, por lo cual procede a efectuar el estudio de las pretensiones de las partes a la luz de las normas jurídicas aplicables y de las pruebas aportadas al proceso y a dictar el fallo, previas las siguientes consideraciones:

## 1. EL SEGURO DE ROTURA DE MAQUINARIA

Para esta síntesis del seguro de rotura de maquinaria, y con el ánimo de hacer algunos comentarios preliminares sobre las particularidades de este seguro, el Tribunal ha consultado expertos en el tema tales como las conocidas reaseguradoras Kölnische Ruck en su obra "Introducción al Seguro de Rotura de Maquinaria, Equipos Electrónicos y Lucro Cesante", y la Swiss Re en la suya "Machinery insurance", así como al Doctor Javier Rodríguez Gómez, abogado mexicano, especializado en la materia, en su libro "El seguro de Rotura de Maquinaria".

1.1. ANTECEDENTES El seguro de Rotura de Maquinaria inicia su desarrollo en Inglaterra a mediados del siglo XIX como un seguro similar al de responsabilidad civil para la industria que operaba con calderas, habida cuenta de que frecuentemente se presentaban explosiones que atentaban contra la seguridad de los trabajadores y originaban daños materiales muchas veces catastróficos, por los efectos económicos nefastos que traían a los propietarios y explotadores de las nacientes empresas.

La abundante utilización de maquinaria a vapor determinó que esta industria fuera regulada de forma muy estricta y que los seguros que se le otorgaban derivaran en un seguro de responsabilidad civil obligatorio.

A finales del siglo XIX se concibió en Alemania un seguro de daños materiales en la misma máquina, sirviendo como base para el dinámico desarrollo de lo que hoy son los muy especializados seguros orientados a amparar todo tipo de máquinas, principalmente aquellas que funcionan bajo tecnologías complejas y costosas.

### 1.2. CARACTERISTICAS

Además de los elementos comunes a todos los contratos, los propios del Contrato de Seguros de Rotura de Maquinaria (RM) son:

? Contrato mercantil.

Es un contrato mercantil, regulado por las normas especiales consagradas por el Código de Comercio para los seguros de daños y por las demás normas del mismo estatuto aplicables al contrato de seguros en general. En este sentido, es un contrato consensual, bilateral, oneroso, de tracto sucesivo, de adhesión y regido por la buena fe.

? Estrictamente indemnizatorio.

Es un seguro de carácter estrictamente indemnizatorio por su contenido económico, entendiéndose éste como el legítimo interés del asegurado que debe, por ende, existir al momento de iniciarse el amparo.

? Valor asegurado.

El valor asegurado es la suma equivalente al valor de reposición.

? Seguro de daños físicos o materiales contra todo riesgo. Exclusiones.

Es generalmente un contrato de seguro de daños físicos o materiales Contra Todo Riesgo, condicionado al daño accidental futuro, incierto, súbito e imprevisto que requiera de la reparación o de la reposición de los bienes asegurados.

Las excepciones o exclusiones de amparo deben ser consagradas de forma expresa en la póliza.

La Swiss Re hace especial énfasis en que la cobertura es "casi" de todo riesgo por cuanto, de un lado, hay exclusiones claramente nombradas y, de otro, es muy importante establecer que el

"accidente súbito e imprevisto", no haya sido previsto por el asegurado. Esto último implica un análisis y evaluación, que de alguna manera "limita" la cobertura completa que implica un seguro contra todo riesgo y lo convierte en un "quasi all risk cover".

La cobertura es pues "casi" de todo riesgo pero contiene exclusiones que varían de equipo a equipo y que obligan a que en cada evento calificable como posible riesgo amparado se vaya a mirar con detenimiento la cobertura para determinar si el evento corresponde al acaecimiento del riesgo amparado o constituye una exclusión claramente listada en la póliza.

Al analizar el caso particular materia del litigio, el Tribunal enunciará las exclusiones particulares que coinciden con las generalmente convenidas entre asegurados y aseguradores, razón por la cual se omite una referencia puntual en este acápite.

? Es de carácter eminentemente técnico.

Es un contrato de carácter técnico, generalmente regido por las condiciones establecidas por las empresas reaseguradoras internacionales.

? El asegurado.

El asegurado es usualmente el propietario de la máquina pero puede serlo otra persona, natural o jurídica, (vr.gr. el arrendatario) que tenga un interés lícito en que los equipos asegurados funcionen bien y le generen los recursos o beneficios económicos buscados.

? Riesgos asegurables.

Son asegurables todo tipo de maquinarias y equipos, nuevos y viejos, utilizados en las diferentes actividades económicas contra los siguientes riesgos:

a. Fallas Humanas: Errores de operación, desidia, mala voluntad por parte de terceros o de los operadores, impericia, negligencia, falta de supervisión y mantenimiento, y otros.

b. Fallas Técnicas: (daño funcional interno), rotura de material debido a sobrecarga, fatiga o efecto de la temperatura, fallas de instrumentos de supervisión, etc.

c. Influencias Externas: Caída de objetos, penetración de cuerpos extraños, etc.

? Amparo contra la pérdida económica derivada.

Dadas las circunstancias históricas, se concluye que la razón de existir de estos seguros especializados es la necesidad que tienen las industrias de evitar la pérdida económica derivada, tanto de fallas en su operación que pueden traducirse en quebrantos financieros que amenacen su existencia, como del valor material de sus instalaciones y maquinarias, por lo general muy costosas.

Es este interés económico el que hace que los propietarios o usuarios de maquinaria traten de mantener sus equipos en buen estado de funcionamiento, y de cubrir sus posibles fallas o daños con coberturas adecuadas de seguros. Las más importantes son:

a) Lucro cesante

Un factor de diferenciación del seguro de RM con otros seguros de daños, es el hecho de que el daño sufrido por el asegurado no se circunscribe a la pérdida material del bien, cuyo valor patrimonial puede compensarse con la indemnización del seguro de RM, sino que se extiende a los efectos que ese daño origina en la operación productiva, causando frecuentes parálisis en las instalaciones y ocasionando pérdidas cuantiosas. Es esa la razón por la cual, de forma muy generalizada a nivel mundial, el Seguro de RM va adicionado con el Seguro de Lucro Cesante, mediante el cual el asegurado resarce las pérdidas económicas sufridas.

b) Incremento en costos de operación. -ICO-.

Otro amparo contratable es el de incremento en los costos de operación, ICO, que se diferencia del de lucro cesante por los conceptos indemnizables, refiriéndose este último a la pérdida de ingresos y el primero al incremento de costos por el índice de indisponibilidad. La cuantificación de ambos se estima con base en parámetros técnicos diferentes.

Ambos seguros buscan atender el interés del asegurado, cual es el de compensar las pérdidas económicas procedentes de la interrupción en la operación productiva, que como ya se explicó, es la real prioridad de la empresa asegurada.

? Necesidad de revisiones regulares.

Los antecedentes y las características de alto riesgo y de gran valor de estas maquinarias han determinado históricamente por parte del asegurador, la imposición de requisitos severos en la operación productiva y la necesidad de efectuar revisiones regulares, antes y después de otorgar el seguro, buscando la prevención de los daños personales y materiales. De esa manera se tienen mayores conocimientos del estado del riesgo que permiten de paso mejorar en el tiempo las coberturas de los equipos.

? Declaración del estado del riesgo.

El estado del riesgo y las características propias de los equipos que se pretenden asegurar, deben ser conocidos por el asegurador, quien es libre de acudir a inspecciones detalladas o cuestionarios casuistas que el asegurado debe contestar verazmente so pena de incurrir en reticencias en la declaración del estado del riesgo, con las consecuencias que la ley prevé.

El cuestionario y las respuestas, pasan a ser parte integrante de la póliza de RM.

Además de las inspecciones que los países exigen para la autorización particular a industrias que deseen operar, los aseguradores generalmente exigen también inspecciones detalladas en relación con las condiciones físicas de las máquinas y equipos; las pérdidas asociadas con problemas provenientes de la vejez de las mismas; las características de equipos no convencionales; la configuración de las plantas y otros aspectos similares de los cuales dependerá la cuantía de las primas.

? Coberturas de RM según la actividad.

Dentro del contrato de RM se han creado formas especiales de cobertura para determinados equipos, tales como los seguros para empresas generadoras de energía, para maquinaria agrícola, maquinaria de construcción, para aparatos electrónicos, etc., en forma tal que hoy se otorgan amparos especiales según las coberturas requeridas por las características de la maquinaria, la destinación de los equipos y los riesgos a los que están sometidos.

? El amparo es para equipos en funcionamiento.

Es importante anotar que el seguro de RM es considerado como un seguro de daños para objetos existentes, el cual requiere que los objetos asegurados estén listos para el funcionamiento. Esta particularidad consagra y explica una gran diferencia con otros seguros de daños, pues el de RM no ampara otras fases de las maquinarias como son las previas a su funcionamiento (su construcción o fabricación, transporte, montaje, período de prueba, entre otros). A este respecto, la Kölnische Rück resalta el problema que se presenta para los propietarios de las maquinarias o equipos nuevos, cuando sus propietarios o usuarios no los aseguran inicialmente porque consideran que están protegidos por las garantías que los fabricantes otorgan durante un período pactado igual al período de instalación o montaje durante el cual se presta un mantenimiento posterior. Estas omisiones ocasionan serios problemas, pues no todo daño podrá ser imputable a defectos de fabricación de instalación, o mantenimiento, pudiendo quedar sin amparo muchos daños ocasionados por errores, negligencias, ignorancia en la operación u otras causas ajenas e indirectas.

? Seguros continuos.

Los seguros de maquinaria son generalmente seguros continuos, salvo los casos en que los contratantes decidan rescindirlos.

De otro lado se sugiere que la empresa asegure toda la maquinaria y las instalaciones o por lo menos su conjunto operativo o funcional.

? Inspecciones periódicas.

Para estos seguros de RM se recomienda que las inspecciones se realicen anualmente y antes de prolongar el período de la vigencia, lo cual es considerado útil para apreciar el estado del riesgo y para acordar las nuevas condiciones. La aseguradora generalmente indaga sobre aspectos tales como :

? Pérdidas históricas. De este aspecto dependerá la cuantía de las primas y el establecimiento de deducibles y posibles exclusiones

? Mantenimiento. Su conocimiento es fundamental para la prevención de los siniestros.

? Determinación de amparos adicionales, tales como daños causados por posibles inundaciones, cambio de localización de los equipos, utilización de equipos subterráneamente, características de los cimientos de los equipos, daños a las propiedades adyacentes, etc.

? Determinación de las pérdidas indirectas en períodos anteriores, diferentes a la mera reposición o reparación de los equipos y muchas veces más costosas que aquéllas.

Los más usuales son los causados por la interrupción de los negocios,; los gastos extras en que incurre el asegurado mientras el asegurador le cubre el daño, para evitar la interrupción del negocio; los daños materiales causados por el siniestro directamente amparado, etc.

? Amparos automáticos.

Para asegurados con mucha modificación de inventario de maquinaria se han diseñado los seguros de cobertura automática por determinados períodos, previamente fijados.

? Determinación del momento de la ocurrencia del Siniestro: ¿Cuándo ocurrió?

El Doctor Rodríguez Gómez encuentra "...simple, pero casi absolutamente cierto... considerar que el siniestro en RM ocurre cuando a causa de los riesgos amparados, los bienes asegurados sufren simultáneamente una modificación desventajosa de su sustancia, de su funcionalidad y de su valor..."

"... La responsabilidad del daño es del asegurador RM al momento de ocurrencia del siniestro, según se define éste en párrafos precedentes, no al momento en que la causa actuó sobre las personas y bienes asegurados. Esto mismo se aplica al caso de daños ocurridos durante la vigencia de una póliza RM cuando las causas se presentaron antes de que el equipo dañado estuviera amparado en RM. El problema es entonces determinar el momento en que el siniestro ocurre para poder reclamar o liberar de responsabilidad a una compañía de seguros."

"... Cuando el daño no se presenta en forma inmediata o bien no puede precisarse con exactitud en el tiempo la relación causa - efecto, se considera que el siniestro ocurre en el momento en que se descubre o debiera ser descubierto, de acuerdo con los avances tecnológicos existentes y con los conocimientos que el personal a cargo de las máquinas aseguradas.... deben tener para cumplir adecuadamente con su responsabilidad."

"En otras palabras, si el daño ya ocurrió, pero no es perceptible a través del desarrollo técnico y tecnológico alcanzado a esa fecha y se descubre hasta después, el momento de ocurrencia

será precisamente el de su descubrimiento. Esta aseveración es fundamentada en el artículo 66 de la LSCS, porque la obligación de aviso al asegurador es "tan pronto como el asegurado o el beneficiario tengan conocimiento de la realización del siniestro", no inmediatamente después de que el evento dañino ocurre....."

"Esto se aplica también a los casos en que existieran ya indicios del daño y se hubiera determinado por personal capacitado y que la causa de la irregularidad observada no era determinable en ese momento....."1

### 1.3. COMENTARIOS PRELIMINARES AL SINIESTRO DE ROTURA DE MAQUINARIA

Ante este Tribunal de Arbitramento se adelanta el proceso entre la Empresa de Energía de Boyacá S.A. ESP, contra La Previsora S.A. Compañía de Seguros, convocado por la primera para que se le decida sobre su derecho de obtener la indemnización por las pérdidas sufridas por los daños en el Sobrecalentador Secundario, el Sobrecalentador Final y el Atemperador de la caldera de la Unidad II de Termopaipa, así como por los deméritos patrimoniales generados por los gastos de montaje y la pérdida de los ingresos por Incremento de Índice de Disponibilidad de la generación de energía y otros gastos dejados de percibir y que presuntamente se encontraban amparados en la fecha del siniestro bajo la Póliza de Seguro de Rotura de Maquinaria N° U- 0119978.

Después de revisar y analizar la documentación, los antecedentes y las condiciones exigidas por la ley, el Tribunal observa que el contrato de seguro RM celebrado entre la EEB y La Previsora, con vigencia desde el 1 de abril de 1.994 hasta el 31 de marzo de 1.995 y renovado de forma consecutiva hasta el período de abril 1 de 1998 - marzo de 1999, contiene los términos y reúne los requisitos generales exigidos por la Ley para la existencia y validez de los contratos de seguros en general y los propios del Seguro de Rotura de Maquinaria en particular.

Todos estos elementos y requisitos se encuentran consagrados adecuadamente en la póliza de RM mencionada y en los respectivos anexos expedidos durante las diferentes vigencias, constando en ellos que La Previsora otorgó cobertura a todos los bienes de la empresa que anualmente relacionaba la EEB y remitía a través de la Agencia Consolidada de Seguros.

De igual manera, el Tribunal afirma que se cumplieron los requisitos exigidos por la Ley 80 de 1993 vigente durante la existencia del contrato y relacionados con la contratación de entidades públicas en general y la celebración por dichas entidades de contratos de seguros en particular.

No aparecen en el proceso alegación ni prueba que permita deducir que los pagos de las primas no se hubieren efectuado en debida forma.

Los equipos objeto de las pretensiones de este proceso fueron remplazados por los adquiridos por la EEB por medio del contrato de Suministro y Montaje celebrado con la Empresa ABB, el 4 de febrero de 1.998, los cuáles fueron instalados por esta última entre el 3 de agosto y el 16 septiembre de 1.998.

En la primera comunicación remitida por la Agencia de Seguros el 30 de Octubre de 1998 a la Previsora se da el aviso de falla presentada en los equipos nuevos, los cuáles sufrieron un estallido el 28 de Septiembre. Los equipos viejos ya se encontraban desde agosto desmontados y habían sufrido varias fallas durante los años anteriores, siendo éstas las que motivaron su reemplazo para lograr mayor eficiencia y seguridad, a criterio unilateral de la asegurada.

Antes de la falla avisada el 30 de octubre en estos nuevos equipos, la EEB no había reportado nunca a La Previsora las fallas anteriores presentadas en los equipos desmontados.

Aunque el aviso de falla de la maquinaria y la determinación de la fecha en que ésta se presentó inicialmente se refirió a la ocurrida el 28 de septiembre en los equipos nuevos, en los alegatos de conclusión de la EEB presentados en septiembre de 2.002 se hace claridad al respecto, pues se refiere de forma específica al siniestro ocurrido en los equipos viejos y desmontados, considerando demostradas las causas y daños anteriores ocasionados

accidentalmente por el rompimiento del atemperador, ocurrido desde 1995 pero desconocido por la EEB hasta que se presentó el estallido del 28 de septiembre de 1.998. La EEB afirma que inicialmente consideró que las fallas sufridas por esos equipos no eran objeto de reclamación y que solamente al encontrar las causas directas en el atemperador, gracias a las pruebas destructivas que se realizaron en octubre de 1998, fue que descubrió que las fallas que habían venido presentándose correspondían a la ocurrencia de diferentes daños en los equipos amparados por la Póliza de RM contratada de tiempo atrás con la aseguradora.

Una vez plasmados los supuestos anteriores, y como quedó dicho atrás, este Tribunal asume que, para los efectos de los análisis que lo conducirán durante el tránsito de la parte Motiva hasta la Resolutiva, el contrato en cuestión cumplió con los requisitos que la ley exige para la validez y existencia de los contratos de seguros en general y con los establecidos para la contratación de entidades públicas en particular por la Ley 80 de 1993, como estatuto para la contratación administrativa vigente durante el período que abarca el diferendo que a continuación entra a definir.

## 2. INDEMNIZACIONES RECLAMADAS.

### 2.1. DAÑOS DEL ATEMPERADOR Y SOBRECALENTADOR.

Solicita el apoderado de la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P., dentro del acápite de pretensiones, que el Tribunal le conceda las peticiones y condenas que se transcriben en los antecedentes de este laudo, condenas que se concretan al reconocimiento y pago de los daños en el sobrecalentador y el atemperador de la caldera de la Unidad II de Termopaipa.

Tales pretensiones fueron formuladas con base en los hechos principales que se sintetizaron también en los mencionados antecedentes.

Por su parte, el apoderado de la parte convocada en la contestación de la demanda se opuso a todas las pretensiones, objetó algunos de los hechos, respecto de otros se atuvo a lo que se probara en el proceso o a lo que constara en el contrato, y propuso una serie de excepciones relativas al daño del atemperador y del sobrecalentador y su consecuente cambio. Al efecto expresó:

Sobre los primeros hechos se atuvo a lo que constara en el contrato suscrito por las partes y a lo que lograra demostrarse en el proceso.

Respecto de los hechos 16° y 17°, manifiesta "que la causa del daño venía presentándose de mucho tiempo atrás", no obstante lo cual se atuvo a lo que se probara.

Al hecho 20° añadió que "el atemperador fue reparado "por los propios funcionarios" de la convocante, circunstancia que pone de manifiesto que el equipo quedó funcionando normalmente y que la decisión de cambio del atemperador obedeció a una decisión gerencial debida al desgaste del equipo habida consideración de su uso".

La Aseguradora propuso como excepciones, las que se indicaron atrás y además plantea la de inexistencia de la obligación con los siguientes argumentos:

1.1 "Según la póliza el daño se ha debido presentar en forma accidental, súbita e imprevista.

1.2. Existieron causas que generaron fallas identificadas como desgaste mecánico y corrosión reportadas en el período 1995 a 1997

1.3. Literal a) de la Cláusula 2 de la póliza excluye siniestros que provengan del "... desgaste y deterioro paulatino, como consecuencia del uso o funcionamiento continuo (desgaste normal) ... erosión, corrosión, oxidación, ..."

1.4. Todo lo anterior lleva a concluir que el daño no fue accidental, súbito e imprevisto. "(.)"

4. La causa originaria y el conocimiento del asegurado se presentaron antes de iniciarse la vigencia de la póliza".

## 2.2. EL CONTRATO.

Entre las partes se celebró un contrato de seguros denominado "SEGURO DE ROTURA DE MAQUINARIA N° 0119978", el cual estuvo vigente DESDE EL 1° DE ABRIL DE 1994 HASTA EL 31 DE MARZO DE 1995, y de ahí en adelante a través de continuas renovaciones anuales.

La señalada póliza contemplaba los siguientes BIENES ASEGURADOS:

- Centrales de generación, subestaciones y demás bienes descritos en relación adjunta, por US\$112'105.473.00. La Unidad II estaba incluida y avaluada en la suma de US\$66'960.750.00

La mencionada póliza contemplaba los siguientes AMPAROS dentro de las CONDICIONES GENERALES:

"La compañía asegura la maquinaria descrita, con sujeción a los Términos, Cláusulas y Condiciones contenidos en la siguiente Póliza, contra Todo Riesgo de pérdida o daño físico, proveniente de cualquier causa, excepto aquellas que se excluyen más adelante, y que ocurra dentro de la vigencia del seguro, siempre que dicho daño ocurra en forma accidental, súbita e imprevista y que haga necesaria la reparación o reposición".

En el mismo capítulo de CONDICIONES GENERALES, convinieron las siguientes EXCLUSIONES:

"1°. La Compañía no será responsable por las pérdidas o daños causados directa o indirectamente a la maquinaria como consecuencia de:

a) Dolo o culpa grave del asegurado o sus representantes o personas responsables de la dirección técnica.

b) Daños y defectos de la maquinaria existentes al iniciarse el Seguro.

(...)

2°. La compañía tampoco responderá por:

a) Desgaste y deterioro paulatino, como consecuencia del uso o del funcionamiento continuo (desgaste normal), cavitación, erosión, corrosión, oxidación, herrumbres e incrustaciones de los diferentes tipos de máquinas.

(...)"

Es del caso tener en cuenta que la póliza, que es de todo riesgo, no consagra entre las exclusiones la ignorancia, la impericia, ni la negligencia del asegurado en el cumplimiento de su obligaciones, siempre, eso sí, que ésta no llegue a calificarse como culpa grave.

En la Cláusula 4 de las CONDICIONES GENERALES se definió el "Valor de reposición" como "la cantidad de dinero que exigirá la adquisición de un bien nuevo de la misma clase y capacidad incluyendo el costo de transporte, montaje y derechos de aduana si los hay y excluyendo los costos financieros".

En la Cláusula 7 de las CONDICIONES GENERALES se convino que la cobertura de la póliza quedaba sujeta a que el asegurado cumpliera las siguientes garantías:

"a) Mantener los bienes asegurados en buen funcionamiento.

b). No sobrecargarlos habitual o esporádicamente o utilizarlos en trabajos para los cuales no fueron contruidos.

c). Cumplir con los respectivos reglamentos legales y administrativos así como con las instrucciones de los fabricantes, sobre la instalación y funcionamiento de la maquinaria.

En caso de que el asegurado no cumpla las anteriores garantías, la Compañía podrá dar por terminado este contrato desde el momento de la infracción, quedando libre de cualquier responsabilidad respecto de la pérdida o daño ocasionado por tal infracción".

En el evento de presentarse una pérdida, las partes convinieron un PROCEDIMIENTO en la Cláusula 10, así:

"1. Al ocurrir un siniestro que pudiera dar lugar a indemnización conforme a este seguro, el asegurado tendrá la obligación de:

a) Comunicarlo a la Compañía inmediatamente dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha en que se haya conocido o debido conocer;

b) Ejecutar dentro de las posibilidades todos los actos que tiendan a evitar la extensión o agravación del daño;

c) Proporcionar todos los informes y documentos que la Compañía le solicite;

d) Conservar las partes dañadas y defectuosas y tenerlas a disposición para que puedan ser examinadas por el experto de la Compañía".

En la Cláusula 11 se dispuso que "en los casos de pérdidas parciales esta Póliza cubre los gastos en que necesariamente se incurra, para dejar el bien en condiciones de operación similares a los existentes inmediatamente antes de ocurrir el siniestro. Tales gastos serán: el costo de reparación o reemplazo, (...). Cuando tal reparación se haga en el taller del asegurado, los gastos serán: el importe de costos en materiales y de mano de obra originados por la reparación más un porcentaje razonable fijado de común acuerdo entre las partes para cubrir los gastos generales fijos de dicho taller. (...) Los gastos de cualquier reparación provisional serán a cargo del asegurado, a menos que éstos constituyan parte de los gastos de la reparación definitiva. El costo de reacondicionamiento, modificaciones o mejoras efectuadas que no sean necesarias para la reparación del daño, serán a cargo del asegurado".

En la Cláusula 12 las partes convinieron que en caso de "destrucción total del bien asegurado, la reclamación deberá comprender el valor real de ese bien inmediatamente antes de la ocurrencia del daño menos el valor del salvamento si lo hay y el deducible establecido".

En la Cláusula 13 de las denominadas CONDICIONES GENERALES, pactaron que "si un bien asegurado después de sufrir un daño se repara por el asegurado en forma provisional y continúa funcionando, la Compañía no será responsable en caso alguno por cualquier daño que este sufra posteriormente hasta que la reparación se haga en forma definitiva. La Responsabilidad de la Compañía también cesará, si cualquier reparación definitiva de un bien, hecha por el asegurado, no se hace a satisfacción de la Compañía".

Dentro de las CONDICIONES PARTICULARES, se pactó una Cláusula de "DISMINUCION DE DAÑOS", a cuyo tenor literal "Serán reembolsados todos los gastos y costos en que el asegurado incurra con el objeto de evitar pérdidas y/o disminuirlas y/o proteger a los bienes asegurados de daños o pérdidas que se deriven de un evento cubierto por la póliza incluidos los gastos de traslado o almacenamiento, si fueren necesarios extendiéndose la cobertura de la póliza a dichos traslados a los diferentes (sic).

La Compañía estudiará la posibilidad de anticipos e indemnizará acorde con las normas que el Código de Comercio establece para ello".

Adicionalmente, las partes convinieron que "El tipo de cambio para liquidar el siniestro será el correspondiente a la tasa representativa del mercado a la fecha de pago".

### 2.3. RENOVACIONES DEL CONTRATO.

El Contrato inicial tenía una vigencia comprendida entre el 1º de abril de 1994 y el 31 de marzo de 1995 (folio 3 Cdo. Pbas. 1). En adelante, las partes convinieron renovaciones anuales, encontrándose en el expediente prueba escrita de las siguientes:

? CERTIFICADO DE RENOVACION N°. 0342018. (Folio 39 Cdo. Pbas. No. 1)

VIGENCIA: DESDE: 1º DE ABRIL DE 1996 HASTA EL 31 DE MARZO DE 1997

Respecto de la cobertura relativa a los daños sufridos por el atemperador y el sobrecalentador, no hay modificación relevante en este certificado.

? CERTIFICADO DE RENOVACION N°. 0445558. (Folio 65 Cdo. Pbas. No. 1)

VIGENCIA: DESDE: 1º DE ABRIL DE 1997 HASTA EL 31 DE MARZO DE 1998.

Dentro de las CLÁUSULAS ADICIONALES de esta renovación se encuentra la relacionada con VALORES DE REPOSICION A NUEVO (Folio 66 Cdo. Pbas. No. 1)

? CERTIFICADO DE RENOVACION N°. 0137467. (Folio 78 Cdo. Pbas. No. 1)

VIGENCIA: DESDE: 1º DE ABRIL DE 1998 HASTA EL 31 DE MARZO DE 1999.

En esta renovación, en lo relativo al amparo a que se refiere este apartado, se mantuvo la cláusula de valores de reposición a nuevo, sin otros cambios significativos.

### 3. LAS PRUEBAS SOBRE LOS DAÑOS ACAECIDOS, LA CAUSA DE LOS MISMOS Y LA EPOCA EN QUE SE PRESENTARON.

#### 3.1. LOS DAÑOS OCURRIDOS.

Para la determinación de los daños acaecidos que podrían constituir uno o varios siniestros amparados por la póliza de rotura de maquinaria, se encuentran las siguientes pruebas que obran en el expediente:

La Sociedad McLARENS TOPLIS, siguiendo las instrucciones emitidas por parte de los Aseguradores y Reaseguradores para atender en su nombre la investigación del reclamo en cuestión, en su REPORTE FINAL del 20 de Septiembre de 2000 (folios 262 a 403 Cdo. Pbas. No. 1) determinó lo siguiente en relación con los daños ocurridos: "Se trata de múltiples y diferentes daños en varios tubos o serpentines del sobrecalentador secundario de la caldera de la Unidad N° 2 de la Central Termoeléctrica de Paipa, los cuales ocurrieron en distintas ocasiones a partir del 18 de Julio de 1995. Adicionalmente se trata del daño del atemperador de la misma caldera, cuyos fragmentos, en nuestra opinión, incidieron, junto con otros factores como desgaste y corrosión, en los daños de los serpentines antes mencionados, mediante la obstrucción localizada del flujo de vapor hacia el sobrecalentador secundario, produciendo recalentamientos localizados." (Folio 264)

De otra parte, el referido Reporte menciona que "Estando en operación la caldera, con el sobrecalentador secundario objeto de los diferentes daños antes relacionados, el asegurado decidió reemplazar todo el sobrecalentador (secundario y final), el cual fue adquirido a ABB y terminado de instalar el 16 de Septiembre de 1998 por la firma JOTAPE LTDA. subcontratista de ABB. El día 27.09.98 a las 22:55 la máquina entra en servicio generando 40 MW." (Folios 267 y 268)

Por último, es del caso anotar que el Reporte puntualiza que "El día 28.09.98 a las 03:40, con apenas unas pocas horas (menos de 5) de funcionamiento, el tubo N° 1 del serpentín N° 3 del sobrecalentador nuevo, presentó rotura." (Folio 268)

### 3.2. LA CAUSA DE LOS DAÑOS.

Para la determinación de la causa generadora de los diferentes daños acaecidos, se encuentra el siguiente material probatorio que obra en el expediente:

1) El 28 de Agosto de 1997 la Sociedad TECNICONTROL LTDA presentó a la Empresa de Energía de Boyaca S.A. el Informe sobre el Análisis de Falla efectuado sobre Componentes de una Caldera (Folios 282 a 309 Cdo. Pbas. 1)

En relación con el tema en cuestión el citado Informe establece lo siguiente: "De las observaciones y ensayos descritos se concluye que existen tres modos de falla que merecen algunas consideraciones y son: desgaste uniforme por el lado externo del tubo, calentamientos que causan las explosiones y corrosión química también por el lado externo del tubo; el desgaste puede trabajar en combinación con los calentamientos de manera que las explosiones ocurren por donde la pared ha sido erosionada y por lo tanto está más débil." (Folio 299)

El Informe puntualiza que "Al desconocerse algunas condiciones específicas de la planta y datos precisos de cada falla en particular, se exponen a continuación algunas posibles causas, dejando a los interesados el estudio y clasificación de ellas de manera que consideren las posibles y deshechen (sic) las no aplicables."

"Desgaste: El desgaste del que se habla es uniforme y se presenta por un solo lado del tubo. La literatura sobre calderas presenta dos clases de erosiones por el lado del fuego: mecánica y química. (.)"(Folio 300)

"Calentamientos: (.) Las explosiones como ya se ha anotado aparecen con dos características bien definidas: labio grueso y labio delgado." (Folio 301)

"Labio grueso: se presentó en los tubos # 3 y 4. Esta fractura es producto de un fenómeno conocido como creep que consiste en un alargamiento del material, en este caso hasta la fractura, como resultado de acción combinada de temperaturas y esfuerzos relativamente altos durante largo tiempo. (.)"(Folios 301 y 302)

Finalmente, el Informe establece que entre las posibles causas del daño se encuentran las siguientes:

"-Canalizado: Como ya se explicó, desvía la llama o los gases calientes y les aumenta su velocidad, aumentando el suministro calórico al tubo." (Folio 302)

"-Incrustaciones o depósitos del lado del agua que aíslan (sic) térmicamente el tubo; como se anotó, no se encontraron rastros en los tubos examinados. A veces, material pulverizado es arrastrado por el vapor desde otras partes del equipo y depositado en la parte inferior de los sobrecalentadores debido al diseño, la posición, baja velocidad del vapor, etc.; el efecto del depósito de material pulverizado es el mismo que las incrustaciones en cuanto que impiden el retiro de calorías de la pared del tubo." (Folio 302)

"-Impedimentos para un flujo normal de vapor; a veces en otras partes del tubo se desprenden las incrustaciones y quedan pedazos atrapados que impiden o disminuyen el flujo de vapor y por lo tanto bajan el coeficiente de transmisión calórica por el lado del vapor resultando en aumentos de temperatura." (Folio 303)

"-Otra causa de calentamientos es el uso de quemadores en mal estado, desgastados o mal calibrados que pueden generar una combustión desbalanceada." (Folio 303)

"Soldaduras en tubos no alineados originan turbulencias que generan flujos no uniformes de vapor." (Folio 303)

"Labio delgado: Este tipo de fractura se presentó en los tubos # 1 y 2. La explosión con labio delgado ocurre cuando el calentamiento sobrepasa los 650°C, pues a estas temperaturas la resistencia del acero baja fuertemente y en pocos minutos se produce la falla (.)" (Folio 303)

"Los calentamientos altos que producen la fractura de labio delgado son generados por los mismos factores expuestos para el labio grueso, cuando su acción es exagerada y se pueden adicionar otras posibles causas muy comunes:

"Bloqueo del tubo por condensados en el fondo de sobrecalentadores y que en el momento de arranque demoran en evaporarse y mientras tanto impiden la circulación de vapor. (Folio 303)

"Un escape no detectado en un tubo, que produce desvió considerable del flujo de vapor. (Folio 304)

"Enfrentamiento directo del tubo con la llama. (Folio 304)

"Corrosión: Este es el tipo de falla encontrada en el tubo # 6. (.)" (Folio 304)

Finalmente, a título de conclusiones el referido Informe expone las que se describen a continuación:

"Se diagnosticaron tres clases de daños: desgaste mecánico, calentamientos y acción corrosiva; los dos primeros actuaron conjuntamente.

"Los escasos datos suministrados con las probetas en cuanto a tiempo trabajado, localización exacta en la caldera, aspecto en el momento de retiro de la probeta, etc., no permiten hacer recomendaciones precisas.

"Solo se puede suministrar una lista de posibles causas, dejando a los interesados las consideraciones acerca de su posibilidad y aplicabilidad." (Folio 307)

Para efectos de la evaluación de la conducta del asegurado, el Tribunal considera como una decisión diligente de su parte el haber contratado una firma experta, como es Tecnicontrol, en virtud de la preocupación que le generaban esos continuos daños de la tubería, y con el objeto de que determinara la causa de los mismos y su posible solución.

Con todo, es del caso subrayar que esa firma experta no logró definir la causa puntual de los sucesivos daños e incluso en una de sus conclusiones señala que las investigaciones hechas con la probeta "no permiten hacer recomendaciones precisas". La convocante quedó así en un estado de incertidumbre en cuanto a cómo proceder para descubrir el origen cierto de las fallas. Sólo hasta octubre de 1998, cuando se utilizaron procedimientos destructivos, se vino a precisar que la rotura del atemperador había sido la causa de los demás daños.

2) El 10 de Septiembre de 2000 el Departamento de Ingeniería Mecánica de la Universidad de Los Andes presentó ante la sociedad McLARENS TOPLIS COLOMBIA LTDA. el ANALISIS DE FALLA, DAÑO CALDERA No. 2 - TERMOPAIPA (Folios 311 a 342 Cdno. Pbas. 1)

Como punto de partida, en relación con el tema de la descripción de la falla, el Análisis establece: "La inspección de documentos (Referencias 3, 4 y 5) y la filmación en vídeo permiten concluir lo siguiente:

"Los elementos internos del atemperador sufrieron fracturas limpias en un número elevado de partes con patrón irregular e indeterminado generando muchas piezas sueltas. Las piezas provienen del cono difusor, el cilindro de salida del eyector y el tubo de la garganta. Se observó en la filmación que la boquilla de entrada permanecía en sitio cerca de la tobera de vapor." (Folio 313)

En cuanto a la explicación sobre el tipo de falla el referido Análisis señala que "Este caso de falla frágil sin deformaciones dúctiles significativas en un material dúctil no es común. La única manera de fallar un material con estas características puede provenir de una carga impuesta súbita y de gran magnitud; si la tasa de aplicación de la carga es como la que ocurre en una explosión y la velocidad de aplicación es suficientemente alta ocurre que es posible propagar fracturas sin que ocurra falla plástica pues ésta demora un tiempo y absorbe energía para deformar." (Folio 317)

En relación con el análisis de las causas, el Análisis establece que "Una explicación plausible para generar una situación similar a la de una explosión puede provenir de las condiciones transientes durante el arranque de la caldera. Si el cabezal del sobrecalentador secundario permanece frío y dentro del atemperador se deposita agua por condensación entre el cilindro que contiene el eyector mismo, entonces se puede lograr una situación potencialmente destructora. Hay un espacio entre el conjunto eyector y el tubo de acero con pared de 1" del atemperador en la zona del vénturi, el huelgo entre camisas puede estar obstruido y el agua no drena con facilidad. En este espacio se puede acumular una cantidad de agua suficiente que al ser calentada fuertemente por vapor seco proveniente del sobrecalentador primario ó el vapor descargado por la tobera en una operación de arranque de la caldera, el agua atrapada entra en ebullición de forma explosiva colapsando súbitamente el conjunto eyector que no está en capacidad de soportar la carga impuesta." (Folio 318)

Por último, el Análisis puntualiza que "Otra explicación plausible pero muy remota implicaría que el cabezal y el atemperador tuviesen tanta agua que inundaría el atemperador. Al inyectar vapor en agua es posible generar golpes de ariete y cargas de presión muy elevadas dentro del eyector capaces de destruirlo." (Folio 318)

3) En el REPORTE FINAL del 20 de Septiembre de 2000 McLARENS TOPLIS (folios 262 a 403 Cdo. Pbas. No. 1) en relación con la causa que produjo los daños ocurridos determinó lo siguiente:

Como punto de partida, el Reporte Final señala que "Para determinar las causas de la rotura se envió el tubo fallado al laboratorio de ABB en USA y simultáneamente se realizaron pruebas adicionales al sobrecalentador, para determinar la causa de la rotura, las cuales incluyeron entre otras inspección interna con fibroscopio, la que mostró que a nivel del cabezal de entrada se encontraba un objeto bastante grande obstruyendo el paso de vapor por el tubo 1 del serpentín 3.

"Los resultados de laboratorio de ABB en USA determinaron que el tubo falló debido a un sobrecalentamiento anormalmente alto, el cual solo se explicaba por un taponamiento del flujo de vapor.

"Con base en lo anterior se desidió (sic), por el Asegurado, según acta del comité técnico del 22.10.98, cortar el cabezal de entrada del sobrecalentador secundario para extraer el objeto causante de la obstrucción, lo que efectivamente se realizó el 25.10.98, encontrando que el objeto causante de la obstrucción era un trozo de lámina interna del atemperador, por lo que se ordena inspeccionar internamente el atemperador, para extraer el resto de los trozos y operar la caldera con el atemperador sin camisa interna mientras se adquiere un nuevo atemperador y se instala (.)." (Folio 268|)

Ahora bien, en cuanto a la(s) causa(s) que produjeron los daños del sobrecalentador el Reporte establece lo siguiente: "Los daños (roturas de tubos aislados) del sobrecalentador secundario se produjeron por varias causas contributivas: desgaste mecánico, corrosión y el bloqueo en el flujo de vapor por los fragmentos de la camisa interna del atemperador.

"En lo que respecta a la contribución de los fragmentos de la camisa del atemperador, debe tenerse en cuenta que este efecto se produjo a lo largo de un tiempo prolongado de varios años y, adicionalmente, el efecto no fue un único y total colapso del sobrecalentador, siendo por el contrario múltiples roturas puntuales.

"El hecho de que las durezas medidas en algunas de las curvas de los serpentines del sobrecalentador secundario estuvieran fuera de norma, no significa que necesariamente el sobrecalentador debiera reemplazarse y adicionalmente no se puede concluir que este incremento de durezas se deba únicamente a la obstrucción de algún tubo por los fragmentos de la camisa del atemperador." (Folio 272)

En referencia con lo hasta aquí expuesto el Reporte, apoyándose en los resultados obtenidos en el Estudio realizado por la Universidad de Los Andes sobre este tema, determina que: "De acuerdo con el análisis de la falla realizado por la Universidad de los Andes, complementado por el video tomado por el Asegurado, se puede concluir que:

"La fractura de la camisa del atemperador, la cual es de acero inoxidable, es característica de una fractura frágil (como la de un vidrio), nada común en este tipo de material. La única forma de lograr este tipo de falla en este material es mediante la aplicación de una carga súbita de una gran magnitud. Las explicaciones plausibles para que se presente este tipo de situación, tienen que ver con la presencia de cantidades importantes de agua fría en atemperador (ya sea entre la camisa y el cuerpo principal o en todo el cuerpo del atemperador) y el sobrecalentador secundario, las cuales al ser sometidas a elevadas temperaturas del vapor seco proveniente del sobrecalentador primario o a grandes cantidades de agua caliente para atemperación, producirían respectivamente o una presión súbita desde fuera de la camisa haciéndola colapsar o un golpe de ariete que la colapsaría desde adentro. Estas situaciones presuponen maniobras de arranque muy bruscas y/o obstrucción del drenaje del espacio entre la camisa y el cuerpo externo del atemperador." (Folio 273)

De otra parte, el Reporte es enfático en señalar que "(.) la rotura de la camisa del atemperador ocurrió con anterioridad al primer daño sufrido por el sobrecalentador secundario, esto es antes del 18 de Julio de 1995." (Folio 273)

Como aspecto complementario, el Reporte hace alusión a "(.) notables estudiosos del tema, entre ellos fabricantes y aseguradores de reconocimiento mundial, que indican que esta clase de daños en la camisa interior de los atemperadores en cuestión es típico y recomiendan inspecciones periódicas y programas de mantenimiento cuidadosos, nada de lo cual se ha efectuado en la caldera averiada, de acuerdo con nuestras investigaciones." (Folio 273)

Si bien los ajustadores reprochan al asegurado el no haber seguido las recomendaciones de expertos en el sentido de llevar a cabo inspecciones periódicas, el Tribunal observa que tampoco la aseguradora fue diligente a este respecto, pues jamás exigió tales inspecciones ni practicó las que ha debido realizar, al menos, al momento de acordar las prórrogas del seguro, las cuales son también recomendadas por los reaseguradores como indispensables para la adecuada valoración del estado del riesgo.

No sobra señalar, por lo demás, que el eventual comportamiento omisivo de la asegurada no altera el alcance y efectos de la cobertura, por cuanto tratándose de un amparo contra todo riesgo, éste cubría incluso la negligencia del asegurado, por no haber sido contemplada dentro de las exclusiones.

4) El 11 de Febrero de 2002 los Expertos designados por el Tribunal - Ingenieros Fernando Acosta Carbonell y Carlos José Amaya Puerto- presentaron el documento titulado INFORME DE LOS PERITOS TECNICOS INGENIEROS - FALLAS EN EL SOBRECALENTADOR SECUNDARIO Y EL ATEMPERADOR. CALDERA UNIDAD II. CENTRAL TERMoeLECTRICA DE PAIPA. 1995 A 1996. (Folios 1 a 367 Cdo Pbas. 4)

En cuanto a las circunstancias que pudieron generar, los cambios de dureza y estructura de los serpentines y tubería del sobrecalentador que estuvo instalado hasta el mes de Septiembre de 1998, el referido Informe Pericial señala que "Las circunstancias que pudieron generar o causar los cambios de dureza y estructura de los serpentines y tuberías del sobrecalentador instalado en la unidad Dos de Termopaipa, basados en los antecedentes del caso, fueron evidentemente el taponamiento u obstrucción del flujo de vapor circulante por ellos". (Folio 6)

Agrega el Informe Pericial, en relación con lo anterior, "(.) que efectivamente el desprendimiento en la boquilla del atemperador se produjo con anterioridad al mes de Junio de 1998. Igual se puede afirmar que este desprendimiento causó desprendimientos metálicos de componentes del atemperador que a su vez provocaron una obstrucción en las bocas de los tubos del sobrecalentador secundario." (Folio 6)

Ahora, en relación con los efectos que produjo en la dureza o cambio en la estructura metalográfica de los tubos los arranques y paradas que se efectuaron en la referida caldera, entre Enero de 1997 y Julio de 1998, el Informe determina que "De acuerdo a los registros de temperatura, todos los arranques de la caldera se hicieron dentro de los parámetros establecidos por el fabricante y no incidieron en la dureza o cambio de la estructura metalográfica de los tubos del sobrecalentador secundario." (Folio 6)

Es del caso anotar que frente al interrogante de si es usual que por desgaste o deterioro paulatino, en calderas, como la que es objeto de investigación, se presente un desprendimiento de la boquilla de atomización del atemperador, el Informe señala que "Los manuales especializados mencionan la tendencia a producirse fallas en los atemperadores del tipo utilizado en la Unidad Dos. Las fallas frecuentes se presentan en la camisa protectora por las siguientes razones:

-Fallas en la sujeción del tubo protector.

-Aseguramientos imperfectos.

-Destrucción por choques térmicos." (Folio 8)

Respecto de lo anterior el Informe puntualiza que "Las fallas en los tubos retirados del sobrecalentador secundario mostradas en las fotografías incluidas en el informe de TECNICONROL, en los informes correspondientes a la inspección ocular de los serpentines removidos en 1998 y demás antecedentes de este caso, permiten afirmar que las fallas fueron producidas principalmente por sobrecalentamientos." (Folio 8)

Como explicación de lo anteriormente expuesto el Informe precisa: "(.) los choques térmicos que han podido ocurrir en el atemperador o el sobrecalentamiento de los serpentines del sobrecalentador no pudieron ser el resultado de cambios de carga, sino que debieron ser el resultado de condiciones locales o puntuales en su operación". (Folio 15)

De otra parte, en relación con la prueba testimonial que se refiere a estas mismas materias, se encuentran las siguientes manifestaciones:

##### 5) TESTIMONIO DEL SEÑOR LIBARDO H. RAMIREZ MOLANO

El día 25 de Octubre de 2001 el Ingeniero Mecánico Libardo H. Ramírez Molano rindió testimonio ante el presente Tribunal de Arbitramento. Desde el año de 1983 trabaja en la Empresa de Energía de Boyacá E.S.P. (Folios 178 a 202 Cdo. Pbas 1)

En cuanto a los problemas que se presentaron en el año de 1996 en el sobrecalentador secundario y las posteriores roturas (7) ocurridas en el año de 1997, el testigo señaló: "Nosotros ante esa serie de roturas contratamos a una firma que se llama Tecnicontrol para que nos evaluara las posibles causas de las roturas, esa rotura según ellos y consta en el informe se presentaron en agosto 12/97, una de las causas dicen ellos que es por el material de los tubos (.)" (Folio 178)

En referencia específica a la causa de la "rotura", el Ingeniero Ramírez anotó que "(.) en Estados Unidos de acuerdo al experticio que ellos dan (Tecnicontrol) se dice que básicamente se debe la rotura a un sobrecalentamiento de la tubería." (Folio 178)

En complemento de lo anterior el testigo puntualizó que "(.) nosotros a través de Ecopetrol se hace una inspección con un aparato que se llama un boroscopio a ver si era que había algo a la entrada de esos tubos que lo estuviera taponando, eso efectivamente se hizo y se encontró un material no sabemos la procedencia tapando el tubo que se había roto, se había estallado." (Folio 178)

Más adelante, en cuanto a la forma de verificar lo que se encontraba al interior de la caldera, afirmó: "(.) entonces en la única forma ya de ver de frente qué era lo que había dentro del aparato lo que se hizo fue cortar el tubo, eso fue el día 25 de octubre/98 y efectivamente se encontraron varios elementos dentro de ese tubo y al día siguiente el 26 de octubre, se entra a mirar de dónde pueden venir los aparatos de esos elementos y se encontraron algunos elementos que nosotros suponíamos en ese momento que provenían del atemperador (.)" (Folio 179)

Y agrega, en relación con lo anterior: "(.) al inspeccionarlo (el atemperador) encontramos que el atemperador en la parte final lleva una boquilla (.) esa boquilla no estaba y el atemperador estaba destruido." (Folio 179)

A manera de conclusión el citado testigo expuso lo siguiente: "(.) entonces ahí ya no nos quedó ninguna duda de que efectivamente el daño en el sobrecalentador había sido causado por una rotura o daño del atemperador que a su vez por el flujo de vapor taponó la tubería del sobrecalentador y produjo todo lo que explica aquí Tecnicontrol que se endurecieron los tubos, ese es el efecto inmediato cuando no hay flujo de vapor a través de esos tubos, el efecto inmediato es que se endurece el material y puede presentarse inclusive y es total el taponamiento cuando un tubo está expuesto a una temperatura que más o menos en esa área es del orden de los 950 grados centígrados, entonces inmediatamente puede explotar (.)" (Folio 179)

El declarante reiteró su interpretación sobre la causa del taponamiento, en estos términos: "Nosotros como le decía, se cortó inicialmente el tubo y solicitamos a través de Ecopetrol una prueba con un colospio ellos entraron por acá, y aquí se encontró que algo había obstruido en la tubería y dijimos y no es un defecto químico, no es soda cáustica, vimos que se podía mover, vimos con el colospio que era una obstrucción metálica, fue cuando decidimos nosotros cortemos en esta parte de acá, retiremos esa tapa y entremos a mirar." (Folio 182) Y agregó : "(.)después de que curamos este problema ya no hubo más roturas de tuberías, o sea las otras 8 causas que menciona Tecnicontrol prácticamente de hecho quedan excluidas." (Folio 185)

6) TESTIMONIO DEL INGENIERO MECANICO PEDRO DARIO LESMES COMBARIZA. El día 14 de Noviembre de 2001 rindió testimonio ante el Tribunal de Arbitramento. Sobre sus antecedentes laborales el referido testigo señaló: "Hace 18 años trabajo con la E.E. de Boyacá, actualmente desempeño el cargo de jefe de mantenimiento mecánico (.)" (Folios 206 a 231 Cdo. Pbas 1)

Como punto de partida, y en relación con el tema de los daños en el sobrecalentador y posteriores roturas, el Ingeniero Lesmes Combariza puntualizó lo siguiente: "Mi conocimiento del tema que menciona es que el atemperador y el sobrecalentador mencionados corresponden a la Unidad 2 de Termopaipa, equipos o partes de la caldera de esta unidad y a ese respecto lo que puedo mencionar es que en el año 96 hubo dos paros de ese sobrecalentador secundario y luego en el año 97 sufrieron unas roturas, siete roturas en el sobrecalentador.

"A mediados del año 97 se contactó a la firma Tecnicontrol para hacer un estudio sobre esas partes de estos equipos, de lo cual reposan documentos en la planta, en la central eléctrica. (.)

"En este segundo semestre del 97 entonces se toma la decisión de cambiar el sobrecalentador, en ese informe de Tecnicontrol se plantean varias posibles causas, menciona que yo recuerde, particularmente los resume en tres tipos de clase de desgaste, sobrecalentamiento y corrosión y en cada una de estas entra a explicar también varias posibles causas." (Folio 206)

En relación con la decisión de averiguar lo que efectivamente taponaba el sobrecalentador el testigo afirma: "ABB menciona esta parte y es así como se ponen de acuerdo las dos empresas para entrar prácticamente al equipo, lo cual se plantea y se hace después, en los últimos 10 días de octubre, después del 20 de octubre con un equipo denominado coloscopio, se hace un corte y se entra a averiguar el estado del serpentín que falló, (.) en esas fechas recuerdo que el 25 de octubre se abrió la tapa del cabezal de entrada al sobrecalentador secundario confirmándose la presencia de algunos elementos, el 26 se hace una grabación, un video y se hace una reunión donde se plantean las acciones a seguir, en este momento (.) de que puedan ser los elementos de determinada parte o se parecen o tienen determinada configuración y es así que a finales de octubre, el 29, 30 de octubre y 1 de noviembre se procede con el corte del cabezal de atemperación (.) entonces se abre y en esos primeros días de noviembre se confirma que efectivamente corresponden al atemperador." (Folio 207)

Como complemento de lo expuesto, y en relación con el desprendimiento de la boquilla del atemperador, el Ingeniero Lesmes Combariza puntualiza: "(.) pero repito la camisa para mí se daña por cuestión de que la boquilla que cayó, pero la boquilla por qué se cayó, para mí es difícil precisarlo, para mí es extraño, es un caso que no es corriente, la unidad 3 es semejante, tenemos una unidad que genera 64 megavatios y la boquilla está en su sitio y no ha presentado rotura del sobrecalentador secundario, tiene más horas de funcionamiento la unidad 3 que la 2, entonces (.) que esa parte, ese punto de la boquilla se haya caído además es más (.) la punta de la boquilla se cae y la volvemos a reutilizar eso se puede volver a utilizar, se puede seguir utilizando, es decir no tiene deterioro, no está corroída, no está partida la punta como tal (.)"(Folio 208)

En cuanto a la determinación de la posible causa del desprendimiento manifestó el testigo: "Del hecho del posible desprendimiento no, es difícil concretar o alguien atreverse a decir algo, porque como digo la punta que cayó en buen estado, no se puede decir fue por tal cuestión." (Folio 208) Agregó que ni Tecnicontrol ni ABB dieron explicación alguna sobre las causas probables del desprendimiento de la boquilla. A modo de conclusión el citado testigo señaló: "(.) para mí en este caso concreto de la caldera II, la causa es lo de la boquilla, el desprendimiento de la boquilla, los pedazos de camisa de la boquilla se desplazaron como un ratón sobre el tubo grande y quedaron sobre las entradas de los tubos pequeños obstruyendo y causando el daño del sobrecalentador." (Folio 210) Precisó, sin embargo, que no era posible detectar el referido desprendimiento de la boquilla en un mantenimiento normal.

7) INTERROGATORIO DE PARTE DEL INGENIERO ELECTRICISTA WILSON JULIO URIBE VEGA. El día 28 de Noviembre de 2001 rindió declaración este representante legal, quien desde hace 20 años trabaja para la EMPRESA DE ENERGIA DE BOYACA y es actualmente Vice- presidente técnico. (Folios 404 a 416 Cdo Pbas 1)

En relación con la causa de las roturas de los tubos del sobrecalentador de la caldera de la Unidad 2 ocurridas desde mediados de año de 1995 el referido Ing. Uribe Vega señaló: "(.) la causa de la rotura sólo se conoció después de que se cambió el sobrecalentador y se dañó el primer tubo del sobrecalentador nuevo, fue cuando se conoció la causa de la rotura, eso fue fines de octubre, principios del año 98. (.) "Entiendo que se hicieron los análisis de la tubería, se debatieron las hipótesis que planteó Tecnicontrol en los informes que no aseguraban o no indicaban ninguna causa concreta y básicamente se tomó que era la inspección de la tubería." (Folios 405 y 406)

Ahora bien, en cuanto al tema de si la EMPRESA DE ENERGIA DE BOYACA adoptó medidas para efectos de verificar si las roturas se debían a calentamientos generados por taponamientos producidos por pedazos desprendidos interiormente, el citado Ingeniero Uribe puntualizó: "Es cierto que no se tomó ninguna medida, pero es que en ese momento no se sabía que esa era la causa de los daños." (Folio 406)

En síntesis, el Ingeniero Uribe indicó: "Los problemas se presentaron y se tomaron como cosas normales en operación, se detectó que era un accidente como decía a finales del mes de octubre/98, principios de noviembre, porque ya a raíz del daño de uno de los tubos nuevos se acordó bajar el atemperador y revisar todo el sobrecalentador y se pudieron establecer con

precisión las causas de las roturas de los tubos, antes no se sabía qué era, se tomaron como eventos normales de operación." (Folio 415)

8) TESTIMONIO DEL INGENIERO JORGE HUMBERTO REYES STERLING. El día 4 de febrero de 2002 rindió testimonio. Dicho ingeniero fue empleado de la Previsora hace más de 10 años y actualmente es ajustador de seguros. (Folios 169 a 201 Cdo Pbas 2)

En relación con el tema de la causa y los daños del sobrecalentador y el atemperador de la caldera de la Unidad II de Termopaipa el referido testigo señaló: "Con base en todas estas investigaciones que acabo de referir y adicionalmente en discusiones muy específicamente sostenidas con gente como, no recuerdo el nombre, que es especialista de Emgesa, que labora en Termozipa una planta similar a esta y con las pruebas de laboratorio realizadas por la Universidad de los Andes se pudo determinar que el daño del sobrecalentador o los múltiples daños ocurridos durante todos estos años del 95 al 97, debieron ser consecuencia del daño del atemperador cuyos fragmentos de la camisa interna debieron obstaculizar y efectivamente se encontró que obstaculizaban el flujo normal de vapor desde el sobrecalentador primario hasta el sobrecalentador secundario pasando por el atemperador. De todas maneras la causa del daño se ubica en el año 95 o antes y en virtud de eso había varios problemas como demoras en el aviso, inclusive el mismo tema de prescripción y el no colapso del equipo que reemplazara finalmente (.)" (Folio 170)

Como complemento de lo anterior, en cuanto a la causa que produjo en el año 95 el daño del sobrecalentador, el Ingeniero Reyes apuntó: "El estudio que hizo la Universidad de los Andes sobre esta situación, sobre la evolución histórica que tuvo ese sobrecalentador con toda la información de este tubo, los estudios dicen que evidentemente todos los daños ocurridos entre el 95 y el 97 se debieron a problemas de recalentamiento por obstrucción en el flujo de vapor, de todas maneras el estudio de Tecnicontrol menciona que hay adelgazamientos y causas varias que contribuyen a esa cosa, entonces dependiendo del punto donde está ubicado cada tubo puede tener mayor incidencia una causa que otra (.)" (Folio 175)

Y refiriéndose al origen de la mencionada obstrucción en el flujo de vapor, el testigo explicó: "Esto sí quedó claro, fueron los fragmentos de la camisa interna del atemperador que se encontraron obstruyendo los tubos de entrada al atemperador (.)" (Folio 175)

Sobre la rotura de la camisa interna del atemperador y su posible(s) causa(s) el testigo afirmó: "Contundentemente no se pudo establecer, primero porque no se hizo la investigación en su momento (.)" (Folio 176)

Y agregó: "(.) a juzgar por los resultados de los análisis de la Universidad de los Andes, mi opinión personal es que debió fallar primero la camisa y tumbar la boquilla, adicionalmente los pedazos de camisa desplazarse y hacer los taponamientos para que redundara en la rotura de los tubos." (Folio 177) En cuanto a la posibilidad de que la camisa se hubiese roto por falta de mantenimiento, el Ing. Reyes anotó: "(.) no puedo decir que la camisa se rompió por falta de mantenimiento, eso sería absurdo." (Folio 179)

De otra parte, respecto de la posibilidad de detectar el taponamiento y sus causas desde el año de 1995, cuando se dio la primera falla, el Ingeniero Reyes contestó: "El taponamiento si era detectable ya que no existían los dos tapones para fijarlos... sí en las múltiples ocasiones en que se rompieron los tubos los colocaban para reemplazarlos por un pedazo de tubo nuevo, entrar por ahí y ver la obstrucción. (.) con un boroscopio." (Folio 180)

En referencia a la técnica del boroscopio señaló: "La técnica de la endoscopia es la misma, existe desde muchos años antes, es más el libro está editado en el 87 es una revisión, habla de la técnica, entonces sí existe por lo menos 10 años antes del periodo de los años de que estamos hablando (.)" (Folio 180), precisando que dicha técnica estaba disponible para ser contratada y detectar la falla durante los años en cuestión. (Folio 180)

Preguntado acerca de si la rotura del sobrecalentador pudo haber obedecido a un choque térmico o a la caída de la boquilla, el referido testigo señaló: "Es lo que dice la literatura." (Folio

199) Complementó esta manifestación explicando que: "Seguramente la camisa se rompió en determinado momento, no sé si por el choque térmico o por lo duro del material o por la caída de la boquilla o por las dos y ocurrió en un determinado momento, desde ese punto de vista uno puede decir si es algo súbito en su ocurrencia, accidental considerando que no es algo provocado y entra uno en el asunto de previsible o imprevisible (.)"(Folio 199)

9) TESTIMONIO DEL INGENIERO MECANICO JUAN CARLOS LANCHEROS. El día 15 de abril de 2002 declaró, quien actualmente se desempeña como director técnico de una firma reaseguradora de seguros. (Folios 335 a 353 Cdo Pbas 2)

Interrogado sobre las causas que produjeron los daños del sobrecalentador y el atemperador de la caldera de la Unidad II de Termopaipa el referido testigo señaló: "Respecto de la causa del daño del sobrecalentador debo dividirlo en dos por varias circunstancias (.) el sobrecalentador presentó diversas fallas por motivos contribuyentes, es decir se dañó porque tenía corrosión, se dañaron igualmente algunos tubos porque tenían desgaste o ataque mecánico y se dañó en algunas oportunidades por sobrecalentamientos. "Respecto del daño del atemperador que es la otra parte, este atemperador se dañó por la rotura de su camisa protectora que es básicamente un venturi que va colocado en la parte de salida, de entrada del sobrecalentador, éste se dañó por dos posibles causas la caída de un cubo de inyección, inyector o por la rotura de la camisa, me inclino a pensar que la segunda es la más probable, la rotura de la camisa se debió presentar por choque térmico y ese choque térmico generó que se rompiera la camisa, se fragilizó el material, se rompiera la camisa y esta rompiera el inyector." (Folio 336)

En cuanto al origen del sobrecalentamiento afirmó: "Las causas del sobrecalentamiento de los tubos repito hay varias circunstancias que todas contribuyen al sobrecalentamiento, pero podría concluirse que la principal es la obstrucción del atemperador." (Folio 337)

Ahora bien, respecto de si la rotura de la camisa se puede considerar como la causa primigenia del sobrecalentamiento, el citado testigo señaló: "Pensaría que respecto del atemperador, de la camisa como tal existen varias igualmente situaciones contributivas a su daño, me inclino a pensar que la repotenciación del... tiene ingerencia en el problema de la camisa (...) la caldera está diseñada para una cierta cantidad de flujo de vapor y presiones de vapor, las cuales al cambiar las turbinas fueron modificadas por parte del asegurado al inducir mayores flujos de vapor y de agua de atemperación dentro del atemperador, lo cual pudo influir.

"Igualmente, el mantenimiento que lleva el asegurado es un mantenimiento basado supongo en su experiencia, pero pensaría que debería hacerse un mantenimiento un poco más exhaustivo en tiempo en que el equipo no esta siendo operado, me refiero a que deben hacerse intervenciones no sólo no destructivas, sino intervenciones destructivas en algunas oportunidades, lo cual desde mucho tiempo atrás antes del evento no se habían realizado. "Igualmente las continuas paradas o arranques, hay diversos tipos de arranque, pero los arranques en frío lógicamente son los más perjudiciales generan un agravamiento en la vida útil del equipo, (...) no es una situación que el asegurado pueda controlar pero se presenta." (Folio 338)

Respecto de los daños que se presentaron en el sobrecalentador, reemplazado a partir de 1995 y hasta 1997, y sus diferentes causas, el citado testigo manifestó: "Los daños en el sobrecalentador son eventos diferentes, es decir se presentan en momentos diferentes en tiempos diferentes por lo tanto son eventos separados, algunos de ellos con causas diferentes, es decir unos por sobrecalentamiento, otros por corrosión, por lo tanto para mí unos de estos son eventos diferentes y siniestros diferentes. "Los del sobrecalentamiento específicamente su causa principal después de haber encontrado el tema del atemperador podría uno pensar que son consecuencia directa de ese daño en el atemperador, por lo tanto los daños en el sobrecalentador son eventos diferentes, algunos siniestros diferentes como tal y otros sí son directamente dependientes del atemperador." (Folio 352)

10) TESTIMONIO DEL INGENIERO MECANICO JAIME LOBO GUERRERO. El día 30 de Abril de 2002 declaró quien es profesor de la Universidad de los Andes y trabaja para el Centro de Investigación y Desarrollo -CIPEM- (Folios 354 a 378 Cdo Pbas 2)

En relación con la causa de los referidos daños que sufrió el atemperador el citado testigo señaló: "El estudio del atemperador, la geometría, los planos, la película y los ensayos que hicimos sobre el material, permite concluir que ese atemperador sufrió cambios de temperatura muy bruscos que generaron grandes presiones del orden de categoría de explosiones dentro del atemperador que destruyeron una parte interna que se llama el reductor, que dejaron sueltas las piezas en el recipiente que constituye el atemperador, o sea que la causa fue cambios de temperatura muy bruscos que generaron una explosión de vapor que genera la destrucción de partes internas del atemperador." (Folio 355)

"(.) con la operación normal del atemperador eso puede ocurrir y hay evidencia estadística de muchas otras calderas que han sufrido fallas en ese mismo tipo de atemperadores, se rompen esos aparatos." (Folio 356)

Sobre las causas que dieron origen al taponamiento de la tubería de la caldera el citado testigo afirmó: "(.) las posibles causas para taponar no se originan con mugre dentro de la caldera porque estaba limpia, es asignable el taponamiento a algo físico que tapó, por ejemplo los pedazos del atemperador." (Folio 364)

11) TESTIMONIO DEL INGENIERO MECANICO RAFAEL BELTRAN PULIDO. El día 30 de Abril de 2002 declaró; profesor de la Universidad de los Andes. (Folios 379 a 389 Cdo Pbas 2)

El declarante, al referirse a los daños sufridos por el atemperador, reiteró que: "(.) hubo una destrucción bastante extensiva del atemperador y el tubo del atemperador tiene unos huecos que van a las tuberías del sobrecalentador que queda debajo y los fragmentos fueron a dar a ese lugar y después de la falla del atemperador y como consecuencia de eso la caldera de la unidad No. 2 empezó a sufrir una serie de daños a partir de julio del año 95 hasta el año 97 cuando se decidió reemplazar el sobrecalentador." "(.) se ve que el atemperador sufrió una falla catastrófica muy fuerte que nosotros la atribuimos a una explosión pero no sabemos explicar exactamente cómo sucedió, intentamos de alguna manera explicarlo pero no sabemos cómo sucedió, lo que si se puede saber es que como consecuencia de la fragmentación de la tubería del atemperador esos fragmentos fueron a dar al sobrecalentador y esa es la causa de las consecutivas fallas que sufrió esa parte de la caldera a partir del año 95." (Folios 379 y 380)

Finalmente, en cuanto a la determinación de la época de los daños referidos, el citado testigo señaló: "Nosotros no tenemos forma de saber la época exacta donde sucedió el suceso del atemperador, podemos establecer que pudo haber sido antes del año 1995 debido a que la caldera empezó a fallar más seguido a partir de esa época pero una fecha exacta es muy difícil de saber." (Folio 380)

### 3.3. MOMENTO EN QUE SE HICIERON VISIBLES LOS PROBLEMAS.

Sobre la época en que comenzaron a detectarse los daños en el sobrecalentador, se encuentra en el expediente el siguiente material probatorio:

1) Testimonio del señor: LIBARDO H. RAMIREZ MOLANO (Folios 178 a 202 Cdo. Pbas 1)

De esta declaración se pueden extraer varios apartes, a saber:

- "(.) en el año 96, empezaron a presentarse unos problemas en el sobrecalentador secundario de la bujía No. 2 y en el año 97 se presentaron 7 roturas de ese mismo" (Folio 178) -

"(.) esa rotura según ellos (Tecnicontrol) y consta en el informe se presentaron en agosto 12/97 (.)"(Folio 178) ?

"(.) posteriormente a ese cambio (del sobrecalentador) se arrancó nuevamente la unidad y presentó fallas nuevamente otro tubo, en el año 97 se presentaron 7 roturas de tubo (.)"(Folio 178) ?

"Los hechos que tenemos es que en el año 97 empezó a romperse muy continuamente la tubería." (Folio 182)

2) Testimonio del señor: PEDRO DARIO LESMES COMBARIZA (Folios 206 a 231 Cdo. Pbas 1)

- "(.) en el año 96 hubo dos paros de ese sobrecalentador secundario y luego en el año 97 sufrieron unas roturas, siete roturas en el sobrecalentador." (Folio 206)

3) ANALISIS PERICIAL.

En dictamen de los expertos Ingenieros designados por el Tribunal (Folios 1 a 367 Cdo Pbas. 4), se encuentran las siguientes explicaciones:

"Con anterioridad al cambio del sobrecalentador de alta temperatura de la Unidad Dos de Termopaipa, dicho sobrecalentador había sufrido numerosas roturas en sus serpentines, los cuales habían hecho imposible operar la unidad de manera continua. Como solución temporal, para poder mantener la unidad operando, en Julio de 1997 se optó por suprimir el serpentín que fallaba permanentemente (.)" (Folio 12)

En la complementación de esta respuesta, expresaron: "Así mismo las repetidas fallas a partir de Diciembre de 1996 y más aún a partir de Junio de 1997, implicaban además de los inconvenientes, costos adicionales, no solo por las reparaciones sino por la pérdida económica en generación e indisponibilidad de la unidad." (Folio 124)

"(.) "Durante el período estudiado para elaborar el Cuadro No. 4, fallas de la Caldera, a partir de 1993 la primera rotura de tubería se registra en Marzo de 1993 en el sobrecalentador primario o de baja temperatura y en Octubre de 1993 en el secundario o de alta temperatura. La secuencia de estas fallas de tubería de la Caldera se incrementan a partir de Diciembre de 1996 cuando según se ha explicado es de presumir que los problemas en lograr un buen control de la temperatura del vapor de salida, por medio de la acción del atemperador, hace presumir que ya se había producido el desprendimiento de la boquilla. A partir de ese momento se puede esperar que las roturas de tubería en el sobrecalentador secundario ha sido el resultado del sobrecalentamiento producido en todo o en parte por la obstrucción en el flujo del vapor en su interior." (Folio 121)

"(?) "El informe de TECNICONTRONOL identifica una falla en un tubo producida por corrosión. Las otras fallas según el mismo informe se presentaron por una acción conjunta de sobrecalentamientos y desgaste mecánico.

Las fallas se iniciaron a partir del mes de Julio de 1995 y a excepción de la falla identificada por corrosión el resto se pueden atribuir al sobrecalentamiento y desgaste mecánico.

"No es posible afirmar con certeza si todas las fallas anteriores se produjeron por el taponamiento ocasionado por el desprendimiento de la boquilla ni la fecha exacta en que se produjo dicho desprendimiento en forma total. Tampoco es posible afirmar con certeza sobre si no se hubiera producido el taponamiento no se hubiera producido fallas por sobrecalentamiento en algunos de los tubos." (Folio 118)

En el escrito de aclaraciones y complementaciones, los peritos coinciden con lo planteado en el informe de los Ing. Lobo Guerrero y Beltrán en el sentido de que "(.) la causa principal que generó las fallas fue el sobrecalentamiento de las tuberías producidas por los taponamientos y reducciones del flujo en algunos tubos del sobrecalentador, a raíz de la falla del atemperador de entrada al sobrecalentador." (Folio 112)

Respecto de la existencia de una causa común para las primeras fallas que se presentaron, los peritos expresaron: "No se puede afirmar con absoluta certeza si las dos primeras fallas presentadas en el año 1995 en el sobrecalentador de la Unidad II y la tercera presentada en el mismo sobrecalentador en el mes de Febrero de 1996 tienen una causa común con las

ocurridas a partir de Diciembre de 1996 o si por el contrario se pueden considerar aisladas. Según lo explicado en el numeral 2.3, es a partir de dicho mes cuando se incrementó la secuencia o similitud de ellas." (Folio 109)

Preguntados los expertos acerca de la fecha aproximada en que se presentó el desprendimiento de la boquilla del atemperador y rotura de la camisa, respondieron: "(...) Es a partir de 1996 cuando se hacen más frecuentes las roturas de tubos en el sobrecalentador secundario y por tanto es posible también que el desprendimiento de la boquilla haya ocurrido al finalizar 1996 o comienzos de 1997." (Folios 106 y 107)

### 3.4. CONOCIMIENTO DE LOS DAÑOS POR LA PREVISORA.

Sobre esta materia, obra en el expediente la prueba que a continuación se indica:

1) Testimonio: LIBARDO H. RAMIREZ MOLANO (Folios 178 a 202 Cdno. Pbas 1)

- "(?) nosotros enviamos, la Empresa le envió un oficio a La Previsora, la oficina de Bienes, informándole del daño e inclusive como lo decía inicialmente, anexando un cassette en donde se mostraba lo que se había encontrado." (.) En el 96 "(.) que yo recuerde no se le ofició a la Aseguradora." (.) De los daños del 96 y 97 "No hubo reclamación" (Folio 201)

2) Interrogatorio de parte de WILSON JULIO URIBE VEGA. (Folios 404 a 416 Cdno. Pbas 1)

- "Si, ya a fines de octubre principios de noviembre... fue cuando se vio que había habido un problema en el atemperador y que eso hubiera sido... se informó creo formalmente a La Previsora." (Folio 412) -

- "Pregunta No.13. Diga como es cierto sí o no y yo afirmo que es cierto que la Previsora no fue informada de los distintos daños que presentó el sobrecalentador de la Unidad II durante los años 1995, 1996 y 1997?. - SR. URIBE: No es cierto, La Previsora fue informada en el año 97 sobre los daños que se estaban presentando. Puedo estar equivocado y fue en el 98 (..) Lo que sí es que hasta ese momento, o sea hasta el año 96, 97 no se sabía, se estaban tomando los daños como un accidente, entonces se encontró a finales del 98.y se le informó a La Previsora " (Folios 411 y 412)

3) Interrogatorio de parte de J. FERNANDO SANCHEZ ROJAS (Folios 232 a 243 Cdno. Pbas 1)

- "(...) esos incidentes comenzaron en realidad si uno mira las bitácoras de la planta y en el informe de Tecnicontrol desde el 95, sería 95, 96 y 97, La Previsora no conoció reporte al respecto (.)" (Folio 239)

- "Hubiera sido importante porque hubiera mostrado que algo anormal estaba sucediendo o digamos que podía mostrar un camino de desgaste o que algo anormal estaba sucediendo y hubiéramos podido tomar alguna posición al respecto." (Folio 239)

4) Testimonio: JORGE HUMBERTO REYES STERLING (Folios 169 a 201 Cdno Pbas 2)

- Respecto de la primera vez que le fue reportado a La Previsora fallas en el sobrecalentador contestó: "Eso fue con posterioridad al 28 de octubre /98 a raíz de lo cual La Previsora notificó a sus reaseguradores y fuimos instruidos más o menos el 10 de diciembre del mismo año." (Folio 185)

5) Testimonio: LUIS EDUARDO RODRIGUEZ CORCI (Folios 307 a 334 Cdno Pbas 2)

- "Como reclamación formal en seguros nunca la recibió La Previsora, presentó el aviso del daño y algunas valorizaciones de algunos elementos y en ese momento La Previsora le contestó las razones por las cuales él no consideraba que hubiera una reclamación y las informaciones que hacía falta para poder considerar la existencia de un reconocimiento de siniestro." (Folio 308)

- "La primera noticia que recibe La Previsora es con la rotura de un tubo en el nuevo sobrecalentador, no conocía en ese momento La Previsora que se hubiera cambiado el sobrecalentador, ni que el mismo hubiera tenido pérdidas anteriores (.)"(Folio 308)

- "Nunca fue informada (La Previsora) de que los daños se estaban presentando (.)"(Folio 324)

6) Testimonio: JUAN CARLOS LANCHEROS (Folios 335 a 353 Cdo Pbas 2)

- "La Previsora del cambio del sobrecalentador fue informada no se la fecha exacta, pero lógicamente posterior a nuestro ingreso como ajustadores en el siniestro, es decir informada posterior a diciembre/98." (Folio 347)

- "La Previsora conoció de los daños en el sobrecalentador en el día en que se presentó el aviso del siniestro, es decir en el aviso del siniestro se menciona que hay unos daños en un sobrecalentador." (Folio 351)

#### 4. CONCLUSIONES.

##### 4.1. SOBRE LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO.

1) Se trató de un evento súbito accidental e imprevisto.

De conformidad con el contrato, la póliza de rotura de maquinaria la ampara "contra Todo Riesgo de pérdida o daño físico, proveniente de cualquier causa, excepto aquellas que se excluyen más adelante, y que ocurra dentro de la vigencia del seguro, siempre que dicho daño ocurra en forma accidental, súbita e imprevista y que haga necesaria la reparación o reposición".

Para la doctrina, "el seguro de rotura de maquinaria compensa los gastos incurridos para eliminar daños materiales en un objeto asegurado, causados por un evento de tipo accidental y que hacen necesaria una reparación o el reemplazo del objeto dañado (...) El daño tiene que (a) ser de naturaleza material y (b) haber ocurrido en forma accidental.

"Daño material" significa (...) que el objeto esté dañado directamente en su sustancia ("rotura de máquina") (...)

"(...) el concepto "accidental" incluye dos características importantes que delimitan riesgos o eventos de los no asegurados: el siniestro asegurado tiene que ocurrir tanto de forma "súbita" como "imprevista". Por consiguiente, no están cubiertos aquellos daños que se pueden prever "a tiempo" (...) y que podría evitar el asegurado tomando las medidas correspondientes. (...) tampoco responde el asegurador (...) por procesos naturales duraderos (por ejemplo, deterioro paulatino, corrosión, envejecimiento, etc.) ya que se trata de daños previsibles".2

El apoderado de la entidad demandante afirma que, a lo largo del año 1997, se presentó una serie de fallas en la Unidad II de la Central Termoeléctrica de Paipa, consistentes en que los serpentines de los sobrecalentadores de la Caldera correspondientes a dicha unidad resultaron averiados, habiendo perdido sus propiedades de dureza y estructura. Agrega que las causas de tales fallas eran desconocidas para la empresa.

Señala que con posterioridad se pudo determinar que el atemperador de la Unidad había sufrido una ruptura accidental, que produjo el taponamiento de los diferentes tubos, lo que a su turno originó una elevación de la temperatura en el sobrecalentador, por cuanto las partes metálicas desprendidas del atemperador bloquearon los tubos impidiendo la circulación del vapor, lo cual habría ocasionando los daños -cambios de dureza y estructura- a los serpentines del sobrecalentador.

El abogado de la convocante manifiesta en sus alegatos de conclusión que poco importa si los daños se debieron a la caída accidental de la boquilla o a la rotura accidental de la camisa del atemperador, y agrega que lo cierto es que ocurrió un daño por una causa accidental.

Por su parte, el apoderado de la compañía de seguros explica que en el proceso quedó demostrado que el desprendimiento de la camisa del atemperador que generó el primer daño en el sobrecalentador ocurrió a mediados de 1995, y agrega que los numerosos daños que se presentaron en el sobrecalentador, así como la "(...) manifiesta (...) dificultad en controlar la temperatura del vapor de salida por medio del atemperador" (2° informe pericial), eran indicativos de problemas en este equipo que impedían el normal flujo de vapor al interior de la tubería, circunstancia que obligaba a establecer lo que estaba ocurriendo para adoptar las medidas correctivas necesarias. Sin embargo, la empresa de energía procedió a reparar o anular los tubos afectados en los sucesivos eventos, sin efectuar -como sí lo hizo en octubre de 1998- una inspección interna que le habría permitido detectar inmediatamente la rotura de la camisa del atemperador.

Para alcanzar una conclusión sobre el tema, el Tribunal trae a consideración algunos apartes relevantes de las pruebas recogidas a lo largo del proceso, así como los planteamientos de los diferentes estudios realizados, principalmente del Informe Pericial.

Así, del ANALISIS DE FALLA, DAÑO CALDERA No. 2 - TERMOPAIPA, realizado por la UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, dirigido a McLARENS TOPLIS COLOMBIA LTDA., de fecha septiembre 10 de 2000 (Folios 311 a 318 Cdo. Pbas 1) se deduce que "este caso de falla frágil sin deformaciones dúctiles significativas en un material dúctil no es común. La única manera de fallar en un material con estas características puede provenir de una carga impuesta súbita y de gran magnitud; si la tasa de aplicación de la carga es como lo que ocurre en una explosión y la velocidad de aplicación es suficientemente alta ocurre que es posible propagar fracturas sin que ocurra falla plástica pues esta demora un tiempo y absorbe energía para deformar". (Folio 317)

Sobre este asunto, los peritos técnicos designados por el Tribunal, en el segundo informe (Folios 1 a 367 Cdo. Pbas 1) explicaron que "En el caso específico de la falla ocurrida en el atemperador de la Unidad II, al producirse el desprendimiento de la boquilla diseñada para dispersar y atomizar el flujo de agua en estado líquido comprimido proveniente de la bomba de alimentación de agua antes de entrar en contacto con el flujo de vapor sobrecalentado, esta alteración de las condiciones de diseño pudo afectar el efecto de atemperación perseguido. La mezcla de vapor sobrecalentado a 400° C con gotas de agua a 220° C pueden ocasionar un choque térmico casi instantáneo afectando en el cono convergente y las camisas del atemperador localizados en esta zona". (Folio 117)

Los mismos peritos, respecto de la pregunta de "si es usual, que por desgaste o deterioro paulatino, en calderas como la que es objeto de estudio, se presente un desprendimiento de la boquilla de atomización del atemperador", respondieron que las fallas frecuentes se presentan en la camisa protectora por las siguientes razones: fallas en la sujeción del tubo protector por fallas en la soldadura, fallas en el diseño, expansiones restringidas, vibraciones por aseguramientos imperfectos, y destrucción por choques térmicos.

En la complementación del informe pericial, y con el fin de aclarar si las causas mencionadas pueden calificarse como súbitas o accidentales, los expertos responden que "las fallas en la sujeción del tubo protector del atemperador y el cono de convergencia, debido a fallas en la soldadura, en el diseño, expansiones restringidas y vibraciones por aseguramientos imperfectos, se pueden calificar todas ellas como progresivas. La destrucción por choque térmico se puede calificar como falla súbita y accidental" (Folio 108)

El señor RAFAEL BELTRAN PULIDO, quien fuera contratado por Mclarens Toplis para analizar las causas del accidente, en su testimonio ya atrás citado afirmó que se puede entender que "se ve que el atemperador sufrió una falla catastrófica muy fuerte que nosotros la atribuimos a una explosión pero no sabemos explicar exactamente cómo sucedió, intentamos de alguna manera explicarlo pero no sabemos cómo sucedió, lo que si se puede saber es que como consecuencia de la fragmentación de la tubería del atemperador esos fragmentos fueron a dar

al sobrecalentador y esa es la causa de las consecutivas fallas que sufrió esa parte de la caldera a partir del año 95". (Folio 379)

De la exposición del señor JAIME LOBO GUERRERO, quien trabaja para el Centro de Investigación y Desarrollo CIPEM de la Universidad de los Andes, y que fuera contratado por Mclarens Toplis para hacer un análisis de la falla, a que el Tribunal ya se refirió es pertinente, sobre el particular, rescatar las siguientes ideas: "El estudio del atemperador, la geometría, los planos, la película y los ensayos que hicimos sobre el material, permite concluir que ese atemperador sufrió cambios de temperatura muy bruscos que generaron grandes presiones del orden de categoría de explosiones dentro del atemperador que destruyeron una parte interna que se llama el reductor, que dejaron sueltas las piezas en el recipiente que constituye el atemperador, o sea que la causa fue cambios de temperatura muy bruscos que generaron una explosión de vapor que genera la destrucción de partes internas del atemperador" (Folio 355)

Por su parte, el señor JUAN CARLOS LANCHEROS, también varias veces mencionado, quien se desempeña como ajustador de seguros, explicó que "Respecto del daño del atemperador que es la otra parte, este atemperador se dañó por la rotura de su camisa protectora que es básicamente un venturi que va colocado en la parte de salida, de entrada del sobrecalentador, éste se dañó por dos posibles causas la caída de un tubo de inyección, inyector o por la rotura de la camisa, me inclino a pensar que la segunda es la más probable, la rotura de la camisa se debió presentar por choque térmico y ese choque térmico generó que se rompiera la camisa, se fragilizó el material, se rompiera la camisa y esta rompiera el inyector." (Folio 336)

Finalmente, JORGE HUMBERTO REYES STERLING, también ajustador de seguros, y ya citado atrás, a la pregunta del apoderado de la convocante "La rotura del atemperador obedeció a un choque térmico o a la caída de la boquilla" Contestó: "Es lo que dice la literatura. (.) Seguramente la camisa se rompió en determinado momento, no sé si por el choque térmico o por lo duro del material o por la caída de la boquilla o por las dos y ocurrió en un determinado momento, desde ese punto de vista uno puede decir si es algo súbito en su ocurrencia, accidental considerando que no es algo provocado y entra uno en el asunto de previsible o imprevisible...". (Folio 199)

Con base en estos antecedentes probatorios, el Tribunal es de la posición que se produjeron dos eventos determinables y diferenciables, consistentes en (i) el desprendimiento de la boquilla de atomización del atemperador y la destrucción de su cono metálico, el cual quedó reducido a fracciones metálicas, y (ii) el sobrecalentamiento de los tubos o serpentines del sobrecalentador secundario de la Unidad II.

Respecto del primero, puede afirmarse que su causa más probable fue un evento físico denominado choque térmico. El segundo, fue producto del taponamiento en la entrada de los tubos del sobrecalentador secundario que impedía o disminuía la circulación de flujo de vapor por los tubos. Tal obstrucción se dio por la presencia de elementos metálicos del atemperador, consecuencia de la rotura y desplazamiento de la camisa y del cono.

El primer evento se produjo, probablemente, a comienzos de 1995. En tanto, el taponamiento de los serpentines del sobrecalentador secundario se presentó en varias ocasiones, en particular durante 1997 y 1998.

Como se dijo, en el año 1995 se produjo un daño en el atemperador. Dicho daño consistió en una "falla catastrófica muy fuerte" atribuible, probablemente, a cambios de temperatura bruscos que generaron grandes presiones y una explosión, pudiéndose concluir, pues en ello son coincidentes la mayoría de las pruebas realizadas, que la verdadera causa en el rompimiento del atemperador se produjo por un choque térmico, evento físico que a juicio del Tribunal responde a las características de súbito ya que, técnicamente, es consecuencia de efectos repentinos, inesperados, respecto de los cuales no le era dado a la empresa de energía desplegar actividad alguna para anticipar, ni para impedir su ocurrencia.

Por otra parte, ese choque térmico ocurrido al interior de la caldera hacia el año de 1995, también reviste, en concepto del Tribunal, la condición de accidental, toda vez que surgió como

consecuencia de fenómenos frente a los cuales el asegurado no tuvo ingerencia alguna en su producción. Se produjo en forma casual, sin que pueda atribuirse a falta de mantenimiento, ni a una operación inadecuada de la Unidad.

La cláusula de amparos exige también que el daño sea imprevisto. Frente a tal condición, el Tribunal es de la opinión que la rotura del atemperador como consecuencia del choque térmico, génesis de las fallas de la mayoría de los serpentines del sobrecalentador, no era previsible para la empresa de energía, pues ninguno de los expertos que dieron su opinión sobre el daño ocurrido, le formuló imputación alguna a la Convocante en sentido de que, de haber obrado con diligencia, hubiera podido prevenir la generación del daño. Por lo demás, dicho daño no era previsible bajo la máxima de la experiencia, como quedó demostrado en el proceso, al advertirse que otra Unidad de idénticas características había superado el tiempo de uso de la Unidad II, la afectada, sin que aquella hubiere padecido defecto semejante, a pesar de que eran manejadas bajo las mismas premisas. Considera el Tribunal que razonablemente no había elementos de juicio técnicos para predecir que el choque térmico se presentaría, ni los alcances de sus efectos, aún más, se insiste, cuando la otra máquina no había padecido defecto alguno. Si bien, bajo las explicaciones de la literatura técnica, era factible que tal evento se presentara en una máquina de las características de la Unidad II, la frecuencia de su ocurrencia es indeterminada y la probabilidad de preverlo, mínima.

Por tanto, el choque térmico del atemperador y su correspondiente rotura o fraccionamiento, ocurrido en 1995, es, a juicio del Tribunal, un daño accidental, súbito e imprevisto.

Sin embargo, los daños experimentados por el atemperador en 1995, considerados en sí mismos, vale decir, sin sus repercusiones ulteriores, no eran perceptibles, ni apreciables exteriormente, ni por sí solos, que se sepa, alteraron la productividad de la Unidad. En otras palabras, los expertos no manifestaron que el desprendimiento de la boquilla y la ruptura de la camisa tuvieran la virtualidad específica de afectar la operación de la caldera.

Con todo, esos daños accidentales permitieron que trozos de metal quedaran sueltos al interior de la Unidad y se desplazaran de manera errática por todos sus espacios. Esos trozos fueron a ubicarse en varias oportunidades a la entrada de los tubos de los serpentines, impidiendo o restringiendo el flujo de vapor, con lo cual se produjo el aumento de temperatura que terminó por dañar dichos tubos, al alterar su ductilidad. Fue así como debieron reemplazarse tubos y secciones de serpentines por daños que afloraron en 1997 y 1998.

Por ende, estas afectaciones consecuenciales sí dejaban huellas externas de su ocurrencia. Además, los técnicos de la Empresa de Energía de Boyacá pudieron observar comportamientos irregulares en el funcionamiento de la Unidad II, que impedían disponer de todo su potencial de generación.<sup>3</sup> Así se observan los requisitos que, según la doctrina, caracterizan el siniestro en el seguro de rotura de maquinaria, para cuya ocurrencia es menester que, "a causa de los riesgos amparados, los bienes asegurados sufran simultáneamente una disminución desventajosa, de su funcionalidad y de su valor"<sup>4</sup>

En su momento, los expertos no pudieron detectar la causa de esos daños recurrentes, ni tenían la certeza de si provenían de una misma causa o de varias. Tecnicontrol, por ejemplo, especuló a cerca de varias posibles causas, sin precisar ninguna. Sólo al final, cuando se descubrió que las partículas metálicas desprendidas del atemperador habían generado el aumento de temperatura, al haber bloqueado los tubos, vino a saberse que todos los daños de los serpentines -con excepción del sufrido por el serpentín No. 6 a causa de la corrosión- tenían, muy probablemente, la misma causa originada en la rotura de elementos del atemperador. Así las cosas, esa unidad de causa hace que los distintos eventos conformen un daño complejo, compuesto por dicha causa común y por sus distintas manifestaciones nocivas que se fueron presentando en los años subsiguientes, todas ellas reflejo del accidente primigenio.

Si bien los daños acaecidos en 1997 y 1998 ocurrieron en forma reiterada, no es menos cierto que nadie sabía de la existencia de trozos sueltos de metal dentro de la caldera, ni podía preverse que estos pudieran llegar a obstruir la tubería, generando sobrecalentamiento y el

daño de los serpentines. Por tanto, al no tenerse noticia de la causa dañosa, esto es, de la existencia de fracciones metálicas moviéndose en todas direcciones dentro de la caldera, y al ignorarse que esta situación anómala podía desembocar en el taponamiento de la tubería del sobrecalentador, ha de concluirse que el daño complejo que ocurrió, participa de las mismas características de su causa, vale decir, que fue accidental, súbito e imprevisto.

Esta interpretación del Tribunal coincide con las reflexiones de la doctrina especializada en punto de la ocurrencia del siniestro en seguros de rotura de maquinaria, toda vez que para este evento "se considera que el daño ocurre, no en el momento en que la causa actúa sobre el bien, sino hasta cuando lo afecta aunque su efecto se haga perceptible después.

"(...) cuando el daño no se presenta en forma inmediata o bien no puede precisarse con exactitud en el tiempo la relación causa-efecto, se considera que el siniestro ocurre en el momento en que se descubre o debiera ser descubierto, de acuerdo con los avances tecnológicos existentes y con los conocimientos que el personal a cargo de las máquinas aseguradas (...) deben tener para cumplir adecuadamente con su responsabilidad. En otras palabras, si el daño ya ocurrió, pero no es perceptible a través del desarrollo técnico y tecnológico alcanzado a esa fecha y se descubre hasta después, para efectos de la póliza de rotura de maquinaria el momento de la ocurrencia será precisamente el de su descubrimiento"5

En el caso que nos ocupa, como ya ha sido precisado, ese descubrimiento tuvo lugar en octubre de 1998, cuando por primera vez se determinó el bloqueo de los tubos del sobrecalentador por trozos metálicos que permitían inferir que se había producido la rotura de otros elementos de la caldera.

2) El siniestro se presentó durante la vigencia de la cobertura correspondiente al periodo global.

En la demanda, se formularon las siguientes pretensiones declarativas.

"1. Que la demandada LA PREVISORA S.A. COMPAÑIA DE SEGUROS incumplió el contrato de seguros contenido en la Póliza de Rotura de Maquinaria No.:U-0119978, concertado con la convocante, al no indemnizar el siniestro que afectó el Sobrecalentador y el Atemperador de la Caldera de la Unidad II de Termopaipa, ocurrido durante los años 1997 y 1998, y conocido por mi mandante con posterioridad al 26 de Octubre de 1998.

"2. Que la EMPRESA DE ENERGIA DE BOYACA S.A. E.S.P., tiene derecho a que con fundamento en el contrato de seguros incorporado en la Póliza U-0119978, se le indemnice y pague el siniestro que afectó el Sobrecalentador y el Atemperador de la Caldera de la Unidad II de Termopaipa".

Afirma el apoderado de la compañía convocada en su escrito de alegatos de conclusión que el desprendimiento de la camisa del atemperador que generó el primer daño en el sobrecalentador ocurrió a mediados del año 1995, lo que coincide con lo que se desprende de la copiosa prueba que obra en el expediente.

De lo anterior, deduce el vocero judicial de la aseguradora que si se concluyera que las distintas manifestaciones del daño constituyen un solo y único evento - tal como lo ha considerado el Tribunal-, no podría accederse favorablemente a las peticiones de la empresa de energía, por cuanto las pólizas que se aducen como fundamento contractual de las pretensiones de condena, son de vigencias posteriores a la iniciación del "siniestro", acontecida, dice el aludido representante judicial, el 18 de julio de 1995, casi dos años antes de iniciarse la vigencia 1997-1998 del seguro, subrayando, en apoyo de su interpretación, que la demandante limitó la pretensión a los daños ocurridos durante dicha vigencia, de suerte que los daños anteriores no son materia de debate, por haber quedado excluidos del marco del libelo de la demanda y, por ende, del proceso.

Por tanto, después de haber precisado cuándo se produjo el daño complejo, equivalente al siniestro, es menester determinar si en ese momento el amparo estaba vigente para deducir si el asegurador es responsable o no de la indemnización que se demanda.

Para dilucidar este aspecto, el Tribunal considera oportuno pronunciarse sobre los siguientes aspectos:

a) La vigencia del contrato.

En relación con la vigencia del negocio jurídico, se discute si el contrato de seguro constituye una sola relación negocial, que surge desde el momento mismo de la celebración del contrato - para el caso particular sería el año 1994- hasta aquel en que las partes deciden terminarlo definitivamente, y si dentro de la mencionada relación se encuentran contenidas las distintas "renovaciones o prórrogas" de su vigencia; o si, por el contrario, la vinculación existente entre asegurado y compañía de seguros, se divide en múltiples relaciones contractuales, tantas como renovaciones se hayan convenido, ya que cada renovación daría lugar a un nuevo negocio jurídico.

Quienes son partidarios de que en los contratos de seguro cada renovación implica la celebración de un nuevo negocio jurídico, entienden que se trata de un contrato de ejecución sucesiva que está llamado a cesar sus efectos en virtud de la expiración de un término de vigencia preciso y determinado, estipulado por las partes pero que, por ordenamiento legal, no puede faltar en el acto jurídico al que nos referimos.

En cambio, la otra posición concibe la renovación como un fenómeno idéntico al de la prórroga, lo que significa que el contrato tiene una vigencia general y que entre las partes se desarrolla una sola relación jurídica ininterrumpida.

b) Los hechos probados que han de tenerse en cuenta para fundar la decisión sobre la vigencia.

El Tribunal, para la evaluación de la controversia respecto de la vigencia del contrato de seguro, considera procedente tener en cuenta los siguientes hechos que quedaron probados dentro del proceso:

1. Después de varios años, en octubre de 1998, se vino a determinar que la causa de los distintos daños a los tubos del sobrecalentador, ocurridos en 1997 y 1998, se remontaba a 1995 cuando, según todo parece indicar, se presentaron roturas y desprendimientos en el atemperador.

2. El contrato de seguros se celebró en 1994, y entre las partes convinieron varias renovaciones anuales sucesivas, hasta la correspondiente al período 1 de abril de 1998 a 31 de marzo de 1999.

3. En 1997, se presentaron una serie de fallas en la Unidad II, habiendo resultado averiados los serpentines de los sobrecalentadores de la Caldera, toda vez que perdieron sus propiedades de dureza y estructura, no siendo conocidas por parte de la Empresa de Energía de Boyacá, en ese momento, las causas generadoras de tales daños.

4. La empresa de energía, en razón de la reiteración de las fallas, contrató el suministro y montaje de la tubería que conforma el sobrecalentador con Asea Brown Boveri - ABB, para llevar a cabo los correspondientes trabajos en septiembre de 1998. La nueva tubería sufrió el 28 del mencionado mes, otra falla, lo que condujo a la convocante a presentar una reclamación ante el proveedor, el cual sometió a análisis los elementos instalados y concluyó que el daño no correspondía a fallas de los mismos por lo cual era pertinente definir el origen de las repetidas fallas.

5. Según los hechos de la demanda, acreditados en el proceso, el 21 de octubre del mismo año se detectó un taponamiento en la entrada de un tubo de uno de los serpentines causado por un gran trozo metálico, que a su vez generó la ruptura de los tubos del sobrecalentador. Posteriormente, el 26 de octubre de 1998, se estableció que el trozo metálico generador del taponamiento se había desprendido del atemperador.

6. Sólo hasta ese momento constató la señalada empresa que desde tiempo atrás se había presentado una ruptura accidental del atemperador que produjo el taponamiento de los diferentes tubos, lo que a su turno originó una elevación de la temperatura en el sobrecalentador, ocasionando los daños -cambios de dureza y estructura- de los serpentines, lo que condujo al cambio íntegro del sobrecalentador realizado por ABB.

7. Si bien lo inexplicable del último daño ocurrido pocos días después de estar operando el sobrecalentador nuevo, llevó a la empresa a realizar los exámenes técnicos pertinentes que concluyeron en la determinación de la causa real de dichas fallas, no es menos cierto que la empresa, con las mismas técnicas empleadas en octubre de 1998, habría podido, con anterioridad, descubrir lo ocurrido y precaver sus consecuencias.

De acuerdo con lo anterior, un análisis detenido de las obligaciones de la empresa derivadas de la póliza, así como de su comportamiento, permiten concluir que el daño habría podido evitarse si se hubiera llevado a cabo un análisis profundo de la Unidad II enderezado a descubrir las causas generadoras de las primeras fallas que se presentaron.

Con todo, también la aseguradora incurrió en una conducta omisiva al no haber realizado las inspecciones que debió llevar a cabo, al menos, para las renovaciones del seguro, mediante las cuales habría también podido descubrirse, con anterioridad, el origen de los daños.

c) Se trata de una sola relación contractual, cuya vigencia se fue extendiendo por acuerdos sucesivos de las partes.

Ahora bien, volviendo a la vigencia del contrato de seguros, ha de señalarse que si se considerara cada renovación como una nueva relación jurídica, tratándose, según el Tribunal, de un solo siniestro complejo, cuya génesis tuvo lugar en 1995 y sus repercusiones nocivas y evidentes en 1997 y 1998, habría de concluirse -en la medida en que las pretensiones de la actora estuvieran circunscritas a las dos vigencias comprendidas entre el 1 de abril de 1997 y el 31 de marzo de 1999- que el asegurador no estaría obligado a indemnizar el siniestro, por aplicación de la regla contenida en el inciso segundo del artículo 1076 del Código de Comercio, el cual dispone:

"Si el siniestro, iniciado antes y continuado después de vencido el término del seguro, consuma la pérdida o deterioro de la cosa asegurada, el asegurador responde del valor de la indemnización en los términos del contrato.

Pero si se inicia antes y continúa después que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurado, éste no será responsable por el siniestro" (Subrayado ajeno al original).

Ahora bien, si el Tribunal acogiera la segunda posición antes descrita, es decir, aquella que asimila para todos sus efectos las figuras de la renovación y la prórroga, estaríamos frente a un solo contrato de seguro nacido en el año 1994 y que se prorrogó sucesivamente hasta 1999, cubriendo, por tanto, todos los eventos causantes del siniestro, el cual, bajo esta interpretación, se habría consumado íntegramente dentro del período contractual.

A este respecto, en su alegato de conclusión, el apoderado de la compañía de seguros alegó la inexistencia de la obligación indemnizatoria a cargo de su representada, por cuanto el siniestro no ocurrió dentro de la vigencia del contrato.

Para respaldar su argumentación, el aludido apoderado transcribió los apartes pertinentes del laudo proferido el 4 de diciembre de 1979 en el arbitramento de Abocol vs Seguros Bolívar y otro, en el cual se manifestó: "La renovación se distingue entonces de la prórroga de un contrato, eso es de la ampliación del término o plazo en él previsto para el cumplimiento de las obligaciones, en que la ampliación ni siquiera implica novación de la obligación u obligaciones de las partes, las cuales permanecen intactas, porque sobre ellas no recae el acuerdo de voluntad, acuerdo que, por el contrario, versa tan solo sobre el plazo específico previsto para el cumplimiento".

Según el Diccionario de la Real Academia Española, el vocablo renovar tiene varias acepciones, la mayoría de ellas relativas a cosas, en tanto que una se refiere a relaciones, que es lo que aquí interesa. En este último evento renovar significa "Restablecer o reanudar una relación que se había interrumpido".

Nótese que la acepción transcrita no coincide con lo acaecido en el caso bajo estudio, toda vez que la relación entre asegurado y asegurador nunca se interrumpió, pues no se presentó solución de continuidad, lo que pone en evidencia que dicha vinculación negocial no fue objeto de restablecimiento, ni reanudación, pues siempre mantuvo su vigencia, hasta el 31 de marzo de 1999.

Por su parte, prorrogar es "Continuar, dilatar, extender una cosa por un tiempo determinado", fenómeno éste que se ajusta a lo ocurrido en la práctica en la relación de negocios que se analiza.

A juicio del Tribunal, si bien en estricto sentido lingüístico los términos renovar y prorrogar no son sinónimos, en el lenguaje común, coloquial, suelen asimilarse y ha trascendido la idea de que cada vez que se renueva un contrato se está prorrogando el mismo. Y lo propio ocurre, incluso, en la doctrina especializada del derecho comparado, la cual emplea indistintamente las expresiones prórroga y renovación para designar un mismo fenómeno jurídico.<sup>6</sup>

No sobra puntualizar que la legislación civil equipara las nociones "renovar" y "novar" al utilizar, por ejemplo, la primera de las expresiones en el artículo 1704, perteneciente al Título XV de la Novación.

Sin embargo, en el presente caso no puede darse a la renovación el alcance y efectos de la novación, pues ello constituiría un error fáctico y jurídico, dado que, a juicio del Tribunal, las partes no quisieron generar esas consecuencias cuando celebraron los acuerdos mediante los cuales decidieron extender sucesivamente la vigencia del contrato, por un plazo igual al que venía corriendo y conservando, esencialmente, los derechos y obligaciones originalmente estipulados.

No debe olvidarse que para que haya novación es indispensable que "lo declaren las partes, o que parezca indudablemente que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la obligación", porque de no resultar evidente el animus novandi dentro del nuevo contrato, agrega el legislador civil que "se mirarán las dos obligaciones como coexistentes, y valdrá la obligación primitiva en todo aquello en que la posterior no se opusiere a ella, subsistiendo en esa parte los privilegios y cauciones de la primera". (Art. 1693 C.C.).

Así lo ha reconocido en múltiples oportunidades la jurisprudencia nacional que al efecto expresa:

" (...) ello no fuerza a concluir que las partes, por gracia de ésta (dación en pago) han novado la obligación, paralogismo que se devela fácilmente si se tiene en cuenta que la novación no puede presumirse, merced a la plausible, amén que certera exigencia de que exista en ambas partes el ánimo de novar"<sup>7</sup>.

"En esta contextura, entonces, la idea de novación resulta extraña en tanto esta figura exige necesariamente, al lado de la concurrencia lógica de dos obligaciones distintas entre sí -la primigenia que se extingue y la nueva que se crea en su reemplazo (art. 1687 del C.C.)-, la conciencia expresa de modo inequívoco por los interesados de producir los efectos extintivos inherentes a la novación, esto por cuanto la voluntad de novar jamás se presume (artículo 1693 ib.)"<sup>8</sup>.

La ley no contiene ninguna norma que determine las diferencias entre renovación y prórroga. Sólo en materia de arrendamiento una disposición puntual prohíbe su tácita reconducción (artículo 2.014 del C. Civil), de manera que terminada esa relación negocial, por cualquier causa, no podrá entenderse renovada sino mediante la formalización expresa de nuevo contrato. Pero esta prohibición es de aplicación restrictiva, lo que significa que no ha de

extenderse a través de interpretación analógica a otras relaciones contractuales. Así las cosas, en los demás contratos nada impide que mediante acuerdo de voluntades las partes decidan, antes de que termine el contrato en curso, mantenerlo vigente por un plazo adicional, esto es, ampliar en el tiempo los efectos vinculantes del negocio original.

Obsérvese, por lo demás, que lo que se prohíbe en el arrendamiento es la tácita reconducción cuando ya ha terminado el contrato, hipótesis muy distinta a la prórroga o renovación acordadas expresamente antes del fenecimiento de la relación negocial. Por ello la doctrina puntualiza al respecto: "Como uno de los presupuestos de hecho del fenómeno de la tácita reconducción es que el contrato de arrendamiento haya terminado por cualquier causa, de ello no más debe colegirse que tal fenómeno no consiste en una simple prórroga o prolongación de la relación de arrendamiento que venía vinculando a las partes. En efecto, si esta relación quedó extinguida definitivamente, no se ve como un acontecimiento posterior pueda alterar el orden natural de las cosas hasta hacer que renazca lo ya fenecido, y que se prorrogue o prolongue lo que dejó de ser. Por eso conviene hacer énfasis en que la renovación tácita del contrato de arrendamiento no implica que el contrato anterior sobreviva, que su efecto consista en una prórroga o prolongación del mismo. No. La renovación tácita genera un nuevo contrato de arrendamiento, distinto jurídicamente del precedente"<sup>9</sup>.

De lo anterior se deduce que salvo en el caso antes descrito, vale decir, cuando una relación contractual ya ha terminado y luego opera su tácita reconducción - hipótesis en la cual surge un nuevo contrato- el acuerdo expreso de las partes para prolongar la vigencia de su negocio, acuerdo celebrado antes de la expiración del término contractual que venía corriendo, deja vigente la misma relación negocial original y por ende los mismos derechos y obligaciones contemplados en ella.

Lo anterior, que tiene alcance general, es decir, que es predicable de todos los contratos, lo es también, y con argumentos adicionales, en el caso del seguro. Vale aquí traer a colación los comentarios del Profesor J. Efrén Ossa G., connotado tratadista de Derecho de Seguros, quien conformó el Tribunal Arbitral del proceso entre Abocol y Seguros Bolívar, en el cual fundamenta su posición el señor apoderado de la convocada. El mencionado doctrinante hace, sobre la materia que nos ocupa, ciertas reflexiones, en las cuales toma distancia de la tesis expuesta en el laudo arbitral mencionado.

En efecto, al analizar las implicaciones del citado laudo en relación con la renovación como nuevo contrato, el eminente doctrinante expresa: "2°) Con todo y que este razonamiento parece inobjetable a la luz de la teoría jurídica, no puede considerarse exento de reparos frente a nuestro derecho positivo que, a nuestro juicio, atribuye a la renovación del contrato de seguro la naturaleza de prórroga y no la de nuevo contrato, la de contrato distinto del renovado. Sustentamos esta interpretación en las siguientes premisas, cuyo arraigo legal es incontrovertible:

"a) (...) la renovación es un anexo que hace parte de la póliza (art. 1048, ord. 2°), (...). Como nuevo contrato, si tal fuera la renovación, como contrato distinto, no podría dársele la denominación de anexo, ni concebirse formando un todo con la póliza. "b') Como anexo que es accede a la póliza (...) "c') (...) la renovación debe contener (...) "el término de ampliación de vigencia del contrato". Y la ampliación no es más que una prórroga (..) "d') La unidad del contrato de seguro, (...) no se lastima por "el pago fraccionado de la prima" (...) "e') Como nuevo contrato (...) la renovación (...) debería contener las condiciones particulares que la ley exige de la póliza (art. 1047). Pero aquella solo ordena, en la renovación, "la identidad precisa de la póliza a que accede" y "el término de ampliación de vigencia del contrato" (art. 1049).<sup>10</sup>

"f') Lejos de distinguirlas, la ley más bien identifica la renovación y la prórroga.

"(...)

"h') La renovación es, claro está, expresión jurídica de un nuevo acuerdo de voluntades circunscrito en su proyección a la vigencia técnica del contrato".<sup>11</sup>

Con apoyo en las anteriores argumentaciones, el Tribunal estima que en el presente caso se trata de una sola relación jurídica, surgida a comienzos de 1994 y que se prorrogó sucesivamente hasta el año 1999, y habiendo concluido que se trataba de un solo siniestro complejo que se conoció y consumó en el mes de septiembre de 1998, dado que en esta época tuvo ocasión la última expresión de las secuelas de la causa original, considera que ha quedado demostrado que el siniestro se encontraba amparado.

Lo anterior no significa, a juicio del Tribunal, que en todos los casos en que se extienda la vigencia de la relación contractual, se produzca una mera prórroga o ampliación del término del contrato original. Puede ocurrir, de acuerdo con las circunstancias y con la voluntad expresa o implícita de las partes, que en lugar de prórroga éstas convengan en la celebración de un nuevo contrato, como podría inferirse del hecho de que se formule una propuesta en tal sentido por el asegurado, o el asegurador licite para ello, formule nuevos cuestionarios y expida otra póliza que sustituya a la precedente.

#### 4.2. CUANTIFICACION DEL SINIESTRO.

##### 1) Valor de la reparación del atemperador.

De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, se encuentra acreditado el valor de la reparación del atemperador, así:

- Por el suministro y montaje de un atemperador, según contrato No. 182- 2000 182-2000a; 182.2000b, el valor incluido IVA fue en pesos Colombianos de \$ 66'615.130. (Folio 352. Cdno Pbas 3).

- Por el suministro e instalación de aislamiento térmico para la Caldera de Termopaipa, según contrato No. 187-2000, el valor incluido IVA fue en pesos Colombianos de \$ 78'528.900. (Folio 352. Cdno Pbas 3).

Así las cosas, respecto del daño producido en el atemperador, a juicio del Tribunal este constituye un siniestro amparado y su monto quedó probado en el proceso. Por tanto, en principio, estarían reunidos los elementos exigidos por el artículo 1077 del C. de Co. para su indemnización, sin perjuicio del análisis que el Tribunal habrá de realizar mas adelante respecto de la excepción de prescripción formulada por la convocada.

##### 2) Valor del cambio del sobrecalentador.

Se encuentra probado en el proceso que:

- La suma de dinero que desembolsó la Empresa de Energía de Boyacá para el cambio del sobrecalentador secundario de la caldera de la Unidad II de Termopaipa asciende a \$ 1.532.989.335 en valores corrientes. "En cuanto a la cuantificación por concepto de mano de obra por instalación o reparación, por conducto de funcionarios de la EBSA, en la contabilidad no fue posible su identificación por cuanto se encuentra en registros globales" (Folio 11 Cdno Pbas 3)

En el informe de ACLARACION Y COMPLEMENTACION AL DICTAMEN DE LOS EXPERTOS EN CIENCIAS CONTABLES Y ECONOMICAS, se precisó:

- "El precio de cambio del sobrecalentador y el de su instalación según el contrato de suministro y montaje No. 098061 - 98-061 - A ascendió a:

Equipos CIF US\$ 650.000

Montaje con IVA COL \$ 320'482.082

Según contrato adicional No. 98061 - A. valor total para efectos fiscales en pesos colombianos \$ 1.181'777.588 (TRM \$ 1.325,07 enero 20/98).

Para el giro del anticipo del valor del equipo de US \$ 325.000, el tipo de cambio fue de \$ 1.375 y para el giro del saldo de dicho valor del equipo de US\$ 325.000, el tipo de cambio fue de \$ 1.374". (Folio 352 Cdno Pbas 3)

3) Era técnicamente viable la reparación del sobrecalentador; a la aseguradora se le ha debido permitir elegir la manera de indemnizar.

En la Cláusula 11 del contrato de seguros se dispuso que "en los casos de pérdidas parciales esta Póliza cubre los gastos en que necesariamente se incurra, para dejar el bien en condiciones de operación similares a los existentes inmediatamente antes de ocurrir el siniestro. Tales gastos serán: el costo de reparación o reemplazo, (...). Cuando tal reparación se haga en el taller del asegurado, los gastos serán: el importe de costos en materiales y de mano de obra originados por la reparación más un porcentaje razonable fijado de común acuerdo entre las partes para cubrir los gastos generales fijos de dicho taller. (...) Los gastos de cualquier reparación provisional serán a cargo del asegurado, a menos que éstos constituyan parte de los gastos de la reparación definitiva. El costo de reacondicionamiento, modificaciones o mejoras efectuadas que no sean necesarias para la reparación del daño, serán a cargo del asegurado".

En la Cláusula 12 las partes convinieron que en caso de "destrucción total del bien asegurado, la reclamación deberá comprender el valor real de ese bien inmediatamente antes de la ocurrencia del daño menos el valor del salvamento si lo hay y el deducible establecido".

En tanto, en la Cláusula 13 de las denominadas CONDICIONES GENERALES, pactaron que "si un bien asegurado después de sufrir un daño se repara por el asegurado en forma provisional y continúa funcionando, la Compañía no será responsable en caso alguno por cualquier daño que este sufra posteriormente hasta que la reparación se haga en forma definitiva. La Responsabilidad de la Compañía también cesará, si cualquier reparación definitiva de un bien, hecha por el asegurado, no se hace a satisfacción de la Compañía".

Dentro de las CONDICIONES PARTICULARES, se pactó una Cláusula de "DISMINUCION DE DAÑOS" cuyo tenor literal expresa que "Serán reembolsados todos los gastos y costos en que el asegurado incurra con el objeto de evitar pérdidas y/o disminuirlas y/o proteger a los bienes asegurados de daños o pérdidas que se deriven de un evento cubierto por la póliza incluidos los gastos de traslado o almacenamiento, o si fueren necesarios extendiéndose la cobertura de la póliza a dichos traslados a los diferentes (sic).

La Compañía estudiará la posibilidad de anticipos e indemnizará acorde con las normas que el Código de Comercio establece para ello".

El seguro de rotura de maquinaria, como lo señaló insistentemente el apoderado de la convocante, era un seguro de valor a nuevo. En efecto, se introdujo en las renovaciones de la póliza una cláusula adicional denominada "EL VALOR DE REPOSICION A NUEVO". La póliza original definía "Valor de reposición" como la cantidad de dinero que exigirá la adquisición de un bien nuevo de la misma clase y capacidad incluyendo el costo de transporte, montaje y derechos de aduana si los hay y excluyendo los costos financieros.

Por su parte, el Código de Comercio en el artículo 1110, dispone lo siguiente:

"Artículo 1110. - La indemnización será pagadera en dinero, o mediante la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada, a opción del asegurador".

Sobre el punto es importante señalar, como lo hace el profesor J. Efrén Ossa, que "El artículo 1110 es aplicable a todos los seguros reales, aun al seguro de valor a nuevo, en la medida en que atribuye al asegurador la elección entre distintos medios de pago de la indemnización de la pérdida o daño asegurados: en dinero, si lo prefiere, por medio de la reposición (que se identifica con el reemplazo), o de la reparación, si es factible, o de la reconstrucción de la cosa asegurada"<sup>12</sup>.

Así las cosas, si bien la Cláusula 11 de la póliza se refiere a reparación o reemplazo, es claro que entre esos dos extremos -y siempre que no se trate de pérdida total de un elemento- deberá escoger la aseguradora, en protección de sus propios intereses, pero sin desatender los del asegurado, de manera que si aquella elige la reparación, ésta deberá dejar el equipo de que se trate en las mismas condiciones de operatividad que tenía antes de sobrevenir el daño. No podría el asegurado, en consecuencia, proceder al reemplazo del elemento dañado si cabe su reparación. Ha de decirse, no obstante, que en ciertos eventos, a pesar de ser posible la reparación, se optará por el reemplazo, en particular cuando los gastos de reparación excedan el valor actual del bien asegurado o su valor en el mercado (pérdida total constructiva), o cuando el bien en cuestión, después de reparado, no quede en las mismas condiciones de funcionamiento que tenía antes. Pero en cualquiera de estas decisiones habrá de participar previamente la aseguradora, lo que impide que el asegurado la coloque ante hechos cumplidos llevados a cabo de manera unilateral.

Para el Tribunal es claro que el sobrecalentador dañado podía ser reparado, pues así se desprende de la prueba testimonial y técnica allegada al proceso.

En efecto, sobre la viabilidad de la reparación y la determinación de efectuar el cambio, se encuentran las siguientes manifestaciones:

LIBARDO H. RAMIREZ MOLANO, explicó que:

- "Cuando se adoptó la decisión por la Empresa de cambiar el sobrecalentador en el año 1998, el que fue reemplazado estaba funcionando parcialmente, no en condiciones ideales". (Folio 196 Cdno Pbas 1)

- "Lo que condujo definitivamente a la decisión de cambiar el sobrecalentador era el daño evidente que tenía". (Folio 196 Cdno Pbas 1)

Por su parte, PEDRO DARIO LESMES COMBARIZA, señaló:

- "Cuando se adoptó la decisión de cambiar el sobrecalentador, el que fue reemplazado se encontraba funcionando parcialmente". (Folio 222 Cdno Pbas 1).

- "Ya había que cambiar el equipo pues se pone a funcionar con esa dureza, pero no para dejarlo 10, 5 años, no tendría sentido correr ese riesgo, necesariamente hay que cambiarlo". (Folio 223) -

"Si yo encuentro de alguna manera que a mi alguien me hubiera dicho, Tecnicontrol apague ese... a nosotros alguien nos hubiera dicho mire se desprendió fue la boquilla vamos y la buscamos, la encontramos, pero el estado de los tubos del sobrecalentador y dan para que sigan funcionando pues no se cambian". (Folio 223)

- "Nosotros lo que vimos es que viendo la deformación del serpentín había que sacarlo del servicio". (Folio 224)

WILSON JULIO URIBE VEGA, se expresó sobre el tema en el siguiente sentido:

- "Entiendo que esa decisión (de cambiar el sobrecalentador) se tomó a finales del año 97 y se tomó porque se estaban presentando frecuentes roturas de los tubos del sobrecalentador". (Folio 406 Cdno Pbas 1)

- "Es cierto (que el sobrecalentador reemplazado estaba funcionando), sin embargo no estaba funcionando completamente y no había garantía de que pudiera funcionar, de hecho hubo necesidad de disminuir la generación de la Unidad porque con el estado en que estaba el sobrecalentador primero no se podía tener a plena carga y segundo había la posibilidad muy grande como se presentó de que se siguieran rompiendo los tubos". (Folio 407)

- "En el país se presentó un fenómeno que se llama el Niño y fue a fines del 97 comienzos del 98, realmente pues a la empresa el daño de ese equipo le produjo unos sobrecostos y una pérdida grande porque era el momento en que se requería generación". (Folio 408)

- "La reparación del sobrecalentador que se presentó en el año 97 hasta su cambio fueron realizados por personal de mantenimiento de la planta". (Folio 408)

JOSE FERNANDO SANCHEZ ROJAS dijo lo siguiente:

- "El cliente contrata con Tecnicontrol y ellos hacen un informe en donde le dan algunas recomendaciones, no le dice cambie el sobrecalentador; ese sobrecalentador por algunas razones operativas de mantenimiento lo deciden cambiar". (Folio 242 Cdo Pbas 1)

- "Para nosotros es claro que la decisión de haber cambiado ese sobrecalentador es una decisión de mantenimiento". (Folio 242)

- "Lo que sí tenemos nosotros bien claro es que el sobrecalentador estaba funcionando y que la decisión que se tomó es muy respetable y que si uno fuera el administrador lo hubiera hecho igual, se tomó por unas razones de mantenimiento que no estaba totalmente dañado, qué tan dañado estaba no lo sabemos, estaba operando normalmente y que si había habido un descenso en la capacidad era porque ellos mismos también por razones operativas y de mantenimiento habían taponado algunos serpentines que hacían que la máquina naturalmente no pudiera funcionar a su capacidad máxima". (Folio 243).

JORGE HUMBERTO REYES STERLING explicó que:

- "La utilidad del aparato queda igual si se hace una reparación apropiada". (Folio 181 Cdo Pbas 2)

- Respecto de la posibilidad de reparar el sobrecalentador en el año 98 contestó: "No había forma de reparar". (Folio 201)

- Por su parte, LUIS EDUARDO RODRIGUEZ CORCI señaló:

- "La decisión de cambiar el sobrecalentador era por razones totalmente económicas para la Empresa de Energía y no que tuvieran consecuencia en que el equipo hubiera dejado de funcionar a causa del daño que pudiera ser aludible a la póliza". (Folios 311 y 312 Cdo Pbas 2)

- "El que se avecinara un fenómeno del niño hace prever alta utilización de generación térmica y no hidráulica, coincide con el cambio del sobrecalentador, eso nos hizo pensar que la decisión era una decisión mucho más económica que técnica, dado que venía operando normalmente, dado que no había vuelto a tener ningún daño ni rotura ni cambiaron el sobrecalentador para tener la capacidad máxima de generación de energía". (Folio 322)

- "Nunca fue informada La previsora de que fueran a cambiar el sobrecalentador". (Folio 323) -

"Nunca nos probaron que el sobrecalentador viejo se hubiera dañado, no tenemos ningún concepto técnico que nos diga el sobrecalentador estaba dañado". (Folio 330)

JUAN CARLOS LANCHEROS explicó que:

- "Nosotros conocimos el cambio del sobrecalentador una vez se había realizado, nosotros consideramos que el cambio en el sobrecalentador fue una decisión administrativa del asegurado, dado que al momento en que se tomó la decisión no se tenían los argumentos técnicos necesarios para determinar cuál era la causa que se estaba presentando para el daño en los diversos tubos". (Folio 339 Cdo Pbas 2)

- "El sobrecalentador en el estado en que aparentemente se encontraba al momento en que se encontró el tema del atemperador no era necesario cambiarlo sino que era posible repararlo". (Folio 339)

JAIME LOBO GUERRERO indicó que:

- "En términos generales diría que esta es una caldera joven para cambiarla, eso sería el concepto para responder si se debía o no, digo que es un poco joven para cambiarla. Cuando digo joven estaría diciendo sobre el sobrecalentador". (Folio 360 Cdno Pbas 2)

- "Como les digo la decisión se basa en ese estudio que mencioné antes, de si vale la pena eso o comprar una nueva, pero normalmente uno puede reparar". (Folio 361)

- "Pienso que es muy joven para tomar esa decisión, se podía haber reparado". (Folio 362) -

"Lo que veo aquí es que no se tomaron los pasos correctos para una... objetiva, para cambiar algo se necesita un estudio, en toda empresa privada eso se hace". (Folio 368)

Y, finalmente, RAFAEL BELTRAN PULIDO afirmó que:

- "Hasta donde yo conozco el informe de Tecnicontrol, es decir, no se puede concluir que había necesidad de reemplazar el sobrecalentador". (Folio 383 Cdno Pbas 2)

Por otra parte, no sobra llamar la atención sobre el requerimiento contenido en la comunicación de La Previsora, cuya fecha es ilegible, pero que aparece relacionada en el folio 67 del Cuaderno de Pruebas No. 1, que solicita de parte de la Empresa de Energía de Boyacá que "Todo siniestro de rotura de maquinaria, para ser atendido deberá adjuntarnos las cotizaciones respectivas que nos permitan determinar el posible valor a indemnizar; por lo anterior sugerimos que este requisito lo tramitan (sic) con las siguientes casas de reparación (.)" .

En cuanto al dictamen pericial, cabe destacar que para los expertos el sobrecalentador bien podría haber sido reparado, quedando en adelante en condiciones iguales de funcionamiento, es decir, sin que su productividad mermara. Con todo, justifican la decisión de su cambio, en virtud del ahorro en tiempo que de ello resultaba.

Al respecto puntualizan los peritos que los daños que se venían presentando "No necesariamente implican el reemplazo de todo el serpentín, ni del sobrecalentador en su totalidad" (Folio 106 Cdno Pbas 4), y agregaron que "Desde el punto de vista de minimizar el tiempo de parada de la Unidad II de Termopaipa, el cambio total del sobrecalentador era lo más aconsejable. Una mayor reparación demandaría mayor tiempo con la Unidad fuera de servicio. Una adecuada reparación no habría ocasionado una disminución en la capacidad generadora de la Unidad" (Folio 129 Cdno Pbas 4)

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que a partir de 1996, según las cláusulas adicionales de los certificados de renovación, se excluyó "el amparo del lucro cesante".

Lo anterior significa que el mayor tiempo que podría haber tomado la reparación del sobrecalentador, comparado con el de su cambio, no generaba para el asegurador un mayor riesgo, precisamente por haberse excluido el amparo del lucro cesante.

En consecuencia, ese riesgo debería asumirlo íntegramente la asegurada.

Si bien los peritos manifestaron que la decisión de cambio del sobrecalentador se justificó por el ahorro en tiempo, la cual fue seguramente una determinación correcta, desde el punto de vista administrativo y financiero, para la Empresa de Energía de Boyacá, pues con ella protegió sus propios intereses, no es menos cierto que dicha decisión no puede tener la virtualidad de incrementar el monto de la indemnización a cargo de la aseguradora -al hacerle cubrir los costos de un aparato nuevo, en vez de los de su reparación- pues con ello se produciría el efecto inaceptable de que el asegurado, para reducir sus propios riesgos, le cargue el mayor

costo de sus determinaciones unilaterales al asegurador, a pesar de que a éste no le corresponde asumir los riesgos que trata de minimizar su co-contratante. En pocas palabras, el asegurado no puede reducir los riesgos que no ha trasladado a su asegurador, a costa de éste último.

Con base en todo lo anterior, para el Tribunal es incuestionable que desde el punto de vista técnico, una vez detectada la causa que afectaba la Unidad II, era viable realizar la reparación del daño.

Así mismo, que la decisión de sustituir la pieza dañada fue adoptada sin haber adelantado los estudios rigurosos del caso que determinarían con precisión la causa de las fallas.

La reclamación ante la aseguradora surge como consecuencia de la objeción planteada por ABB ante la solicitud de reconocimiento de la garantía. Según dicha objeción, los daños sufridos por la nueva tubería no serían cobijados por la garantía, pues la causa era ajena a la nueva unidad.

Bajo los preceptos legales y contractuales, la asegurada ha debido consultar previamente a la aseguradora sobre la determinación de reemplazar o reparar el bien averiado.

La decisión de cambiar el sobrecalentador está fundada, primordialmente, en razones de índole económico y administrativo que miran, solamente, a los intereses de la empresa de energía, dada la exclusión del amparo por lucro cesante de la póliza.

La justificación expresada por los peritos, en el sentido de que el cambio era mejor por menor pérdida de tiempo, no es de recibo en este caso en que el asegurador no responde por lucro cesante.

Por tanto, para el Tribunal, la compañía de seguros no se halla en la obligación de efectuar el pago correspondiente a los costos en que incurrió la convocante por el reemplazo de los tubos del sobrecalentador y la unión con los colectores, tal como lo solicita esta última en las pretensiones 4.1 y 4.2 del libelo.

Debe puntualizarse que, a juicio del Tribunal, de no mediar prescripción, la convocante podría obtener, como pretensión subsidiaria -esto es, no habiendo prosperado las pretensiones antes indicadas- el reembolso de lo que habría podido valer la reparación del sobrecalentador. Esta posibilidad resarcitoria bien cabría dentro de la petición formulada en la demanda, en los siguientes términos: "en subsidio de lo anterior, solicito se condene a La Previsora S.A. Compañía de Seguros a pagar a la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E. S. P., las sumas que se pruebe debe indemnizar por el siniestro que afectó la Caldera de la Unidad II de Termopaipa".

Sin embargo, la convocante circunscribió su labor probatoria a demostrar las erogaciones efectuadas por ella para llevar a cabo el cambio del sobrecalentador y no aparece evidencia en el proceso enderezada a acreditar cuánto habría costado la hipotética reparación del mencionado aparato.

Con todo, el Tribunal considera que habría sido prácticamente imposible calcular aproximadamente el monto de dicha reparación teórica, dado que para ello los peritos técnicos habrían tenido que examinar el sobrecalentador que fue reemplazado, para determinar qué daños específicos tenía, cómo podrían haber sido arreglados, y a qué costo. Pero para ello habría sido menester que la asegurada hubiera conservado el sobrecalentador, tal como fue extraído de la Unidad II, para que pudiera adelantarse el examen de los expertos. Quedó demostrado en el proceso, sin embargo, que la EEB, en violación de sus compromisos contractuales, no conservó el aparato y que lo arrojó entre toneladas de chatarra, de donde se recuperó años después, totalmente oxidado y abollado, lo que hacía imposible precisar el estado en el que fue retirado de la caldera.

Así las cosas, no se probó el monto de la aludida pretensión subsidiaria, ni resulta posible tratar de evaluar lo que habría costado la hipotética reparación antes mencionada.

## 5. RECLAMACION DEL SINIESTRO

En la pretensión tercera de la demanda la EMPRESA DE ENERGIA DE BOYACA S.A. E.S.P. solicita al Tribunal lo siguiente:

"3. Se declare que la convocante, en Julio 19 de 1999, mediante comunicación 40046, perfeccionó reclamación formal ante la convocada por el siniestro a que se refieren los numerales precedentes, y que con ella y con los documentos entregados a su representante McLARENS TOPLIS COLOMBIA, la misma se aparejó de los comprobantes necesarios para demostrar la ocurrencia del siniestro y su cuantía. En subsidio que conforme a las pruebas allegadas, el Tribunal determine la fecha en que se formalizó dicha reclamación."

La comunicación que se cita como sustento de la reclamación (folio 148 Cdo. Pbas. No. 1) no da certeza al Tribunal de que a su fecha -19 de julio de 1999- se perfeccionó la reclamación formal ante la aseguradora convocada.

Obran en el expediente otras comunicaciones como es la No. 47150 de 8 de febrero de 2000 dirigida por la convocante a la aseguradora, en la cual se dice ratificar la reclamación formal por el siniestro ocurrido el 25 de octubre de 1998 que afectó la póliza No. U 0119978.

En el aparte 1.3.3 de ésta se afirmó que "La comunicación 0499204 de abril 14 de 1999 dirigida a La Previsora presentó la reclamación formal del siniestro y solicitó un anticipo para cubrir los gastos en que ha venido incurriendo la EBSA para atender la reparación de la máquina. Al respecto La Previsora no hizo pronunciamiento alguno dentro de los términos establecidos por la norma, quedando entonces aceptada la reclamación por parte de la Aseguradora".

Y en el punto 3. de la última comunicación sobre documentos adicionales se agrega:

"Teniendo en cuenta que la póliza contratada con ustedes no especifica concretamente los documentos que deben anexarse a la reclamación, considero que con la información y documentos entregados a los ajustadores designados por ustedes y con los anexos y aclaraciones del presente escrito se encuentra perfeccionada la reclamación". (Folio 152 Cdo. Pbas. No.1).

Del análisis de las anteriores pruebas documentales concluye el Tribunal que la entidad convocante considera haber perfeccionado la reclamación en tres fechas diferentes: el 14 de abril de 1999, el 19 de julio de 1999 y el 8 de febrero de 2000. En el debate probatorio la convocante no desplegó actividad alguna tendiente a demostrar cual fue la fecha cierta en que se perfeccionó la reclamación formal del siniestro, por lo cual no tiene el Tribunal elementos de juicio suficientes para determinar con certeza dicha fecha.

En consecuencia el Tribunal se pronunciará sobre la pretensión tercera de la demanda, conforme a lo expuesto en este acápite.

## 6. INCREMENTO EN COSTOS DE OPERACION

### 6.1. CONVOCATORIA Y DEMANDA ARBITRAL DE LA EMPRESA DE ENERGIA DE BOYACA S.A. E.S.P. CONTRA LA PREVISORA S.A. COMPAÑIA DE SEGUROS, REFORMA, EXCEPCIONES, CONTESTACION.

En relación con el incremento en costos de operación se solicitó al Tribunal en la reforma de la convocatoria de arbitramento hacer las siguientes condenas contra la demandada La Previsora S.A. Compañía de Seguros:

4.4. "La suma de US\$ 610.470 por mayores costos que se ocasionaron y se continúan ocasionando, por el incremento en el Índice de Indisponibilidad Histórica, lo que implica durante

36 meses una disminución en el reconocimiento del cargo por capacidad, que reconoce el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales- ASIC.

4.5. La suma de US\$ 313.110 por mayores costos originados por no remuneración en el cargo por capacidad, ante la indisponibilidad para generación, durante el tiempo en que estuvo paralizada la Unidad II de Termopaipa, con ocasión del siniestro a que se refieren las pretensiones precedentes."

En la contestación de la convocatoria, la Aseguradora propuso las siguientes excepciones en relación con el cargo por capacidad:

1.-. "Inexistencia de la obligación que se pretende contra el Asegurador.

1-1) De conformidad con el amparo concedido por la póliza expedida a la Aseguradora, la Compañía aseguró todo riesgo de pérdida o daño físico, "(...) siempre que dicho daño ocurra en forma accidental, súbita e imprevista (...)" (Condición Primera).

1-2) En virtud de uno de los informes técnicos rendidos a los Ajustadores existieron causas que generaron fallas identificadas como desgaste mecánico y corrosión que fueron reportados en el período de 1.995 a 1.997 y que no fueron consecuencia directa de la falla presentada en el atemperador.

1-3). En consonancia con el numeral a) de la cláusula 2 de la póliza, se encuentran excluidos del amparo los siniestros que provengan del "(...) desgaste y deterioro paulatino, como consecuencia del uso o funcionamiento continuo (desgaste normal), (...) erosión, corrosión, oxidación (...)". Es más, la propia convocante, por conducto de su Vicepresidente expresó lo siguiente en relación con el daño del sobrecalentador: "Por las condiciones del material se logró identificar que este evento sucedió muchos años atrás, por degeneración y cristalización del material, causando la rotura" (comunicación interna No.40000 fechada el 27 de octubre de 1.998).

1-4) En estas circunstancias, es claro que el daño no fue accidental, súbito e imprevisto, sino que ocurrió a lo largo de varios años y, en esa medida, habría una ausencia de pérdida indemnizable a la luz de los amparos concedidos por la póliza de seguros.

2.-. De otra parte y de conformidad con el numeral b) de la cláusula 2 de la Póliza: "La Compañía tampoco responderá por el lucro cesante (...)". De esta suerte, la denominada pérdida consecencial sufrida por el Asegurado como consecuencia de la indisponibilidad de su máquina, corresponde a una pérdida de ingresos diferente de un incremento en Costos de Operación, más concretamente, a un lucro cesante.

3.- Según se manifestó en las líneas precedentes, es claro que las eventuales pérdidas que, sin haberse demostrado al asegurador, pudieron presentarse se encuentran expresamente excluidas por la póliza para efectos de una indemnización de seguros.

4.-. La causa originaria de la presunta pérdida y el conocimiento de la misma por parte del asegurado se presentaron antes de iniciarse la vigencia de la póliza, según se demostrará en el curso del proceso."

A las nuevas pretensiones formuladas por la convocante en la reforma de la demanda, la aseguradora respondió de la siguiente manera:

"En cuanto a las pretensiones objeto de la reforma, expreso que me opongo a ellas, razón por la que solicito al Tribunal que las desestime, procediendo a condenar en costas a la demandante.

En cuanto a los hechos 21, 21,1 y 21.2, manifiesto que no me consta lo relativo a las pérdidas que la sociedad convocante afirma haber sufrido, Sin embargo, asevero que no es cierta la calificación que se hace en el sentido de que tales pérdidas, si se presentaron, implicaron un

"mayor costo en la operación comercial" de la Empresa de Energía de Boyacá. La simple lectura de los hechos que contesto deja en claro que la supuesta pérdida obedece a un ingreso dejado de percibir y no a un costo.

Sobre el particular resulta ilustrativo lo expresado por la firma ajustadora McLarens Toplis en concepto rendido sobre la corrección de la demanda que contesto:

"Tal como se puede comprobar de las normas bajo las cuales opera el Sistema de Intercambios Comerciales (SIC) del mercado mayorista de energía eléctrica en Colombia (...), los "cargos por capacidad" (...), buscan retribuir la inversión de los Generadores en el montaje de sus Plantas Generadoras para garantizar la confiabilidad del sistema, e incentivar a las plantas más eficientes. Este concepto se recauda a través de los generadores, con base en la energía despachada y se paga a los generadores en función de su disponibilidad real y su disponibilidad histórica (la cual se calcula con base en la información de un período de tres años).

"Así las cosas, es claro que una indisponibilidad de la máquina durante algunos días, efectivamente causa una afectación en los ingresos por la disponibilidad de los meses correspondientes y adicionalmente sobre la disponibilidad histórica para períodos que incluyan el lapso en la que estuvo indisponible, afectando por ende ingresos futuros; sin embargo, no hay un costo adicional a los costos normales de operación de la planta, el cual haya debido pagar el Asegurado por la indisponibilidad de la máquina." (los destacados son del texto)

A este respecto es valioso transcribir uno de los apartes del escrito publicado en 1995 por ISA, Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., intitulado "MERCADO MAYORISTA DE ENERGIA ELECTRICA", en relación con el concepto de "cargos por capacidad", que confirma su naturaleza de ingreso y no de gastos:

"(...) Con este concepto se busca reconocer la inversión en las plantas que se requieren para asegurar la confiabilidad del sistema en condiciones de extrema sequía, plantas que en tiempos normales no generan. Adicionalmente, este cargo busca compensar los bajos precios que pueda tener la Bolsa durante los períodos de invierno, de tal forma que la inversión en nuevas plantas sea rentable. (Resolución CERG 022 del 12 de marzo de 1.996)." (p.14).

REITERO Las excepciones que ya formulé en la contestación inicial, y en adición a lo ya dicho expreso lo siguiente:

1-1) Tal como la demandante lo expresó en el hecho 5.2 de la solicitud de convocatoria, la cobertura brindada por la póliza "excluye el lucro cesante", razón por la cual cualquier pérdida de ingreso que se genere como consecuencia de un siniestro no está asegurada por la póliza.

1-2) El anexo denominado "INCREMENTO EN COSTOS DE OPERACIÓN", destinado a brindar un amparo de reembolso por concepto de "(...) los costos en que tiene que incurrir el asegurado para cumplir, durante el tiempo de duración del siniestro, con los compromisos adquiridos dentro del giro normal del negocio", comprende "todo costo en que incurra -el asegurado-por, o como consecuencia de la interrupción en la generación de energía, originada por un daño en un equipo amparado bajo la póliza" (los destacados no son del texto). Esta cobertura incluye los "gastos y/o costos fijos, compra para cumplir contratos, pagas realizados por efecto de la interrupción en la generación -y- Corresponde a la diferencia entre el precio de compra de energía necesaria para cumplir con los compromisos contractuales para sustituir o reemplazar la producción propia comprometida con terceros, y los costos de producción, relacionados con las mismas cantidades comprometidas pero que no son causados". Para liquidar la pérdida referente al "incremento en costos de operación" (ICO), el anexo contiene la siguiente fórmula:

$\{(PC \times EC) - CPs\} + Cgi$  "PC = Precio de compra "EC = Energía comprada "CPs = Costo de producción de las unidades compradas "Cgi = Costos y gastos pagados por la interrupción".

1-3) Nótese, pues, que el anexo exclusivamente se relaciona con los mayores costos a que él hace expresa mención y en los cuales incurra el asegurado con ocasión de la interrupción en la generación de energía, siempre que ella se produzca como consecuencia de un daño material

indemnizable ocurrido en un equipo asegurado. La mención que se hizo al lucro cesante en el anexo obedeció, simplemente, a un error de transcripción, pues la pérdida de utilidad o de ingresos, como se vio, está expresamente excluida de la cobertura, tal como la propia sociedad convocante lo afirmó en la demanda. En efecto, la letra b del numeral segundo de las exclusiones de las condiciones generales de la póliza prevé que "la Compañía tampoco responderá: (...) (b) Lucro cesante (...)", exclusión que se ve reiterada expresamente en las condiciones especiales anexas a la carátula de la póliza, bajo el acápite "CLAUSULAS ADICIONALES".

De otra parte, si llegase a demostrarse en el proceso que la sociedad convocante tuvo una pérdida por "incremento en costos de operación", ella no estaría asegurada porque no se presentó un daño material en un equipo, indemnizable a la luz del contrato de seguro, bien porque no se presentó siniestro propiamente dicho, bien porque su monto no superó el deducible pactado, bien porque ocurrió el fenómeno de la prescripción que, al reiterar en este escrito como excepción, afecta tanto el daño material como la supuesta pérdida a que se circunscribe la reforma de la demanda que contesto por el presente escrito, pues la hipótesis contenida en el inciso 2º del artículo 1.081 del Código de Comercio tuvo realización fáctica en el caso que nos ocupa.

Plantéase, por último y como excepción subsidiaria, que el amparo que concede el anexo de "INCREMENTO EN COSTOS DE OPERACION" está limitado a la vigencia de la póliza (1/abril/1998 al 31/marzo/1999), y, por consiguiente, no puede desconocerse tal limitación temporal. Así las cosas, las pretensiones involucran un cobro de lo no debido o petición de más de lo debido, por cuanto su cálculo excede el período de cobertura del contrato de seguro que, según se anotó, expiró a las cero horas del día 31 de marzo de 1.999.

## 6.2. ESTUDIO DEL TEMA DE INCREMENTO EN COSTOS DE OPERACION.

Antes de adentrarse en el estudio del tema a la luz de lo que resultó finalmente establecido dentro del proceso, procede el Tribunal a referirse a la posición adoptada por el apoderado de la entidad convocante dentro de su alegato de conclusión, en lo atinente al amparo del Lucro Cesante. Considera procedente el Tribunal poner de presente el hecho de que dentro de la solicitud de convocatoria, concretamente en el numeral 5.2 de los Hechos, el apoderado de la sociedad convocante expresamente consignó que el Lucro Cesante se encontraba excluido, y que, además, no mencionó en momento alguno dentro del curso del proceso, que el mismo fuese objeto de cobertura a la luz de lo estipulado en el contrato de seguro celebrado por las partes. No obstante lo anterior, sorpresivamente en los alegatos de conclusión dicho apoderado solicita el reconocimiento de una suma por este concepto en los siguientes términos:

"2.6. Como podrán apreciarlo señores Arbitros, las pérdidas reclamadas tienen cobertura dentro de los amparos otorgados por la Convocada en cualquiera de los siguientes aspectos:

a) En primer término, al perderse el reconocimiento del cargo por capacidad, debido a la indisponibilidad de generación, el costo de energía se incrementó por cuanto se dejaron de percibir estos ingresos. Si se analiza desde esta óptica la pérdida sufrida por mi mandante, habrá de considerarse que los mayores costos no solo se generan por un aumento en los egresos sino por la pérdida de un ingreso, que se hubiera recibido, si no se hubieran paralizado los equipos.

b) Pero de otro lado, dentro de la cobertura de lucro cesante, vinculada indisolublemente a la pérdida de ingresos por ventas no realizadas, conforme al anexo redactado por el asegurador, las pérdidas en comento tendrían plena cobertura, conforme al siguiente raciocinio:

Si se aplica la fórmula de lucro cesante, bajo el supuesto de que el costo de operación fuera cero, por considerar que no se compró ninguna energía, el lucro cesante equivaldría a la pérdida de ingresos por ventas no realizadas. En consecuencia solo se tendría en cuenta este factor." (Alegato de Conclusiones, Folios Nos. 378 y 379 Cuaderno Principal)

No entra en consecuencia el Tribunal a considerar la pretensión de indemnización por lucro cesante formulada en su alegato de conclusión por el apoderado de la Empresa de Energía de Boyacá, por tratarse de una pretensión no incluida en la solicitud de convocatoria del Tribunal, siendo tal la oportunidad legalmente concedida al demandante para formular todas las pretensiones cuyo reconocimiento judicial pretenda mediante el proceso. Tomar en consideración dicha pretensión, formulada en forma extemporánea por la convocante, llevaría al Tribunal a vulnerar el Principio de Congruencia que debe respetar toda sentencia o laudo.

### 6.3. OBJECION POR ERROR GRAVE AL DICTAMEN PERICIAL FINANCIERO CONTABLE RESPECTO DE LA CALIFICACION DE CARGO POR CAPACIDAD.

Procede a continuación el Tribunal a resolver la objeción por error grave al dictamen pericial financiero contable formulada por el apoderado de La Previsora en mayo 22 de 2002.

Como fundamento de la objeción el apoderado de la aseguradora pone de presente los siguientes puntos:

1. En lo tocante con la, en su criterio, inequívoca naturaleza de ingreso del 'cargo por capacidad' el apoderado de la sociedad convocada, en la respuesta a la pregunta formulada de oficio por el Tribunal, señala como: "en punto tocante con el cargo por capacidad, las señoras Peritas en su trabajo inicial, parecerían equiparlo como un costo, aunque el texto de la contestación es lo suficientemente ambiguo como para poder concluir lo contrario: un ingreso que es lo que realmente corresponde a su naturaleza. . La falta de claridad conceptual en que incurren las contadoras sobre la calidad de ingreso que tiene el "cargo por capacidad" es por si mismo un grave yerro, pues con él, dicho con el mayor comedimiento, pretende inducirse al Tribunal para que le atribuya a tal reconocimiento económico una condición que desvirtúa su real y propia naturaleza. (Folios 290 y 291 Cdno Ppal)

Como pruebas de lo expuesto invoca:

- La calificación reiterada del 'cargo por capacidad' como "Ingreso" en el dictamen y sus complementaciones;
- Los testimonios de los ingenieros Jorge Reyes y Juan Carlos Lancheros lo califican como un ingreso;
- La solicitud de convocatoria del Tribunal expresamente reconoce y confiesa la calidad de ingreso que tiene el cargo por capacidad;
- El concepto de la firma ajustadora Mc Larens Toplis del 30 de enero de 2001;
- El concepto de la firma ajustadora Mc Larens Toplis sobre el dictamen y sus aclaraciones, rendido en mayo 22 de 2002.

2. En relación con el cálculo de la pérdida de ingresos, estima el apoderado de la aseguradora que el mismo contiene un guarismo que no guarda relación alguna con la real incidencia de la indisponibilidad generada por los daños de la caldera de la Unidad II de Termopaipa.

El Tribunal juzga conveniente, antes de pronunciarse sobre la objeción por error grave propuesta por el apoderado de la sociedad convocada, hacer unas breves reflexiones sobre dicha figura, a la luz de las cuales procederá a evaluar la misma.

El artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1º, numeral 110 del Decreto Extraordinario 2282 de 1989, establece los lineamientos básicos aplicables en el evento de presentarse contradicción en el dictamen pericial. Dispone el mencionado artículo:

"Contradicción del dictamen. Para la contradicción de la pericia se procederá así:

1. Del dictamen se correrá traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrán pedir que se complemente o aclare, u objetarlo por error grave.

2. (...)

3. Si durante el traslado se pide complementación o adición al dictamen, y además se le objeta, no se dará curso a la objeción sino hasta después de producidas aquellas, si fueren ordenadas.

4. De la aclaración o complementación se dará traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrá objetar el dictamen, por error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se hubiere originado en éstas.

5. En el escrito de objeción se precisará el error y se pedirán las pruebas para demostrarlo. De aquél se dará traslado a las demás partes en la forma indicada en el artículo 108, por tres días, dentro de los cuales podrán éstas pedir pruebas. El juez decretará las que considere necesarias para resolver sobre la existencia del error, y concederá el término de diez días para practicarlas. El dictamen rendido como prueba de las objeciones no es objetable, pero dentro del término de traslado las partes podrán pedir que se complemente o aclare.

6. La objeción se decidirá en la sentencia o en el auto que resuelva el incidente dentro del cual se practicó el dictamen, salvo que la ley disponga otra cosa; (...)"

No se escapa al Tribunal que, a la luz de la norma transcrita, la objeción por error grave debe fundarse en que el dictamen rendido se haya sustentado en fundamentos en grado tal incorrectos, que necesariamente deriven en conceptos y conclusiones erróneos sobre la materia objeto análisis por parte de los peritos.

La objeción a un dictamen, pone de presente el laudo arbitral de 30 de noviembre de 2000 mediante el cual se resolvió la controversia surgida entre el Instituto de Desarrollo Urbano - IDU- y la Sociedad Ingenieros Civiles Asociados S.A. de C.V. -ICA-, "per se implica la coexistencia de dos factores que deben tener presencia conjunta y que son: a)- que exista error; y b)- que tal equivocación sea grave y de estirpe fáctica, pues al respecto no procede invocar errores jurídicos o de estirpe legal."

Como - según el citado Laudo - lo ha dicho la Corte, el error consiste en la disconformidad entre la inteligencia y la verdad, pues para que se configure un error, debe originarse en una falsa creencia, o sea si ocurre que tal creencia no correspondió a la realidad (entre otras muchas, sentencia de la Sala Civil, del 2 de diciembre de 1.942, LV, 204).

Continúa el Laudo en cuestión: "En cuanto al citado primer componente del binomio en cuestión, para determinar si existe el error, a su vez deben desdoblarse y cotejarse dos extremos fundamentales: de un lado el acto que se considere erróneo; y del otro la ostensible realidad.

"Como segundo factor de los relatados en el punto anterior, debe darse el otro componente integral del citado binomio, consistente en que, si el error existiere debe ser grave, esto es, grande, de bulto o de mucha entidad o importancia.

"Sin considerar que se sale del tema y para refrendar esta obligada calificación de gravedad y para obligar a los jueces y pretores a tenerla en cuenta, ya los romanos decían: "De minimus non curat pretor". Indudable aserto que, paralelamente y ahora ha sido prohijado y recogido por la normatividad de nuestro recurso de casación, que exige que el error sea manifiesto. Es decir, que brille al ojo y que, además, tenga trascendencia."

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia (G.J. Tomo LII, p. 306) en auto de 8 de septiembre de 1993 dijo lo siguiente, que el Tribunal a que hemos venido haciendo referencia transcribió y que este Tribunal igualmente acoge:

"... los peritos (...) son terceras personas que por virtud de los conocimientos especializados de carácter científico, artístico o técnico de los que son poseedores, auxilian al juez de la causa en la investigación de los hechos controvertidos, ello en el bien entendido, desde luego, que el dictamen emitido nunca tiene de suyo fuerza decisiva (art. 241 del Código de Procedimiento Civil) sino que la tiene apenas ilustrativa, habida cuenta que el cometido a cargo de dichos expertos es el de guiar con competencia y lealtad el criterio de la justicia, no así el de imponerle ciegamente sus opiniones bajo el supuesto, a todas luces equivocado, de que los órganos jurisdiccionales son por entero incapaces de profesar puntos de vista fundados sobre materias comúnmente consideradas como sometidas a necesario peritaje por el grado de complejidad que les es característico. (?) cuando de por medio obran cuestiones que siendo inherentes a un determinado proceso e influyentes así mismo en la respectiva decisión por adoptarse, exigen especial versación en alguna ciencia, técnica o arte, la misión del perito es la de ayudar al juez sin pretender sustituirlo (G.J., tomo LXVII, pág. 161) y esa ayuda puede darse de distintas maneras pues obedece a un objetivo de notable amplitud cual es el de permitirle agudizar el alcance de sus propios sentidos ante realidades concretas para cuya correcta apreciación se requieren mayores conocimientos que los que entran en el caudal de una cultura general media que, por supuesto se tiene, es la que corresponde a la preparación jurídica ordinaria de los magistrados, predicándose entonces de la pericia que su función es semejante a la de un cristal de aumento que agranda los objetos, puesto a disposición del juzgador por un experto en su manejo y por ende auxiliar en el oficio judicial, para que a aquél le sea posible examinar con propiedad las que son verdaderas pruebas, o por mejor decirlo, los hechos a través de ellas acreditados, cuando valiéndose de su personal saber no pueda percibirlos o comprenderlos a cabalidad.

"... la prueba por peritos en el proceso civil muestra una doble fase que aquí importa subrayar y que, además, ha permitido clasificar en dos grandes categorías los experticios según que el sentido preponderante del trabajo a cargo del perito sea el de llevar al juez la materia sobre la cual debe operar o el de señalarle los instrumentos idóneos para hacerlo. En la primera hipótesis se trata, en esencia, de comprobar hechos, sus causas o sus efectos, que requieran conocimientos científicos, artísticos o técnicos que superen el nivel medio de cultura general atribuible al común de los jueces, mientras que en la segunda su orientación característica es distinta; en esta, mediante el dictamen, se aportan reglas propias de la experiencia especializada de los peritos para aplicarlas a un determinado supuesto fáctico establecido en el proceso por cualquiera otro de los medios de prueba de recibo, contribuyendo así a formar la certeza del juez e ilustrándolo para que comprenda mejor ese supuesto y pueda deducir con exactitud las causas, las calidades, las consecuencias y los valores que se investigan, cosa que precisamente acontece, valga señalarlo, cuando la colaboración pericial se hace indispensable para verificar la existencia o fijar la cuantía de perjuicios patrimoniales ya ocasionados o que en el futuro se produzcan, en razón de circunstancias acreditadas de antemano y del modo debido en el curso de la misma actuación.

"En estos casos de la segunda clase, entonces, los peritos, más que instrumentos de percepción, lo son de deducción y su tarea fundamental es por lo tanto la de proporcionar sus luces, su ilustración, su pericia práctica y en general, su auxilio cognoscitivo al órgano judicial en relación con los datos que son materia de controversia, lo que no permite descartar en manera alguna que peritajes de esta naturaleza puedan utilizarlos dichos órganos para consulta técnica complementaria y así cerciorarse, para beneficio de la administración de justicia naturalmente, de la exactitud del entendimiento que personalmente tengan acerca de aquellas reglas o máximas especializadas que no están obligados a dominar pero que, sin embargo, tampoco les son del todo desconocidas y las juzgan necesarias para tomar la correspondiente decisión."

Las anteriores consideraciones sirven de fundamento al análisis de la objeción propuesta por el apoderado de la parte convocada, contra el dictamen pericial rendido al Tribunal por las peritos financiero contables.

Considera el Tribunal que le asiste razón al apoderado de la aseguradora cuando señala que las peritas incurrieron en error al calificar como costo para la Empresa de Energía de Boyacá, el rubro denominado "costo por capacidad".

Tal hecho lo reconoce el propio apoderado de la sociedad convocante en los alegatos de conclusión, cuando en el punto 2.6. a), afirma:

"2.6. Como podrán apreciarlo señores Arbitros, las pérdidas reclamadas tienen cobertura dentro de los amparos otorgados por la Convocada en cualquiera de los siguientes aspectos:

a). En primer término, al perderse el reconocimiento del cargo por capacidad, debido a la indisponibilidad de generación, el costo de energía se incrementó por cuanto se dejaron de percibir estos ingresos. Si se analiza desde esta óptica la pérdida sufrida por mi mandante, habrá de considerarse que los mayores costos no solo se generan por un aumento en los egresos sino por la pérdida de un ingreso, que se hubiera recibido, si no se hubieran paralizado los equipos."

b). "Pero de otro lado, dentro de la cobertura de lucro cesante, vinculada indisolublemente a la pérdida de ingresos por ventas no realizadas, conforme al anexo redactado por el asegurador, las pérdidas en comento tendrían plena cobertura, conforme al siguiente raciocinio:

Si se aplica la fórmula de lucro cesante, bajo el supuesto de que el costo de operación fuera cero, por considerar que no se compró ninguna energía, el lucro cesante equivaldría a la pérdida de ingresos por ventas no realizadas. En consecuencia solo se tendría en cuenta este factor." (Alegato de Conclusión Folios 378 y 379 Cdo Ppal)

Ahora bien, del testimonio rendido por el señor Jorge Humberto Reyes Sterling (Folio 181 Cdo Pbas 2), se desprende con meridiana claridad la naturaleza de ingreso del denominado "Cargo por Capacidad". Como quedó claramente establecido a lo largo del proceso, el cargo por capacidad es un ingreso que recibe el generador de acuerdo con su capacidad disponible de generación de energía. Esta partida es un costo para el usuario del servicio, que se le carga como parte de la facturación que realiza periódicamente el generador y que recauda este mismo conjuntamente con el pago que realiza el propio usuario de la energía consumida. Una vez realizado el recaudo del cargo por capacidad, el propio generador lo transfiere al SIC (Sistema de Intercambios Comerciales), la cual devuelve a cada generador la parte que le corresponde del mismo, como un pago -ingreso para este- al que tiene derecho de acuerdo con su capacidad disponible de generación.

En el mismo sentido se pronuncia en su testimonio el ingeniero Luis Eduardo Rodríguez Corci, en su respuesta a la siguiente pregunta formulada por el doctor Suescún:

"DR. SUESCUN: Había también un rubro de la reclamación por lucro cesante, lo recuerda en qué consistía?

SR. RODRIGUEZ: Sí, estaban reclamando lucro cesante bajo una cobertura de incremento en costos de operación, nunca demostraron el incremento del costo de operación sino una pérdida de ingresos provenientes de no tener la planta lista y disponibilidad para el sistema, sacarlo por operación que es un ingreso para todas las empresas que generan energía, no una pérdida de ingreso en costos para una empresa de generación de energía" (Folio 309 Cdo Pbas 2)

Más adelante el mismo testigo al responder pregunta formulada por el doctor Pardo, aclara la naturaleza de ingreso del cargo por capacidad, así:

"DR: PARDO: Y por qué el cargo de capacidad no estaba incluido dentro de eso?

SR. RODRIGUEZ: Porque el cargo por capacidad es un ingreso para las empresas de generación, es un egreso del sistema y es un paro (sic) lo que tiene que hacerse del sistema, pero para cada una de las empresas de generación es un ingreso y pérdidas de ingreso no estaban cubiertas dentro de esto." (Folio 310 Cdo Pbas 2)

En el testimonio del ingeniero Juan Carlos Lancheros encontramos la siguiente explicación:

"El cargo por capacidad es un ingreso para el generador y por lo tanto no es un incremento de ningún tipo de costo, por lo tanto no forma parte de esa cobertura el cargo por capacidad es un ingreso que tiene el operador por tener disponible su planta, es decir, yo dueño de la planta compro una planta, la tengo disponible y estoy incurriendo en unos costos de personal y de mantenimiento, y si yo no salgo despachado en el sistema porque mi energía es muy costosa, como en el caso de la Empresa de Energía de Boyacá porque soy térmico y no soy el más eficiente, mi energía es muy costosa y no salgo despachado, no obstante le estoy dando respaldo al sistema para que en caso de alguna eventualidad el sistema pueda operar y yo pueda entrar a suplir deficiencias en el mercado, el Sistema Interconectado me remunera, me da un ingreso por esa disponibilidad de mi equipo, el cargo por capacidad." (Folio 345 Cdno Pbas 2)

En el mismo sentido se encuentran explicaciones en los informes rendidos por Mc Larens Toplis, del 20 de septiembre de 2000 (Folio 27 Cdno Pbas 2) y del 17 de marzo de 2000. (Folio 164 Cdno Pbas 1)

De lo anterior se desprende claramente que el cargo por capacidad, si bien es un costo para el Sistema de Intercambios Comerciales y a su vez, es un pago que hace el sistema al generador, para cada una de las empresas de generación, receptoras y beneficiarias del mismo, es sin duda un ingreso.

Lo que pudo eventualmente haber llevado a las peritas a considerar el cargo por capacidad como un costo para las generadoras es el hecho de que contablemente dicho cargo se maneja por EBSA como un cargo neto. Las peritas señalan en las aclaraciones que "no se evidenció registro individual que corresponda al valor al cual ascendió el incremento en los costos de operación en que incurrió la EE de Boyacá S.A. debido a la indisponibilidad de generación, durante el tiempo en que estuvo paralizada la Unidad II de Termopaipa, con ocasión de los daños a que se refiere el proceso." (Folio 362 Cdno Pbas 3)

Las peritas afirman que "En términos generales podría deducirse que para EBSA representó un mayor valor al código 753005 - Costos, por el hecho de que el neto a pagar es mayor en razón a que no se descontó por concepto de cargo por capacidad, un valor mayor. Pero en términos "individuales" no se dispone de registro contable alguno que refleje dicho hecho económico." (Folio 359 Cdno Pbas 3)

A pesar de que las peritas denominan como "costo" el menor valor dejado de recibir por EBSA por concepto del cargo por capacidad, del mismo informe puede concluirse que este rubro no significa para el generador un costo sino, por el contrario, una disminución en su ingreso. En efecto, el incremento en el código 753005 - Costos, de EBSA obedece a que, una vez efectuado el cruce correspondiente entre las sumas recaudadas por EBSA de los usuarios por dicho concepto y la suma a que tenía derecho la misma empresa, como contraprestación a su la capacidad disponible, el valor a su cargo resultó mayor, habiendo debido contabilizar, por lo tanto, un egreso neto.

Esta conclusión resulta explicable pero incorrecta. Para determinar si se trata de un costo o de un ingreso se tomó por las peritas como referencia el resultado final -egreso- una vez efectuado el cruce de cuentas correspondiente. Sin embargo, una de las partidas cruzadas corresponde a recursos que no son de propiedad del generador, por constituir sumas de dinero que recauda de los usuarios, pero que, como quedó explicado con anterioridad, debe trasladar al SIC (Sistema de Intercambios Comerciales). Luego mal puede entenderse que la misma corresponda a un costo en el que ha incurrido el generador en desarrollo de su operación. Este concepto no hace parte del costo de la operación de EBSA. Se encuentra reflejado en la parte contable en cuanto son recursos que son "manejados" por EBSA, pero que no tienen ningún impacto real en el costo de su operación.

En consecuencia, puede concluirse que habida consideración de los daños que se presentaron en la Unidad II de Termopaipa, la diferencia entre el valor esperado y el valor que efectivamente recibió EBSA por concepto de cargo por capacidad, representó una disminución en sus ingresos, o sea un menor ingreso, no un costo.

Encuentra por lo tanto fundada el Tribunal la objeción por error grave al dictamen pericial contable formulada por el apoderado de La Previsora en mayo 22 de 2002, en cuanto hace referencia a la errada calificación como egreso para la Empresa de Energía de Boyacá, de la denominada carga por capacidad. No dispone, sin embargo, el Tribunal la restitución por las peritas de parte alguna de los honorarios que le fueron señalados por concepto de su dictamen, prevista en el artículo 239 del Código de Procedimiento Civil, habida consideración de que el punto objeto de glosa constituyó sólo mínima parte del dictamen rendido el cual, por lo demás, no fue objeto de observación alguna.

Habida consideración de lo expuesto, el Tribunal niega el reconocimiento de la indemnización solicitada por la Empresa de Energía de Boyacá por concepto de carga por capacidad, por no ser la misma objeto de indemnización a la luz de la cobertura otorgada bajo el contrato de seguro instrumentado mediante la Póliza de Rotura de Maquinaria N° U-0119978.

Adicionalmente, no encuentra el Tribunal probado dentro del expediente, que la Empresa de Energía de Boyacá hubiese incurrido en costo alguno adicional, dentro del alcance que para tal efecto tiene la cobertura de Incremento en Costos de Operación, otorgada bajo la Póliza de Rotura de Maquinaria N° U- 0119978, razón por la cual desestima en su totalidad las pretensiones de la sociedad convocante en tal sentido.

## 7.. EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA CONVOCADA

### 7.1. LAS GARANTIAS Y LOS DEBERES DEL ASEGURADO.

El apoderado de la compañía de seguros, dentro de las defensas que planteó en el proceso, afirmó que el asegurado ha debido cumplir con las garantías que le impone la ley en el sentido de afirmar o negar la existencia de determinada situación de hecho, previa a la celebración del contrato de seguro; así como la garantía consistente en la promesa de hacer o no hacer algo. Surgiendo como consecuencias obligadas de eventuales incumplimientos a las mismas la nulidad del acuerdo en el primer evento; en tanto en el segundo se presentaría una causal de terminación del contrato de seguro.

Para el efecto cita la Cláusula 9 del contrato de seguro que se refiere al mantenimiento de que debió ser objeto el bien asegurado, consistente fundamentalmente en una serie de revisiones selectivas y periódicas.

En adición, en sus alegatos de conclusión cita una respuesta rendida por los peritos dentro del informe del 11 de febrero de 2002, de la cual parece concluirse que la empresa de energía incumplió con su obligación.

Añade el apoderado de la aseguradora que la empresa de energía incurrió en desconocimiento a la obligación de mantenimiento en la medida que sometió la Caldera a reiteradas operaciones de arranque y parada, con descensos y ascensos rápidos de carga que causaban esfuerzos muy elevados a los distintos componentes de la caldera. Lo anterior, a su juicio, constituiría una causal de nulidad relativa por no determinar el estado del riesgo, al guardar silencio sobre el régimen de paradas.

Así mismo, en la Cláusula 7 de las CONDICIONES GENERALES los contratantes convinieron que la cobertura de la póliza quedaba sujeta a que el asegurado cumpliera las siguientes garantías:

?a). Mantener los bienes asegurados en buen funcionamiento.

b). No sobrecargarlos habitual o esporádicamente o utilizarlos en trabajos para los cuales no fueron construidos. c). Cumplir con los respectivos reglamentos legales y administrativos así como con las instrucciones de los fabricantes, sobre la instalación y funcionamiento de la maquinaria.

En caso de que el asegurado no cumpla las anteriores garantías, la Compañía podrá dar por terminado este contrato desde el momento de la infracción, quedando libre de cualquier responsabilidad respecto de la pérdida o daño ocasionado por tal infracción".

Si bien no hay prueba alguna dentro del proceso que permita afirmar que la empresa de energía desconoció u omitió las obligaciones contenidas en dichas cláusulas, respecto de las obligaciones emanadas de artículos como el 1.061 del Código de Comercio parece que tal empresa omitió declarar el estado de riesgo de los bienes asegurados, o por lo menos lo hizo de manera impropia, asunto éste que se estudiará detenidamente a continuación.

1) Alcance del Artículo 1.061 del Código de Comercio.

La citada norma dispone:

"Se entenderá por garantía la promesa en virtud de la cual el asegurado se obliga a hacer determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho.

La garantía deberá constar en la póliza o en los documentos accesorios a ella. Podrá expresarse en cualquier forma que indique la intención inequívoca de otorgarla.

La garantía sea o no sustancial respecto del riesgo, deberá cumplirse estrictamente. En caso contrario, el contrato será anulable. Cuando la garantía se refiere a un hecho posterior a la celebración del contrato, el asegurador podrá darlo por terminado desde el momento de la infracción".

Por tanto, de la norma a que nos referimos, puede concluirse que:

a) La garantía de que trata el artículo 1.061 del C. de Co., es una promesa en virtud de la cual el asegurado:

? Se obliga a hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia.

? Afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho.

b) Deberá constar por escrito en cualquier forma inequívoca que implique la intención de otorgarla.

c) Deberá cumplirse estrictamente, so pena de que el contrato de seguro sea anulable o pueda ser terminado por el asegurador desde el momento de la infracción.

Aunque el texto del artículo 1.061 es claro, el Tribunal acudirá a algunos apartes del libro "Tratado Elemental del Contrato de Seguro" del Doctor Efrén Ossa sobre este tema de la garantía, que ilustran acertadamente esta figura.

Considera el ilustre autor que "la concepción de garantía consagrada en nuestra legislación, difiere de la que prevalece en la doctrina y aún en la ley. Tradicionalmente se ha concebido, en efecto, como una condición a cuyo cumplimiento debe entenderse subordinada la prestación del asegurador..... De un modo u otro, si la condición no se ha cumplido (por falsedad de la declaración según la cual se afirmó o negó la existencia de determinada situación de hecho o por que la garantía fue quebrantada con posterioridad a la celebración del contrato), el asegurador no está obligado a pagar la prestación asegurada en caso de siniestro. Dentro de este esquema, la prestación indemnizatoria está, pues, sujeta a una doble condición: el siniestro, de una parte, y el cumplimiento estricto de la garantía, de la otra, no obstante que el enfoque que le da el derecho positivo colombiano a la garantía es distinto"<sup>13</sup> .

Dentro de su análisis, el profesor J. Efrén Ossa distingue cuatro elementos en la garantía:

1. Debe tener relación con el riesgo asegurado, 2. Debe constar por escrito. 3. Debe cumplirse estrictamente. 4. Supone una declaración del tomador (afirmativa o negativa) que consignada en la proposición de seguro o incorporada en el clausulado de la póliza, debe entenderse determinante del consentimiento del asegurador. O una obligación o carga que contraen el tomador o el asegurado en virtud del contrato.

De esta última característica, el citado autor dedujo diferentes consecuencias de su incumplimiento. "Si es lo primero -supuesta su infracción-, el contrato es anulable, vale decir, susceptible de ser rescindido. Si es lo segundo, el asegurador podrá darlo por terminado desde el momento de la infracción"<sup>14</sup>.

Como hemos visto, el Código de Comercio en su artículo 1.061 establece que el incumplimiento de la garantía conduce a la nulidad relativa del contrato o a su terminación. Reiteremos, en procura de mayor claridad, la distinción frente a los efectos del incumplimiento de la garantía que hace el Dr. J. Efrén Ossa: "la anulabilidad, respecto de la inobservancia de la garantía de existencia o inexistencia de determinada situación de hecho (que hay que suponer coetánea a la celebración del contrato) y la terminación, respecto de la infracción de la garantía consistente en la guarda de determinada conducta positiva o negativa durante la vigencia del contrato"<sup>15</sup>.

Hace alusión el Dr. Ossa a la distinción entre las garantías que estipula el Art. 1061 C. de Co: las garantías afirmativas y las garantías de conducta. Sobre las primeras, comenta que su inobservancia "es germen de anulabilidad del contrato original o, si fuera el caso, del acuerdo adicional". Mientras que la garantía de conducta, al ser incumplida "faculta al asegurador para dar por terminado el contrato. Facultad que bien puede aquel ejercer antes o después del siniestro. Solo que de un modo u otro, en un momento u otro, la terminación está llamada a operar con efecto retroactivo a la fecha de la infracción"<sup>16</sup>.

Esta terminación no se da automáticamente, sino como resultado de una declaración unilateral del asegurador. Además, la facultad aludida puede ser ejercida, "no importa si el siniestro es imputable a la infracción de la garantía o si responde a otra causa. El asegurador debe probar la infracción de la garantía para alegar la nulidad o la terminación del contrato." (Subrayas del Tribunal).<sup>17</sup>

## 2) Análisis en cuanto al cumplimiento de las garantías contempladas en la póliza N° U- 0119978

Los alegatos de los abogados de las partes, las pruebas testimoniales, los dictámenes de los peritos técnicos, las pruebas documentales de los ajustadores y otros expertos utilizados en su momento por las partes en conflicto, dan fe de cuán difícil resulta para este Tribunal llegar a un juicio absolutamente claro, irrefutable y técnicamente probado en lo tocante al adecuado mantenimiento de los equipos en general por parte de la EEB, y del cumplimiento de las garantías específicas en particular, al tenor de la cláusula Séptima de la Póliza que venimos analizando.

En efecto, si nos atenemos al texto literal del artículo 1.061 del C. de Co. que exige, para que exista la garantía, una promesa del asegurado, el Tribunal afirma que la citada cláusula Séptima, a pesar de denominarse "GARANTIA", no contiene realmente una "promesa" o una "garantía" de la EEB sino más bien una imposición de una obligación por parte del asegurador: "... el asegurado deberá efectuar ..." (Subraya del Tribunal).

Vistas las cosas de esta manera, el Tribunal puntualiza que la asegurada incumplió una obligación que le impuso la aseguradora pero no una garantía que ella hubiese prometido, debiéndose entender entonces que La Previsora bien podría deducir de la indemnización, si a ella hubiese lugar, los perjuicios que dicho incumplimiento le hubiere acarreado, pero no acudir a la anulabilidad o terminación del contrato que le son propias al incumplimiento de lo que sea una verdadera garantía, tal como lo prevé el Artículo 1.061 del C. de Co., como en efecto nunca lo hizo a lo largo de los años en que estuvo vigente entre ella y la EEB, el contrato de seguro de Rotura de Maquinaria.

Es más, ni en la contestación de la demanda, ni en el alegato de conclusión, hace expresa La Previsora su decisión de solicitar a este Tribunal la declaración de la nulidad o de la terminación del contrato de seguro entre ella y la EEB, con retroactividad al momento del supuesto incumplimiento de la garantía. Por el contrario, se limita a afirmar que "... resulta incontrovertible, pues, el incumplimiento por parte de la EEB de las garantías que asumió en el contrato de seguro". Como ya se dijo atrás, el apoderado de La Previsora desistió de la excepción de nulidad relativa que propuso en la contestación de la demanda, antes de los alegatos de conclusión.

Encuentra también el Tribunal notoriamente inequitativo el hecho de que sólo hasta ahora La Previsora alegue en su defensa y provecho el hecho de que la EEB no cumplió con los mantenimientos preventivos e inspecciones internas anuales, cuando todo indica que a pesar de ser ella la aseguradora de sus equipos por muchos años, nunca, por lo menos así se desprende de las pruebas allegadas al proceso, hizo inspección alguna sobre los bienes amparados, ni directamente ni a través de expertos contratados por ella, las que bien podrían haber resultado prudentes y aun necesarias, por lo menos al momento de las renovaciones anuales respectivas.

No resultaría exótico ni fuera de lugar llegar a intuir que de haberse dado esas inspecciones periódicas, podría La Previsora haber contribuido, con su experiencia y profesionalismo, en su propio provecho y en el de su asegurada, a descubrir tempranamente los daños que venían afectando los equipos amparados y quizás sus posibles causas. De paso habría podido, por qué no, sugerir, exigir y hasta proporcionar los análisis, el mantenimiento y las pruebas técnicas oportunos, cuya omisión ahora reclama, coadyuvando a prevenir y a establecer las causas y los efectos de las fallas en los bienes de propiedad de su asegurada, y de paso del Estado, tal como corresponde a unas relaciones equilibradas y benéficas para las partes en el contrato de seguro, máxime si ambas son entidades públicas, con obligaciones, intereses y objetivos consagrados en la ley, por lo demás de análogo contenido.

Sin que de manera alguna pretenda este Tribunal, ni siquiera por asomo, usurpar la competencia de las autoridades llamadas a juzgar las conductas y omisiones de los servidores públicos, invita a las partes a una reflexión que se origina en el hecho de que, como ya se dijo, tanto la aseguradora como la asegurada son entidades públicas que, sin distinguos, están obligadas a proteger el patrimonio estatal que se ha puesto bajo su cuidado y que es de todos los colombianos. Lo anterior significa que ningún servidor público debe anteponer el beneficio de la entidad estatal que circunstancial y transitoriamente administra, a la definición oportuna, justa y equitativa de todos aquellos asuntos que se le han encomendado.

En efecto, y como regla general, cualquier persona que maneje dineros u otros bienes ajenos, adquiere con ello responsabilidad sobre su tenencia, cuidado, uso, disposición o cambio sobre ellos. Pero cuando el dinero o bienes ajenos son del Estado, bien sea a nivel nacional o descentralizado, esa responsabilidad es mucho más exigente, tanto con respecto a los errores como a las omisiones, por cuanto de la forma como actúen los servidores públicos puede resultar un daño no a uno sino a muchos miembros del conglomerado social y frecuentemente a todos ellos.

Esta es la razón por la cual cada Estado posee una legislación penal y administrativa autónoma de la privada, que juzga los hechos y conductas de los servidores públicos en forma mucho más severa que aquella que las normas prevén para actuaciones entre particulares. En el caso colombiano, acaba de expedirse la Ley 734 de 2002, que pretende constituirse en estatuto ágil y completo para ser aplicado en todas aquellas materias que directa e indirectamente se relacionen con los derechos y deberes de los servidores públicos, pero su aplicación concreta al caso que nos ocupa no compete a este Tribunal

Con todo ello, nos preguntamos si podría tener aceptación para cualquier observador desprevenido de las relaciones entre La Previsora y la EEB que, al momento de cada una de las prórrogas del seguro con el correspondiente pago de la prima, la aseguradora se muestre generosa y hasta negligente en el análisis del riesgo que pretendía proteger, mientras que ante la presencia de un presunto siniestro acude a predicar culpas, omisiones y negligencias de su

asegurada, de alguna manera aceptadas históricamente y hasta amparadas por la Póliza contra todo riesgo que suscribió con ella.

De ninguna manera pretende este Tribunal justificar el comportamiento de la EEB ni administrativa ni técnicamente a lo largo de su relación con La Previsora, pero tampoco puede inculparla única y exclusivamente por las conductas, errores u omisiones en que pudo haber incurrido en el tratamiento de las fallas que históricamente presentaron sus equipos. Considera más bien que se puede estar al frente de una conducta mutuamente reprobable y que La Previsora bien pudo, de considerar que el equilibrio del contrato se afectaba en el desarrollo del mismo, rescindirlo, darlo por terminado, o modificar equitativamente la prestación que podría corresponderle. Al contrario, después de una corta ausencia, es hoy de nuevo y por voluntad de ambas partes, la aseguradora de los equipos de la EEB, contra el mismo riesgo de rotura de maquinaria.

### 3) El principio de buena fe objetiva.

Por otra parte, el análisis sobre el conocimiento que tenía la empresa sobre las fallas de los equipos (estallidos y perforaciones de serpentines, roturas de calderas en distintos serpentines, suspensiones, etc.) que supusieron, desde 1995, la disminución en la disponibilidad de la unidad, y su obligación o no de dar aviso a la aseguradora desde aquella época, también puede ser revisado bajo los alcances del principio de buena fe.

Lo anterior, en atención a que las partes se hallan sujetas tanto a las previsiones contractuales como a las legales, así como a principios universales de derecho.

Como se planteó atrás, las partes convinieron algunas cláusulas que imponían determinados comportamientos a cargo de la empresa de energía. Por otra parte, el artículo 1.060 del Código de Comercio dispone:

"El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso 1º del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.

(...)

Notificada la modificación del riesgo (...), el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.

(...)"

Pero, como hemos dicho, tales consideraciones deben ser entendidas e interpretadas bajo el alcance del principio de ejecución de buena fe de los contratos. En efecto, la carga u obligación que surge para el tomador o el asegurado no se limita a la declaración sincera de tales hechos. Este principio debe ser entendido en su función integradora de los actos jurídicos cuyo alcance ha sido dado por la doctrina en los términos que a continuación se indican.

Esta aplicación puntual del principio de la buena fe, corresponde a la noción objetiva de la misma, que interesa particularmente a los contratos, pues con ella se cumple una función integradora o complementadora de las manifestaciones de voluntad; por ello se dice que "la buena fe objetiva tiene valor normativo, no sólo por figurar entre los preceptos legales del ordenamiento, sino por autorizar al Tribunal para determinar los efectos jurídicos del contrato en discusión, ampliando, precisando o restringiendo el tenor del acto jurídico según las circunstancias..."<sup>18</sup>

Esta función integradora del principio de la buena fe ha sido resaltada por la Doctrina como una evolución del derecho en las últimas décadas, evolución en este caso basada en la idea de confianza, como elemento básico de las relaciones negociales, lo que ha permitido emplear

dicho principio de la buena fe para, entre otras cosas, "determinar judicialmente obligaciones conexas con la principal, pero que no han sido pactadas expresamente"<sup>19</sup>

Así las cosas, "cualquiera que sea el tipo de la obligación y la naturaleza de la prestación, el obligado no sólo debe realizar lo especialmente previsto, sino todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe. Si el obligado... no lo hace así y se limita a realizar lo específicamente previsto, no habrá cumplido la obligación. Pese a haber realizado lo que el acto creador de la obligación preveía, existirá incumplimiento con todo lo que ello comporta"<sup>20</sup>.

En el mismo sentido se reitera que "el principio de la buena fe sirve para suplir, integrar y corregir el contenido del negocio, en función interpretativa; o lo que es lo mismo, desde otro punto de vista la buena fe interviene en la configuración de la norma del negocio jurídico, situándose en el mismo lugar que los usos del tráfico, o la norma dispositiva, constituyendo por ello, en sí misma una norma dispositiva; fundamentada, por otra parte, en un objetivo criterio de conducta ..." <sup>21</sup>

Otra concepción de la buena fe consiste en considerarla como el "conjunto de criterios valorativos, que, desde el punto de vista ético, pueden conducir a un enjuiciamiento de la interna justicia de la ordenación contractual. En este sentido, la buena fe es lo que el contratante normal espera, según el tipo de contrato, de la otra parte contratante. Es una aplicación de la regla general de confianza"<sup>22</sup>

Por ende, el principio de buena fe cumple una función integradora o complementadora del negocio jurídico, en el sentido de precisar las estipulaciones y de agregar prestaciones no previstas expresamente en el clausulado pero implícitas, de acuerdo con la naturaleza del contrato, el alcance de sus prestaciones y las expectativas y móviles conocidos de los contratantes. Con apoyo en ese principio los jueces pueden imponer a las partes obligaciones conexas con las puntualmente estipuladas, a fin de suplir, ampliar o corregir el contenido del negocio.

Según la legislación colombiana (Artículo 871 del Código de Comercio), el principio de la buena fe exige del deudor cumplir no solo lo expresamente pactado, sino todo aquello que corresponda a la naturaleza del contrato según la ley, la costumbre o la equidad natural.

Este principio, por demás, ha sido reconocido en fallos arbitrales, en los que se ha señalado que "en virtud del principio de buena fe, las partes tienen el deber de desarrollar, con rectitud, todas las actividades necesarias para que se cumplan en debida forma las finalidades que éstas buscaban al suscribir el contrato. Dado lo anterior, el principio de buena fe constituye una guía importante para determinar el propósito y la finalidad de los contratos, a la vez que obliga a las partes o al juez, según sea el caso, a estudiar el contenido de los mismos, no sólo a la luz de las normas legales o del texto de su clausulado, sino también de una forma que resulte acorde con los postulados de la equidad"<sup>23</sup>. Añade el mismo laudo que "El principio de la buena fe en su sentido objetivo, impone a las partes de un contrato deberes de finalidad positiva, destinados a facilitar el cumplimiento del objeto contractual, los cuales han sido clasificados por la doctrina del derecho comparado en tres grupos principales, a saber: (i) el de los deberes de eficacia, (ii) el de los deberes de lealtad y (iii) aquél que comprende los deberes de seguridad. (...) El deber de lealtad exige a las partes un comportamiento recto y transparente que facilite la ejecución de todas y cada una de las obligaciones adquiridas por ellas en virtud del contrato. El alcance de este deber de lealtad, derivado del principio de buena fe, ha sido precisado mediante la determinación de un conjunto de deberes corolarios, entre los cuales se encuentran los siguientes: el deber de colaboración o de facilitar la ejecución del contrato, el deber de información, el deber de vigilancia, el deber de transparencia, el deber de perseverancia, el deber de fidelidad, el deber de respeto por los intereses del cliente".

Con respaldo en las anteriores premisas, ha de concluirse, que si bien en el contrato no se previeron obligaciones como las definidas en el artículo 1.060 del C. de Co., de acuerdo con la naturaleza del contrato de seguro y con la señalada equidad, la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. tenía la obligación, implícita, de dar noticia a la aseguradora sobre los hechos que,

como dijimos antes, no eran previsibles pero que fueron detectándose en el desarrollo del contrato, es decir, que sobrevinieron a la celebración del contrato de rotura de maquinaria y que, indiscutiblemente agravaron el riesgo.

Por tanto, con base en estas explicaciones, el Tribunal reitera que si bien se podría concluir que la asegurada incumplió una obligación propia de la relación derivada del contrato de seguro, sin embargo, no se requirió por parte de la aseguradora la terminación del mismo o su reajuste, tal como lo prevé el Artículo 1.060 del C. de Co., motivo por el cual el Tribunal no dirigirá su análisis en tal dirección.

### 3) Otras obligaciones que La Previsora acusa incumplidas.

Por otra parte, es también importante traer a colación algunas otras manifestaciones contenidas en el mismo experticio citado por el apoderado de la compañía de seguros, en el cual se afirma que si bien los equipos de las tres unidades de la Central Termoeléctrica de Paipa no fueron sometidos a mantenimientos preventivos practicados por ingenieros independientes desde el año 1993 hasta la fecha; "sin embargo, la empresa se ha esmerado en someterlos a mantenimientos preventivos y correctivos con su propio personal". (Folio 19 Cdno Pbas 4) Y, agregan los técnicos designados por el Tribunal, que "Una revisión detallada de las bitácoras, hojas de vida, hojas de control, hojas de registro de temperaturas, etc. permite afirmar que estos equipos han estado funcionando con algunas limitaciones esporádicas sin haber estado sometidos a sobrecargas habituales o esporádicas o que se hayan utilizado en trabajos para los cuales no fueron construidos". (Folio 22), para concluir que "En general la EEB ha cumplido con los reglamentos administrativos de operación, así como con las instrucciones de los fabricantes, en lo relacionado con la instalación y funcionamiento de la maquinaria". (Folio 22)

En relación con el tema de las paradas y arranques de la caldera, los expertos señalan que "de acuerdo a los registros de temperatura, todos los arranques de la caldera se hicieron dentro de los parámetros establecidos por el fabricante y no incidieron en la dureza o cambio de la estructura metalográfica de los tubos del sobrecalentados secundario". (Folio 6 Cdno Pbas 4) En términos generales, de este estudio técnico y su complemento, no se advierte imputación alguna respecto de la manera como la empresa de energía consideró pertinente definir el régimen de arranques y paradas de la caldera. Por tanto, a juicio del Tribunal, la excepción planteada por el apoderado de la aseguradora mediante la cual alega inexistencia de la obligación indemnizatoria por eventual nulidad relativa, no prospera.

Resulta oportuno, ahora, referirse a los comentarios que surgieron, principalmente de parte del apoderado de la convocada, a lo largo del proceso, en relación con los eventuales efectos producidos por la repotenciación de la Unidad II en el año 1993 y su relación con las causas del desprendimiento de la boquilla o el taponamiento del sobrecalentador. Sobre dicha materia baste decir que esta operación, a juicio de los expertos ingenieros, no afectó las diferentes etapas del sobrecalentador y del atemperador de la Unidad II (Folio 19 Cdno Pbas 4)

Tales apreciaciones técnicas coinciden con algunas declaraciones que trataron el tema de la política de mantenimiento de la empresa respecto de la Unidad II.

Por tanto, las aludidas excepciones formuladas por la convocada sobre el mantenimiento de la planta, operación e incumplimiento de las obligaciones de garantía tampoco están llamadas a prosperar.

## 7.2. PRESCRIPCIÓN.

### 1) Excepción propuesta en la contestación de la convocatoria.

En el escrito de contestación a la convocatoria del Tribunal, se propuso por parte de la convocada la excepción de Prescripción, en los siguientes términos:

"Con fundamento en el artículo 1.081 del Código de Comercio, formulo la excepción de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, en la medida en que, con

anterioridad a la fecha de la presentación de la solicitud de convocatoria del presente arbitramento, transcurrieron más de dos años desde el momento en que la EMPRESA DE ENERGÍA ELÉCTRICA DE BOYACÁ conoció o debió conocer los daños que reclama tardíamente.

En efecto la propia convocante en la solicitud que contesto expresamente manifestó que la falla que, según ella, dio origen al cambio del sobrecalentador se presentó el 28 de septiembre de 1.998 y el libelo respectivo se presentó el 25 de octubre de 2000, esto es más de dos años después de ocurrido el hecho que invoca como base de su acción."

Antes de avocar el estudio de la excepción de prescripción propuesta por el apoderado de la parte convocada, juzga procedente el Tribunal realizar un somero análisis sobre el conocimiento que tenía la empresa respecto de las fallas de los equipos (estallidos y perforaciones de serpentines, roturas de calderas en distintos serpentines, suspensiones, etc.) que supusieron, desde 1995, la disminución en la disponibilidad de la unidad, y su obligación o no de dar aviso a la aseguradora desde aquella época.

Lo anterior en atención a las previsiones legales a que están sujetas las partes.

En efecto, el artículo 1060 del Código de Comercio dispone:

"El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso 1° del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.

(...)

Notificada la modificación del riesgo (...), el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.

(...)"

Procede el Tribunal a estudiar y resolver sobre la excepción de Prescripción, debidamente propuesta por la aseguradora convocada en la contestación a la solicitud presentada por la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.

Según lo dispuesto por los artículos 2513 y 2514 del Código Civil, "el que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio." y "La prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente; pero sólo después de cumplida". Habida consideración de que en este caso la prescripción fue alegada como excepción por el demandado en la contestación de la solicitud de convocatoria del Tribunal, se descarta la posibilidad de renuncia tácita a la prescripción por parte de la aseguradora y se procede al estudio del tema.

Conforme a lo establecido por el artículo 2512 del Código Civil, la prescripción liberatoria es un modo de extinguir las acciones o derechos ajenos por no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso, habiendo concurrido los demás requisitos legales. La prescripción liberatoria aniquila los derechos crediticios, aspecto activo del vínculo obligatorio, por la inacción del acreedor durante el tiempo que la ley fija para que su titular los haga valer.<sup>24</sup>

Los requisitos de la prescripción liberatoria son tres:

- a. La prescriptibilidad del crédito
- b. La inacción del acreedor
- c. El transcurso del tiempo

Consagra adicionalmente el artículo 2535 del Código Civil:

"La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible.

"Ahora bien, en cuanto concierne al contrato de seguro, si bien resultan aplicables los principios generales consagrados en el Código Civil, el Código de Comercio contiene adicionalmente disposiciones especiales que regulan el tema de la prescripción. El artículo 1081 del citado Código establece:

"La prescripción de las acciones que se 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." La Corte Suprema de Justicia, ha dicho en relación con la disposición del citado artículo 1081:25

"No puede negarse que el artículo 1081 del actual C. de Co., adolece de falta de claridad en su redacción, lo que ha dado lugar a diversas y contradictorias interpretaciones de su texto.

"El término de una y otra prescripción comienza a correr desde momentos distintos así:

"a) El de la ordinaria, a partir de cuando el interesado (y ya se vio quiénes lo son) tuvo conocimiento o razonablemente pudo tenerlo, "del hecho que da base a la acción". Este hecho no es, no puede ser otro, que el siniestro, entendido éste, según el artículo 1072 ibídem, como "la realización del riesgo asegurado", o sea del hecho futuro e incierto de cuya ocurrencia depende el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurador y correlativamente del derecho del asegurado o beneficiario a cobrar la indemnización (artículos 1045 numeral 4 y 1054 C. de Co. y 1530, 1536 y 1542 C.C.). Nada tiene que ver la acción a que se refiere este texto legal con la "acción ejecutiva" que se desprende de lo que estatuye el Art. 1053, con exclusión de la "ordinaria", pues de lo contrario así lo habría expresado el legislador. En tal caso carecería de sentido el conocimiento real o presunto del siniestro que menciona el citado artículo 1081 (inciso 2) pues el 1053 (numeral 3) parte de la indispensable base de ese conocimiento; en caso contrario no se habría presentado la reclamación al asegurador. Cómo presentarla si se ignora la ocurrencia del siniestro?

"b) El de la extraordinaria comienza a correr "contra toda clase de personas ... desde el momento en que nace el respectivo derecho", expresión ésta que sin duda alguna equivale a la que emplea el segundo inciso del artículo que se comenta. El derecho a la indemnización nace para el asegurado o para el beneficiario, en su caso, en el momento en que ocurre el hecho futuro e incierto a que estaba suspensivamente condicionado, o lo que es lo mismo, cuando se produce el siniestro.

"El legislador utilizó dos locuciones distintas para expresar una misma idea, como ocurre con las que aparecen en los incisos 2 y 3 del artículo 1081, acaso para no incurrir en repeticiones o para destacar lo que se expuso respecto de los incapaces en párrafo anterior, pero de todas maneras con ello suscita a primera vista una dificultad de interpretación que queda aclarada fácilmente en la forma que acaba de indicarse."

Conviene aclarar en este punto que la afirmación de la Corte, en el sentido de considerar que las acciones derivadas del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen corre a partir del siniestro, resulta válida en cuanto se refiere a las acciones tendientes a obtener el pago de

la indemnización a cargo del asegurador. Sin embargo, tratándose de otras acciones, tales como la acción tendiente a obtener el pago de la prima, los términos correspondientes empiezan a correr en momentos distintos, dependiendo de la naturaleza de la prestación reclamada. La Corte Suprema de Justicia en sentencia de febrero 19 de 2002, citando la sentencia de julio de 1977 de la misma corporación a la que hemos venido haciendo referencia, consignó expresamente:26

"Dijo la Corte: "Para determinar cabalmente el cómputo de estos términos, es preciso tener en cuenta la diversidad de acciones que surgen 'del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen', pues obviamente el artículo 1081 del C. de Co. no está diseñado ni se agota exclusivamente frente a la indemnizatoria - o la encaminada a exigir la prestación asegurada - en manos del beneficiario del seguro, cuestión que obliga, en el marco de una cabal hermenéutica de ese precepto, a establecer en cada caso concreto la naturaleza de la prestación reclamada, pues ésta ha de determinar a su turno cuál 'ES EL HECHO QUE DA BASE A LA ACCION' (tratándose de la prescripción ordinaria) y en qué momento 'NACE EL RESPECTIVO DERECHO' (cuando se invoque la prescripción extraordinaria); desde luego que esas acciones no siempre tienen su origen en un solo hecho o acontecimiento, pues éste varía conforme al interés de su respectivo titular (tomador, asegurado, beneficiario, o asegurador), y tampoco tienen siempre su fuente en el contrato mismo de seguro, sino algunas veces en la ley, como acontece con las acciones y las excepciones de nulidad relativa, la devolución de la prima, etc."

Sigue diciendo la Corte en la sentencia de julio de 1977:

"En consecuencia, la prescripción ordinaria y la extraordinaria corren por igual contra todos los interesados. La ordinaria cuando ellos son personas capaces, a partir del momento en que han tenido conocimiento del siniestro o han podido conocerlo, y su término es de dos años; no corre contra el interesado cuando éste es persona incapaz, según los artículos 2530 y 2541 del C.C., ni tampoco contra el que no ha conocido ni podido conocer el siniestro. "Pero contra estas personas sí corre la prescripción extraordinaria, a partir del momento en que nace el derecho, o sea desde la fecha del siniestro.

Por tanto, las correspondientes acciones prescriben en contra del respectivo interesado así: a) cuando se consuma el término de dos años de la prescripción ordinaria, a partir del conocimiento real o presunto del siniestro; y b) en todo caso, cuando transcurren cinco años a partir del siniestro, a menos que se haya consumado antes la prescripción ordinaria; la extraordinaria -se repite- corre aun contra personas incapaces o aquéllas que no tuvieron ni pudieron tener conocimiento del hecho que da origen a la acción.

"De igual manera, en cuanto se refiere a la disposición contenida en el artículo 1081, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:27

"Como surge del texto mismo del artículo 1.081 del Código de Comercio, el legislador colombiano, al establecer dos clases de "prescripción" respecto de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen, funda la ordinaria en un criterio subjetivo y la extraordinaria en un criterio objetivo. Así la primera solo corre desde que el interesado "haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción", al paso que la segunda empieza a contarse desde cuando "nace el respectivo derecho".

"Por lo que hace a la "prescripción ordinaria" a que se refiere el artículo 1.081 del Código de Comercio, se precisa por la Corte que no es suficiente para que empiece a computarse esta especie de "prescripción" el simple acontecer del "hecho que da base a la acción", sino que, por imperativo legal, se exige además que el titular del interés haya tenido conocimiento del mismo efectivamente, o a lo menos, debido conocer ese hecho, momento a partir del cual el término fatal que puede culminar con la extinción de la acción, "empezará a correr" y no antes, ni después."

De las normas y de la jurisprudencia citadas se desprende con meridiana claridad que el término de prescripción ordinaria de las acciones, tendientes a obtener la indemnización del

siniestro, que se derivan del contrato de seguro empieza a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del siniestro. Tratándose de la prescripción extraordinaria, es igualmente claro que ello ocurre desde el momento en que nace el respectivo derecho, o sea, desde la fecha de ocurrencia del siniestro. En consecuencia, para precisar el momento a partir del cual corren los términos de prescripción ordinaria y extraordinaria, en cada caso particular debe establecerse con claridad cuándo se entiende ocurrido el siniestro y en qué momento fue este conocido por el interesado.

2) El siniestro como hecho que da base a la acción para el pago de la indemnización.

Según lo establecido por el artículo 1072 del Código de Comercio se denomina siniestro, la realización del riesgo asegurado.

En el caso particular que se estudia, de acuerdo con lo previsto en el contrato de seguro de Rotura de Maquinaria consignado en la Póliza N° U-0119978, La Previsora "asegura la maquinaria descrita, contra todo riesgo de pérdida o daño físico, proveniente de cualquier causa, siempre que dicho daño ocurra en forma accidental, súbita e imprevista y que haga necesaria la reparación o reposición?. El hecho que da base a la acción consiste entonces, en la pérdida o daño físico sufrido por la maquinaria de manera accidental, súbita e imprevista, que haga necesaria su reparación o reposición.

En el caso de la caldera de la Unidad II de Termopaipa, a lo largo del proceso se estableció, a juicio del Tribunal en forma inequívoca, que las múltiples roturas registradas en el sobrecalentador secundario, o al menos la gran mayoría de las mismas, tuvieron como causa la rotura de la boquilla del atemperador, cuyas piezas obstruyeron los serpentines, ocasionando a su vez otros daños en el equipo. Esta aseveración se encuentra ampliamente acreditada en múltiples pruebas que obran en el proceso, de entre las cuales procede, a manera de ejemplo, destacar las siguientes:

Acta de Inspección de octubre 21 de 1998 (Folio 106 Cdno Pbas 1):

"El mencionado objeto se encontró taponando la entrada al tubo N°1 del serpentín 3 numerado de la Unidad III hacia la Unidad I; dicho tubo fue el elemento fallado el pasado 27 de septiembre. En principio se establece que la falla de la tubería antes indicada se presentó por ese taponamiento."

Acta de Comité Eléctrico Central Termoeléctrica de Paipa de octubre 22 del mismo año (Folios 109 a 112 Cdno Pbas 1):

"En principio y por la forma como se encontró el elemento extraño en el cabezal se identifica que se presentó taponamiento que restringió el flujo de vapor al serpentín en referencia. Una vez taponado el serpentín no se produjo refrigeración interna con el vapor ocasionando que el metal de composición del tubo incrementara su temperatura y por lo tanto se presentara el estallido en referencia."

Acta Comité Técnico Termopaipa, Dirección de Generación de octubre 26 de 1998 (Folios 117 a 119 Cdno Pbas 1):

"Se concluye que la causa de la rotura del tubo del sobrecalentador Final Unidad II, recientemente fallado, fue el taponamiento de éste por partes metálicas desprendidas del atemperador que impidió el normal flujo de vapor a través de este tubo, como se evidenció con la prueba del fibroscopio y posterior comprobación al destapar el cabezal de entrada del sobrecalentador en mención."

Comunicaciones Internas de Termopaipa (Folio 123 Cdno Pbas 1):

"Esta tubería fue cambiada por presentar roturas como se detalla en la hoja de vida mediante contrato 96-061 con la firma ABB, del 3 de agosto al 16 de septiembre/98. Una vez corregido el codo del tubo afectado, se procedió con un programa de inspección del cabezal de entrada al

sobrecalentador secundario, encontrándose partes del atemperador, caída la punta de la boquilla y destrucción de las camisas metálicas cónica y cilíndrica del atemperador, causas de estos daños en la tubería del sobrecalentador secundario y del cambio realizado.

" Informe del CIPEM Universidad de los Andes de septiembre 10 de 2000 (Folio 312 Cdno Pbas 1):

"El análisis de la falla indica "Short term overheating" sobrecalentamiento en un periodo breve causado por bloqueo de la tubería."

Informe de Ajuste de Mc Larens Toplis de septiembre 20 de 2000 (Folio 268 Cdno Pbas 1):

"Con base en lo anterior se desidió (sic) por parte del asegurado según acta del comité técnico de 22.10.98, cortar el cabezal de entrada del sobrecalentador secundario para extraer el objeto causante de la obstrucción, lo que efectivamente se realizó en 25.10.98, encontrando que el objeto causante de la obstrucción era un trozo de lámina interna del atemperador."

"Los daños (roturas de tubos aislados) del sobrecalentador secundario se produjeron por varias causas contributivas: desgaste mecánico, corrosión y el bloqueo en el flujo de vapor por los fragmentos de la camisa interna del atemperador."

Finalmente pero no menos importante, Dictamen Pericial Técnico rendido por Fernando Acosta Carbonell y Carlos José Amaya Puerto (Folio 6 Cdno Pbas 4):

"Las circunstancias que pudieron generar o causar los cambios de dureza y estructura de los serpentines y tubería del sobrecalentador instalado en la Unidad Dos de Termopaipa, basados en los antecedentes del caso, fueron evidentemente el taponamiento u obstrucción del flujo de vapor circulante por ellos."

"De acuerdo a los antecedentes documentales, filmaciones y actas de los distintos comités de la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. ES.P se puede afirmar que efectivamente el desprendimiento de la boquilla del atemperador se produjo con anterioridad al mes de Junio de 1998. Igual se puede afirmar que ese desprendimiento causó desprendimientos metálicos de componentes del atemperador que a su vez provocaron una obstrucción en las bocas de los tubos del sobrecalentador secundario."

En consecuencia, en el caso que nos ocupa, como por lo demás quedó plenamente demostrado en otros apartes del presente laudo, la causa del siniestro, o sea del hecho que da base a la acción del tomador al tenor de lo dispuesto por el artículo 1081 del Código de Comercio, es el desprendimiento de la boquilla del atemperador y la destrucción de éste, cuyos fragmentos se encontró que obstaculizaron el flujo normal de vapor desde el sobrecalentador primario hacia el sobrecalentador secundario, lo que a su vez taponó la tubería de este último, produciendo el sobrecalentamiento de los tubos, que resultó en la rotura de los mismos, ante su exposición a muy altas temperaturas.

Por otra parte, no obra en el proceso prueba alguna que permita establecer con certeza la fecha exacta en que se produjo el desprendimiento de las piezas del atemperador, si bien existen serios indicios de que esta tuvo lugar con anterioridad al 18 de julio de 1995, fecha en que se produjo la rotura del serpentín N° 4. Los efectos del desprendimiento y rotura del atemperador en el sobrecalentador secundario, los cuales a su vez generaron la obstrucción de los serpentines, se manifestaron en repetidas ocasiones a lo largo de tres años, en las cuales se procedió a reparar el equipo, sin que el asegurado hubiera determinado o conocido la causa de los daños que se estaban presentando.

Procede ahora establecer el momento en que el interesado tuvo conocimiento del hecho que da base a la acción, a fin de poder determinar el punto de partida del término de prescripción ordinaria, previsto en el ordenamiento mercantil.

3) El conocimiento del siniestro por parte del asegurado.

Hechas las precisiones anteriores, y habiendo quedado en claro que es el conocimiento real o presunto del hecho que da base a la acción, lo que da inicio al decurso del plazo extintivo, resulta de especial importancia determinar el momento en que el asegurado tuvo conocimiento de la ocurrencia de tal hecho que, como quedó visto, es el mismo siniestro.

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española define "Conocimiento" como "acción o efecto de conocer" y a su vez, define "conocer" como "Entender, advertir, saber, echar de ver."

Por su parte el Diccionario de Uso del Español de María Moliner (página 729) define "Conocimiento" como "Acción de conocer. Efecto de conocer, o presencia en la mente de ideas acerca de una cosa." Así mismo define "tener conocimiento de cierta cosa" como "estar enterado de ella". "Conocer" señala que es (página 728) "tener alguien en la mente, o tener la mente misma, la representación de las cosas o de cierta cosa"

En el Diccionario de Sinónimos y Antónimos de Editorial Voluntad encontramos que "conocer" significa "saber, entender, comprender percibir, advertir, notar, observar, percatarse, darse cuenta".

De acuerdo con las definiciones transcritas, el asegurado conoce el hecho que da base a la acción, cuando entiende, advierte, sabe de la ocurrencia, cuando tiene en la mente la representación del hecho que constituye el supuesto -al menos en principio- del nacimiento de la obligación del asegurador o sea, en una palabra, de la ocurrencia de un siniestro.

Es pues el hecho que da base a la acción o siniestro, lo que debe ser objeto de conocimiento, real o presunto, por parte del asegurado. En cada caso particular, el hecho que da base a la acción debe establecerse a la luz de lo expresamente definido por las partes como riesgo objeto de cobertura bajo el contrato de seguro celebrado.

La definición de lo que constituye riesgo amparado se presenta, por lo tanto, como factor determinante en cuanto hace referencia a lo que a su vez debe entenderse como el conocimiento del siniestro. Así por ejemplo, si lo que se ampara es incendio, el solo conocimiento por el asegurado de la destrucción parcial o total del objeto amparado por el efecto de fuego, constituye para éste conocimiento del siniestro, así como, si lo que se ampara es naufragio, basta que el asegurado se entere del hundimiento de la embarcación asegurada, para que pueda reputarse como enterado o conocedor de la ocurrencia del siniestro, sin que en ninguno de los casos descritos sea exigible, para que empiece a correr la prescripción ordinaria, el conocimiento de la causa por parte del asegurado, bien del incendio en el primero, o bien del naufragio en el segundo.

Cosa distinta sucede si el riesgo amparado es, por ejemplo accidentes personales, en cuyo caso la sola muerte de la persona asegurada no constituye per se conocimiento del siniestro, o si el riesgo amparado es defraudación, en cuyo caso el simple conocimiento de la desaparición de dinero o bienes del asegurado, no puede reputarse como conocimiento del siniestro.

Muy importante resulta en criterio del Tribunal la distinción anterior, en cuanto hace relación a la necesidad de establecer el momento en que el asegurado ha tenido o debido tener conocimiento sobre la ocurrencia o descubrimiento de un siniestro en el caso de coberturas especialmente complejas, como suelen serlo con frecuencia las otorgadas bajo Pólizas de Seguro de Responsabilidad Civil o bajo Pólizas de Infidelidad y Riesgos Financieros.

Hechas las anteriores precisiones procede poner de presente como, dentro de las condiciones generales del contrato instrumentado mediante la Póliza de Rotura de Maquinaria N°0119978 y objeto del presente Laudo, se encuentra expresamente consignado que el riesgo amparado es la "pérdida o daño físico proveniente de cualquier causa" que sufran los bienes asegurados y que haga necesaria su reparación o reposición.

En el caso que ocupa al Tribunal, como quedó plenamente demostrado, el seguro otorgado es pues de los conocidos como "a todo riesgo" y el siniestro, o sea, el hecho que da base a la acción del tomador, es por lo tanto, la rotura "por cualquier causa" de las piezas que obstruyeron el tubo del sobrecalentador. Así mismo, el hecho objeto de cobertura, o sea la rotura, el daño físico sufrido por el bien asegurado es de manera inequívoca conocido, percibido, notado, observado, representado mentalmente por el asegurado, en el momento en que se encuentran en el interior de la caldera las piezas sueltas que estaban obstruyendo la entrada de vapor, independientemente de si en dicho momento se hubiese o no determinado o podido determinar con precisión, a qué parte de la misma caldera correspondían tales piezas.

Lo cierto es que la presencia de esos trozos de metal le permitían al asegurado, y más propiamente a su Departamento Técnico, inferir, con toda certeza, que algunas piezas o elementos de la unidad habían sufrido roturas y que su causa ha debido ser accidental, súbita e imprevista. En consecuencia, tratándose de un amparo de todo riesgo en el momento en que se analiza los técnicos contaban con los elementos de juicio para deducir que el siniestro había acaecido.

En síntesis, es preciso no confundir el conocimiento del siniestro con el conocimiento de la causa del mismo, la cual inclusive pudiera llegar a no poder determinarse, sin que ello sea óbice para la obtención de la indemnización si, como es obvio, el supuesto de realización del riesgo asegurado se encuentra plenamente establecido.

Hecha la precisión anterior y de acuerdo con lo establecido en las pruebas allegadas en el curso del proceso, es claro para el Tribunal que el conocimiento por el asegurado acerca de la ocurrencia del hecho generador del siniestro o sea del hecho que da base a la acción, se da de manera concluyente no mas tarde del 21 de octubre de 1998 cuando, después de que se presenta la rotura de un serpentín del nuevo sobrecalentador, se encuentra un fragmento de piezas metálicas que estaba obstruyendo la entrada del vapor en la caldera.

Lo aquí consignado consta de manera clara e inequívoca en el Acta del 21 de octubre de 1998, firmada en representación de la Empresa de Energía de Boyacá por Jorge Alberto Mendoza Gaona, Vicepresidente de Generación y Transmisión, Libardo H. Ramírez Molano, Director de Generación, Leonel Cristancho A., Jefe Departamento Servicios Técnicos y Pedro Darío Lésmes, Jefe Dpto. Mantenimiento Mecánico, aportada al proceso por la entidad convocante con la solicitud de convocatoria del Tribunal, la cual da cuenta de que "se encontró un objeto metálico suelto de dimensiones considerables que obstruye el flujo normal de vapor desde el cabezal hacia los tubos del sobrecalentador", así como de que "En principio se establece que la falla de la tubería antes indicada se presentó por este taponamiento" (Folio 106 Cdno Pbas 1)

Al respecto en el reporte final de Mc Larens Toplis, fechado el 20 de septiembre de 2000, se consigna lo siguiente, ya transcrito con anterioridad en el presente laudo:

"Para determinar las causas de la rotura se envió el tubo fallado al laboratorio de ABB en USA y simultáneamente se realizaron pruebas adicionales al sobrecalentador, para determinar la causa de la rotura, las cuales incluyeron entre otras inspección interna con fibroscopio, la cual mostró que a nivel del cabezal de entrada se encontraba un objeto bastante grande obstruyendo el paso de vapor por el tubo 1 del serpentín 3.

"Los resultados de laboratorio de ABB en USA determinaron que el tubo falló debido a un sobrecalentamiento anormalmente alto, el cual solo se explicaba por un taponamiento del flujo de vapor.

"Con base en lo anterior se decidió (sic), por el Asegurado, según acta del comité técnico del 22.10.98, cortar el cabezal de entrada del sobrecalentador secundario para extraer el objeto causante de la obstrucción, lo que efectivamente se realizó el 25.10.98, encontrando que el objeto causante de la obstrucción era un trozo de lámina interna del atemperador, por lo que se ordena inspeccionar internamente el atemperador, para extraer el resto de los trozos y operar la caldera con el atemperador sin camisa interna mientras se adquiere un nuevo atemperador y se instala (...)"(Folio 268 Cdno Pbas 1)

Es, por lo tanto, no mas tarde de dicha fecha -21 de octubre de 1998- cuando el asegurado adquiere conocimiento cierto del daño físico, atribuible a la rotura de elementos internos, sufrido por la caldera y en consecuencia dicha fecha constituye igualmente, a juicio del Tribunal, el momento en que el asegurado inequívocamente adquiere conocimiento del hecho que da base a la acción, o sea, el momento en que para él empieza a correr el término de prescripción previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio. Toda la gestión e investigación adelantada con posterioridad, a fin de establecer de manera más exacta desde un punto de vista técnico el origen de las piezas encontradas y que culmina con la recepción del informe correspondiente en octubre 26 de 1998, constituye actividad posterior al conocimiento mismo del siniestro por parte del asegurado.

Juzga procedente el Tribunal reiterar, una vez más, que es el siniestro, o sea la realización del riesgo asegurado, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1072 del Código de Comercio y no el esclarecimiento de la causa última del mismo, lo que constituye el hecho que da base a la acción y por consiguiente, es el conocimiento por parte del asegurado del daño físico o rotura sufrida por la caldera, el hecho que, a la luz del claro mandato del artículo 1081 ibídem, marca el inicio del término de prescripción de la acción de éste para reclamar judicialmente el derecho a la indemnización.

En este caso, la rotura de la maquinaria se determinó sin lugar a dudas en el momento en que se encontraron las piezas sueltas que estaban obstruyendo la entrada del vapor al interior de la caldera. Lo que vino a determinarse con posterioridad, fue la parte de la misma caldera a la que correspondían las piezas encontradas.

De acuerdo con lo hasta aquí consignado y tomando en consideración el término de dos años para la prescripción ordinaria, previsto por el legislador en el artículo 1081 del Código de Comercio, el plazo dentro del cual el asegurado ha debido inequívocamente ejercer la acción para hacer efectivo su derecho frente a la aseguradora, venció a mas tardar en octubre 23 de 2000 -pues el 21 de octubre sábado, no despachó el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá- fecha en que el término de prescripción se entendería, en principio, cumplido.

No está por demás poner finalmente de presente que, habida consideración de lo expuesto, el Tribunal no encuentra necesario analizar si las roturas que se presentaron en y con anterioridad al 28 de septiembre de 1998, constituyen razón suficiente para concluir que el asegurado conoció o debió conocer de la ocurrencia del siniestro antes del 21 de octubre de 1998.

#### 4) Interrupción de la Prescripción.

Conforme dispone el artículo 2539 del Código Civil, "La prescripción que extingue las acciones ajenas, puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente. Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente. Se interrumpe civilmente por la demanda judicial, salvo los casos enumerados en el artículo 2524."

Sin que el Tribunal pretenda desconocer la conducta desplegada por la Empresa de Energía de Boyacá con miras a acreditar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, lo cierto es que no fue probado en el proceso ni obra en el expediente indicio o prueba, que permitan establecer el reconocimiento expreso o tácito de obligación alguna de indemnización a su cargo por parte de la aseguradora. Por el contrario, en repetidas ocasiones según consta en el proceso, La Previsora negó su eventual responsabilidad derivada de la ocurrencia de los hechos invocados como fundamento de la petición hecha por la entidad convocante, tal como se lee en la respuesta de La Previsora a comunicación N° 47150 de EBSA de marzo 8 de 2000 (Folio 161 Cdno Pbas 1), y en la respuesta a la N° 49598 de mayo 12 de 2000 (Folio 170 Cdno Pbas 1), y en la contestación de la solicitud de convocatoria de EBSA.

No encuentra en consecuencia el Tribunal probado en el proceso el reconocimiento expreso o tácito de la obligación por parte del deudor, en forma tal que permita concluir que se hubiese dado la interrupción natural de la prescripción.

Hechas las consideraciones anteriores, procede el Tribunal a resolver el punto relativo a la interrupción civil de la prescripción.

De acuerdo con las disposiciones legales vigentes, artículo 90 del C. de P. C., la única forma de interrumpir civilmente la prescripción de las acciones es por medio de demanda judicial, siempre que el auto admisorio de la misma sea notificado al demandado dentro de los ciento veinte días siguientes a la notificación al demandante de tal providencia, por estado o personalmente. Pasado este término los efectos solo se producirán con la notificación al demandado.

Al respecto ha dicho la jurisprudencia, en el laudo que dirimió la controversia entre Distral y La Nacional, luego de anotar que en ordenamientos jurídicos diferentes al colombiano, tales como el mejicano, el guatemalteco y el argentino, se atribuye a la reclamación presentada al asegurador, o a los procedimientos establecidos en la ley o en el contrato para la liquidación del daño, o al nombramiento de peritos con motivo del siniestro, un alcance ora interruptivo, ora suspensivo de la prescripción:28

"En cuanto a la legislación colombiana concierne, resulta desafortunado, a juicio del Tribunal, que no exista una norma exceptiva similar a la contenida en la ley argentina. En efecto, según el Código de Comercio (artículo 1077), el reclamo del asegurado solo tiene el limitado alcance de mostrar el cumplimiento de la carga impuesta al asegurado de acreditar ante su asegurador, aún extrajudicialmente, la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, si fuere el caso. Y siendo esa la regulación legal existente en nuestro ordenamiento positivo, mal podría el Tribunal, en ausencia de norma expresa y como fallador en derecho y no en conciencia, atribuirle alcance distinto a la reclamación presentada por "DISTRAL S.A." a la aseguradora demandada. Por consiguiente, considera el Tribunal que ni la mencionada reclamación, ni las conversaciones que desde entonces y hasta el 20 de noviembre de 1992 sostuvieron las partes con miras a llegar a un eventual arreglo directo en relación con tal reclamo tuvieron, por sí solas, la virtualidad de interrumpir la prescripción extintiva ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro que las vinculó.

Más aún si se tiene en cuenta - como ya lo apuntó el Tribunal - que en parte alguna del expediente aparece acreditado que La Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A., hubiese reconocido expresa o aún tácitamente, el derecho de las sociedades demandantes a obtener la indemnización que una de ellas, "DISTRAL S.A.", reclamó."

En el caso particular objeto de estudio, la solicitud de convocatoria del Tribunal fue presentada por la Empresa de Energía de Boyacá el 25 de octubre de 2000 y contestada por la aseguradora convocada el 5 de diciembre de 2000. La solicitud es reformada por la entidad convocante en enero 22 de 2001 y la contestación correspondiente, es presentada en enero 30 del mismo año.

Es claro por lo tanto para el Tribunal que para haber podido, al menos en principio, interrumpir judicialmente con éxito la prescripción de la acción indemnizatoria, la Empresa de Energía de Boyacá debió haber formulado la demanda respectiva a mas tardar el día lunes 23 de octubre de 2000, habida consideración de que, por encontrarse cerrado el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el día sábado 21 del mismo mes y año fue día no hábil. Como es bien sabido, la Empresa de Energía de Boyacá presentó la demanda de convocatoria del tribunal el día 25 de octubre de 2000, fecha para la cual ya se había cumplido el término de dos años establecido para la prescripción ordinaria y, por consiguiente, ya se había extinguido la eventual obligación a cargo del asegurador.

Por lo tanto, conforme a las disposiciones legales consagradas en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil, en este caso particular, la fecha en que debería entenderse interrumpido judicialmente el término de prescripción ordinaria sería la de presentación de la solicitud de convocatoria del Tribunal, esto es, el 25 de octubre de 2000.

Sin embargo, habida consideración de que el conocimiento del hecho que da base a la acción ocurrió no mas acá del 21 de octubre de 1998, se concluye que el término de dos años previsto

por el legislador en el artículo 1081 del Código de Comercio, ya se encontraba vencido para la fecha en que se presentó la solicitud de convocatoria. En consecuencia, cumplido el término legalmente establecido, era posible para la aseguradora convocada alegar válidamente como excepción la prescripción, conforme a lo dispuesto por los artículos 2513 y 2514 del Código Civil, que establecen que "el que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio." Y que "La prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente; pero sólo después de cumplida". En este caso, la prescripción fue alegada oportunamente como excepción por el demandado en la contestación de la solicitud de convocatoria del Tribunal, lo que descarta la posibilidad de considerar la renuncia tácita de la prescripción por parte de La Previsora

Juzga finalmente procedente Tribunal dejar constancia de que se abstiene en definitiva de analizar si los eventos registrados con anterioridad al 21 de octubre de 1998, constituyeron hechos suficientemente concretos para concluir que el asegurado conoció de la ocurrencia del siniestro con anterioridad al 21 de octubre de 1998, por no resultar dicho análisis relevante a efectos de la definición del punto objeto de estudio, a la luz de lo consignado en los párrafos anteriores.

En consecuencia, habida consideración de lo expuesto, se declara probada la excepción de prescripción oportunamente propuesta por la aseguradora, y se desestiman las pretensiones formuladas por la convocante en la solicitud de convocatoria del Tribunal.

### 7.3. SOBRE LAS DEMAS EXCEPCIONES

El Tribunal no estudiará las demás excepciones propuestas por la aseguradora convocada, por cuanto habiendo hallado probados los hechos que constituyen la excepción de prescripción, conforme a lo expuesto anteriormente, es aplicable al caso lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 306 del C. de P. C. según el cual "Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, podrá abstenerse de examinar las restantes"

En tal sentido el maestro Hernando Morales Molina en su obra "Curso de Derecho Procesal Civil Parte General" (Pág. 161) explica: "Propuestas varias excepciones, si el juez halla probada una que conduzca a la desestimación de la demanda no está obligado a examinar las restantes"

En todo caso el Tribunal hace expresa mención al hecho de que la excepción que la convocada denominó "nulidad relativa o terminación del contrato de seguro" fue desistida por su apoderado el 10 de septiembre de 2002, como atrás se dijo.

### III. COSTAS

El Tribunal, con fundamento en lo previsto en el artículo 154 del Decreto 1818 de 1998, y con sujeción a las reglas contenidas en los artículos 392 y 393 del C. de P. C., proferirá condena en costas. Para el efecto el Tribunal liquida las costas así:

Honorarios de los tres (3) Arbitros \$ 150.000.000 Honorarios de la Secretaria \$ 25.000.000  
Gastos de funcionamiento Cámara de Comercio \$ 8.549.970 Gastos de protocolización y otros \$ 16.450.030 Honorarios de las Peritos Financiero Contables \$ 24.000.000 Gastos de las Peritos Financiero Contables \$ 2.000.000 Honorarios de los Peritos Técnicos \$ 30.000.000  
Gastos de los Peritos Técnicos \$ 3.288.174 Total Gastos \$ 259.288.174

Pagados solo por la convocante

El Tribunal fija el valor de las agencias en derecho en una suma igual al estipendio de un árbitro, esto es, \$50'000.000. En consecuencia el total de costas asciende a \$ 309'288.174.

Por no haber prosperado la demanda el Tribunal condenará en costas totales a la parte convocante, sociedad que deberá devolver a la convocada lo pagado por ella en este proceso arbitral.

#### IV. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir en derecho las controversias patrimoniales suscitadas entre la EMPRESA DE ENERGIA DE BOYACA S.A. E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS, por una parte, y LA PREVISORA S.A. COMPAÑIA DE SEGUROS, por la otra, de que da cuenta el presente proceso, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE

PRIMERO: Declárase probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada LA PREVISORA S.A. COMPAÑIA DE SEGUROS, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, deniéganse la segunda pretensión declarativa y la cuarta, quinta y sexta pretensiones de condena principales y la subsidiaria, contenidas en la demanda y en la reforma de la demanda de la EMPRESA DE ENERGIA DE BOYACA S.A. E.S.P. contra LA PREVISORA S.A. COMPAÑIA DE SEGUROS.

TERCERO: No procede la declaratoria de incumplimiento por no pago de indemnización, toda vez que de acuerdo con las consideraciones plasmadas en la parte motiva no se reúnen los requisitos de la responsabilidad civil del asegurador.

CUARTO: Niégase la pretensión tercera de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: No procede pronunciamiento del Tribunal sobre las demás excepciones propuestas, por cuanto prosperó la excepción de prescripción.

SEXTO: Sobre la objeción por error grave al dictamen pericial financiero contable estése a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEPTIMO: Condénase a la EMPRESA DE ENERGIA DE BOYACA S.A. E.S.P. a pagar las costas de este proceso arbitral.

OCTAVO: Expídanse por Secretaría copias auténticas del presente Laudo a cada una de las partes y a la representante de la Procuraduría General de la Nación, con las constancias de ley (Código de Procedimiento Civil, Art. 115, num. 2º)

NOVENO: Protocolícese el expediente contentivo de este laudo en una de las Notarías del Círculo de Bogotá, D.C.

#### NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

JORGE SUESCUN MELO Presidente

MARISTELLA SANIN POSADA Arbitro

BERNARDO BOTERO MORALES Arbitro

FLORENCIA LOZANO REVEIZ Secretaria

TABLA DE CONTENIDO LAUDO

1 Obra citada pág, 222 2 Introducción al Seguro de Rotura de Máquina, equipos electrónicos y lucro cesante. Publicación de la Kölnische Rück, pág. 15 y ss. 3 Distintos informes técnicos dan muestra de que la empresa de energía había detectado ciertos inconvenientes, recurrentes, en la Unidad II que se tradujeron en ?numerosas roturas en sus serpentines, los cuales habían hecho imposible operar la unidad de manera continua?, disminuyendo la disponibilidad de la unidad. (Folio 12 Cdo Obas 4. ? 1er. Informe pericial técnico). 4 Rodríguez Gómez, Javier. E Seguro de rotura de Maquinaria. Madrid. Pág. 247. 5 Rodríguez Gómez, Javier. Op. Cit. Pág. 248 y ss. 6 Ruben S. Stigilirz. Derecho de Seguros. I. 2ª Edición. No. 387. 7 Corte Suprema de Justicia. Casación Civil. Exp. 5670. Sentencia del 2 de febrero de 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo. 8 Corte Suprema de Justicia. Casación Civil. Exp. 3196. Sentencia del 11 de octubre de 1991. M.P. Carlos Esteban Jaramillo S. En similar sentido; Corte Suprema de Justicia. Casación civil. Sentencia del 10 de diciembre de 1990. M.P. Héctor Marín Naranjo. 9 Gómez Estrada, César. De los Principales Contratos Civiles. 3ª. Edición. No. 214. 10 El artículo 1.049 del C.Co. reviste una especial relevancia en este debate, al subrayar que el anexo que contiene la renovación ?accede a la póliza?, dejando en claro que aquel no conforma una relación negocial nueva y distinta, sólo modifica un elemento del contrato: su duración; pero, por lo demás, este sigue vigente con los mismos términos y condiciones originalmente pactados. Dispone el artículo 1.049: ?Los anexos deberán indicar la identidad precisa de la póliza a la que acceden. Las renovaciones contendrán, además, el término de ampliación de vigencia del contrato. En caso contrario, se entenderá que la ampliación se ha hecho por un término igual al del contrato original?. (Subrayas del Tribunal). 11 Ossa, J. Efrén. ?Teoría General del Seguro: El Contrato?. Ed. Temis 1984. Pág. 242 y ss. 12 J. Efrén Ossa. G. Op Cit. Pág. 129. 13 J. Efrén Ossa. ? Tratado Elemental de Seguros. Primera Edición?.- Editorial Temis.- Medellín Pág. 357. 14. Idem 15 Idem 16 Op. Cit. Página 358 17 Op. Cit. Página 354 18 López Santamaría, Jorge. Los Contratos (Parte General), Santiago de Chile, 1986, Pág. 211 y ss). 19 Barros, Enrique. Derecho y Moral. Citado por Jorge López Santamaría. Op. cit. Pág. 294. 20. González Pérez, Jesús. El Principio General de la Buena Fé en el Derecho Administrativo. Madrid 1988. Pág. 74. 21 de los Mozos, José Luis. El Principio de la Buena Fe. Sus Aplicaciones Prácticas en el Derecho Civil Español. Barcelona. 1965. Pág. 46. 22 Diez-Picazo, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Ed. Civitas. 1996. Pág. 379 23 Laudo Arbitral Conmazal Ltda. vs. Inversiones GBS Ltda. Marzo 15 de 2001. Arbitros: Doctores Juan Caro Nieto, Diego Muñoz Tamayo y Aurelio Tobón Mejía. 24 Ospina Fernández, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Quinta Edición. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia. 1994. Pg. 465. 25. Sentencia Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Julio 6 de 1977 Magistrado Ponente: José María Esguerra Samper. 26. Sentencia Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Febrero 19 de 2002. Expediente. 6011. Magistrado Ponente: Nicolás Bechara Simancas. 27 Sentencia Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Mayo 18 de 1994. Magistrado Ponente. Pedro Lafont Pianetta. Expediente 4106 28 Laudo Arbitral. Distral (EMA) General Electric Canada Inc. Contra la Nacional Compañía de Seguros. Agosto 16 de 1995. Árbitros: Jorge Vélez García, Antonio José de Irisarri Restrepo, Juan Carlos Esguerra Portocarrero.